

EMB.DECL. NO HABEAS CORPUS 239.162 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
EMBT.E.(S) : ROBSON DE SOUZA
ADV.(A/S) : JOSE EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E
OUTRO(A/S)
EMBDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
INTDO.(A/S) : UNIÃO BRASILEIRA DE MULHERES
ADV.(A/S) : CARLOS NICODEMOS OLIVEIRA SILVA
ADV.(A/S) : MARIA FERNANDA FERNANDES CUNHA
AM. CURIAE. : ASSOCIACAO NACIONAL DA ADVOCACIA
CRIMINAL
ADV.(A/S) : MARCIO GUEDES BERTI
ADV.(A/S) : JAMES WALKER NEVES CORRÊA JÚNIOR
ADV.(A/S) : VICTOR MINERVINO QUINTIERE

VOTO – VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de embargos de declaração opostos pela defesa técnica de Robson de Souza em face de acórdão por meio do qual o Plenário, por maioria de votos, denegou a ordem de *habeas corpus* requerida (eDOC 85).

Argumentam os embargantes, em síntese, que a corrente que acabou vencedora no âmbito do acórdão embargado teria restado omissa acerca de “*questão jurídica acerca da impossibilidade de retroação da lei penal gravosa, art. 5º, caput, XL, da CF*” (eDOC 86, p. 5), articulada no voto divergente que apresentei na ocasião.

Defendem os embargantes que “*o caso exige um exame mais aprofundado sobre a natureza da norma*” e que estaria caracterizada a “*omissão [...] apontada, pois os demais votos proferidos, deixaram de analisar se no caso concreto o art. 100 da Lei de Migração representaria uma novatio legis in pejus*” (eDOC 86, p. 6).

Iniciado o julgamento na sessão virtual do Plenário ocorrida entre 28.3.2025 e 4.4.2025, o eminente relator, Ministro Luiz Fux, apresentou voto no sentido da rejeição dos embargos, tendo sido acompanhado pelo Ministro Alexandre de Moraes.

HC 239162 ED / DF

Ato contínuo, pedi vista dos autos para examinar mas detidamente a questão.

É o breve relato dos fatos processuais relevantes à retomada do julgamento. **Passo ao voto.**

Com todas as vênias ao eminente relator, tenho que assiste razão ao embargante, sendo imprescindível que a questão veiculada nestes autos seja apreciada sob a perspectiva de que o instituto da Transferência de Execução da Pena, introduzido pelo art. 100 da Lei de Migração (Lei 13.445/2017), representa norma de direito penal material mais gravosa inaplicável ao caso concreto, que versa sobre fatos ocorridos em 2013.

Princípio salientado, na linha do que fiz constar em meu voto vencido no acórdão embargado, que a decisão a ser tomada na hipótese nada tem a ver com qualquer juízo de valor que se possa fazer 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, ou mesmo a necessidade de punição daqueles que cometem crimes.

Pelo contrário, a questão jurídica suscitada pelos embargantes exige desta Corte a tomada de decisão sobre questão específica de natureza eminentemente jurídica: 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 13.445/2017 – Lei de Migração).

Com todas as vênias aos posicionamentos em sentido contrário, entendo que a resposta à questão há de ser negativa, de modo resguardar os direitos fundamentais não apenas do paciente, 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, se porventura ocorridos antes do advento do art. 100 da Lei de Migração.

HC 239162 ED / DF

I — DA INAPLICABILIDADE DO ART. 100 DA LEI DE MIGRAÇÃO AO CASO CONCRETO

A principal questão a ser decidida – a meu ver não abordada (omissão) pela maioria que conduziu o acórdão embargado – diz respeito a saber se o instituto da Transferência de Execução da Pena (TEP), instituído em nosso ordenamento pelo art. 100 da Lei de Migração (13.445/2017), 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

HC 239162 ED / DF

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:

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

HC 239162 ED / DF

direito de queixa ou de representação, a renúncia, o perdão (CPP, arts. 38, 49, 51), direitos do preso ou do condenado.

Cumpra, 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” (ARE 1249156 AgR-ED/SP. Segunda Turma. Rel. Min. Edson Fachin, DJe 11.3.2022).

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).

HC 239162 ED / DF

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, DJe 6.6.2023), 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

HC 239162 ED / DF

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*.

Na oportunidade, 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

HC 239162 ED / DF

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 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:

HC 239162 ED / DF

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

HC 239162 ED / DF

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 extradições, 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 (grifo nosso).

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

HC 239162 ED / DF

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 punitonis (pretensão**

HC 239162 ED / DF

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

Nada obstante, registro que o voto condutor do acórdão da Corte Especial do STJ impugnado neste *habeas corpus* 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 864/IT**, Tribunal Pleno, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 29.8.2003; (ii) **Ext 938/FR**. Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 1º.7.2005; (iii) **Ext 937/FR**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 1º.7.2005; e (iv) **Ext 1675/DF**. Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 9.2.2022.

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 864/IT**, 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

HC 239162 ED / DF

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 394/1938, 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 6.815/1980), 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 937/FR e 938/FR — ambas tendo o Estado francês

HC 239162 ED / DF

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 *apersecutio 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

HC 239162 ED / DF

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 extradicional, 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 937/FR), seja por força da detração (Ext 938/FR). Ocorre que a 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 937/FR:

HC 239162 ED / DF

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 938/FR**, 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

HC 239162 ED / DF

pena imposta à extraditanda, caso fosse deferida a extradição, 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 extradição 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 nas 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 1.675/DF) também não serve de fundamento à tese da retroatividade das normas de cooperação internacional independentemente do seu conteúdo.

No referido precedente 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 13.964/2019 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

HC 239162 ED / DF

compromisso diplomático de não executar pena de prisão superior ao mencionado teto legal previsto no Brasil. É nesse contexto que, então, discutiu-se a possibilidade de o novo prazo máximo previsto no art. 75, *caput*, do CP alcançar fatos criminosos anteriores à alteração legislativa.

Sucedeu 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

HC 239162 ED / DF

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: *“Extradicação 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)”* (Ext 1660/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 14.3.2023 – 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)”* (Ext 1656/DF. Segunda Turma, Rel. Min. André Mendonça, DJe 9.11.2022 – 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.

HC 239162 ED / DF

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 sobre o tema.

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 Duvivier de Albuquerque Mello registra que:

[...] 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 (MELLO. Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1037).

HC 239162 ED / DF

Nesse contexto, à luz do 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.

Nada obstante, na linha do que sustentam os embargantes, a questão, apesar de abordada, de alguma forma, em meu voto que acabou vencido, não restou, a meu sentir, suficientemente debatida no acórdão embargado como um todo, caracterizando omissão a ser suprida pelo acolhimento dos embargos de declarações.

Por tais fundamentos, conheço e dou provimento aos embargos de declaração para assentar a inaplicabilidade do art. 100 da Lei de Migração ao caso concreto, atribuindo-se ao provimento dos aclaratórios os efeitos modificativos que a hipótese exige.

II — IMPOSSIBILIDADE DE IMEDIATA PRISÃO DO PACIENTE SEM O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA

Lado outro, ainda que afastada a compreensão acima exposta (e, assim, admitida a homologação da sentença estrangeira para fins de transferência de execução de pena no caso concreto), entendo que o

HC 239162 ED / DF

paciente não pode ser compelido a iniciar o cumprimento de pena fundada em sentença estrangeira homologada antes que a decisão homologatória venha a transitar em julgado.

Quanto ao ponto, observo que a matéria, apesar de tratada inicialmente pelos embargantes quando da impetração, deixou de ser abordada nas razões dos embargos de declaração. Nada obstante, penso que se trata de ilegalidade manifesta que, em minha visão, enseja a concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício, na forma do art. 647 caput e parágrafo único do CPP e do art. 192 do RISTF.

No particular, o ato coator parte da premissa de que não há empecilho à prisão do paciente, sob o entendimento 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:

HC 239162 ED / DF

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^a, 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).

Uma vez que a Lei de Migração ampliou a hipóteses de homologação da sentença penal (arts. 100, *caput*, e 101, § 1^o) – 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. 9^o, 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

HC 239162 ED / DF

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 43/DF, 44/DF e 54/DF. Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 11.11.2020).

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 sua 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.**

HC 239162 ED / DF

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”* (HC 143.686 AgR/SC. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 31.1.2018).

Como dito, tal entendimento foi expressamente superado no julgamento conjunto das ADCs, ocasião 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

HC 239162 ED / DF

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,

HC 239162 ED / DF

infelizmente, inevitável.

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

Diante de tal cenário, surge a questão: 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 acima).

Deveras, sem jamais contrariar a conhecida limitação típica dos juízos deliberatórios 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

HC 239162 ED / DF

(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, entendendo que não é caso de admitir a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da decisão homologatória, sobretudo quando, como já se viu, a própria jurisprudência da Corte não admite prisões açodadas.

Por isso, caso vencido em relação à impossibilidade de aplicação retroativa do art. 100 da Lei de Migração, entendo que é caso de concessão da ordem de ofício (CPP, art. 647 caput e parágrafo único; RISTF, art. 192) para determinar a imediata soltura do paciente enquanto não houver o trânsito em julgado de decisão homologatória, sem prejuízo, é claro, da decretação de medidas cautelares nas estritas hipóteses em que eventualmente cabíveis, mediante fundamentação que demonstre sua necessidade.

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, **conheço dos embargos de declaração** e, no mérito, **dou-lhes provimento** para assentar a inaplicabilidade do art. 100 da Lei de Migração ao caso concreto e, por consequência, conceder a ordem de *habeas corpus*, determinando a cassação da decisão homologatória prolatada pela Corte Especial do STJ nos autos do processo originário (HDE 7.986/IT), com a consequente soltura do paciente, se por outro motivo não estiver preso.

Caso vencido quanto à inaplicabilidade do art. 100 da Lei de Migração ao caso concreto, **concedo de ofício a ordem de *habeas corpus***, em menor extensão, para assentar a impossibilidade de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da decisão homologatória, impondo-se a imediata liberação do paciente, se por outro motivo não estiver preso,

HC 239162 ED / DF

nos termos da fundamentação acima.

É como voto.