

## § 36.

### *Ne bis in idem* (Art. 103 III GG)

#### GRUNDGESETZ

##### *Artigo 103 (Direitos fundamentais do acusado)*

(1) ...

(2) ...

(3) Ninguém pode ser condenado mais de uma vez por causa da prática do mesmo ato com base em leis penais gerais

#### 131. BVERFGE 23, 191

(DIENSTFLUCHT)

#### Reclamação Constitucional contra decisão judicial 07/03/1968

##### MATÉRIA:

Trata-se da decisão conjunta de 8 Reclamações Constitucionais movidas contra vários tribunais, que condenaram, pela segunda vez, os reclamantes pela contravenção de **deserção da prestação do serviço** (*Dienstflucht*) civil substitutivo ao serviço militar, definida em lei especial (*ErsDiG – Ersatzdienstgesetz*), fundamentando suas decisões condenatórias na suposta natureza de delito continuado da recusa na prestação do serviço substitutivo.

O TCF reconheceu nas decisões impugnadas a violação do princípio *ne bis in idem*, tal qual consagrado no Art. 103 III GG, revogando todas as decisões impugnadas. Na fundamentação, os efeitos do Art. 4 GG (liberdade de consciência, confissão e crença)

desempenharam um papel relevante na definição da unicidade da ação, tomada erroneamente como delito continuado pelos tribunais ordinários.

1. O mesmo delito na acepção do Art. 103 III GG também está presente quando o repetido não cumprimento de uma convocação para o serviço civil substitutivo [ao serviço militar] se deve a uma decisão de consciência do acusado, tomada definitivamente e com efeito contínuo; uma condenação por deserção ocorrida nesse interregno não se opõe a isto [a este reconhecimento].

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 7 de março de 1968  
- 2 BvR 354, 355, 524, 566, 567, 710/66 e 79, 171, 431/67 -  
(...)

## RAZÕES

### A. - I.

1. Os reclamantes são membros da comunidade religiosa das Testemunhas de Jeová e reconhecidos como recusantes da prestação do serviço militar [ainda chamados, na verdade, de recusantes do serviço de guerra – *Kriegsdienstverweigerer*). Visto que os mesmos não seguiram sua convocação para o cumprimento do serviço civil substitutivo, foram condenados pelos tribunais penais competentes por [crime de] deserção segundo a Lei do Serviço Substitutivo Civil (§ 37 da Lei de 13 de janeiro de 1960 – BGBl. I, p. 10 – e § 53 da Lei na redação de 16 de julho de 1965 – BGBl. I, p. 984), a seguir: ErsDiG - a penas de detenção entre 2 e 8 meses. Os reclamantes cumpriram inteiramente essa primeiras penas.
2. Em parte, após o trânsito em julgado de seus processos penais, em parte, durante ou após o cumprimento das penas, os reclamantes foram, pelo Ministro do Trabalho, como órgão competente para a convocação para o serviço substitutivo civil, novamente intimados do chamamento [concreto] para o início do serviço ou de um novo aviso de convocação, que eram [administrativamente] sujeitos à impugnação. Uma vez que os reclamantes novamente não iniciaram o serviço substitutivo civil, eles foram novamente acusados de deserção (*Dienstflucht*) pelo Ministro do Trabalho e condenados:
  - a) – h) (...).

3. (...).

## II. – III. (...)

## B. (...)

## C.

1. As decisões impugnadas violam o direito dos reclamantes previsto no Art. 103 III GG. De acordo com dispositivo constitucional, ninguém poderá, com base nas leis penais gerais, ser punido mais do que uma vez pelo mesmo ato .

1. a) A norma jurídica “*ne bis in idem*” valeu desde sempre como preceito fundamental do direito processual penal. Ela foi claramente reconhecida pela jurisprudência como direito vigente para as decisões judiciais (*Urteile*) prolatadas com base em audiência (debate oral). Ela adquiriu por intermédio do Art. 103 III GG status constitucional.

O princípio “*ne bis in idem*” exclui a persecução penal repetida do mesmo ato que fora objeto do primeiro julgamento; por outro lado, quando uma outra ação está em questão, o princípio não se torna aplicável pelo fato de que este ato e o primeiro tenham a mesma natureza. Decisivo é o processo histórico ao qual a acusação [denúncia] e a decisão judicial de [seu] recebimento [*Eröffnungsbeschluss*] se referem, e no qual o acusado teria cometido ou participado de uma conduta tipificada. (...).

b) Quando se tomam por base esses princípios da interpretação do Art. 103 III GG, desenvolvidos antes da entrada em vigor da *Grundgesetz*, não se pode ignorar que, com a entrada em vigor da *Grundgesetz*, este antigo direito existente passou a ser orientado, em seu conteúdo, pela ordem axiológica objetiva da *Grundgesetz* (BVerfGE 7, 198 [205]). Portanto, estes princípios devem ser interpretados à luz dos direitos fundamentais (cf. BVerfGE 3, 249 [205]).

2. Os tribunais, cujas decisões os reclamantes atacam, defendem a opinião de que o Art. 103 III GG não se opõe a uma nova persecução penal e aplicação de pena por deserção, embora os reclamantes tenham apoiado sua repetida recusa de prestar o serviço substitutivo civil nas mesmas razões de consciência que já haviam fundamentado sua primeira evasão. Trata-se – conforme argumenta, por exemplo, o Superior Tribunal Estadual de *Stuttgart*, em sua decisão (*Urteil*) contra o reclamante Str. de 23 de maio de 1966 – no caso da contravenção da deserção – também na forma da evasão do serviço substitutivo civil – de delito continuado. Assim sendo, o comportamento punível de quem está obrigado a prestar o serviço, que não atendeu à primeira convocação, teria sido interrompido pela - primeira - condenação a ele ligada. Por isso, o comportamento posterior (que preenche os elementos do tipo penal) não seria abrangido pela primeira condenação, permanecendo punível enquanto novo delito na acepção do § 264 StPO.

3. Essa concepção jurídica não pode ser seguida.

*O mesmo delito* na acepção do Art. 103 III GG também está presente quando o repetido não cumprimento de uma convocação para o serviço substitutivo civil se deve a uma decisão de consciência do acusado, tomada de maneira definitiva e de efeito contínuo; uma condenação por deserção ocorrida nesse interregno não se opõe a isto [a este reconhecimento].

a) – b) (...).

c) Não se estará compreendendo corretamente esta situação – decisão fundamental, única de consciência contra uma única exigência estatal de prestação única de serviço substitutivo civil – se ela for espremida no molde do delito continuado e se aceitar que o comportamento punível do indivíduo obrigado à prestação do serviço, que não seguiu a primeira convocação, tenha sido interrompido pela – primeira – condenação a ele ligada. Com isto ignora-se a essência da decisão tomada por motivos de consciência, à qual se atribui, segundo o Art. 4 I GG, um significado especial. Uma decisão fundamentada por motivos de consciência é qualquer decisão séria, moral, isto é, uma decisão orientada pelas categorias “bem” e “mal”, que o indivíduo experimenta interiormente, em uma determinada situação, e considera para si vinculante e incondicionalmente obrigatória de tal sorte que ele não poderia agir contra a mesma sem sofrer sérios problemas de consciência (BVerfGE 12, 45 [55]). No caso dos reclamantes, a seriedade e a perpetuação de suas convicções fundamentadas em motivos da consciência restaram claramente demonstradas. Os reclamantes permaneceram, após a sua primeira condenação e após a segunda convocação, fiéis à sua decisão fundamentada por motivos de consciência, tomada anteriormente, de maneira definitiva, de nunca prestar serviço substitutivo civil (...). Na medida em que eles seguiram esta decisão também na segunda convocação, permanecendo distantes do serviço substitutivo, não cometeram um segundo delito na acepção do Art. 103 III GG. (...).

(...).

4. (...).

5. Esta decisão foi prolatada com 5 votos a 2.

D.

(...)

(ass.) *Seuffert, Henneka, Leibholz, Geller, Rupp, Geiger, Kutscher*