

## VOTO – VISTA

**O Senhor Ministro Gilmar Mendes:** Trata-se de *habeas corpus* impetrado por José Eduardo Rangel de Alckmin e outros em favor de Robson de Souza contra acórdão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) prolatado na Homologação de Decisão Estrangeira nº 7.986, em que deferido o pedido da República Italiana para execução de condenação penal imposta ao paciente pela nação estrangeira.

A decisão combatida determinou, ainda, o imediato início de cumprimento da pena estipulada no processo penal instaurado na Itália.

Valho-me do relatório do relator, Min. LUIZ FUX, que bem descreveu os argumentos desenvolvidos na impetração:

Na petição inicial, alega-se, em síntese, o seguinte:

(1) contrariedade entre a decisão que determinou o imediato início do cumprimento da pena imposta em sentença condenatória proferida na Itália e a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, pois a decisão do Superior Tribunal de Justiça ainda está sujeita a recursos da defesa (embargos de declaração, recurso extraordinário), o que impediria a imediata execução da pena, uma vez que “o paciente aguardou em liberdade todo o processo de homologação e nunca representou um risco à aplicação da legislação pátria” e que “o trânsito em julgado da decisão que impõe a sanção penal é condição sine qua non para o recolhimento de qualquer cidadão ao cárcere, conforme ficou assentado nos acórdãos das ADC’s 43, 44 e 54”;

(2) inconstitucionalidade da previsão contida no art. 100, parágrafo único, inciso I, da Lei de Migração (Lei 13.445/2017), pois a autorização para a execução, no Brasil, da pena imposta em condenação proferida por país estrangeiro ao nacional brasileiro (“transferência de execução da pena”) violaria, segundo a defesa do paciente, o direito fundamental previsto no art. 5º, inciso LI, da Constituição da República, segundo o qual “nenhum brasileiro será extraditado”, ao argumento de que, “sendo vedada a extradição do brasileiro nato para se submeter à jurisdição estrangeira, por identidade de razões não se há de admitir que pena lá estabelecida seja simplesmente homologada e executada no Brasil”;

(3) inaplicabilidade dos dispositivos da Lei de Migração ao caso concreto, pois os fatos pelos quais o paciente foi condenado pela Justiça Italiana datam do ano de 2013 e são,

portanto, anteriores à previsão de transferência de execução da pena inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 13.445, de 24 de maio de 2017, atraindo a incidência do disposto no art. 5º, inciso XL, da Constituição, segundo o qual “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”;

(4) aplicabilidade do disposto no art. 7º do Código Penal, segundo o qual “Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: I – os crimes: [...]b) praticados por brasileiro”, por força do qual o paciente deveria ser julgado no Brasil, segundo as leis brasileiras; e, por fim,

(5) inobservância, na Itália, do direito fundamental ao devido processo legal, sustentando que o paciente não teve direito a um julgamento justo, por ser brasileiro, e que foi violado o Tratado de Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre Brasil e Itália, promulgado pelo Decreto 862/1993, cujo artigo 1º estabelece: “A cooperação não compreenderá a execução de medidas restritivas da liberdade pessoal e nem a execução de condenações”.

O impetrante requer, em sede liminar, a imediata e urgente suspensão da ordem de prisão emanada do Superior Tribunal de Justiça, até o julgamento do mérito do presente *habeas corpus*.

No mérito, pede a concessão de *habeas corpus* para que o paciente permaneça em liberdade até o trânsito em julgado da decisão do Superior Tribunal de Justiça que homologou a sentença estrangeira.

É o relatório.

Em complemento, registro que, após o manejo do HC 239.162, os impetrantes manejaram este novo *writ* (HC 239.238) em favor do mesmo paciente. O Ministro relator determinou a tramitação conjunta dos feitos.

Argumentam, nessa segunda impetração, que o acórdão não observou os estritos rigores legais ao determinar de ofício que a pena homologada fosse, desde logo, cumprida no Brasil, em claro desrespeito às regras que regem o processo de execução, as quais impõem a necessidade de requerimento da parte interessada para que, então, dê-se início à fase executória.

Postulam, a concessão de medida cautelar para que seja sustada a ordem de imediata prisão, sendo, ao final, concedida a ordem, para o fim de reconhecer a incompetência da Corte Especial do STJ para determinar a prisão do paciente.

Enfrentando o pleito de urgência o Min. relator indeferiu o pedido liminar contido no primeiro *writ*, determinando que este segundo feito tramitasse em conjunto com aquele.

Para o fim de melhor refletir sobre o tema em debate, pedi vista de ambos os feitos.

**É o relatório.**

**De pronto, ante o interesse geral que o caso suscita, anoto que a decisão a ser tomada na hipótese em nada se confunde com qualquer juízo de valor acerca da idoneidade da persecução penal levada a efeito em terras italianas, nem se volta a discutir a ocorrência, ou não, do delito imputado ao paciente, sem tampouco debater a necessidade de punição daqueles que cometem crimes.**

**O caso ora apreciado, em nenhuma medida, ocupa-se dessas questões.**

Ao revés, o *habeas corpus* impetrado exige desta Corte a tomada de decisão sobre aspectos jurídicos bem específicos.

Em primeiro lugar, saber se, diante de nossa ordem jurídica, brasileiro nato condenado por decisão estrangeira em razão de fatos ocorridos em janeiro 2013 pode ser objeto de prisão imposta por meio de transferência de execução de pena, nos termos de lei posterior à data do crime imputado ao paciente (art. 100 da Lei nº 13.445/2017 – Lei de Migração).

Depois, ainda quando acolhida tal possibilidade, avaliar se é possível que, no âmbito dessa mesma transferência, a privação de liberdade decorrente da condenação estrangeira ocorra desde logo, antes do trânsito em julgado da decisão que autorize a translação da execução penal.

Pelo que se pode conferir do histórico jurisprudencial da Corte, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem, nesta assentada, oportunidade para cuidar dessas duas questões pontuais de forma inédita, definindo o alcance exato das garantias constitucionais na hipótese.

Com o devido respeito, entendo que ambas as ponderações devem ser respondidas de forma negativa, como forma de resguardar os direitos fundamentais não apenas do paciente aqui envolvido, mas de qualquer brasileiro que, inviabilizada sua extradição, veja-se ameaçado de cumprir pena privativa de liberdade imposta por outra nação sem a definitiva análise por parte dos Tribunais brasileiros dos fatos imputados, em condições concretas símile àquelas aqui observadas.

*I – Da Inaplicabilidade do Art. 100 da Lei de Migração ao Caso Concreto*

O primeiro aspecto digno de verificação é definir se o instituto da Transferência de Execução da Pena (TEP), previsto em nosso ordenamento a partir da Lei de Migração de 2017, tem incidência no caso ora debate, que se volta a fatos ocorridos em 22.1.2013. Eis a redação do mencionado comando legal:

Art. 100. Nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória, a autoridade competente poderá solicitar ou autorizar a transferência de execução da pena, desde que observado o princípio do non bis in idem .

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) , a transferência de execução da pena será possível quando preenchidos os seguintes requisitos:

I - o condenado em território estrangeiro for nacional ou tiver residência habitual ou vínculo pessoal no Brasil;

II - a sentença tiver transitado em julgado;

III - a duração da condenação a cumprir ou que restar para cumprir for de, pelo menos, 1 (um) ano, na data de apresentação do pedido ao Estado da condenação;

IV - o fato que originou a condenação constituir infração penal perante a lei de ambas as partes; e

V - houver tratado ou promessa de reciprocidade.

Sem pretender debruçar-me neste momento processual sobre a sensível questão de saber se os requisitos literais para aplicação do preceito estão presentes *in casu* (há respeitável doutrina defendendo que tais pressupostos fáticos não se encontram reunidos — por todos, confira-se: MAZZUOLI. Valerio de Oliveira. *Transferência da Execução da Pena a Brasileiros Natos: o “Caso Robinho” e as Relações de Cooperação Judiciária Penal entre Brasil e Itália*. In: Revista do Ministério Público Do Rio Grande Do Sul, 1(91), 299-309), **entendo que a própria garantia constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa (art. 5º, caput, XL da Constituição da República — CR) inviabiliza a transferência perseguida.**

Acerca da importância desse postulado e o modo como ele deve ser

aplicado, anotei em obra doutrinária (grifo nosso):

Quanto à *lex gravior*, aquela que agrava o tratamento do fato no que concerne ao crime ou à pena, impera o princípio da irretroatividade absoluta. Como a norma se aplica ao direito material, surge indagação relevante sobre a aplicação de leis constantes de diplomas outros, como o Código de Processo Penal ou a Lei de Execução, que, em princípio, estariam submetidas ao regime de aplicação imediata.

A melhor solução parece encaminhar-se para a análise tópica de cada norma em especial, afirmando-se ou não o seu caráter material, independentemente de sua localização no ordenamento positivo.

[...]

Afirma-se correntemente, na linha do disposto na norma constitucional (art. 5º, XXXIX), que a proteção oferecida restringe -se ao direito penal material, não estando abrangidas as normas de processo e de execução. Adverte Toledo que essa orientação há de aplicar-se a normas de caráter estritamente processual e não àquelas normas eventualmente localizadas em estatutos processuais ou de execução, mas de caráter nitidamente material, como as que regulam a decadência do direito de queixa ou de representação, a renúncia, o perdão (CPP, arts. 38, 49, 51), direitos do preso ou do condenado.

Cumpre, assim, identificar e distinguir normas materiais e processuais no Código de Processo Penal, no Código Penal, na Lei de Execuções e na legislação extravagante, para os fins de aplicação dos princípios de direito intertemporal.

Surgem, não raras vezes, relevantes dúvidas de interpretação sobre o caráter material ou processual de determinada norma. Trata-se de questão que o Tribunal tem denominado como o fenômeno das normas penais híbridas.

No julgamento do HC 74.305/SP, o Tribunal, diante do caráter híbrido da norma contida no art. 89 da Lei n. 9.099/95, estabeleceu limites processuais à retroação de norma penal mais benéfica ao paciente, em razão da prolação de sentença condenatória (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 561/567, grifo nosso).

Nesse mesmo sentido, rememoro precedente da Segunda Turma:  
“[...a...] expressão lei penal contida no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal

é de ser interpretada como gênero, de maneira a abranger tanto leis penais em sentido estrito quanto leis penais processuais que disciplinam o exercício da pretensão punitiva do Estado ou que interferem diretamente no *status libertatis* do indivíduo” (STF. ARE 1249156 AgR-ED. SEGUNDA TURMA. Rel. Min. EDSON FACHIN, j. em 14.12.2021).

Em pormenor, a exata compreensão do que seja “lei penal” para o fim de proteger o indivíduo perante o poder punitivo estatal, neste e em outros assuntos, deve estar além do exame meramente formal dos comandos, sendo caso de conferir, caso a caso, se a norma considerada efetivamente volta-se ao regramento da pretensão punitiva ou executória do Estado (em qualquer dos seus aspectos).

Caso seja verificado que o preceito incide sobre o âmbito de liberdade do indivíduo, cumpre reconhecer seu caráter penal e, por conseguinte, observar todas as garantias jurídicas que presidem a matéria, independentemente da localização do comando no ordenamento jurídico nacional.

Dita premissa tem consequências jurídicas que se espraiam pelas mais diversas temáticas, exatamente como ocorre em muitos incidentes processuais envolvidos em matéria de cooperação internacional.

Nesse sentido, pude manifestar-me na AR 2.921/DF. TRIBUNAL PLENO. Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, j. em 30/3/2023, julgamento em que se debateu a incidência de garantias tipicamente penais aos feitos respeitantes à extradição.

Naquela assentada, na companhia dos Ministros NUNES MARQUES e RICARDO LEWANDOWSKI, fiz ver que os processos extradicionais em tudo se relacionam com a *persecutio criminis*, reunindo feições que muito se assemelham às chamadas normas híbridas — aquelas que possuem conteúdo tanto de direito penal como de processo penal —, de forma a atrair balizas tipicamente penais ao seu julgamento.

Fixada essa premissa, assentei o descabimento de ação rescisória em prejuízo do réu contra decisão tomada em sede de extradição, na exata forma como se passa na seara penal:

O instituto da extradição é regulado no Brasil e no mundo civilizado entre países soberanos que reconhecem a legitimidade do sancionamento em seu território ou de crimes previstos em seu ordenamento jurídico, incluída sob o domínio penal. Tanto assim que o instrumento é denominado de “Cooperação Internacional em Matéria Penal”, nos termos da

Lei 13.445/97 e do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (arts. 207 e seguintes do RISTF), com previsão expressa de prisão, interrogatório, defesa e julgamento a partir de pressupostos, requisitos e condições estabelecidos na seara penal. Em consequência, com o trânsito em julgado verificado nos autos da Extradicação 1.560/DF, sem oposição de impugnação específica pelo país requerente (Colômbia), nem pelo Ministério Público Federal que oficiou regulamente no feito, em relação ao extraditando, operou-se a coisa julgada material.

No sistema brasileiro, a revisão criminal somente é aceita em favor do condenado (*pro liberta*), motivo pelo qual o uso da ação rescisória no presente caso conduz, a meu ver, à inobservância da normativa internacional e das premissas democráticas inerentes às garantias constitucionais. O acolhimento do pedido, com a devida vênia, representa o colapso do modelo de garantias contra a reabertura de casos penais, com violação direta ao *bis in idem*.

Naquela assentada, observei que essa mesma inteligência há de presidir as regras procedimentais de proclamação de resultado de julgamento, de sorte que eventual empate na colheita de voto deve beneficiar o extraditando, exatamente como se dá, na dicção do Regimento Interno do Supremo Tribunal, nos casos de “*habeas corpus* ou recursos em matéria criminal” (art. 150, § 3º, RISTF) — grifo nosso:

[...] entendo que assiste razão ao eminente Ministro Nunes Marques ao afirmar que o empate no julgamento ocorreu em relação à matéria de fundo de natureza criminal, a ensejar, com a devida vênia, a proclamação de resultado mais benéfico ao extraditando, consoante uma leitura sistemática dos dispositivos regimentais que cuidam da matéria.

No que se refere ao tópico, entendo que razões normativas e pragmáticas impõem a aplicação da regra prevista no art. 150, §3º, do RISTF, de modo que se aplique sempre a decisão mais favorável ao imputado, seja ele réu, acusado ou extraditando.

Em termos normativos, registro que no processo penal, a presunção de inocência prevista pelo art. 5º, LVII, da CF/88, acarreta diversas consequências amplas à estruturação de suas categorias próprias, podendo ser definida como uma pedra de toque de toda a construção da dogmática processual penal.

Na doutrina, Maurício Zanoide de Moraes e Giulio Illuminati costumam definir o conteúdo da presunção de

inocência em três aspectos: regra de tratamento, regra probatória e de juízo (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 e ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979).

Em relação à questão aqui levantada, mostra-se relevante a sua esfera como regra de juízo: como opção democrática para distribuição do risco de erro judiciário, a situação de dúvida deve levar à tomada de decisão mais favorável ao réu.

Em casos de julgamento por órgãos colegiados, ainda que normalmente formados com número ímpar de juízes, há situações em que a ausência de algum membro pode acarretar empate na votação.

No âmbito penal, tendo em vista tal opção democrática pelo *in dubio pro reo* e *favor rei*, bem como em consideração à importância de um julgamento em prazo razoável, especialmente diante da potencial incidência do poder punitivo para restrição à liberdade, adota-se o critério de resolver o empate no sentido favorável ao réu.

Nos termos do Regimento Interno do STF, há dois dispositivos que tratam da matéria relacionada a situações de empate em julgamentos criminais, o art. 146, parágrafo único, e art. 150, §§2º e 3º, do RISTF:

Art. 146. Havendo, por ausência ou falta de um Ministro, nos termos do art. 13, IX, empate na votação de matéria cuja solução dependa de maioria absoluta, considerar-se-á julgada a questão proclamando-se a solução contrária à pretendida ou à proposta. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 35, de 2 de dezembro de 2009)

Parágrafo único. No julgamento de habeas corpus e de recursos de habeas corpus proclamar-se-á, na hipótese de empate, a decisão mais favorável ao paciente. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 35, de 2 de dezembro de 2009)

Art. 150. O Presidente da Turma terá sempre direito a voto.

§ 1º Se ocorrer empate, será adiada a decisão até

tomar-se o voto do Ministro que esteve ausente.

§ 2º Persistindo a ausência, ou havendo vaga, impedimento ou licença de Ministro da Turma, por mais de um mês, convocar-se-á Ministro da outra, na ordem decrescente de antiguidade.

§ 3º Nos habeas corpus e recursos em matéria criminal, exceto o recurso extraordinário, havendo empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente ou réu.

Assim, o RISTF tem regra expressa de que “nos *habeas corpus* e recursos em matéria criminal, exceto o recurso extraordinário, havendo empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente ou réu”.

Aqui devemos interpretar “recursos em matéria criminal” como também abarcando hipóteses de agravos regimentais, ainda que em ações penais originárias, bem como os demais incidentes que envolvam matéria criminal. Não por outra razão, parece-me que, quando quis o regimento afastar a aplicação do entendimento mais favorável ao réu em situações de empate, fê-lo expressamente, como no caso do recurso extraordinário.

[...]

Portanto, sob a perspectiva da interpretação constitucional das normas do Regimento Interno à luz da garantia fundamental da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88), penso que o empate em julgamentos criminais de qualquer classe processual, seja no âmbito das reclamações, das extradicações, das ações penais, dos inquéritos ou de seus recursos, com exceção do recurso extraordinário que envolve quórum específico para declaração da inconstitucionalidade de normas, deve ser resolvido com a aplicação do *in dubio pro reo* e do *favor rei*, de modo a acarretar a decisão mais favorável ao imputado.

No caso, parece-me claro que o art. 100 da Lei de Migração amplia o poder punitivo do Estado brasileiro, ao permitir que a execução de pena privativa de liberdade prolatada no estrangeiro seja concretizada no Brasil, mediante simples decisão homologadora de sentença proferida por outro Estado soberano.

Vale o registro de que, em seus contornos gerais, a ordem jurídica brasileira, ao tempo do crime, apenas permitia a homologação de

sentença penal não nacional para fins de (i) reparação de e outros efeitos civis, e (ii) sujeição do agente à medida de segurança (art. 9º, *caput*, I e II, do Código Penal – CP). Naquele momento, a privação da liberdade do ora acusado por força de condenação estrangeira poderia ocorrer mediante a aplicação da lei brasileira, em conformidade com a extraterritorialidade condicionada do art. 7º, *caput*, II, e § 2º, do CP.

Sendo assim, convém reconhecer que o comando legal em apreciação, ao permitir a execução de penas proferidas no estrangeiro por meio de mera homologação, representa *novatio legis in pejus*, cujos rigores não podem retroagir.

Compreendendo igualmente que o referido art. 100 não pode ter eficácia retroativa, destaco passagem doutrinária segundo a qual “[...a...] *Lei de Migração tem natureza híbrida (material e processual), e, assim sendo, não é possível fazê-la retroagir para prejudicar o réu, por ser norma notadamente mais gravosa aos direitos do condenado*” (MAZZUOLI. Valerio de Oliveira. *Transferência da Execução da Pena a Brasileiros Natos: o “Caso Robinho” e as Relações de Cooperação Judiciária Penal entre Brasil e Itália*. In: Revista do Ministério Público Do Rio Grande Do Sul, 1(91), p. 304).

Da mesma forma (grifo nosso):

o conteúdo contido nos artigos 100 a 102, Lei nº 13.445/17, tem repercussão no âmbito processual, o que, a princípio, poderia sugerir a aplicação do princípio *tempus regit actum* (CPP, artigo 2º), segundo o qual as normas de natureza processual têm incidência imediata e se aplicam aos processos em andamento ou posteriores, independentemente de serem prejudiciais ou não à situação do agente. A lei processual não se rege pelo princípio da irretroatividade *in pejus*.

Em que pese sua aparência de norma processual, os dispositivos supra são de natureza penal, pois não se limitam a estabelecer procedimentos ou ordenação de atos processuais, mas, muito além disso, expandem a pretensão punitiva do Estado, tornando mais intensa a satisfação da pretensão punitiva. Tem natureza penal toda e qualquer norma que crie, extinga, aumente ou reduza a intensidade do direito de punir. Se uma pena passa a ser executada de forma mais rigorosa, a natureza da regra é penal, se a pena não pode ser executada, inviabilizando a satisfação do jus punitivis (pretensão executória), ela também é penal. Sendo penal, não pode retroagir para prejudicar o agente (CAPEZ, Fernando. O caso Robinho e os artigos 100 a 102 da Lei de Migração. Disponível

em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-06/controversias-juridicas-caso-robinho-artigos-lei>. Acesso em 22/9/2024.

A seu turno, o voto condutor do acórdão impugnado entendeu diversamente, anotando que *“o Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu que as normas sobre cooperação internacional não têm natureza criminal, o que permite sua aplicação imediata, conforme art. 6º da LINDB”*.

A justificar tal compreensão, foram mencionadas as submentas de quatro precedentes desta Corte, a saber: (i) Ext nº 864. TRIBUNAL PLENO. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. em 18.6.2003; (ii) Ext nº 938. TRIBUNAL PLENO. Rel. Min. CARLOS BRITTO, j. em 3.3.2005; (iii) Ext nº 937. TRIBUNAL PLENO. Rel. Min. CARLOS BRITTO, j. em 3.3.2005; e (iv) Ext nº 1675. PRIMEIRA TURMA. Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, j. em 8.2.2022.

Com o devido respeito, entendo que o detido exame dos referidos julgados não autoriza a automática transposição para o presente caso das considerações registradas nas respectivas submentas, no sentido de que normas extradicionais — legais ou convencionais — podem retroagir para prejudicar o réu sem malferimento ao texto constitucional.

É que, malgrado o teor das ementas, o cotejo das respectivas razões de decidir não dá amparo ao registro contido na decisão combatida.

Em pormenor, conferindo as razões de decidir da Ext nº 864, vê-se que o debate sobre a retroatividade deu-se no contexto em que se discutia a possibilidade de extradição do réu que tinha sido reconhecido revel no processo estrangeiro.

A tese defensiva então esgrimida era a de que (i) apenas com a edição do Tratado entre Brasil e Itália, passou a ser possível a extradição de alguém originariamente julgado à revelia, e (ii) como referida Convenção era posterior à data dos crimes praticados, não caberia retroagir os rigores do referido pacto internacional, sob pena de ofensa à Constituição (iii) seria então aplicável o art. 17 do Decreto Lei nº 394/38, que impediria a extradição nesses casos.

Ocorre que rejeição desses argumentos embasou-se não na suposta possibilidade de aplicação retroativa do Tratado, mas expressamente em equívoco do raciocínio defensivo, na certeza de que, quando da prática dos crimes, já vigorava o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80), que disciplinava a extradição, sem prescrever nenhuma vedação semelhante àquela agitada pela defesa. É o que se retira das razões de decidir do voto condutor do julgamento:

[...] não é verdadeira a premissa da defesa, de que, não fora a parte final do art. V do Tratado da Itália, o direito brasileiro não admitiria a extradição do condenado à revelia: o dispositivo a que se apega, art. 17 do DL 394/38 nada tem que ver com extradição, mas, sim, com o processo no Brasil por crimes cometidos no estrangeiro.

Por fim, sendo vigente a lei de extradição — Lei 6.815/80, editada em substituição ao DL nº 914/69 —, não se logra descobrir porque, segundo o defensor, o velho édito de 1938 é que vigoraria em 1993, data inicial da séria de crimes do extraditando.

Diante dessas expressas considerações — a revelar certa confusão nas razões ofertadas pela defesa naquele caso —, percebe-se que a discussão acerca da “retroatividade da norma extradicional” não constituiu efetiva *ratio decidendi* do acórdão, de forma que dito argumento não pode ser manejado para, aqui, justificar a retroação do art. 100 da Lei de Migração.

Tampouco as Ext. nº 937 e 938 — ambas tendo o Estado francês como requerente — têm o condão de legitimar a posição que defende a retroatividade de normas de cooperação internacional prejudiciais à liberdade individual.

Novamente, a leitura atenta da fundamentação desses julgados impede que se adote posição peremptória conforme a qual não incide a irretroatividade protetiva do art. 5º, *caput*, XL, da CR em matéria de extradição.

Naqueles feitos, foram dois os argumentos agitados pela defesa: (i) no juízo francês, não teria ocorrido a citação pessoal do extraditando, motivo por que deveria ser tido por nulo o processo penal desenvolvido na França, e, assim, indeferida a extradição perseguida perante a jurisdição brasileira; (ii) reduzida a pena originária por força de fatos posteriores à condenação originária, caberia aplicar tratado de colaboração internacional firmado entre Brasil e França, para o fim de impedir a extradição perseguida.

No que respeita à primeira alegação, o voto condutor dos Acórdãos (as decisões de ambos os processados são muito símiles entre si) entendeu que tal matéria, por relacionar-se essencialmente com a *persecutio criminis* ocorrida fora do Brasil, não poderia constituir alegação defensiva em sede de extradição proposta perante a Suprema Corte.

A afastar a cogitação de que a justiça francesa teria condenado o extraditando em processo penal no qual o réu não teria sido nem mesmo citado, colho da fundamentação dos julgados: “*é sabido que o Estado em geral e, em particular, as instituições jurisdicionais francesas primam pela observância do sumo princípio da Democracia, inexcedivelmente propício à salvaguarda dos direitos fundamentais*”.

É somente em um segundo momento argumentativo, à guisa de reforço, que as decisões fazem menção à tese da retroatividade de norma respeitante a extradição:

Acresce que a alínea “a” do art. 4º do Tratado de Extradicação entre o Brasil e a França — que, em face da jurisprudência desta colenda Corte, é imediatamente aplicável ao caso, seja em benefício seja em prejuízo do extraditando (Ext. 864, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) — estabelece que “a condenação de uma pessoa julgada à revelia, desde que não implique confissão ficta, não constitui, por si só, motivo de recusa da extradição.

Sendo assim, vê-se que, nesse passo, o núcleo fundamental daquele *decisum* não se encontra na possibilidade de retroação da norma extradiciona, mas na conclusão de que, naquele caso, não havia elementos concretos aptos a respaldar a tese da defesa de que a condenação sofrida na França derivaria de processo nulo, no qual o acusado não teria sido citado.

Por isso, quanto a esse aspecto, não cabe concluir que a retroatividade de normas extradicionais em desfavor do réu compôs efetiva *ratio decidendi* dos julgados.

Em relação à segunda tese defensiva exposta naqueles casos, revela-se ainda mais clara a inadequação da aplicação dos precedentes à hipótese ora cotejada, pois, naquelas assentadas, **cuidou-se de aplicar retroativamente tratado que beneficiava os extraditados.**

Realmente, nos dois feitos, a pena a ser cumprida na França em razão da medida de cooperação buscada era inferior àquela originariamente arbitrada, seja por força da prescrição (Ext. nº 937), seja por força da detração (Ext. nº 938). Ocorre que sanção remanescente era diminuta, não alcançando o tempo de sanção necessário ao deferimento da extradição segundo exigência prevista em Tratado Internacional firmado entre Brasil e França (subscrito em momento posterior à prática delitiva).

Daí a postulação defensiva de aplicação retroativa da Convenção — **norma que, naquele caso, elastecia a proteção dos extraditados.**

Dito pleito que foi acolhido pelo Supremo Tribunal, conforme se pode observar do voto condutor da Ext. nº 937:

17. A partir daí, aplicando-se o Código Penal brasileiro, a prescrição da pretensão executória da pena inferior a um ano (que ocorre em dois anos - art. 109, inciso VI) se consumou em março de 2004, quando da conclusão de dois anos sem que se desse início ao cumprimento da sanção (art. 117, inciso V).

18. Isso não obstante, é de se considerar a mencionada superveniência do Tratado de Extradicação. Este, aí sim, contém dispositivo que só admite a extradicação quando o restante da pena a cumprir tiver a duração de pelo menos nove meses. O que me convence do acerto da postulação da defesa. Foi o que também ressaltou a douta Procuradoria-Geral da República, quando, tendo em vista a pena consolidada de oito meses de prisão, pugna pela aplicação do referido Tratado

[...]

19. Na esteira deste juízo de subsunção, calha relembrar que o instituto da extradicação deve ficar adstrito a fatos de certa relevância. Fatos justificadores de penalidades mais gravosas, em face das formalidades, morosidade e despesas que naturalmente decorrem de um processo que tal.

20. É o quanto me basta para indeferir o pedido de extradicação [...]

Do voto condutor da Ext. nº 938, retiro:

[...] é de se considerar a mencionada superveniência do Tratado de Extradicação. Este, aí sim, contém dispositivo que só admite a extradicação quando o restante da pena a cumprir tiver a duração de pelo menos nove meses. O que me convence certo da postulação da defesa. Foi o que bem ressaltou a douta Procuradoria-Geral da República, ao pugnar pela aplicação da garantia da detração penal. Pois o tempo que resta a cumprir da pena imposta à extraditanda, caso fosse deferida a extradicação, seria inferior a nove meses (provavelmente menos de seis meses, já que a extraditanda se encontra presa há mais de seis meses) [...]

19. Na esteira deste juízo de subsunção, calha relembrar que o instituto da extradicação deve ficar adstrito a fatos de certa

relevância. Fatos justificadores de penalidades mais gravosas, em face das formalidades, morosidade e despesas que naturalmente decorrem de um processo que tal.

20. É o quanto me basta para indeferir o pedido de extradição [...]

Ante tal explanação, bem se vê que, naquela passagem, o caso concreto julgado naquelas duas hipóteses tratou propriamente da aplicação retroativa de normas extradicionais mais benéficas ao extraditando, exatamente ao contrário do que se dá na espécie.

Assim, não é caso de invocar ditos precedentes para enfrentar a presente impetração.

Por derradeiro, o último acórdão mencionado pela decisão guerreada (Ext. nº 1.675) também não serve de fundamento à tese da retroatividade das normas de cooperação internacional independentemente do seu conteúdo.

De fato, nesse processado, debateu-se a natureza jurídica do art. 75 do CP, preceito que estipula o tempo máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade. Em pormenor, ante a modificação legislativa havida no particular (a Lei nº 13.964/19 ampliou o prazo máximo de trinta para quarenta anos), discutiu-se a possibilidade de aplicação imediata dos novos rigores legais, como forma de permitir que eles alcançassem condenações derivadas de fatos que lhe eram anteriores.

Em sede de extradição, o assunto costuma vir a lume quando se perquire a necessidade de o Estado requerente assumir formalmente o compromisso diplomático de não executar pena de prisão superior ao mencionado teto legal previsto no Brasil. É nesse contexto que, então, discute-se a possibilidade de o novo prazo máximo previsto no art. 75, *caput*, do CP alcançar fatos criminosos anteriores à alteração legislativa.

Sucedo que tal debate foi ferido naquela assentada tendo em conta compreensão particular do então relator, Min. ALEXANDRE DE MORAES, que não é compartilhada por esta Corte, conforme Sua Excelência mesmo reconheceu.

Como se vê da própria fundamentação do julgado, a decisão tomada entendeu, em verdade, pela irretroatividade do novo prazo máximo de cumprimento de pena, ressalvada expressamente a posição do relator (grifo nosso):

Entendo que o art. 75 do Código Penal, na redação dada

pela Lei 13.964/19, é norma de natureza processual penal, notadamente disciplinando a execução da pena, sendo permitida sua aplicação imediata. Por essa razão, não se aplica, quanto à referida modificação, o princípio da irretroatividade da lei penal (art. 1º do CP e art. 5º, incisos XXXIX e XL, da CF/88), como já decidido por esta SUPREMA CORTE (Ext 1645, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 25/6/2021); (Ext 1648, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 26/4/2021); (Ext 1505, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 18/3/2021).

No mesmo sentido, confira-se a decisão monocrática proferida na Ext 1.661 (Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 6/5/2021).

Por outro lado, a Primeira Turma desta CORTE, por maioria (3x2), no julgamento da Ext 1.652 (Rel. Min. ROSA WEBER, j. 19/10/2021), fixou entendimento de que “os fatos incriminados que sejam investigados, anteriores a 24 de dezembro de 2019, impõem, para fins de extradição, o compromisso do Estado estrangeiro em estabelecer o cumprimento de pena máxima de 30 anos para o extraditando”, ocasião em que fiquei vencido quanto ao ponto, na companhia do Min. DIAS TOFFOLI, ressaltando que a matéria ainda não foi apreciada pelo Plenário da CORTE.

Dito isso, ressalvo meu entendimento pessoal e, em homenagem ao princípio da colegialidade, adoto o entendimento atual do Colegiado, ficando o Estado italiano, neste caso, limitado ao tempo máximo de 30 (trinta) anos para o cumprimento da pena, uma vez que os fatos imputados à extraditanda ocorreram no ano de 2009 e, portanto, anteriormente à entrada em vigor da Lei 13.964/19.

No mesmo sentido, dando pela impossibilidade de retroação do novo prazo máximo ante o art. 5º, *caput*, XL, da Lei Maior, colhe-se precedente mais recente da Primeira Turma: “*Extradição deferida, condicionada ao compromisso formal do Estado requerente de (i) não aplicar penas vedadas pelo direito brasileiro; (ii) observar o tempo máximo de cumprimento de pena previsto no ordenamento jurídico brasileiro à época dos fatos, de 30 (trinta) anos (art. 75, do CP, na redação conferida pela Lei nº 7.200/1984)*” — STF. Ext 1660. PRIMEIRA TURMA. Rel. Min. ROBERTO BARROSO, j. em 13.3.2023, grifo nosso.

Não é outra a posição da Segunda Turma: *“tradição deferida, condicionada à assunção de (i) compromisso formal do Estado requerente de não aplicar penas vedadas pelo direito brasileiro; (ii) compromisso formal de observar o tempo máximo de cumprimento de pena previsto no ordenamento jurídico brasileiro à época dos fatos, 30 (trinta) anos (art. 75 do CP, com redação anterior à Lei nº 13.964, de 2019)”* — STF. Ext 1656. SEGUNDA TURMA. Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA, j. em 3.11.2022, grifo nosso.

Portanto, como se percebe, também esse último julgado indicado pelo ato coator não dá esteio ao entendimento de que, independente de seu teor, normas extradicionais podem retroagir.

Demonstrado que os precedentes desta Corte utilizados pelo ato coator não servem de base real à tese da retroatividade do comando mais gravoso, convém fazer uma derradeira observação à guisa de conclusão deste tópico.

É que não ignoro ser majoritária a posição que, realmente, dá pela retroatividade das normas extradicionais ainda quando desfavoráveis à liberdade dos indivíduos. Nesse sentido, a lição de Celso D. de Albuquerque Mello:

[...] a doutrina e a prática de um modo geral têm sustentado a retroatividade dos tratados de extradição, isto é, o tratado se aplica a indivíduos que se tiverem se tiverem refugiado no território dos Estados contratantes antes de sua conclusão. O Brasil sempre aceitou este princípio (Mello. Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1037).

Ocorre que, como defende o próprio autor, dita posição *“[...] não [...] parece ser a mais correta”*, com o registro de que:

Duas razões em favor da irretroatividade dos tratados de extradição podem ser alegadas: a) não existe qualquer direito e dever de extradição antes da conclusão do tratado; b) os tratados podem ser concluídos com endereço certo, isto é, apenas para atingir determinado indivíduo. A própria prática internacional registra alguns casos em que se sustentou a irretroatividade do tratado de extradição, como ocorreu com a Argentina, que se recusou em entregar Beckmann ao Brasil em 1879. Na verdade, a Argentina na sua história diplomática registra tratados com a Bolívia e o Uruguai, consagrando a não

retroatividade (*Ibid.*, p. 1037).

Diante desse cenário, observo que este Tribunal tem agora a benfeitoria oportunidade de deitar atenções sobre a questão da retroatividade em hipótese de julgamento na qual dito debate possui consequências efetivas. Cumpre à Corte, então, analisar detidamente referida controvérsia, na certeza de que ele é central para o deslinde da causa.

Quanto a minha compreensão no ponto, não tenho dúvidas de que a temática deve ser tratada de modo casuístico, sem que haja espaço para soluções abstratas.

Desse modo, perante o art. 5º, *caput*, XL, da Constituição, a retroatividade das normas relativas à cooperação internacional deve ser aferida caso a caso, como modo de verificar sua estrita natureza — se processual, se penal ou se híbrida. Como se sabe, apenas no primeiro caso — comando de feição estritamente processual — é que tem vez a retroação do preceito, independentemente de seu conteúdo. Nas duas últimas hipóteses (lei de caráter material penal ou híbrido), tem aplicação a regra da irretroatividade da lei prejudicial ao indivíduo.

Na presente hipótese, como já registrado, entendo que o art. 100 da Lei de Migração representa verdadeira *novatio legis in pejus*, circunstância que, na hipótese submetida a julgamento, afasta sua aplicação retroativa, a impedir que se acolha o pedido de homologação de sentença penal estrangeira para o fim de permitir a pretendida transferência de execução de pena em desfavor do paciente.

## ***II — Da Possibilidade de Novo Julgamento dos Fatos por Tribunais Brasileiros***

Neste segundo momento, cabe afastar a posição mencionada pelo voto condutor do acórdão combatido, segundo a qual seria de rigor a incidência na espécie do art. 100 da Lei de Migração porque, de outro modo, estaria completamente inviabilizada nova persecução penal em território nacional, por conta da aplicação do princípio *non bis in idem* em conformidade com precedentes da Segunda Turma deste Supremo Tribunal Federal.

Isto é: a seguir posição externada no voto condutor da decisão impugnada, sendo vedada a transferência de execução de pena, não seria possível novo julgamento do paciente, porque ele já foi objeto de

condenação estrangeira transitada em julgado, a qual impediria nova consideração dos fatos em consonância com as leis brasileiras.

Conforme as conclusões expostas pela Corte Especial do STJ, uma vez impossibilitada a homologação de sentença, instaurar-se-ia ambiente de absoluta impunidade, sem que o paciente pudesse ser responsabilizado, aqui no Brasil, por seus atos praticados na Itália. Eis a fundamentação do *decisum* no ponto (grifo nosso):

Por último, destaca-se, ainda que a negativa em homologar a sentença estrangeira geraria a impossibilidade completa de nova persecução penal do requerido ROBSON DE SOUZA, na medida em que não poderá ser novamente processado e julgado pelo mesmo fato que resultou em sua condenação na Itália. Trata-se do instituto do *non bis in idem*, também contemplado no art. 100 da Lei n. 13.445/2017, que assim dispõe: "Nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória, a autoridade competente poderá solicitar ou autorizar a transferência de execução da pena, desde que observado o princípio do *non bis in idem*".

A Egrégia Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do eminente Ministro Gilmar Mendes, ao interpretar os arts. 5º, 6º e 8º do Código Penal, assentou que a proibição da dupla incriminação também incide no âmbito internacional.

Assim, no Brasil, não se admite que um cidadão seja novamente processado e julgado pelos mesmos fatos que resultaram em sua condenação definitiva no exterior. Vejamos o paradigma:

Penal e Processual Penal. 2. Proibição de dupla persecução penal e *ne bis in idem*. 3. Parâmetro para controle de convencionalidade. Art. 14.7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de "proteger os direitos dos cidadãos que tenham sido processados por determinados fatos para que não voltem a ser julgados pelos mesmos fatos" (Casos Loayza Tamayo vs. Perú de 1997; Mohamed vs. Argentina de 2012; J. vs. Perú de 2013). 4. Limitação ao art. 8º do Código Penal e interpretação conjunta com o art. 5º do CP. 5. Proibição de o Estado brasileiro instaurar persecução penal fundada

nos mesmos fatos de ação penal já transitada em julgado sob a jurisdição de outro Estado. Precedente: Ext 1.223/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 28.2.2014. 6. Ordem de *habeas corpus* concedida para trancar o processo penal (STF. HC 171118/SP. Segunda Turma. Rel. Min. GILMAR MENDES, j. em 12/11/2019).

Ainda no mesmo sentido:

EXTRADIÇÃO PASSIVA DE CARÁTER EXECUTÓRIO - TRATADO DE EXTRADIÇÃO ENTRE O BRASIL E O EQUADOR - EXTRADITANDO CONDENADO PELA PRÁTICA DE CRIME COMUM (ESTUPRO) NO ESTADO REQUERENTE - BRASILEIRO NATURALIZADO ANTES DO COMETIMENTO DO DELITO - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, INCISO LI) - PEDIDO DE EXTRADIÇÃO INDEFERIDO. A NATURALIZAÇÃO DE ESTRANGEIROS, O MOMENTO DE AQUISIÇÃO DA CONDIÇÃO JURÍDICA DE BRASILEIRO NATURALIZADO E OS EFEITOS CONSTITUCIONAIS SOBRE O INSTITUTO DA EXTRADIÇÃO.

A concessão da naturalização constitui, em nosso sistema jurídico, ato de soberania que se insere na esfera de competência do Ministro da Justiça, qualificando-se, sob tal perspectiva, como faculdade exclusiva e discricionária do Poder Executivo (Lei nº 6.815/80, art. 111 e art. 121).

A aquisição da condição de brasileiro naturalizado, não obstante concedida a naturalização pelo Ministro da Justiça, somente ocorrerá após a entrega, por magistrado competente (Lei nº 6.815/80, art. 119), do concernente certificado de naturalização (Lei nº 6.815/80, art. 122). Precedentes.

O brasileiro naturalizado, em tema de extradição passiva, dispõe de proteção constitucional mais intensa que aquela outorgada aos súditos estrangeiros em geral, pois somente pode ser extraditado pelo Governo do Brasil em duas hipóteses excepcionais: (a) crimes comuns cometidos antes da naturalização e (b) tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins praticado em qualquer momento, antes ou depois de obtida a naturalização (CF,

art. 5º, LI).

Tratando-se de extradição requerida contra brasileiro naturalizado, fundada em condenação penal pela prática do delito de estupro, torna-se inacolhível o pleito extradicional formulado por Estado estrangeiro, pois o evento delituoso que dá suporte à demanda extradicional ocorreu em momento posterior ao da naturalização da pessoa reclamada.

INEXTRADITABILIDADE DE BRASILEIRO NATURALIZADO QUE HAJA COMETIDO DELITO COMUM APÓS A NATURALIZAÇÃO, EXCETO SE SE TRATAR DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS (CF, ART. 5º, INCISO LI) - A QUESTÃO DO “*DOUBLE JEOPARDY*” COMO INSUPERÁVEL OBSTÁCULO À INSTAURAÇÃO DA “*PERSECUTIO CRIMINIS*”, NO BRASIL, CONTRA SENTENCIADO (CONDENADO OU ABSOLVIDO) NO EXTERIOR PELO MESMO FATO - PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS - OBSERVÂNCIA DO POSTULADO QUE VEDA O “*BIS IN IDEM*”.

Ninguém pode expor-se, em tema de liberdade individual, a situação de duplo risco. Essa é a razão pela qual a existência de hipótese configuradora de “*double jeopardy*” atua como insuperável obstáculo à instauração, em nosso País, de procedimento penal contra o agente que tenha sido condenado ou absolvido, no Brasil ou no exterior, pelo mesmo fato delituoso.

A cláusula do Artigo 14, n. 7, inscrita no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, qualquer que seja a natureza jurídica que se lhe atribua (a de instrumento normativo impregnado de caráter supralegal ou a de ato revestido de índole constitucional), inibe, em decorrência de sua própria superioridade hierárquico-normativa, a possibilidade de o Brasil instaurar, contra quem já foi absolvido ou condenado no exterior, com trânsito em julgado, nova persecução penal motivada pelos mesmos fatos subjacentes à sentença penal estrangeira.

REGISTRO HISTÓRICO A PROPÓSITO DA EFICÁCIA EXTRATERRITORIAL DAS SENTENÇAS PENAS ESTRANGEIRAS NO DIREITO PÁTRIO -

ADOÇÃO, PELO BRASIL, DO PRINCÍPIO CONSAGRADO NO CÓDIGO BUSTAMANTE (ART. 436) - HOMOLOGABILIDADE RESTRITA - POSSIBILIDADE, CONTUDO, DE EXECUÇÃO, NO BRASIL, DE CONDENAÇÃO PENAL ESTRANGEIRA IMPOSTA A BRASILEIRO, DESDE QUE PREVISTA EM ACORDOS INTERNACIONAIS.

O ordenamento positivo brasileiro, tratando-se de sentença penal condenatória estrangeira, admite, em caráter excepcional e de modo restrito, a possibilidade de sua homologação (SE 5.705/EUA, Rel. Min. CELSO DE MELLO), desde que esse ato sentencial tenha por estrita finalidade (a) obrigar o condenado à reparação civil “ex delicto” (RTJ 82/57) ou (b) sujeitá-lo, quando inimputável ou semi-imputável, à execução de medida de segurança (CP, art. 9º). Doutrina. Precedentes. Possibilidade, contudo, de executar-se, no Brasil, condenação penal estrangeira imposta a brasileiro, desde que a requerimento deste e contanto que tal medida esteja prevista em atos, tratados ou convenções internacionais de caráter bilateral ou de índole multilateral celebrados pelo Estado brasileiro. Rol de alguns desses acordos internacionais firmados pelo Brasil (STF. Ext 1223. Segunda Turma. Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 22/11/2011).

Portanto, a não homologação da sentença estrangeira terá o condão de deixar o requerido impune, pois não será julgado no Brasil e poderá permanecer em território nacional sem cumprir a pena imposta na Itália.

Defender que não possa executar aqui pena imposta em processo estrangeiro, portanto, é o mesmo que defender a impunidade do requerido pelo crime praticado, o que não se pode admitir sob pena de violação dos deveres assumidos pelo Brasil no plano internacional.

Mais uma vez, tenho por inadequadas as conclusões do *decisum* coator.

Realmente, é preciso reconhecer que existem dois julgados da Segunda Turma embasados no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) – tratado que se encontra incorporado à ordem jurídica brasileira desde 1992 –, a indicar que o princípio do *ne bis in idem* também tem aplicação no campo supranacional, de forma que eventual decisão

estrangeira transitada em julgado impediria nova apreciação dos mesmos fatos pelo Estado brasileiro.

Todavia, a leitura prudente de ambos os julgados não dá espaço a conclusões peremptórias como aquela exposta na decisão impugnada, **sendo de rigor anotar que os registros constantes das ementas dos dois arestos não alcançam o caso de que ora se cuida.**

Em primeiro lugar, o precedente de minha lavra (STF. HC nº 171118/SP. Segunda Turma, j. em 12.11.2019) precisa ser interpretado sistematicamente, de acordo com as normas em vigor ao momento de sua prolação, de forma que se possa conferir o exato alcance ao excerto constante da subementa do julgado: *“Proibição de o Estado brasileiro instaurar persecução penal fundada nos mesmos fatos de ação penal já transitada em julgado”*.

**Realmente, a leitura atenta do julgado revela que a decisão tomada tem por pano de fundo “a regulação infraconstitucional sobre a matéria”. Em pormenor, há subtópico do *decisum* que expressamente trata de preceitos da Lei de Migração:**

[...] devemos cotejar a interpretação que se veio fazendo dos artigos 5º, 6º e 8º do Código Penal com aquilo que dispõe a Lei 13.445/2017, conhecida como a Lei de Migração.

Sabe-se que o rol do art. 82 dessa lei federal elenca os casos em que o Estado brasileiro não concede extradição. Veja-se a redação do inciso V: *“o extraditando estiver respondendo a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido”*.

O legislador teve preocupação similar mais à frente, na mesma lei, ao tratar da transferência da execução da pena de um Estado a outro, como observado no art. 100, *caput*: *“Nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória, a autoridade competente poderá solicitar ou autorizar a transferência de execução da pena, desde que observado o princípio do non bis in idem”*.

A proteção ao indivíduo selada por esses dispositivos é muito cara ao direito brasileiro. Revela-se evidente garantia contra nova persecução penal pelos mesmos fatos, de modo a se consagrar a proibição de dupla persecução penal também entre países, no âmbito internacional.

**Dessa forma, bem se vê que a melhor exegese do julgado não é aquela que se apega a literalidade de excerto contido na subementa do**

aresto, mas aquela de contornos sistemáticos, que se volta a interpretar a decisão em sua completude, considerados todos os tópicos e subtópicos de sua fundamentação.

Sendo assim, a deliberação ali tomada traz consigo a premissa de que tudo quanto ali decidido pressupõe a vigência a da Lei de Migração, de modo compatibilizar a vedação ao *bis in idem* ao vetusto *aut dedere aut judicare*: **sendo incabível a extradição, a impossibilidade de novo julgamento no país de nacionalidade/residência de alguém que já tenha sido condenado por sentença estrangeira só faz sentido perante os princípios basilares que regem o Direito Internacional se se admite a possibilidade de traslado da execução dessa mesma sentença definitiva.**

Vale insistir: a compreensão conferida pelo aresto ao art. 14.7 do PIDCP — *Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país* — não se deu no vazio, mas levou em consideração expressamente as particularidades nacionais quanto à “regulamentação infraconstitucional” voltada ao tema, em especial a vigência da Lei de Migração (que traz consigo a possibilidade de transferência da execução de sanção penal).

Acontece que, como já demonstrado, o presente caso não é regido pelo instituto da transferência da execução de pena.

Por isso, entendo que a decisão de minha relatoria não pode ser utilizada como guia para este julgamento.

Em prosseguimento, convém verificar se o mencionado aresto de relatoria do Min. CELSO DE MELLO (STF. Ext nº 1223. SEGUNDA TURMA, j. em 22.11.2011) constitui verdadeiro precedente cuja *ratio decidendi* é capaz de fornecer balizas ao enfrentamento da presente espécie.

Em particular, destaco que, ao contrário do que se passou com a decisão por mim relatada, dito julgamento foi realizado em 2011, tendo por objeto fatos de 2007, quando, por evidente, não vigia a atual Lei de Migração e o instituto da transferência de execução de pena — a revelar que, ao menos em relação às normativas de regência, dita hipótese se aproxima da espécie aqui posta a cotejo.

Mas, mesmo diante de tal semelhança, é preciso reconhecer que as razões manejadas pelo Ministro relator daquele caso, no que se voltaram ao princípio do *ne bis in idem*, não autorizam a conclusão assentada pelo ato coator.

Realmente, deve-se ter em conta que, como reconheceu Sua Excelência na fundamentação de seu voto, os argumentos alusivos ao referido princípio consubstanciaram meros *obiter dicta*, sem constituir a razão principal da decisão (o indeferimento do pedido de extradição deu-se substancialmente em função de o extraditando já possuir, ao momento do delito praticado, a condição de brasileiro naturalizado). Colhe-se do voto prolatado (grifo nosso):

Não obstante as considerações que venho de fazer no sentido da plena impossibilidade de deferimento do pedido de extradição ora formulado, cabe ter presente – embora o faça, no ponto, em “obiter dictum” – o seguinte questionamento: essa situação de inextraditabilidade, no entanto, impediria que Ruben Ernesto Guerrero Obando sofresse persecução penal, no Brasil, em decorrência do mesmo fato delituoso que motivou a sua condenação penal decretada, mas não executada, por uma soberania estrangeira?

Sabemos que ninguém pode expor-se, em tema de liberdade individual, a situação de duplo risco. Essa é a razão pela qual a existência de hipótese configuradora de “*double jeopardy*” atua como insuperável obstáculo à instauração, em nosso País, de procedimento penal contra o agente que tenha sido condenado ou absolvido, no Brasil ou no exterior, pelo mesmo fato delituoso.

A cláusula inscrita na legislação doméstica brasileira constitui uma clássica norma de garantia que tem por objetivo conferir efetividade ao postulado que veda o “*bis in idem*”.

Tenho por irrecusável a possibilidade de instaurar-se, no Brasil, persecução penal nos casos em que se legitime a aplicação extraterritorial da lei penal brasileira, desde que o agente não tenha sido sentenciado, no exterior, pelo mesmo fato.

Tratando-se de delito praticado em Estado estrangeiro por brasileiro, nato ou naturalizado, incide, em tal hipótese, a norma inscrita no art. 7º, II, “ b”, do nosso Código Penal, que confere eficácia extraterritorial à lei penal brasileira, que alcança, desse modo, os crimes praticados no exterior por nacionais do Brasil.

Vale insistir: embora, de fato, a ementa do julgado faça referência ao *ne bis in idem*, é inegável que tal temática foi tratada lateralmente na

deliberação da Turma, como forma de lustrar dogmaticamente a posição exposta pelo relator. A demonstrar que dito argumento não constitui verdadeira *ratio decidendi*, observe-se a própria conclusão do voto do Min. CELSO DE MELLO, que jamais fez menção ao conteúdo da norma principiológica (grifo nosso):

Sendo assim, tendo presentes as razões expostas, e acolhendo, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República (fls. 178/181), indefiro o pedido de extradição de Ruben Ernesto Guerrero Obando ou Guerrero Obando Ruben Ernesto ou Ruben Guerrero Obando, ora formulado pelo Governo do Equador, por ostentar a condição jurídica de brasileiro naturalizado à época do crime (estupro) pelo qual foi condenado, ordenando, em consequência, a imediata soltura de referido extraditando, se “por al” não estiver preso.

Da mesma forma, os debates ocorridos naquela assentada confirmam o caráter acessório da referida exposição, consoante manifestação do próprio Min. CELSO DE MELLO (grifo nosso):

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Então nesse ponto Vossa Excelência considera...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Entendo que não se mostra possível instaurar-se, no Brasil, persecução penal contra o ora extraditando – que ostenta a condição jurídica de brasileiro naturalizado – em razão de já haver sido condenado, no exterior, pelos mesmos fatos ora arguidos contra ele. Ao fazer tal asserção, apoio-me no Artigo 14, n. 7, do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, adotado pelas Nações Unidas em 1966 e incorporado ao direito interno de nosso País pelo Decreto nº 592/92.

Essa convenção internacional, ao instituir em favor de qualquer pessoa a garantia básica contra a dupla persecução estatal em matéria penal, estabelece que *“Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”*.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Já objeto de jurisdição esgotada, exaurida no estrangeiro.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): É claro que, se o extraditando em questão ingressar em território

equatoriano, poderá sofrer, na República do Equador, a execução da condenação penal que lhe foi imposta pelo Poder Judiciário daquele País.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Interessante, apenas num livre pensar, vejo, a partir do modelo de justiça penal que se pretende cada vez também mais, se não globalizada, internacionalizada. Também, por sentimento de justiça, iria num outro sentido, quer dizer, se não se instaura o processo -- é claro que aqui já temos o período de extradição, de caráter executório, mas em se tratando de fato punível, quer dizer, coberto pelo princípio da extraterritorialidade, da universalidade -- que se buscasse alguma outra solução ou que fosse inclusive a execução eventual da sentença proferida. Porque, veja, por isso preferiria que nós talvez não nos pronunciássemos sobre ...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - É como o *obiter dictum*

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, porque é uma questão que demanda realmente.

[...]

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Acho que me parece o caso de deixar como *obiter dictum*, até porque há outros desdobramentos, como já disse.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Que nos habilita a seguir meditando.

[...]

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Queria louvar o estudo belíssimo que fez o Ministro Celso de Mello, e peço até que Sua Excelência mantenha essas considerações, ainda que fosse como *obiter dictum*, em seu brilhante voto, porque, e aliás, desde logo, peço cópia desse voto, para mantê-lo sob minha guarda e estudá-lo com detalhe.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): As considerações que venho de fazer, exponho-as como verdadeiros "obiter dicta".

Em complemento, é preciso conhecer o contexto em que proferido o julgamento: ausente naquele momento o instituto da transferência de pena (hoje previsto na Lei de Migração), tanto eu como o Min. AYRES BRITTO expressamos preocupações com as consequências derivadas da posição exposta pelo relator do caso.

É que, a seguir compreensão do Min. CELSO DE MELLO (com o

reforço de que, naquele momento, não havia a possibilidade transladar-se para o Brasil a execução de pena cominada em processo alienígena), ficaria inviabilizada a *persecutio criminis* daqueles residentes no Brasil que já tenham sido objeto de condenação não nacional transitada em julgado, nos casos em que vedada a extradição.

A inquietação explicitamente trazida a lume apontava para a possibilidade de, acolhida a aplicação ampla do *ne bis in idem*, transformar o país em verdadeiro valhacouto de criminosos:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – [...] Quer dizer, o que levaria praticamente à inviabilidade da persecução criminal, criando verdadeiros paraísos, com tudo que há de...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Paraísos penais.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Penais, sim, de corruptor nesse contexto.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): De todo inaceitável, no presente estágio de desenvolvimento das instituições, que o território de qualquer Estado soberano transforme-se em paraíso penal...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - De valhacoutos, para não falar de crimes que às vezes são praticados num território, mas que afetam todos os outros [...]

Com atenções voltadas a essa sensível decorrência da aplicação do referido princípio naquele caso, é que, nos debates, fiz registrar minhas reservas àquela posição, com reflexões *de lege ferenda*: “*para ser coerente com esta premissa do Pacto Internacional, talvez a própria legislação brasileira devesse ser atualizada para admitir, na verdade, a execução da pena no Brasil*”.

Mais adiante, reconhecendo a existência de “lacuna axiológica” que “precisaria ser colmatada”, deixei claro que: “*Então me parece que, ou interpretamos de maneira construtiva — o que é difícil em se tratando sobretudo de matéria penal —, ou detectamos que aqui talvez falte algo..., quer dizer, que há a possibilidade também de homologar a sentença para os fins*”.

Vale dizer: partindo da premissa de que, naquele momento, inexistia a possibilidade de transferência da execução da pena, os próprios membros do colegiado advertiram a Turma de que, a vingar a posição do relator sem qualquer ressalva, ficaria completamente inviabilizada a *persecutio criminis*, em claro prejuízo, segundo expus, “*ao modelo de justiça penal que se pretende cada mais, quando se não globalizada, internacionalizada*”.

Ante tal problemática, eu mesmo aludi à existência de omissão legislativa, registrando a necessidade de modificação legal para permitir a execução, no Brasil, de pena cominada no exterior (exatamente como veio a ocorrer com a nova Lei de Migração).

Portanto, é preciso reconhecer que a leitura cuidadosa do julgado — considerados os debates realizados — não autoriza conclusão segundo a qual, ausente a possibilidade de transferência de execução, a Segunda Turma deu aplicação alargada ao *ne bis in idem*, entendendo que condenação transitada em julgado advinda do exterior teria o condão de, *tout court*, impedir novo processo penal em terras brasileiras.

Esclarecida a real *ratio decidendi* daquele julgado, é fora de dúvidas que as preocupações alhures expostas são totalmente pertinentes ao caso ora julgado, porque, tal como se deu naquela assentada, também aqui, não é cabível a transferência da execução de pena.

No ponto, minha convicção continua idêntica àquela manifestada há mais de uma década: vedada a extradição e sem a possibilidade de trasladar a execução da pena privativa de liberdade, a vedação ao *bis in idem* prevista em tratado internacional precisa ser interpretada *grano salis*, como forma de acomodá-la a outros princípios que regem a matéria.

Sendo assim, entendo que a melhor solução para o caso de que se cuida é permitir que os fatos que renderam ensejo à condenação advinda da Itália sejam objeto de persecução penal pelas instituições brasileiras, mediante aplicação extraterritorial da lei penal brasileira, como modo de tornar efetivo o postulado do *aut dedere aut judicare*.

Realmente, tratando-se de imputação em desfavor de brasileiro pelo cometimento de crime fora do território nacional, tem vez a extraterritorialidade condicionada, na forma do art. 7º, *caput*, II, 'b', e § 2º, do CP:

Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

[...]

II – os crimes

[...]

b) praticados por brasileiro

[...]

§ 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

a) entrar o agente no território nacional;

b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;

- c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
- d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;
- e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

Parecendo-me que, na hipótese, estão reunidos todos os requisitos legais para incidência da lei brasileira, a aplicação dos mencionados rigores é a que melhor se coaduna com a interpretação constitucional dos institutos envolvidos no caso.

**Portanto, bem consideradas as decisões da Segunda Turma, percebe-se que, ao contrário do que concluiu o ato coator – e na esteira das preocupações que externei em julgamento realizado há mais de dez anos -, a não incidência do instituto da transferência da execução de pena à espécie ora decidida não gera impunidade alguma, pois nada impede que a lei brasileira venha a alcançar a imputação realizada na Itália contra o paciente.**

Em remate – a confirmar o acerto da posição aqui explicitada –, cabe registrar que a solução ora propugnada é, também, a que melhor se ajusta aos Tratados subscritos por Brasil e Itália na matéria.

Com efeito, retiro do Decreto nº 862/93 – que Promulga o Tratado de Cooperação Judiciária em matéria Penal entre ambas as nações – a expressa impossibilidade de que a colaboração entre os países se volte à execução de condenações (art. 1, 3, grifo nosso): *“a cooperação não compreenderá a execução de medidas restritivas de liberdade pessoal nem a execução de condenações”*.

De resto, o Decreto nº 863/93 – que Promulga o Tratado de Extradicação entre os mesmos países – é claro ao dispor que, vedada a extradição, será possível “a instauração do procedimento penal” pelo país requerido, evitando assim a indesejável impunidade de fatos criminosos (art. 6º, 1, grifo nosso):

Quando a pessoa reclamada, no momento do recebimento do pedido, for nacional do Estado requerido, este não será obrigado a entregá-la. Neste caso, não sendo concedida a extradição, a Parte requerida, a pedido da Parte requerente, submeterá o caso às suas autoridades competentes para eventual instauração de procedimento penal. Para tal

finalidade, a Parte requerente deverá fornecer os elementos úteis. A Parte requerida comunicará sem demora o andamento dado à causa e, posteriormente, a decisão final.

Sendo assim, entendo incabível a aplicação à hipótese do instituto da transferência de execução de pena, sem prejuízo da instauração da *persecutio criminis* pelas instituições brasileiras na forma do art. 7º, *caput*, II, 'b', e § 2º, do CP c/c art. 6.1. do Decreto nº 863/93.

### ***III – Da Impossibilidade de Imediata Prisão do Paciente sem o Trânsito em Julgado da Decisão de Homologação de Sentença Estrangeira***

Em prosseguimento, compreendo que, mesmo quando afastada minha posição acima exposta (e, assim, seja admitida a homologação da sentença estrangeira para fins de transferência de execução de pena), a impetração merece acolhimento, no que controverte o imediato cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente, sem que a decisão homologatória tenha ainda transitado em julgado.

No ponto, tanto o ato coator quanto a decisão monocrática proferida pelo Min. LUIZ FUX nesta impetração entenderam que não há empecilho à prisão do paciente, sob a premissa de que, na espécie, já é definitiva a “*sentença condenatória proferida pela Justiça Italiana contra o paciente*”, de forma que seria legítima sua imediata prisão.

Com o devido respeito, tenho outro olhar sobre a questão.

Em particular, entendo conveniente refletir sobre o *status* da sentença estrangeira perante o ordenamento brasileiro antes de sua respectiva homologação definitiva pelo STJ; depois, cumpre conferir se, antes do trânsito em julgado do *decisum* homologatório, é cabível dar imediata eficácia à deliberação advinda do exterior, sobretudo se considerada a jurisprudência Corte em matéria processual penal, cujos rigores repelem a execução antecipada da pena.

No ponto, refletindo sobre os limites da jurisdição, parto da premissa de que a doutrina sempre tratou a sentença penal proferida em outros países como “fato jurídico”, que somente dá causa à instauração de juízo executório após a respectiva homologação, sem prejuízo de disparar outros efeitos independentemente de qualquer manifestação do Estado brasileiro:

Certo que tal posição remonta a Chiovenda (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principi di Diritto Processuale Civile**. 3. ed. Napoli, 1923, p.

303/304), Frederico Marques esclarece o tema reportando-se aos preceitos do Código Penal então em vigor:

Antes da sentença homologatória, existe o julgado estrangeiro como FATO ocorrido em outro Estado. Existe também uma vontade estatal, condicionada por esse FATO e que impõe ao juiz examiná-lo para que o reconheça nascendo daí outra vontade atual do Estado, de conteúdo idêntico à sentença aliunde. Com base nesta, não se excepciona a coisa julgada, e sim a EXISTÊNCIA da sentença estrangeira; e é pedido então ao juiz que a examine para dar vida, eventualmente, a uma *res judicata* nacional. Esta é a doutrina de Chiovenda.

A sentença penal, da mesma forma que a civil, só necessita de homologação se der causa à instauração de juízo executório. Uma vez que de seu reconhecimento não derive qualquer procedimento executório, a delibação se torna prescindível.

[...] nos demais casos de eficácia do julgado penal estrangeiro, não se cuida de título penal executivo, nem de instauração de execução penal. As sentenças pronunciadas aliunde têm eficácia em território brasileiro, não como ato jurisdicional propriamente dito, e sim, como fato jurídico. Na reincidência, no *sursis*, no livramento condicional, — a sentença condenatória não é executada no Brasil, mas se reflete no *status poenalis* do condenado como fato e acontecimento de que derivam efeitos jurídicos. O mesmo acontece com a absolvição proferida aliunde, a qual funciona como fato extintivo do *jus puniendi*, de acordo com o que deflui do art. 5., § 2º, letra d, do Código Penal; e nem poderia ser de outra forma, uma vez que as sentenças absolutórias são decisões de caráter e conteúdo declaratório.

A sentença estrangeira que deva ter eficácia como ato jurisdicional e título executivo, em território pátrio, é que necessita ser homologada (MARQUES. Frederico. **Tratado de Direito Penal**. vol. I. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1967, fls. 307/309, grifos no original).

No mesmo sentido, a lição de Heleno Fragoso:

[...] a sentença penal estrangeira é considerada como um fato jurídico, isto é, como fato capaz de produzir efeitos jurídicos perante nossa lei, em diversos casos. Assim, por

exemplo, para fixar a reincidência internacional (art. 63 do CP); para não permitir a suspensão condicional da pena (art. 77, I, do CP), e para condicionar a extraterritorialidade da lei penal brasileira (art. 7, §2<sup>a</sup>, letras 'd' e 'e', do CP).

Limitadamente, porém, nossa lei permite a homologação de sentença penal estrangeira (desde que a aplicação da lei brasileira produza na espécie as mesmas consequências), para: 1 — obrigar o condenado à reparação de dano, restituições e outros efeitos civis [...]; 2— sujeitar o condenado a medida de segurança [...] (FRAGOSO. Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. 3 ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 137).

Firme em que a Lei de Migração ampliou a hipóteses de homologação da sentença penal (arts. 100, *caput*, e 101, § 1º), permitindo seu manejo não apenas para os limitados efeitos de obrigar o condenado à reparação do dano ou de sujeitá-lo à medida de segurança (art. 9º, I e II, do CP), mas ainda para o fim de possibilitar a transferência da execução da pena proferida em outras nações, cabe reconhecer que, ausente o trânsito em julgado da decisão homologatória, não é possível dar-lhe pronta efetividade, sob pena de clara desobediência ao entendimento da Suprema Corte, segundo o qual não cabe execução de pena decorrente de decisão ainda não definitiva:

Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória. (ADCs nº 43, 44 e 54. TRIBUNAL PLENO. Rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. em 7.11.2019).

Ora, se, como visto, antes da decisão homologatória, a sentença estrangeira condenatória constitui mero fato jurídico, e se a execução da decisão só se mostra possível após a homologação, não existe outra possibilidade lógica diante da jurisprudência do Tribunal senão concluir que a prisão decorrente do *decisum* objeto de homologação só pode ocorrer após o respectivo trânsito em julgado.

De fato, ante os rigores da Constituição — *ninguém será considerado*

*culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* (art. 5º, *caput*, LVII) —, não me parece cabível exegese segundo a qual a “sentença penal” aí referida diga respeito à decisão estrangeira, justamente porque, antes da homologação, não existe sentença alguma perante o ordenamento brasileiro, mas apenas mero fato jurídico, incapaz de, sozinho, instaurar processo executório.

Insista-se: se (i) só a partir da homologação é que, no Brasil, passa a existir verdadeira decisão apta a ser executada; e se (ii) a jurisprudência do STF entende que a execução penal só deve ocorrer após a condenação penal alcançar contornos definitivos, então não há alternativa possível: é preciso esperar o trânsito em julgado da decisão homologadora para que o acusado possa cumprir a pena que lhe foi imposta.

Por isso, a interpretação do preceito constitucional que mais se coaduna com a própria natureza das coisas e com o entendimento do STF é aquela que, em relação à matéria ora debatida, exige o trânsito em julgado não apenas da sentença proferida no exterior, **mas ainda da decisão do STJ que vier a homologá-la.**

Em aprofundamento, é preciso atentar que, mantido o ato coator, criar-se-ia odioso malferimento ao princípio da igualdade, dando a tratamento diverso a acusados em situações símiles.

Realmente, partindo da premissa de que a decisão homologatória proferida pelo STJ desafia ainda recurso extraordinário a ser julgado por este Supremo Tribunal (art. 102, III, ‘a’, da CR), vê-se que, a prosperar o entendimento vertido pelo STJ (sufragado pelo eminente relator), o acusado seria imediatamente recolhido ainda quando tivesse pendente de exame recurso extraordinário interposto.

Em outras palavras: aquele que tenha contra si condenação estrangeira ainda não homologada definitivamente seria prontamente preso, ainda que não decidido eventual recurso extraordinário contra a decisão homologatória.

Acontece que tal possibilidade — recolhimento imediato do acusado, malgrado pendente de julgamento eventual recurso extraordinário interposto — foi expressamente rechaçada pela Corte quando do julgamento das referidas ADCs.

Realmente, a posição da Corte naquela assentada fez superar posição inicialmente sufragada por algumas manifestações da Corte, conforme a qual *“a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF”*.

Eu mesmo cheguei a adotar tal inteligência durante curto período,

como se pode conferir de julgados em que consignei: “*Autorizado o início de cumprimento provisório da pena, tendo já sido julgados recurso especial e agravo em recurso especial pelo STJ*” (STF. AgR. no HC 143686. SEGUNDA TURMA. Rel. Min. GILMAR MENDES, j. em 24/11/2017).

Como dito, tal entendimento foi expressamente superado no julgamento conjunto das ADCs, em que eu mesmo revi minha posição. No que interessa ao presente debate, colho excerto do meu voto:

Já no julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Dias Toffoli consignou que a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual, e não de natureza geral, ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais.

Ainda, no julgamento do HC 142.173/SP (de minha relatoria, sessão da Segunda Turma de 23.5.2017), manifestei minha tendência em acompanhar o Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ.

Posteriormente, em 4.4.2018, o Plenário julgou o HC 152.752/PR (DJe 27.6.2018), quando novamente me manifestei no sentido de que o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça é a opção que confere maior segurança à execução provisória da pena.

[...]

Desde que votei favoravelmente à execução provisória da pena, muito refleti sobre as consequências amplas de tal posicionamento e percebi que uma leitura tão destoante do texto expresso da Constituição Federal só acarretaria abertura de brechas para cada vez mais arbitrariedades por todo o sistema penal.

E, sem dúvidas, isso reflete essencialmente naqueles que são, inevitavelmente, a clientela preferencial do Direito Penal. Por óbvio, precisamos adotar medidas para que todas as pessoas, ricas ou pobres, que cometam crimes graves sejam devidamente punidas. Contudo, não podemos esquecer que todas as medidas adotadas para expandir o Direito Penal incidiram forte e diretamente nessa clientela preferencial. Isso é,

infelizmente, inevitável.

Diante desse quadro, não há como manter o precedente assentado no HC 126.292.

Diante de tal cenário, é de questionar-se: se, ainda não julgado recurso extraordinário, não pode ser preso em antecipação de pena o acusado condenado por tribunais brasileiros (ainda quando mantida a sanção pelo STJ), seria possível admitir tal espécie de privação de liberdade quando, naquela mesma situação processual, o acusado encontra-se condenado por deliberação advinda de outros países?

Segundo minha convicção, a resposta a tal pergunta é desenganadamente negativa, sendo caso mesmo de manter a integridade da jurisprudência formada no julgamento das referidas ADCs, impedindo que distinções e exceções sejam criadas à margem da posição então firmada, em claro desprestígio à presunção de inocência protegida pelo texto constitucional.

Por fim, a atestar a importância da vedação à prisão imediata, é impossível deixar de observar que, no âmbito do recurso extraordinário eventualmente interposto pelo acusado contra a decisão homologatória, ainda haverá sensível campo de análise por parte deste Supremo Tribunal, o qual, no exercício de sua competência, pode vir a reformar o entendimento externado pelo STJ (exatamente como propus nos tópicos 1 e 2 deste voto).

Deveras, sem jamais contrariar a conhecida limitação típica dos juízos delibatórios proferidos em homologação de sentença, é fora de dúvida que, no recurso extraordinário, o Supremo Tribunal terá oportunidade de, a partir da Constituição, manifestar-se sobre as matérias que podem ser levantadas pela defesa naquela sede processual e que, na esfera penal, ganham relevância acentuada e inegável elasticidade.

É o que se passa, por exemplo, com a verificação sobre a regular “citação do réu no processo originário”, ou a ocorrência de ofensa à “ordem pública” e à “dignidade da pessoa humana” no feito estrangeiro (art. 216-D c/c art. 216-H, p. único, ambos do Regimento Interno do STJ).

Sem deixar de notar que o próprio Supremo Tribunal terá de formular compreensão sobre o exato alcance do significado de tais expressões no âmbito preciso das homologações de sentença penal (graves nulidades processuais ocorridas no exterior poderiam ser conhecidas pela Corte?), entendo que não é caso de admitir a execução provisória da pena sem o exato enfrentamento dessas questões por parte

do STF, sobretudo quando, como já se viu, a própria jurisprudência da Corte não admite prisões açodadas.

Por isso, ainda quando vencido em relação à aplicação retroativa do art. 100 da Lei de Migração, entendo que é caso de concessão da ordem para o fim de determinar a imediata soltura do paciente enquanto não houver o trânsito em julgada de decisão homologatória, sem prejuízo, é claro, da decretação de medidas cautelares nas estritas hipóteses em que elas foram cabíveis, mediante fundamentação que demonstre sua necessidade.

#### *IV – Da Conclusão dos writs 239.238 e 239.162*

São conhecidos os requisitos que autorizam a concessão de medida liminar em *habeas corpus* (art. 5º, *caput*, LXVIII, da CR c/c arts. 647 e 648 do Código de Processo Penal – CPP): de um lado, o perigo da demora; de outro, a existência de graves indícios da prática de ilegalidade em desfavor da liberdade do paciente.

Sendo inegável a urgência do caso por conta da efetivação da prisão, entendo que, na esteira da fundamentação supra, há suficientes indícios da prática de ilegalidade pelo ato coator, seja porque (i) fez retroagir norma mais gravosa em desfavor do paciente, em desrespeito ao art. 5º, *caput*, XL, da CR; seja porque (ii) determinou o cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado da decisão que homologou a sentença estrangeira, em malferimento ao art. 5, *caput*, LVII, da CR.

**Ante o exposto**, defiro a liminar para o fim de suspender imediatamente o processo de homologação de sentença estrangeira em trâmite perante a Corte Especial do STJ (HDE 7.986/EX), e a decisão homologatória nele prolatada, com a consequente soltura do paciente, se por outro motivo não estiver preso.

Subsidiariamente, acaso vencido no ponto anterior, considerando a ausência de trânsito em julgado da decisão homologatória, acolho o pedido cautelar em menor extensão, para o fim de determinar a imediata liberação do paciente, se por outro motivo não estiver preso.

**É como voto.**