A DECISÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA NO “CASO ETERNIT-BIS”: QUESTÕES NOVAS SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE *BIS IN IDEM* PROCESSUAL E CONCURSO FORMAL DE CRIMES?

THE DECISION OF THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT REGARDING IN “ETERNIT-BIS CASE”: NEW QUESTIONS ABOUT THE RELATIONS BETWEEN PROCEDURAL *BIS IN IDEM* AND FORMAL CONCURRENCE OF CRIMES?

BRUNA CAPPARELLI**

VINICIUS GOMES DE VASCONCELLOS***

RESUMO: Este trabalho pretende analisar os questionamentos jurídicos abordados recentemente pela Corte Constitucional italiana com a Sentença nº 200, de 2016, em matéria de *bis in idem* processual e concurso formal de crimes. Tal decisão declarou ilegítimo o art. 649 CPP italiano na parte em que exclui que o fato seja o mesmo somente pela circunstância de que exista um concurso formal entre ilícitos já processados com sentença transitada em julgado e o crime pelo

* Texto desenvolvido a partir de comunicação feita no âmbito do ciclo de lições da *Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali a.a. 2016/2017* – Alma Mater Studiorum – Università degli Studi di Bologna sobre “Il ne bis in idem: la disciplina italiana e le sue evoluzioni alla luce della Giurisprudenza Europea”, encontro do dia 10 de outubro de 2016.

** PhD candidate em Direito Processual Penal pela *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna (em cotutela com a PUCRS), Graduada em Direito pela *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna, Qualificada ao exercício da profissão de advogada na Itália. Orcid. Org/0000-0003-1249-2658.

*** Pós-Doutorando pela UFRJ, Doutor em Direito pela USP – com período de sanduíche (PDSE/Capes) na Universidad Complutense de Madrid (ESP), Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS (com bolsa integral Capes), Pesquisador visitante no Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law (2014 e 2017), Editor-Chefe da Revista Brasileira de Direito Processual Penal (RBDPP) e Editor-Assistente da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCrim), Professor das Faculdades Integradas Campos Salles/SP. Orcid.Org/0000-0003-2020-5516.

qual iniciou-se o novo procedimento penal. Questiona-se, portanto, quais são os limites à finalidade perseguida pela justiça criminal, em alguns casos, para prevalecer sobre a estabilidade da garantia processual concernente à proibição de dupla persecução penal.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal; coisa julgada penal; *bis in idem* processual; concurso formal de crimes; Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

ABSTRACT: The following contribution analyzes the juridical questions recently set by the Italian Constitutional Court with the Sentence n° 200/2016 in the matter of procedural *bis in idem* and formal concurrence of crimes, which declare illegitimate the art. 649 CPP Italian in the part that excludes the fact that is the same only by circumstance there is a formal concurrence between other crimes already processed with final judgment and the crime for which began the new criminal procedure. We ask ourselves, therefore, in what limits the purpose pursued by justice, in some cases, prevail over the stability of the procedural safeguards concerning the double jeopardy prohibition.

KEYWORDS: Criminal procedure; *res iudicata*; double jeopardy; formal concurrence of crime; European Court of Human Rights.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve enquadramento sistemático; 2 Aproximações ao direito vivente sobre a noção de “*idem*”: “fato jurídico” e “fato histórico” entre o artigo 649 do CPP italiano e o artigo 4 do protocolo 7 da CEDH; 3 O “Caso Eternit-*bis*”; 4 A Sentença Corte Const. n° 200, de 2016; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O princípio do *ne bis in idem* representa, sem dúvidas, uma das questões atualmente mais debatidas tanto na reflexão científica quanto na prática judiciária, especialmente em consequência de algumas notórias sentenças das duas Cortes europeias¹ e da Corte Constitucional italiana². De fato, foram muito explo-

1 A referência é, por um lado, à sentença da *Corte di Giustizia UE*, Grande Sezione, 26 de fevereiro de 2013 na causa C-617/10, *Åklagaren contra Hans Åkerberg Fransson*, e, por outro lado, à sentença da *Corte europea dei diritti dell'uomo*, 4 de março de 2014, Grande Stevens e outros contra Itália.

2 Veja-se também a *ordinanza* do juiz remittente do Tribunal de Torino, GUP, 24 de julho de 2015, na qual o magistrado considera existente o contraste entre a norma processual italiana, como interpretada pela *Cassazione*, na parte em que limita a aplicação do *ne bis in idem* processual somente aos procedimentos penais irrevogáveis que tenham julgado o mesmo “fato jurídico”, e a jurisprudência da Corte EDH, sobre a qual o princípio em questão teria que ser estendido também aos procedimentos – concluído definitivamente – no qual o

radas pela doutrina tanto a dimensão supranacional de tal princípio³ – há muito tempo consagrada no ordenamento jurídico de diversos Estados europeus e dentro de fontes euro-comunitárias⁴ – quanto à dimensão interna do impedimento

imputado tenha respondido pelo mesmo “fato histórico”, visto que sucessivamente como base para o procedimento.

- 3 Sobre os penetrantes influxos da CEDH em matéria de *bis in idem* sancionatório, e, em particular, em matéria penal tributária e bancária financeira, ao centro do debate científico italiano e europeu depois da notória sentença Corte EDH, Grande Stevens contra Itália (Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/>>. Último acesso em: 23 out. 2016), ver: CAIANIELLO, Michele. *Ne bis in idem* e illeciti tributari per omesso versamento dell’iva: il rinvio della questione alla corte costituzionale. *Diritto Penale Contemporaneo*, 18 maggio 2015; LAVARINI, Barbara. Il *ne bis in idem* convenzionale e “doppio binario” sanzionatorio: il problema del “doppio giudicato”. *La Legislazione Penale*, 14 marzo 2016; VIGANÒ, Francesco. Doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem*: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta? *Diritto Penale Contemporaneo*, 3-4, p. 219 s., 2014; VIGANÒ, Francesco. *Ne bis in idem* e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani. *Diritto Penale Contemporaneo*, 8 febbraio 2016; VIGANÒ, Francesco. Doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem*: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della carta? (A margine della sentenza Grande Stevens della Corte Edu). *Diritto Penale Contemporaneo*, 3-4, p. 219 s., 2014; VIGANÒ, Francesco. Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei “fratelli minori” di Scoppola. *Diritto Penale Contemporaneo*, 1, p. 250 s., 2014. Recentemente, interviiu sobre o ponto até mesmo a Corte de Justiça da União Europeia de Luxemburgo. A este propósito, ver, ainda: VIGANÒ, Francesco. A never-ending story? Alla Corte di giustizia dell’Unione europea la questione della compatibilità tra *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato. *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 ottobre 2016. Na jurisprudência, sobre as resistências nacionais a se adequar aos *standards* supranacionais, ver, por exemplo: Tribunal de Brindisi, 17 de outubro de 2014: interpretação convencionalmente orientada do *ne bis in idem* interno, com *proscioglimento* de um detido pelo crime de dano, tendo esse pelos mesmos fatos já subido uma sanção disciplinar, e Tribunal de Bologna, de 21 de abril de 2015, junto com Cassazione penale, V de novembro de 2014, Chiarion Casoni, que levantaram a questão de legitimidade constitucional decidida pela Corte const. em 7 março 2016.
- 4 Entre que limites é proibido processar na Itália um sujeito já definitivamente absolvido ou condenado com sentença irrevogável pelo mesmo fato criminal que os querem imputar? A regra geral – esculpida no art. 11 do CP italiano – é que o cidadão ou estrangeiro que tenha cometido na Itália ou no exterior um dos crimes contidos nos arts. 6-10 do CP italiano possa (e, em alguns casos, deva) ser julgado no Estado italiano até mesmo se já foi julgado no exterior. Subsequentemente, segundo uma consolidada postura jurisprudencial, deriva-se uma proibição de reiteração do julgamento celebrado no exterior e pode-se considerar positivamente existente no nosso ordenamento somente quando a regra do *ne bis in idem* encontre fundamentação em uma explícita disciplina pátria. Nessa limitada perspectiva, particular valor assumem os arts. 54-58 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen e o art. 50 da *Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea*.

de submeter a novo processo penal pelo mesmo fato um sujeito já definitivamente julgado⁵.

O presente estudo concentra-se sobre a dimensão interna de dito princípio e, em particular, sobre os problemas retomados recentemente pela Corte Constitucional italiana com a Sentença nº 200, de 2016⁶, em matéria de relações entre *bis in idem* processual e concurso formal de crimes. Portanto, é necessário, em primeiro lugar, verificar se o *bis in idem* convencional em matéria penal no sentido do art. 4, protocolo 7, da CEDH⁷, tem efetivamente uma interpretação aplicativa mais ampla e favorável ao imputado em relação ao correspondente princípio transposto pelo art. 649 do CPP italiano⁸.

Em segundo lugar, é útil analisar se, com base em uma mais convincente interpretação do art. 649 do CPP italiano (*infra* § 1), em todas as hipóteses de concurso formal de crimes, é possível julgar mais de uma vez a mesma conduta, retendo a equação “fato = conduta + evento + nexo causal”, sobre a qual se apoiam as considerações feitas pela consolidada jurisprudência de legitimidade italiana ao longo dos anos⁹.

Em terceiro lugar, considerada a metamorfose em curso entre as relações entre jurisprudência interna e aquela convencional, entre juízes e lei penal¹⁰, ocor-

5 Ver: JANELLI, Enzo. La cosa giudicata. In: CHIAVARIO, Mario; MARZADURI, Enrico (Org.). *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale, Le impugnazioni*. Torino: Utet, 2005. p. 637 s.

6 No caso, levanta-se questão de legitimidade constitucional do art. 649 do CPP italiano, na parte em que tal disposição limita a aplicação do princípio do *ne bis in idem* ao mesmo fato jurídico, nos seus elementos constitutivos, embora diferentemente qualificado, ao invés do mesmo fato histórico, com referência ao art. 117, inciso 1, da Constituição italiana, em relação ao art. 4 do Protocolo 7 da Convenção Europeia.

7 “1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado. 2. As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afectar o resultado do julgamento. 3. Não é permitida qualquer derrogação ao presente artigo com fundamento no art. 15.º da Convenção.”

8 Sobre isto, ver: *infra* § 2 e Sent. Corte Const. italiana nº 200 de 2016, *Considerato in Diritto*, p. 17 s. (Disponível em: <www.giurcost.it>. Último acesso em: 2 set. 2016).

9 Ver: *infra* §§ 1 e 3.

10 Nesses mesmos termos: CAPRIOLI, Francesco. Giudicato e pena illegale: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale. In: BARGIS, Marta (Org.). *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*. Milano: Giuffrè, 2013. p. 263 s. Útil comparação pode

re também examinar o que acontece na eventualidade em que, como no caso considerado, a disposição normativa interna seja abstratamente suscetível de interpretação convencionalmente conforme¹¹, mas o “direito vivente” representado pela orientação consolidado da Suprema Corte contraste abertamente com os precedentes interpretativos ditados pela Corte EDU¹².

Os problemas aqui delimitados são discutidos também em âmbito jurisprudencial e doutrinário no panorama brasileiro. A delimitação do conteúdo da proibição de dupla persecução penal é objeto de importantes estudos na ciência

ser feita com VICOLI, Daniele. Le ricadute processuali del “caso Schwibbert”: punti fermi e incertezze nelle prime applicazioni della giurisprudenza di legittimità. *IUS* 17, p. 39 s., 2009. Por outro lado, em termos amplos sobre os problemas estruturais concernentes à adaptabilidade da CEDH no ordenamento interno, ver a reconstrução de CAIANIELLO, Michele. Profili critici e ipotesi di sviluppo nell’adeguamento del sistema interno alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo. In: MANES, Vittorio; ZAGREBELSKY, Gustavo (Org.). *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento italiano*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 559 s.

- 11 Na doutrina, sobre a atividade hermenêutica no diálogo entre as cortes, ver: NISTICÒ, Michele. *L’interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*. Torino: Giappichelli, 2015. p. 105 s.; e PISTORIO, Giovanna. *Interpretazione e giudici*. Il caso dell’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012. p. 88-110. Para uma visão panorâmica sobre a Corte de Justiça da UE, ver: POZZO, Barbara. *L’interpretazione della Corte del Lussemburgo del testo multilingue: una rassegna giurisprudenziale*. In: POZZO, Barbara; TIMOTEO, Marina. *Europa e linguaggi giuridici*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 383 s. Em termos mais amplos e abstratos sobre a função da linguagem no processo penal, ver: CAROFIGLIO, Gianrico. Linguaggio e verità. In: CAROFIGLIO, Gianrico. *L’arte del dubbio*. Palermo: Sellerio, 2007. p. 13 s.
- 12 De extrema relevância, a propósito, a sentença da Grande Câmara, 10 de fevereiro de 2009, Zolotoukhine contra Rússia, em que se estabelece que é caracterizável a identidade do fato quando mesma é a ação ou omissão pela qual a pessoa já foi definitivamente julgada. No caso específico, em aplicação dessa orientação, não obstará a proibição de *bis in idem*, nem a diversidade do evento consequente à conduta, nem a configurabilidade de um concurso formal entre crimes. Ver, além disto, a sentença de 4 de março de 2014, Grande Stevens contra Itália; sentença 14 de abril de 2014, Muslija contra Bosnia Erzegovina, parágrafo 34; sentença 14 de abril de 2014, Khmel contra Rússia, parágrafo 65; sentença 23 de setembro de 2015, Butnaru e Bejan-Piser contra România, parágrafo 37 (Disponíveis em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng>>. Último acesso em: 23 out. 2016).

jurídica nacional¹³, além de ensejar casos julgados pelos Tribunais Superiores em diversas situações distintas¹⁴.

Ademais, o debate descrito em relação à conceituação do “fato” a ser perseguido penalmente e à determinação da sua qualificação jurídica aporta importantes consequências também para o estudo da correlação entre a acusação e a sentença, no âmbito dos institutos da *emendatio* e da *mutatio libelli*. A necessidade de uma compreensão ampla do fato penal, abarcando a sua qualificação jurídica como um crime específico a partir do modelo abstrato previsto normativamente, é ponto de intensa divergência doutrinária no cenário pátrio¹⁵.

O desacordo na doutrina brasileira em relação à ocorrência da proibição de dupla persecução (*ne bis in idem*) nos casos de concurso formal de crimes é marcante, de modo que tal assunto, objeto deste estudo a partir do caso italiano narrado, pode aportar contribuições relevantes. Por exemplo, Paulo Rangel afirma que, a partir de exemplo descrito, se com uma conduta o acusado pratica dois homicídios, mas o MP imputa inicialmente somente uma morte, “é um equívoco pensar que o fato de Tício ter sido acusado da morte de Pedro e condenado com sentença transitada em julgado impediria novo processo pela morte também de João”, pois, conforme o autor, “são dois fatos distintos ocorridos no mundo da vida”¹⁶.

Por outro lado, adotando postura que determina uma maior amplitude ao *ne bis in idem*, Gustavo Badaró assevera que, “como ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo fato, e sendo o fato naturalístico um todo incindível, ele deve ser trazido ao processo em sua inteireza, pois não será possível um novo julgamento pelo mesmo fato, ou parcela daquele fato não incluída na denúncia

13 CRUZ, Rogério Schiatti M. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

14 Recentemente, no Superior Tribunal de Justiça: HC 102.244/SP, 5ª Turma, Relª Min. Laurita Vaz, J. 13.10.2009; HC 362.054/PB, 6ª Turma, Rel. Min. Assis Moura, J. 09.08.2016; HC 315.073/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Soares da Fonseca, J. 23.02.2016; HC 307.820/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, J. 01.10.2015; HC 320.626/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Schiatti Cruz, J. 09.06.2015. Já no Supremo Tribunal Federal: HC 97.237/SP, 2ª Turma, Relª Min. Cármen Lúcia, J. 14.05.2013; HC 92.912, 1ª Turma, Relª Min. Cármen Lúcia, J. 20.11.2007; HC 86.606/MS, 1ª Turma, Relª Min. Cármen Lúcia, J. 22.05.2007.

15 BADARÓ, Gustavo H. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 99-138; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1086-1108.

16 RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 204.

ou queixa”¹⁷. Igualmente assumindo tal visão, em exemplo que envolve situação semelhante à descrita por Rangel, Lopes Jr. sustenta que “se mediante uma única ação culposa, Mané atropela 4 pessoas que caminhavam pela margem de uma rodovia, mas a denúncia descreve apenas 3 crimes, não poderá, após a sentença transitar em julgado, ser (novamente) processado em relação ao fato não abrangido pela denúncia”¹⁸.

Portanto, resta claro que o caso italiano exposto neste artigo se mostra fundamentalmente pertinente ao estudo do direito processual penal brasileiro. Os problemas e as teses expostos neste trabalho têm potencial para aportar importantes contribuições ao cenário nacional.

1 BREVE ENQUADRAMENTO SISTEMÁTICO

Como é notório, proibindo o segundo julgamento até mesmo onde o fato seja diferentemente considerado pelo “título” ou pelo “grau”, o art. 649 do CPP italiano exclui que se possa voltar a processar não somente na hipótese na qual o Ministério Público deduza o erro de anterior qualificação jurídica, mas também nos casos em que a conduta objeto do primeiro julgamento seja efetivamente qualificável, em abstrato, a duas *fattispecie* criminosas¹⁹. Conforme a redação original do art. 649, “o imputado absolvido ou condenado com sentença ou decreto penal definitivo não pode ser novamente submetido a processo penal pelo mesmo fato, nem se ele for qualificado diversamente pelo título, pelo grau ou pela circunstância, salvo o disposto nos arts. 69, alínea 2 e 345”.

Como se lembrará, o fenômeno ora descrito se divide nas duas sub-hipóteses de concurso aparente de normas e de concurso formal de crimes (homogêneo ou heterogêneo). No primeiro caso, se verifica aquele que se pode definir como um *bis in idem* substancial: embora a conduta seja abstratamente qualificável em duas ou mais *fattispecie* criminosas, a lei substancial, corretamente compreendida, exige que o seu autor seja punido somente uma vez. No segundo caso, por outro lado, quando uma só conduta origina mais violações da mesma norma penal (concurso homogêneo) ou de diversas normas penais (concurso heterogê-

17 BADARÓ, Gustavo H. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 136. Assim também: SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 192-193.

18 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1116. Adotando visão semelhante na doutrina espanhola: ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho procesal penal*. 6. ed. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 260.

19 Em análise ampla: CAPRIOLI, Francesco. *Sui rapporti tra bis in idem processuale e concorso formale dei reati*. *Giurisprudenza Italiana*, p. 1181 s., 2010.

neo), cada uma delas deve ser punida, ainda que com pena reduzida *ex art.* 81.1 do CP italiano²⁰.

Não se discute que, no primeiro caso (concurso aparente de normas), aplica-se o art. 649 CPP italiano. E não se tem nenhuma dúvida que a aplicação do art. 649 do CPP italiano evita, em alguns casos, também a violação do *bis in idem* substancial. Como sustentado por uma *autorevole* opinião²¹, se pode considerar, “como regra geral, que onde exista o risco de uma violação do *bis in idem* substancial, não possa não operar o *bis in idem* processual”²².

Todavia, “mesmo que se referindo às hipóteses de concurso aparente de crimes, o disposto do art. 649 CPP não pode ser considerado como a simples tradução em termos processuais do princípio do *ne bis in idem* substancial”²³. Isso em relação à proibição de reprocessar pelo mesmo fato “opera até em caso de concurso aparente de normas em relação as quais inexistente o risco de um *bis in idem* substancial”²⁴. Portanto, a relação entre *bis in idem* substancial e *bis in idem* processual parece ser configurável nos seguintes termos: onde ocorre o primeiro

é certamente destinado a operar também o segundo, mas o contrário não é verdadeiro: a proibição de processar novamente responde a exigências garantistas mais amplas em relação àquela que inspiram a proibição de condenar duas vezes o mesmo sujeito por uma conduta qualificável a mais *fattispecies* criminosas embora unitária sobre o perfil do desvalor penal.²⁵

20 Especificamente, ver: CAPRIOLI, Francesco. *Procedura penale dell'esecuzione*. Torino: Giappichelli, 2011. p. 88 s.

21 Nesses termos, CAPRIOLI, Francesco. *Procedura*, cit., p. 88.

22 Idem, *ibidem* (tradução livre).

23 *Ibidem*, p. 89 (tradução livre).

24 *Ibidem*, p. 88 (tradução livre).

25 Idem, *ibidem* (tradução livre). Também nessa mesma direção Franco Cordero (*Procedura penale*. Milano: Giuffrè, 1991. p. 987), segundo o qual “até mesmo os penalistas postulam um *ne bis in idem* [...] [mas] a proibição de um segundo julgamento sobre a *eadem res* tem pouco a dividir, aliás nada, com estas máximas penalísticas (constituem um capítulo da lógica deôntica); é puro fenômeno judiciário, descrito por famosas metáforas: exercitando a ação, o ator a consome” (tradução livre). Acentua também a visão garantista desse princípio: CONSO, Giovanni; GUARINIELLO, Raffaele. L'autorità della cosa giudicata penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 47, 1975. Sobre a correta tese segundo a qual o *bis in idem* represente um efeito do trânsito em julgado da sentença, direcionado a atribuir à decisão do juiz uma característica de intangibilidade, ver: LOZZI, Gilberto. *Voz Giudicato. Enciclopedia del Diritto*, XVII, p. 913, 1969. Sobre isso, na doutrina brasileira: CRUZ, Rogério Schietti M. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 7-10.

Segundo Francesco Caprioli²⁶, demonstrado que o art. 649 do CPP italiano não se aplica somente onde se tenha que resguardar o fato imputado de um passível *bis in idem* substancial, “perde valor – com referência à hipótese de concurso formal de crimes – a tese segundo a qual em tais hipóteses não operaria o *ne bis in idem* processual porque, precisamente, os dois crimes cometidos são autonomamente puníveis”²⁷. De fato, “não importa que os respectivos títulos sejam compatíveis: o argumento pesaria se [o art. 649 CPP italiano] fosse aplicável somente na esfera do art. 15 CP italiano”²⁸. Portanto, no caso de concurso formal de crimes, é proibido, normalmente, proceder por um dos crimes em concurso depois do trânsito em julgado da sentença relativa ao outro. No caso de concurso heterogêneo, isso ocorre no mesmo art. 649 do CPP, na parte em que se julga irrelevante a mudança do título do crime. A esta referida conclusão induz a mesma *ratio* do instituto, que é, como se sabe, aquela de impedir uma reiterada perseguição criminal contra o mesmo sujeito²⁹.

2 APROXIMAÇÕES AO DIREITO VIVENTE SOBRE A NOÇÃO DE “IDEM”: “FATO JURÍDICO” E “FATO HISTÓRICO” ENTRE O ARTIGO 649 DO CPP ITALIANO E O ARTIGO 4 DO PROTOCOLO 7 DA CEDH

Viu-se precedentemente (*supra* § 1) como a mudança do evento do crime em sentido naturalístico, segundo uma correta interpretação do art. 649 do CPP

26 CAPRIOLI, Francesco. *Procedura*, cit., p. 88.

27 Idem, *ibidem* (tradução livre).

28 CORDERO, Franco. *Procedura penale*, 1983, p. 1061 (tradução livre).

29 Sobre as exigências do sistema jurídico italiano subjacentes ao reconhecimento da proibição de duplo processo, ver: LOZZI, Gilberto. *Profili di una indagine sui rapporti tra “ne bis in idem” e concorso formale di reati*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 70; LOZZI, Gilberto. *Voz Giudicato* (dir. pen.). *Enciclopedia del Diritto*, Milano, XVIII, p. 913, 1969; e RIVELLO, Pier P. *Analisi in tema di ne bis in idem*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 482 s., 1991. Acentos diferentes em Giuseppe De Luca (Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata penale. *Rivista proc. Pen.*, p. 201, 1960), o qual sustenta que a “a exigência de economia dos julgamentos faz sim que os dois crimes, do qual deriva o único fato histórico, e, portanto, os dois procedimentos subjetivamente conexos, sejam cumulados em um *simultaneus processus*. Em outras palavras, a exigência de uma economia de julgamentos é tutelada em via preventiva para o cúmulo de procedimentos [...] mas não pode se empurrar até o ponto de deixar impune um crime, quando o cúmulo não seja disposto ou não tenha sido possível ordenar porque, por exemplo, faltavam as provas da existência deste último” (tradução livre). Também: DE LUCA, Giuseppe. *Voz Giudicato*. *Enciclopedia Giuridica*, Roma, v. XV, p. 2, 1988; DE LUCA, Giuseppe. *Sui limiti soggettivi della cosa giudicata penale*. Milano: Giuffrè, 1963.

italiano, não determina uma mudança do “fato”, mas somente uma diferente consideração em relação ao título e/ou ao grau, ou seja, à sua qualificação jurídica. Seria, portanto, “proibido instaurar um novo processo em relação a mesma conduta modificando-o, na imputação, somente o dado relativo ao evento”³⁰. Essa visão, todavia, por anos foi contestada pela jurisprudência de legitimidade italiana.

De fato, segundo a *Corte di Cassazione*, “aos fins da preclusão do *ne bis in idem*, a identidade do fato existe quando tenha correspondência histórico-naturalística na configuração do crime, considerado em todos os seus elementos constitutivos”³¹, isto é: conduta, evento, nexo causal. Mudando o nexo causal ou o evento, mudaria o fato: seria, portanto, aceitável acusar novamente em relação a mesma conduta.

30 CAPRIOLI, Francesco. *Procedura*, cit., p. 88 (tradução livre).

31 Entre as muitas decisões, por exemplo: Cass, 18.04.2008, Agate; Cass., 20.11.2006, Verde; Cass, Sez. un., 28.06.2005, Donati; Cass, 18.01.2005, Romito; Cass., 20.02.2006, Mele. E também ver Cass, 07.03.2014, Tanzi, em Mass. Uff., n. 261937, segundo a qual “aos fins da preclusão conexa ao princípio do *ne bis in idem*”, a identidade do fato existe quando tenha correspondência histórico-naturalística na configuração do crime, tendo que se considerar em todos os seus elementos constitutivos (conduta, evento, nexo causal) e com referência às circunstâncias de tempo, lugar e de pessoa”; Id., Sez. V, 30 outubro 2014, Savani, *ivi*, n. 261364 – *fattispecie*, na qual a Corte excluiu a ocorrência da preclusão derivante da identidade do fato com resguardo ao procedimento relativo ao crime de homicídio preterintencional instaurado em seguida da morte da pessoa ofendida, superveniente depois que o agente foi condenado em relação a mesma conduta pelo crime de lesões pessoais; Id., Sez. II, 6 fevereiro 2015, Alota e outros, *ivi*, n. 263543 – *fattispecie*, na qual a Corte excluiu a violação do *ne bis in idem* no caso de configuração de circunstâncias agravantes não contestadas no primeiro procedimento; Id., Sez. un., 28 de junho de 2005, Donati, *ivi*, n. 231799, a qual, estabelecendo que não pode ser novamente promovida a ação penal por um fato e contra uma pessoa pelos quais um processo esteja já pendente – até mesmo em fases ou graus diferentes – na mesma sede judiciária e sobre iniciativa do mesmo *ufficio* do MP – em modo que no procedimento eventualmente duplicado deve ser determinado o arquivamento, ou, então, se a ação tenha sido exercitada, deve ser revelada com sentença a relativa causa de improcedibilidade –, adere à visão jurisprudencial largamente majoritária, tendente a projetar sobre “fato histórico” as categorias do “fato jurídico”. Veja-se, também, Id., Sez. II, 21 de março de 2013, Cuffaro, *ivi*, n. 255837; Id., Sez. II, 27 de maio de 2010, Rapisarda e outros, *ivi*, n. 247849; Id., Sez. I, 18 de abril de 1995, Lazzarini, *ivi*, n. 201842, segundo a qual “a letra do art. 649 CPP, assim como do art. 90 do Código anterior, é caríssima em limitar o efeito preclusivo do trânsito em julgado aos casos em que o novo procedimento tem por objeto ‘o mesmo fato’ sobre o qual estatuiu a precedente sentença irrevogável. Tal expressão refere-se a todos os elementos constitutivos da *fattispecie* – conduta, evento e nexo de causalidade – e as situações em que tenha completa identidade de condições de tempo, lugar e de pessoa”.

De acordo com a jurisprudência italiana, portanto, quando com uma mesma conduta sejam cometidos dois crimes diferentes em concurso formal, causando eventos naturalísticos diferentes, seria possível proceder em relação a um deles até mesmo quando o outro já tenha constituído o objeto de um julgamento definido por sentença transitada em julgado³². A jurisprudência chega a essas conclusões em tema de relações entre proibição de segundo julgamento e concurso formal de crimes “para justificar a instauração de um novo processo nas hipóteses em que a operatividade do *ne bis in idem* levaria a consequências absurdas”³³.

Vale citar, em relação a isso, pelo menos um exemplo: João é condenado por homicídio por ter causado com a própria conduta a morte de Pedro; subsequentemente ao trânsito em julgado da primeira sentença, emerge que aquela mesma conduta provocou também a morte de Marcus e de Manuel³⁴.

Embora compreensível em suas intenções, a posição da jurisprudência de legitimidade é sujeita, todavia, a pelo menos duas objeções³⁵. Em primeiro lugar, a solução proposta acarreta consequências ao menos discutíveis se transferida ao plano de concurso aparente de normas³⁶. Caso admita-se que, ao mudar o evento, altera-se o “fato” nos sentidos do art. 649 do CPP e cai a proibição de dupla persecução, se deverá considerar legítima a hipótese do assim chamado *crime progressivo*, ou seja, a ação penal exercida pelo crime A que seja em concurso aparente com o crime B, já definitivamente julgado. Como evitar nesse caso uma indevida duplicação da sanção, onde Tício, já condenado por lesões, venha ser sucessivamente condenado também por homicídio, não sendo admitido no sistema italiano aplicar uma pena diminuída àquela já infligida? É o caso de notar,

32 Ver, por exemplo, Cass., 17.12.1996, Pasquini.

33 LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. Torino: Giappichelli, 2010. p. 784 (tradução livre).

34 Por exemplo, “Tício, chefe de trabalho, consente dolosamente que na própria fábrica sejam utilizados materiais de trabalho tóxicos, provocando o envenenamento do operário Manuel. Depois do trânsito em julgado da sentença de condenação, outros operários contraem a doença e morrem” (tradução livre). Assim: CAPRIOLI, Francesco. *Procedura penale dell'esecuzione*. Torino: Giappichelli, 2011. p. 91.

35 Já CAPRIOLI, Francesco. *Sui rapporti tra bis in idem processuale e concorso formale di reati*. *Giurisprudenza Italiana*, p. 1184-1186, 2010; e Id., *Procedura*, cit., p. 92-94.

36 CAPRIOLI, Francesco. *Sui rapporti tra*, cit., p. 1184-1186. Ver, também: CAPRIOLI, Francesco. *Voz Condanna (diritto processuale penale)*. *Enciclopedia del Diritto*, a. II, t. I, p. 101, 2008.

portanto, que essa exegese leva a conclusões que determinam inevitáveis atritos entre *ne bis in idem* processual e *ne bis in idem* substancial³⁷.

Em segundo lugar, admitir o segundo julgamento em hipóteses como essas significa deixar de lado o dado normativo representado pela cláusula “diversamente considerado pelo grau” contida no art. 649³⁸, cujo significado, de fato, a Corte de legitimidade não oferece qualquer explicação convincente.

Na tentativa de enfrentar essas duas objeções e evitar, ao mesmo tempo, as denunciadas consequências aberrantes em termos de justiça substancial que derivariam da exegese do art. 649 do CPP que identifica o fato com a conduta criminosa, Franco Cordero sugere atualizar a equação “fato = conduta” em termos diferentes daqueles sugeridos pela jurisprudência de legitimidade. “Fato” – sustenta o autor – “significa conduta”: mas “essa estrutura nuclear inclui o objeto físico, onde exista um (crimes assim chamados materiais); as condutas transitivas são individuadas daquilo sobre o que esta [conduta] recai”³⁹.

Dessa forma, é possível evitar as consequências aberrantes lamentadas pela jurisprudência em tema de *ne bis in idem* e concurso formal de crimes sem recair na obrigação de ignorar o art. 649 do CPP na parte em que alude ao fato “diversamente considerado pelo título ou pelo grau”, e sem ser forçados (tendo reconduzido o evento dentro da noção de fato) a admitir a inoperabilidade da proibição de dupla persecução nos casos de concurso aparente de normas.

Por sua parte, tentando responder a essas mesmas exigências garantistas, o sistema europeu de direitos humanos (art. 4, protocolo 7, da CEDH) se refere explicitamente à proibição de proceder por uma “infração” em relação a qual o sujeito já tenha sido absolvido ou condenado⁴⁰. A utilização do termo “infração” legitimaria leituras do *bis in idem* sobre a identidade jurídica dos crimes contes-

37 Assim também outros: CORBI, Fabrizio. *L'esecuzione nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 1992. p. 94 s.; CORBI, Fabrizio; NUZZO, Francesco. *Guida pratica all'esecuzione penale*. Torino: Giappichelli, 2003. p. 38; e TRANCHINA, Giovanni. *L'esecuzione*. In: SIRACUSANO, Delfino; GALATI, Antonio; TRANCHINA, Giovanni; ZAPALÀ, Enzo (Org.). *Diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 594.

38 SCARPARONE, Metello. *Procedura penale, II*. Torino: Giappichelli, 2008. p. 299 s.; e CERESA-GASTALDO, Massimo. *Esecuzione*. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta. *Compendio di procedura penale*. Padova: Cedam, 2016. p. 1104 s.

39 CORDERO, Franco. *Procedura penale*, 2006, p. 1224 (tradução livre).

40 Para um estudo pontual sobre a orientação da jurisprudência do TEDH, ver: ALLEGREZZA, Silvia. Artigo 4, prot. 7. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; ZAGREBELSKI, Gustavo. *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2012, p. 897 s.

tados, considerando que a garantia não opere em caso de diversidade abstrata dos ilícitos.

A esse propósito, antes da sentença Zolotoukhine contra Rússia do dia 10 de fevereiro de 2009⁴¹, os ditames provenientes do TEDH militavam em direção oposta. Segundo essa postura interpretativa, a proibição de duplo julgamento ocorreria, em âmbito convencional, a partir do momento em que o segundo processo se baseie sobre fatos históricos idênticos sobreponíveis em relação àqueles que foram objeto do primeiro processo. Não se deve atribuir nenhuma relevância à diferente qualificação jurídica: não importa a relação entre normas, mas a avaliação dos fatos. Dessa forma, a Corte europeia visa a reforçar duas garantias: o direito de não ser indevidamente perseguido penalmente; o direito de não ser julgado e punido pelos mesmos fatos já anteriormente avaliados por um órgão judicante nacional. Trata-se, portanto, de uma proibição de dupla “ação”, antes mesmo que de duplo processo.

Seguindo essa mesma perspectiva, a sentença Donati das Seções Unidas da Suprema Corte italiana chegou a legitimar a ampliação para horizontes mais garantistas em tema de *bis in idem*. Porém, na visão da Corte italiana, essas premissas eram limitadas a casos de potenciais duplicações de procedimentos pendentes diante de juízes pertencentes ao mesmo *ufficio* judiciário.

Todavia, aderindo plenamente a essa noção substancialista de “mesmo fato” sustentada pelo TEDH, poderia ter sido ampliada a força extensiva das afirmações expostas na sentença Donati pela Suprema Corte italiana, ou seja, seria possível impedir o exercício da ação penal em relação ao mesmo fato até mesmo em ausência de uma sentença passada em julgado. Relevante nesse ponto parece ser a sentença do TEDH de 23 de junho de 2015, no Caso Butnaru et Bejan Piser c. Romania, em que se reafirma com força as posições expressas nos próprios precedentes jurisprudenciais, sublinhando que o *ne bis in idem* processual tende a proibir, além do duplo julgamento, a instauração de um duplo processo.

3 O “CASO ETERNIT-BIS”

Com a decisão de 24 julho de 2015, o juiz da audiência preliminar do Tribunal de Torino questiona a legitimidade constitucional do art. 649 do CPP italiano, segundo a constante e unívoca interpretação deste último oferecida pela jurisprudência da *Corte di Cassazione*⁴². Em particular, o juiz solicita ao Tribunal

41 TEDH, Grande Câmara, Serguei Zolotoukhine, cit.

42 Para uma pontual reconstrução do caso objeto de análise, ver, por exemplo: ZIRULIA, Stefano. Processo Eternit: il dispositivo della sentenza d'appello. *Diritto Penale*

Constitucional para que se pronuncie sobre a possível violação do art. 117, 1º inciso, Const., em relação ao *bis in idem* estabelecido pelo art. 4, prot. 7, da CEDH a respeito do art. 649 do CPP italiano. O juiz considera, portanto, que existe um contraste entre a norma processual interna, conforme a interpretação da Suprema Corte na parte em que limita a aplicação do *bis in idem* processual somente aos procedimentos penais definitivos que tenham tido como objeto o mesmo “fato jurídico”; e, por outro lado, a jurisprudência do TEDH, sobre a qual o princípio em questão deveria ser estendido até mesmo aos processos em que o imputado tenha sido chamado a responder pelo mesmo “fato histórico” colocado sucessivamente como base da segunda acusação.

A particularidade é caracterizada, portanto, pela circunstância de que o contraste entre norma interna e norma convencional (esta última possuidora de parâmetro interposto de constitucionalidade a partir do art. 117, inciso 1, Const.) existe em razão de que os órgãos encarregados a efetuar a uniformização no sistema interno e supranacional divergem em modo evidente sobre a extensão que se deve atribuir à proibição de dupla persecução em matéria penal.

A situação processual sobre a qual nasce o caso em exame é inerente ao processo penal atualmente em curso diante do juiz de Torino, que vê como único imputado Stephan Schmidheiny, o qual – em qualidade de responsável pela gestão da sociedade dependente do grupo Eternit Spa, exercendo a atividade de produção e elaboração de amianto – teria causado, na visão acusatória, voluntariamente e por mera finalidade lucrativa, a morte de 258 pessoas (entre trabalhadores, habitantes da zona situada em proximidade aos estabelecimentos).

Todavia, anteriormente Stephan Schmidheiny já tinha sido chamado a responder por condutas que, como evidenciado, se demonstraram ser quase totalmente identificáveis àquelas que são objeto do segundo processo. De fato, em 2009, o réu foi submetido a julgamento pelos crimes de desastre doloso inominado, agravado pela verificação do desastre, e omissão dolosa de cautelas contra os infortúnios no trabalho, agravado pela sua realização.

O caso processual delineado, todavia, conclui-se com a declaração de extinção de ambas imputações pela ocorrência da prescrição dos crimes. Subse-

Contemporaneo, 5 giugno 2013; ZIRULIA, Stefano. Processo Eternit: a che punto siamo? *Diritto Penale Contemporaneo*, p. 1 s., 2013; ZIRULIA, Stefano. Caso Eternit: luci ed ombre nella sentenza di condanna in primo grado. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 471-509, 2013; e ZIRULIA, Stefano. *Ne bis in idem*: la Consulta dichiara l’illegittimità dell’art. 649 CPP nell’interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit *bis* prosegue). *Diritto Penale Contemporaneo*, 24 luglio 2016.

quentemente, seguiu-se um intenso debate jurídico e midiático sobre as múltiplas perspectivas, humanas e jurídicas, ligadas ao “Caso Eternit”.

Em seguida, concluído o primeiro processo, o Ministério Público de Torino decide modificar a qualificação jurídica dos acontecimentos concretos, imputando a Schmidheiny o diferente e mais grave crime de homicídio doloso. Isso se deu com a razoável convicção de que uma simples requalificação normativa dos fatos fosse suficiente para superar o obstáculo representado pela proibição de *bis in idem*. Por outro lado, dita visão era amplamente amparada pela consolidada orientação jurisprudencial italiana, tendente a excluir, aos fins da caracterização do *ne bis in idem*, a identidade dos fatos diante de condutas identificáveis entre elas.

Ora, é facilmente perceptível a estratégia processual utilizada pelo órgão da acusação piemontes no primeiro processo: a imputação do crime de homicídio teria requerido a demonstração do nexo causal intercorrente entre a exposição às fibras de amianto e os inúmeros eventos-morte verificados ao longo dos anos. Diante de tal obstáculo, que certamente teria alongado os tempos processuais, foi feita uma escolha processualmente mais “cômoda”, preferindo a opção da imputação de um crime de perigo cuja prova seria mais fácil.

Por sua parte, durante o processo Eternit-*bis*, e, em específico, durante a fase da audiência preliminar, a defesa do imputado avaliou como adequado o momento para requerer a revisão dessa interpretação restritiva e muito pouco garantista por parte da acusação, formulando ao juiz *a quo* dois pedidos alternativos. Em primeiro lugar, a defesa requereu a pronúncia sentença de *non luogo a procedere ex arts. 425 e 649* do CPP italiano por violação da proibição do *bis in idem*, tratando-se dos mesmos fatos do primeiro processo, embora diferentemente qualificados juridicamente. Em segundo lugar, em via subordinada, a defesa pediu um reenvio prejudicial à Corte de Justiça da União Europeia, para que essa última se pronunciasse sobre a correta interpretação atribuível ao art. 50 da Carta de Nizza.

Ao decidir, o juiz piemontes negou a segunda solicitação da defesa, afirmando que os fatos considerados não entravam na esfera de competência de aplicação do diretiva UE e que, portanto, não era pertinente ao caso a eventual aplicação da Carta de Nizza. Por outro lado, o magistrado adotou as considerações da defesa em relação ao *idem* dos fatos contidos nas duas imputações, revelando a existência de um contraste entre a norma nacional contida no art. 649 do CPP, assim como pacificamente interpretada pela *Corte di Cassazione*, e o art. 4, do protocolo 7, da CEDH, sobre a interpretação consolidada da Corte de

Estrasburgo⁴³. De fato, a disposição convencional impede processar novamente o mesmo sujeito por fatos que se revelem idênticos ou substancialmente correspondentes àqueles na origem do primeiro crime. Daqui nasce o contraste enfocado sobre a noção de “mesmo fato” com a consequente proposição da questão de legitimidade constitucional do art. 649 do CPP italiano.

Esclarecidos, portanto, os termos gerais das questões sobre as quais a Corte Constitucional italiana foi chamada a se pronunciar, em seguida analisa-se a sua decisão.

4 A SENTENÇA CORTE CONST. N° 200, DE 2016

Com a Sentença n° 200/2016, a Consulta se alinhou à jurisprudência de Estrasburgo e optou pela solução do “fato histórico”, declarando a ilegitimidade do art. 649 do CPP italiano⁴⁴. A pergunta, portanto, é: Em face da declaração de ilegitimidade constitucional do critério do *idem* legal, o processo *Eternit-bis* pode prosseguir ou deve ser considerado um *bis in idem*?

A resposta mais plausível é considerar que se pode prosseguir, pelo menos em parte. Sobre esse ponto é relevante a passagem na qual a Corte Constitucional declarou, até mesmo diante da ausência de unívocas indicações de finais divergentes na jurisprudência do TEDH, que na definição do conceito de “fato histórico” concorrem não somente a conduta do réu, mas também o evento e o nexos causal (ver: §§ 4-5 do *Considerato in Diritto*). Em coerência com tal princípio, a Corte Constitucional instruiu o juiz remetente da seguinte forma:

Com base na tríade conduta-nexo causal-evento naturalístico, o magistrado pode afirmar que o fato objeto do novo julgamento é o mesmo somente se considerar a coincidência de todos esses três elementos, assumidos em uma dimensão empírica, de modo que não deveriam existir dúvidas sobre a diversidade dos fatos, por exemplo, quando de uma única conduta derive a morte

43 Sobre a obrigação do juiz nacional de verificar a existência de uma orientação consolidada do TEDH aos fins do dever de conformação do direito nacional, ver: Corte Const. n° 49, de 2015 (Disponível em: <<http://www.giurcost.it/>>. Último acesso em: 23 out. 2016). Nessa ocasião, a Corte afirma “o predomínio axiológico” da Constituição sobre a CEDH e que “somente no caso em que se encontre diante de um ‘direito consolidado’ ou um *leading case*, o juiz italiano será vinculado a receber a norma individuada pelo TEDH, adequando a esta o seu critério de julgamento para superar eventuais contrastes sobre uma lei interna, principalmente por meio de qualquer instrumento hermenêutico a sua disposição, ou então, se isto não fosse possível, recorrendo ao incidente de legitimidade constitucional” (tradução livre).

44 Sobre o tema, ver também: LABIANCA, Daniele. *Ne bis in idem*: una questione “eterna” all’esame della Corte costituzionale. *Archivio Penale*, 2, p. 1 s., 2016.

ou a lesão da integridade física de uma pessoa não considerada no precedente julgamento, e portanto um novo evento em sentido histórico.⁴⁵

Dessa passagem se pode concluir que o *bis in idem* certamente não subsiste com referência às 72 pessoas ofendidas no procedimento Eternit-*bis* (sobre 258 totais) que não apareciam entre as vítimas na primeira acusação, e que, portanto, pelo menos em relação a essas, o posterior processo por homicídio voluntário poderá continuar.

Como é notório, a disposição convencional impede de processar novamente o mesmo sujeito por fatos que se revelem idênticos ou “substancialmente” correspondentes àqueles na origem do primeiro crime. Disso decorre o debate enfocado sobre a noção de “mesmo fato”, com a subsequente proposição da questão de legitimidade constitucional do art. 649 do CPP. Nessa hipótese, o juiz conclui, em concordância com o requerido em via principal pela defesa, que naquele caso concreto os fatos materiais são os mesmos já avaliados no primeiro processo, por diversas razões.

Em primeiro lugar, idêntica é a qualificação subjetiva revestida pelo imputado no grupo Eternit. Idênticos são os quatro estabelecimentos produtivos onde teriam ocorrido os fatos imputados, além da parcial coincidência entre os sujeitos cuja influência teria agravado os crimes contestados no primeiro processo e as pessoas ofendidas pelo crime de homicídio doloso. E, ainda, reforçando a visão do juiz da audiência preliminar, nota-se que no primeiro processo os juízes consideraram existente o dano causado pela conduta do réu, pois foi decidido que os casos de *mesotelioma pleurico* dos quais eram afetos os cidadãos residentes nas zonas limítrofes eram axiologicamente reconduzíveis à exposição ao amianto produzido nos estabelecimentos.

A lógica conclusão do *iter* argumentativo, seguido pelo órgão julgante, deveria ser a pronúncia de sentença de *non luogo a procedere*⁴⁶ por não procedibi-

45 *Considerato in Diritto*, p. 28 (tradução livre).

46 No ordenamento jurídico italiano, a fórmula de absolvição é uma das duas espécies de *proscioglimento* (a outra é a fórmula “não se deve prosseguir” ex art. 529 do CPP italiano) com a qual o juiz declara o imputado não culpado em relação aos fatos objeto da imputação. A diferença substancial em relação à fórmula de “não se deve prosseguir” consiste no fato de que na sentença de absolvição o juiz realiza um *accertamento* sobre a existência ou inexistência do fato criminoso atribuído ao imputado e conclui que nesse caso o imputado não pode ser condenado; com a fórmula “não se deve prosseguir” o juiz *proscioglie* o imputado sem entrar no mérito do objeto do processo. Em particular, os motivos pelos quais o juiz utiliza uma fórmula de absolvição podem ser cinco, os quais são elencados no art. 530 do CPP italiano: (1) porque o fato não subsiste; (2) porque o imputado não cometeu

lidade da ação penal, tendo sido o imputado já julgado, pelos mesmos fatos, com sentença penal irrevogável. Todavia, segundo o juiz de Torino, para isso obstam dois empecilhos incontornáveis.

Em primeiro lugar seria representado pela jurisprudência da *Corte di Cassazione*, a qual limita a operatividade do *ne bis in idem* em relação aos *standards* supranacionais, considerando que, “mesmo diante de uma formulação literal da norma claramente voltada a comparar o fato histórico, o direito vivente [interno] exigiria, em sentido diverso, a identidade do fato jurídico, ou seja, ‘a coincidência de todos os elementos constitutivos do crime e dos bens jurídicos’”⁴⁷; não operando essa regra nos casos de mera identidade dos fatos históricos objetos de subsequentes e diferentes imputações, formalizadas e examinadas em dois distintos processos.

Além disso, “a Convenção impõe aos Estados membros aplicar a proibição de *bis in idem* com base em uma concepção naturalística do fato, mas não de restringir a este último na esfera somente da ação ou omissão”⁴⁸. Subsequentemente, resulta que, segundo a Corte, inexistente o primeiro perfil de contraste apontado pelo juiz *a quo* entre o art. 649 do CPP e a normativa convencional, visto que ambas recebem o critério do *idem factum* como conceito que abarca “conduta + nexo causal + evento”. Nessa primeira perspectiva, a questão de legitimidade foi, portanto, considerada infundada.

o fato; (3) porque o fato não constitui crime; (4) porque o fato não é previsto pela lei como crime; (5) porque o crime foi cometido por uma pessoa não imputável ou não punível por uma outra razão. Em específico, as duas primeiras fórmulas (porque “o fato não subsiste” e porque “o imputado não cometeu o fato”) caracterizam a assim chamada absolvição plena, porque libera completamente o imputado de qualquer responsabilidade, enquanto a fórmula de absolvição porque “o fato não constitui crime” *se utiliza* diante de causas que excluem a antijuridicidade do fato, transformando-o em lícito. Por outro lado, a fórmula porque “o fato não é previsto pela lei como crime” configura uma mera absolvição *in iure*, e, portanto, em face da lei; enquanto a fórmula porque “o crime foi cometido por uma pessoa não imputável ou não punível por outra razão” representa evidentemente a forma de absolvição mais desfavorável para o réu. Para uma ampla reconstrução sistemática do julgamento penal italiano, ver: ILLUMINATI, Giulio. Il giudizio. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta. *Compendio di procedura penale*. Padova: Cedam, 2016. p. 689 s.; e, em geral: GIALUZ, Mitja. The Italian code of criminal procedure: a reading guide. In: GIALUZ, Mitja; LUPARIA, Luca; SCARPA, Francesco. *The Italian code of criminal procedure. Critical Essays and English Translation*. Milano: Cedam, 2014. p. 17 s.

47 *Considerato in Diritto*, p. 12-13 (tradução livre).

48 *Ibidem*, p. 18 (tradução livre).

A tese do juiz remetente vem, por outro lado, endossada pela Corte Constitucional na parte em que revela o contraste entre o art. 649 do CPP e o art. 4, prot. 7, da CEDH, o que acarreta questionamento da regra definida pelo direito vivente nacional que impede o princípio do *ne bis in idem*, em que o crime já julgado seja cometido em concurso formal com aquele objeto de nova iniciativa do Ministério Público, ainda que haja identidade do fato.

Em segundo lugar, como atesta a Corte, o direito vivente consolidou o perfil substancial do concurso formal de crimes com aquele processual do *ne bis in idem*, exonerando o juiz de verificar a identidade empírica do fato para aplicação do art. 649 do CPP. Nessa perspectiva, portanto, a Corte considera fundada a questão, não impondo ao juiz, todavia, aplicar automaticamente o *bis in idem* pela exclusiva razão de que os crimes concorram formalmente:

A existência ou não do concurso formal entre os crimes objeto da *res iudicata* e da *res iudicanda* é um fator não determinante da aplicação do art. 649 CPP, uma vez que esta disposição seja reconduzível à conformidade constitucional, e a não influência joga em ambas as direções porque é permitido, mas não é prescrito, ao juiz excluir a igualdade do fato, onde os crimes foram cometidos em concurso formal. Aos fins da decisão sobre a aplicabilidade da proibição do *bis in idem* é relevante de fato somente o juízo sobre o fato histórico.⁴⁹

A violação se origina, segundo o juiz remetente, não de uma diferença na redação das duas normas, o art. 649 do CPP e o art. 4 do protocolo 7 da CEDH, cujas formulações são identificáveis, ao passo que ambas proíbem a submissão de um sujeito já julgado com sentença definitiva a um novo processo penal pelo mesmo fato, mas à distinta extensão dada ao princípio: a *Corte di Cassazione* e o TEDH adotam visões diametralmente opostas sobre o “mesmo fato” ao qual se vale em um segundo processo penal, determinando a violação do princípio em questão.

A jurisprudência da *Corte di Cassazione* é, de fato, absolutamente unívoca, como demonstrado pelas numerosas pronúncias citadas na *ordinanza* do juiz remetente⁵⁰, quando circunscreve a aplicação do princípio do *ne bis in idem* somente aos casos nos quais se encontre a coincidência do “fato jurídico”, ou seja, da *fattispecie* abstrata, compreensiva de todos os elementos constitutivos do crime e dos bens jurídicos tutelados. Consequentemente, se o mesmo fato material, pelo

49 Ibidem, p. 13 (tradução livre).

50 Ver, por exemplo, Corte Const. n° 1, de 1969; em seguida, Sentença n° 219, de 2008 (Disponíveis em: <<http://www.giurcost.it/>>. Último acesso em: 23 out. 2016); LAVARINI, Barbara. Artigo 649. In: BELLUTA, Hervé; GIALUZ, Mița; LUPARIA, Luca. *Codice sistematico di procedura penale*. Torino: Giappichelli, 2016. p. 626 s.

qual um sujeito tenha sido julgado, resulte em um segundo momento qualificável também em uma diversa *fattispecie* abstrata, e, portanto, em um diverso “fato jurídico”, o início do novo processo pelo diferente crime não constituirá violação do *ne bis in idem*.

A bem ver, isso equivale a sustentar a absoluta não operatividade da proibição do *bis in idem* em caso de concurso formal de crimes: se, de fato, com uma mesma ação ou omissão se violam mais normas jurídicas, não somente se poderá proceder à simultânea acusação das diferentes violações, mas será também possível as suas persecuções separadas no curso de tantos processos subsequentes quantas forem as normas violadas, sem por isso violar o dispositivo do art. 649 do CPP italiano, exatamente porque os elementos constitutivos e os bens jurídicos tomados em consideração serão necessariamente diferentes de um processo a outro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sobre a orientação da *Corte di Cassazione* em tema de relações entre *bis in idem* processual e concurso formal de crimes, debate retomado pela Corte Constitucional com a sentença em análise, mostra-se necessária uma última consideração. Depois de ter afirmado que “a preclusão com base no art. 649 CPP não pode ser invocada no caso em que se configure a hipótese de concurso formal, pois a *fattispecie* pode ser reexaminada sobre o perfil de uma diferente violação de lei derivada do mesmo fato”⁵¹, a Corte Constitucional reafirmou que tal princípio de direito vale “com o único e razoável limite de que o segundo julgamento se ponha em uma situação de incompatibilidade lógica com o primeiro: isso poderia se verificar quando no primeiro julgamento seja declarada a insubsistência do fato ou a não comissão deste por parte do imputado”⁵².

Segundo a Corte, em outras palavras, nada impediria de processar Tício pelo crime A cometido em concurso formal com o crime B já definitivamente julgado, embora tratando-se da mesma conduta: mas se, no processo concernente o crime B, a conduta constitutiva de A e B fosse considerada inexistente ou não imputável a Tício – com conseqüente absolvição do imputado com as fórmulas “porque o fato inexistente” ou “por não ter cometido o fato” –, retornaria a operar a proibição de segundo julgamento com referência ao crime A.

Trata-se de uma especificação que revela a fragilidade e a contrariedade da posição amplamente assumida na matéria pela jurisprudência italiana ao longo

51 Cass., 02.04.2004, Aldini (tradução livre).

52 Idem, ibidem (tradução livre).

dos anos. Se realmente o A e B fossem diferentes no sentido do art. 649 do CPP italiano, por que deveria ter relevância, no processo concernente ao segundo destes, a declaração de inexistência do primeiro? “Sobre fatos diversos inexistente *bis in idem*; dada essa premissa, N pode ser processado sobre Y, de qualquer forma resulte julgado sobre X; por outro lado, se exclui um segundo julgamento do absolvido com dadas fórmulas; portanto estamos diante do mesmo fato”⁵³.

O exame da jurisprudência interna e convencional, portanto, conduz inevitavelmente o juiz a revelar a existência de um contraste entre o *ne bis in idem* interno a partir do art. 649 do CPP italiano e o *ne bis in idem* convencional, previsto no art. 4, prot. 7, da CEDH.

De fato, o conceito de *idem factum* no sentido do art. 4, prot. 7, CEDH, adverte a Corte, não deve ser circunscrito somente à conduta do agente compreendida qual ação ou omissão, tendo que abranger o objeto físico da conduta e também o evento, desde que transposto com rigor somente na dimensão material:

Com base na tríade conduta-nexo causal-evento naturalístico, o juiz pode afirmar que o fato objeto do novo julgamento é o mesmo somente caso se encontre a coincidência de todos esses elementos, assumidos em uma dimensão empírica, de forma que não deveriam existir dúvidas, por exemplo, sobre a diversidade dos fatos, quando de uma única conduta derive a morte ou a lesão da integridade física de uma pessoa não considerada no precedente julgamento, e portanto um novo evento em sentido histórico.⁵⁴

Note-se: a presumida violação da CEDU, no raciocínio do judicante, não consistiria na incompatibilidade abstrata entre as formulações expressas das duas disposições normativas, mas na divergência hermenêutica consequente às diferentes posições assumidas pela *Corte de Cassazione* e pelo TEDH em relação à noção de “mesmo fato”. Consideração, esta última, que poderia (ou deveria?) ter levado o juiz requerente a escolher a via da interpretação convencionalmente conforme do enunciado normativo, para resolver ele mesmo o possível contraste e consentir a introdução direta, no ordenamento nacional, dos princípios da CEDH em tema de *ne bis in idem*.

No caso do art. 649 do CPP, porém, como dito anteriormente, não é o texto da disposição que inibe a interpretação convencionalmente conforme, mas a postura consolidada pela própria *Cassazione*, concernente a um específico aspecto da disposição em análise: uma diferença que não conta pouco, que teria consentido

53 CORDERO, Franco. *Procedura penale*, 2006, p. 1229 (tradução livre).

54 *Considerato in Diritto*, p. 13 (tradução livre).

ao judicante o recurso a soluções mais alinhadas com os princípios constitucionais em matéria processual.

REFERÊNCIAS

- ALLEGREZZA, Silvia. Art. 4, prot. 7. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; ZAGREBELSKI, Gustavo. *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2012, p. 897 s.
- ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho procesal penal*. 6. ed. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- BADARÓ, Gustavo H. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- CERESA-GASTALDO, Massimo. Esecuzione. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta. *Compendio di procedura penale*. Padova: Cedam, 2016. p. 1104 s.
- CAIANIELLO, Michele. *Ne bis in idem* e illeciti tributari per omesso versamento dell'iva: il rinvio della questione alla corte costituzionale. *Diritto Penale Contemporaneo*, 18 maggio 2015.
- _____. Profili critici e ipotesi di sviluppo nell'adeguamento del sistema interno alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. In: MANES, Vittorio; ZAGREBELSKY, Gustavo (Org.). *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 559 s.
- CAPRIOLI, Francesco. Voz Condanna (diritto processuale penale). *Enciclopedia del Diritto*, a. II, t. I, p. 101, 2008.
- _____. Giudicato e pena illegale: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale. In: BARGIS, Marta (Org.). *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*. Milano: Giuffrè, 2013. p. 263 s.
- _____. Sui rapporti tra *bis in idem* processuale e concorso formale dei reati. *Giurisprudenza Italiana*, p. 1181 s., 2010.
- CAPRIOLI, Francesco; VICOLI, Daniele. *Procedura penale dell'esecuzione*. Torino: Giappichelli, 2011.
- CAROFIGLIO, Gianrico. Linguaggio e verità. In: CAROFIGLIO, Gianrico. *L'arte del dubbio*. Palermo: Sellerio, 2007. p. 13 s.
- CONSO, Giovanni; GUARINELLO, Raffaele. L'autorità della cosa giudicata penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 47, 1975.
- CORBI, Fabrizio. *L'esecuzione nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 1992.
- CORBI, Fabrizio; NUZZO, Francesco. *Guida pratica all'esecuzione penale*. Torino: Giappichelli, 2003.
- CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Giuffrè, 1983.
- _____. *Procedura penale*. Milano: Giuffrè, 1991.
- _____. *Procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2006.
- CRUZ, Rogério Schietti M. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DE LUCA, Giuseppe. Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata penale. *Rivista di Procedura Penale*, p. 201, 1960.
- _____. *Sui limiti soggettivi della cosa giudicata penale*. Milano: Giuffrè, 1963.
- _____. Voz Giudicato. *Enciclopedia Giuridica*, Roma, v. XV, p. 2, 1988.
- GIALUZ, Mitja. The Italian code of criminal procedure: a reading guide. In: GIALUZ, Mitja; LUPARIA, Luca; SCARPA, Francesco. *The Italian code of criminal procedure. Critical Essays and English Translation*. Milano: Cedam, 2014. p. 17 s.
- ILLUMINATI, Giulio. Il giudizio. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta. *Compendio di procedura penale*. Padova: Cedam, 2016. p. 689 s.
- JANELLI, Enzo. La cosa giudicata. In: CHIAVARIO, Mario; MARZADURI, Enrico (Org.). *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale, Le impugnazioni*. Torino: Utet, 2005. p. 637 s.
- LABIANCA, Daniele. *Ne bis in idem*: una questione "eterna" all'esame della Corte costituzionale. *Archivio Penale*, 2, p. 1 s., 2016.
- LAVARINI, Barbara. Artigo 649. In: BELLUTA, Hervé; GIALUZ, Mitja; LUPARIA, Luca. *Codice sistematico di procedura penale*. Torino: Giappichelli, 2016, p. 626 s.

- _____. Il *ne bis in idem* convenzionale e “doppio binario” sanzionatorio: il problema del “doppio giudicato”. *La Legislazione Penale*, 14 marzo 2016.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. Torino: Giappichelli, 2010.
- _____. *Profili di una indagine sui rapporti tra “ne bis in idem” e concorso formale di reati*. Milano: Giuffrè, 1974.
- _____. *Voz Giudicato (dir. pen.)*. *Enciclopedia del Diritto*, Milano, XVIII, p. 913, 1969.
- NISTICÒ, Michele. *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*. Torino: Giappichelli, 2015.
- PISTORIO, Giovanna. *Interpretazione e giudici*. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012.
- POZZO, Barbara. L'interpretazione della Corte del Lussemburgo del testo multilingue: una rassegna giurisprudenziale. In: POZZO, Barbara; TIMOTEO, Marina. *Europa e linguaggi giuridici*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 383 s.
- RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012.
- RIVELLO, Pierpaolo. Analisi in tema di *ne bis in idem*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 482 s., 1991.
- SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SCARPARONE, Metello. *Procedura penale*, II. Torino: Giappichelli, 2008.
- TRANCHINA, Giovanni. L'esecuzione. In: SIRACUSANO, Delfino; GALATI, Antonio; TRANCHINA, Giovanni; ZAPALÀ, Enzo (Org.). *Diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 2001.
- VICOLI, Daniele. Le ricadute processuali del “caso Schwibbert”: punti fermi e incertezze nelle prime applicazioni della giurisprudenza di legittimità. *IUS 17*, p. 39 s., 2009.
- VIGANÒ, Francesco. A never-ending story? Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato. *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 ottobre 2016.
- _____. Doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem*: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? *Diritto Penale Contemporaneo*, 3-4, p. 219 s., 2014.
- _____. Doppio binario sanzionatorio e *ne bis in idem*: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte Edu). *Diritto Penale Contemporaneo*, 3-4, p. 219 s., 2014.
- _____. *Ne bis in idem* e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani. *Diritto Penale Contemporaneo*, 8 febbraio 2016.
- _____. Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei “fratelli minori” di Scoppola. *Diritto Penale Contemporaneo*, 1, p. 250 s., 2014.
- ZIRULIA, Stefano. Processo Eternit: il dispositivo della sentenza d'appello. *Diritto Penale Contemporaneo*, 5 giugno 2013.
- _____. Caso Eternit: luci ed ombre nella sentenza di condanna in primo grado., *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 471-509, 2013.
- _____. *Ne bis in idem*: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 CPP nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit *bis* prosegue). *Diritto Penale Contemporaneo*, 24 luglio 2016.
- _____. Processo Eternit: a che punto siamo? *Diritto Penale Contemporaneo*, p. 1 s., 2013.