

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 104.123 - SP (2018/0267949-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : ANGEL ANDRES DURAN PARRA (PRESO)

**ADVOGADO : FLAVIANO ADOLFO DE OLIVEIRA SANTOS -
SP267147**

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

ANGEL ANDRES DURAN PARRA alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, que denegou o HC n. 5008779-04.2018.4.03.0000.

Consta dos autos que o ora recorrente foi condenado à pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 35, *caput*, c/c o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/2006 – "Operação São Francisco", deflagrada pela Polícia Federal (Processo n. 0009532-64.2017.4.03.6181, da 1ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de São Paulo – SP).

A defesa alega, em síntese, a ocorrência de *bis in idem* processual, sob o argumento de que o réu já foi preso, processado e cumpriu 7 anos, 5 meses e 17 dias no Uruguai pelos mesmos fatos. Pondera que ele "não pode ser penalizado por duas denúncias de igual conteúdo dentro da mesma conduta penal" (fl. 224).

Requer o provimento do recurso, para que seja revogada a custódia preventiva do acusado e, subsidiariamente, pleiteia a imposição de medidas cautelares alternativas à prisão.

A liminar foi indeferida e, depois de as informações terem sido prestadas, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do recurso.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 104.123 - SP (2018/0267949-8)

EMENTA

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. LITISPENDÊNCIA. FATOS APURADOS EM DISTINTOS ESTADOS SOBERANOS. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A litispendência guarda relação com a ideia de que ninguém pode ser processado quando está pendente de julgamento um litígio com as mesmas partes (*eadem personae*), sobre os mesmos fatos (*eadem res*), e com a mesma pretensão (*eadem petendi*), que é expressa por antiga máxima latina, o *ne bis in idem*.

2. Pela análise de normativa internacionais incorporada e vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, constata-se a regra de que é a sentença definitiva oriunda de distintos Estados soberanos – e não a existência de litígio pendente de julgamento – que pode obstar a formação, a continuação ou a sobrevivência da relação jurídica processual que configuraria a litispendência.

3. Não há elementos suficientes nos autos para se afirmar, com certeza, que a investigação realizada no Uruguai envolveu exatamente as mesmas condutas. Ademais, caso se reconheça, na jurisdição ordinária, que o recorrente haja respondido, no Uruguai, pelos mesmos fatos delituosos a que veio a ser condenado no Brasil, dúvidas não há de que incidirá o art. 8º do Código Penal: "A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas". Tal dispositivo, embora não cuide propriamente da proibição de dupla punição e persecução penais, dispõe sobre o modo como deve ser resolvida a situação de quem é punido por distintos Estados soberanos pela prática do mesmo delito.

4. Não se afigura possível, na via estreita do habeas corpus, avaliar a extensão das investigações realizadas numa e noutra ação penal, bem como os fatos delituosos objeto de um e de outro processo, para se concluir, com precisão, se há ou não *bis in idem* ou litispendência.

5. A questão da litispendência há de ser enfrentada e dirimida nas instâncias ordinárias, onde o maior âmbito da cognição – horizontal e vertical – permitirá a aferição da efetiva ocorrência do alegado pressuposto negativo da validade da relação processual.

6. Recurso em habeas corpus não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Esclarecimentos iniciais

A defesa alega, em síntese, que o réu não pode ser responsabilizado criminalmente em duas ações penais diversas, mas com objetos idênticos – uma no Uruguai, outra no Brasil –, ainda que os processos estejam tramitando em países distintos.

Assim, embora haja formulado, expressamente, a revogação da custódia preventiva do recorrente, infere-se, das razões recursais, que o que se pretende, na verdade, é que o cumprimento da pena imposta no Uruguai – 7 anos, 5 meses e 17 dias –, pelos mesmos fatos (segundo a defesa), seja compensada com a reprimenda que lhe veio a ser infligida nos autos do processo objeto deste recurso.

Irrelevante, portanto, para o deslinde da controvérsia, o fato de já ter havido o esgotamento das instâncias ordinárias (conforme se verifica em consulta processual realizada na página eletrônica do TRF3), porque o recurso deve ser analisado não à luz dos fundamentos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, mas sob a ótica da litispendência.

II. Litispendência – não ocorrência

Sobre a matéria posta em discussão, o Tribunal de origem assim decidiu (fls. 214-215):

[...] não há como se acolher a tese do bis in idem, dada a dificuldade em se distinguir sobre qual imputação o paciente foi condenado no Uruguai, na medida em que não se sabe o teor dos artigos 32 e 31 do Decreto-lei 14.294, tampouco consta do a writ sentença alienígena referida pela defesa.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do nº Habeas Corpus 229.650 – SP, impetrado em favor do corréu Gustavo Duran Bautista, afastou a alegação de litispendência entre os fatos apurados no Uruguai e aqui, porquanto, na via estreita do writ, não haveria como “avaliar a extensão das investigações realizadas numa e noutra ação

penal, bem como os fatos delituosos objetos de um e de outro processo, para se concluir, com precisão, se houve ou não bis in idem, sem prejuízo da aplicação do art. 8º do Código Penal.

Sem alteração superveniente no contexto fático analisado, o que se extrai dos autos, portanto, é a existência de juízo exauriente acerca da culpabilidade do paciente e o risco que sua liberdade representa ao cumprimento da sanção imposta, que, ao que tudo indica, não configura duplicidade de condenação em relação àquela que lhe teria sido aplicada pela Justiça uruguaia.

A propósito, destaco do parecer da Procuradora Regional da República Rosane Cima Campiotto (ID 3200195):

“[D]a análise da cópia da denúncia de fls. 83/123, nota-se que os fatos imputados ao ora paciente no Brasil vão além do flagrante pelo delito de tráfico de 495 kg (quatrocentos e noventa e cinco quilos) de substância entorpecente, porquanto, na Justiça uruguaia, foi imputada ao paciente a prática de ‘um (1) delito previsto no artigo 32 do Decreto-lei 14.294 na modalidade de organização, com agravante de um (1) delito, previsto no art. 31 do mesmo Decreto-lei, na modalidade de ‘introdução em trânsito’ (entrada (fl. 30), em razão de investigações que se iniciaram de substâncias em trânsito sem autorização)’ naquele país em 2007, a partir de informações fornecidas do Brasil, e que levaram à sua prisão, em 18.08.2017, em Salto/Uruguai, na posse de 495 kg (quatrocentos e noventa e cinco quilos) de cocaína (fl. 23). Assim, constata-se que a referida apreensão constituiu apenas um dos fatos que levaram à condenação do paciente, mas não o único.”

Posto isso, DENEGO A ORDEM de habeas corpus.

Entre os pressupostos processuais de validade, destaco os requisitos objetivos extrínsecos relevantes para o caso, vale dizer, os requisitos negativos, que são fatos estranhos à relação jurídica processual e que, uma vez existentes, impedem a formação válida do processo: a preempção, a litispendência, a coisa julgada.

A litispendência guarda relação com a ideia de que ninguém pode ser processado quando está pendente de julgamento um litígio com as mesmas partes (*eadem personae*), sobre os mesmos fatos (*eadem res*) e com a mesma pretensão (*eadem petendi*), que é expressa por antiga máxima latina, o

Superior Tribunal de Justiça

ne bis in idem. É, aliás, do Direito Romano que se extraem antigas referências a essa regra, por meio de brocardos que, nada obstante empregados para regular diferentes situações, expressam a ideia comum de que tudo o que já foi objeto de julgamento não pode ser novamente discutido em juízo.

Embora o *ne bis in idem* tenha origem mais ligada à sua vertente processual, muitos diplomas legais tendem a deixar clara sua dupla face de garantia: de um lado, o princípio possui abrangência nitidamente material, a conferir ao acusado o direito de não ser *punido* duas vezes pelo mesmo fato; de outro lado, fala-se no aspecto processual, pelo qual se assegura ao réu o direito de não ser *processado* duas vezes pelo mesmo fato.

Importante distinção entre os aspectos material e processual do *ne bis in idem* reside nos efeitos e no momento em que se opera essa regra. Sob a ótica da proibição de dupla persecução penal, a garantia em tela impede a formação, a continuação ou a sobrevivência da relação jurídica processual, enquanto que a proibição da dupla punição impede tão somente que alguém seja, efetivamente, punido em duplicidade ou que tenha o mesmo fato, elemento ou circunstância considerados mais de uma vez para definir-se a sanção criminal.

No Direito Brasileiro, embora ausente sua previsão na Constituição Federal (ao menos de modo explícito), pode-se identificar a influência do *ne bis in idem*, em maior ou em menor grau, na legislação ordinária, tal como ocorre no art. 8º do Código Penal, no art. 110 do Código de Processo Penal e no art. 77, V, do Estatuto do Estrangeiro.

Faço lembrar que o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida pelo Pleno, afirmou que a incorporação do princípio do *ne bis in idem* ao ordenamento jurídico brasileiro, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem complementar o rol dos direitos e das garantias individuais já previsto pela Constituição Federal de 1988, em razão de que a interpretação constitucional sistemática leva à conclusão de que se impõe a prevalência do direito do indivíduo à liberdade em detrimento do poder-dever do Estado-juiz de acusar (**HC n. 80.263/SP**, Rel. Ministro **Ilmar Galvão**, DJ 27/6/2003).

Sem embargo, as mudanças ocorridas no Direito, principalmente a partir da universalização dos direitos humanos e da criação consensual de instâncias supranacionais para protegê-los e punir os responsáveis por suas violações, implicou a progressiva e lenta reestruturação do processo penal moderno, para um modelo incriminatório universal em que as fronteiras não sejam obstáculo para a justiça ou refúgio para a impunidade. (URUENA, René

F. *Un mito que agoniza*: El principio do non bis in idem en el derecho procesal penal contemporáneo. Disponível em: <http://www.derechopenalonline.com/index.php?articulos>).

Uma dessas mudanças diz respeito aos limites de aplicação do *ne bis in idem*, a um primeiro olhar mais restritos quando aplicados no âmbito da jurisdição transnacional do que em sua corrente incidência dentro de cada ordenamento jurídico.

Nesse contexto, pela análise de normativa internacionais incorporada e vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, constato a regra de que é a sentença definitiva oriunda de distintos Estados soberanos – e não a existência de litígio pendente de julgamento – que pode obstar a formação, a continuação ou a sobrevivência da relação jurídica processual que configuraria a litispendência.

Com efeito, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, em vigor, no Brasil, desde 24/4/1992 (Decreto n. 592/1992), dispõe, em seu art. 14, item 7, 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" (destaquei).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em vigor desde 25/9/1992 (Decreto n. 678/1992), ao tratar das garantias judiciais, prevê, no art. 8º, item 4, o seguinte:

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

O art. 7º da Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior – concluída em Manágua, em 9/6/1993 (aprovada por meio do Decreto Legislativo n. 293, de 12/6/2006) – também prevê o princípio do *ne bis in idem*, ao estatuir que "A pessoa sentenciada que for transferida conforme previsto nesta Convenção não poderá ser detida, processada ou condenada novamente no Estado receptor pelo mesmo delito que motivou a sentença imposta pelo Estado sentenciador".

A mesma ideia também foi consagrada, *exempli gratia*, no art. 20 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (em vigor desde 26/9/2002, por força do Decreto n. 4.388/2002), cujo teor transcrevo abaixo,

in verbis:

Artigo 20

Ne bis in idem

1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.
2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.
3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal:
 - a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou
 - b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

Prevalece a regra, portanto, de que **a pendência de julgamento de litígio no exterior não impede o processamento de demanda no Brasil**, até mesmo porque, como é cediço, no curso da ação penal pode ocorrer tanto a alteração da capitulação (*emendatio libeli*) como, também, da imputação penal (*mutatio libeli*), **o que, por si só, é suficiente para exigir maior cautela na extinção prematura de demandas criminais em Estados soberanos distintos**. Seria temerário, pois, também sob esse aspecto, aniquilar o cumprimento da pena no território brasileiro.

Enfatizo, por oportuno, que "Há litispendência quando o mesmo autor, invocando o mesmo fato, formula o mesmo pedido contra o mesmo réu" (**HC n. 39.247/SP**, Rel. Ministro **Paulo Medina**, 6ª T., DJ 21/11/2005).

No caso, **os Estados que promovem a execução penal são distintos**. Além disso, a ação penal objeto deste recurso diz respeito à associação entre o ora recorrente e mais outros 12 agentes, de maneira estável e permanente, para o fim de praticar o crime de tráfico transnacional de drogas (cocaína), no período compreendido entre dezembro de 2003 a agosto de 2007, pelo menos (fl. 97). Segundo foi apurado, o recorrente era pessoa da extrema confiança do corrêu Gustavo Duran Bautista (líder da associação),

auxiliando-o diretamente na orientação e no planejamento das ações do grupo e representando-o em várias reuniões com membros da organização no exterior (fl. 168).

Contudo, **não há elementos suficientes nos autos para se afirmar, com certeza, que a investigação realizada no Uruguai envolveu exatamente as mesmas condutas.** Ainda, consoante informou o Juízo singular, "o pleito pela nulidade do feito por ocorrência de suposto *bis in idem* jamais foi aventado perante este Juízo de primeira instância, durante o processo de conhecimento do ora paciente" (fl. 198).

De toda sorte, dúvidas não há de que poderá incidir, no caso, o art. 8º do Código Penal. Tal dispositivo, embora não cuide propriamente da proibição de dupla punição e persecução penais, dispõe sobre o modo como deve ser resolvida a situação de quem é punido por distintos Estados soberanos pela prática do mesmo delito. A propósito, confira-se:

Art. 8º - A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.

Essa regra afastará, portanto, a dupla apenação do recorrente, caso se reconheça que tenha respondido, no Uruguai, exatamente pelos mesmos fatos delituosos pelos quais veio a ser condenado no Brasil.

Aliás, no que diz respeito à possibilidade de dupla inflicção de pena ao acusado de um mesmo fato criminoso, perante duas jurisdições soberanas, é opinião corrente que o eventual cumprimento da sanção imposta em um país deve ser compensado por outra pena que venha a ser-lhe infligida, em face do mesmo crime, em outro Estado.

Determinados ordenamentos penais de países europeus admitem a dupla persecução penal, mas não o duplo sancionamento, já que levam em conta o total da pena cumprida pelo condenado no exterior para o cálculo de eventual saldo a cumprir. O ordenamento alemão, por exemplo, assegura que, quando o condenado tenha sido castigado no estrangeiro pelo mesmo fato, a pena já cumprida será descontada da que vier a ser-lhe infligida. Algo similar é previsto em outras legislações, como na italiana (art. 138 do Código Penal), na austríaca (art. 66 do StGB) e na suíça (art. 31 do Código Penal).

Releva acrescentar que a Convenção para a Proteção dos Direitos dos Homens e das Liberdades Fundamentais, com a redação dada pelo Protocolo n. 7, firmado em Strasburgo, em 22/11/1984 (emendado pelo Protocolo n. 11, de 1º/11/1998), também abre a possibilidade de dupla persecução penal, por motivo de soberania estatal, ao estatuir, em seu artigo 4.1, que "ninguém pode ser julgado ou punido novamente em **processos criminais sob a jurisdição de um mesmo Estado**, por um crime do qual já foi definitivamente absolvido ou condenado, de acordo com as leis penais e processuais penais do Estado".

III. Impossibilidade de análise na via estreita do habeas corpus

Registro, por fim, que não se afigura possível, na via estreita do habeas corpus, avaliar a extensão das investigações realizadas numa e noutra ação penal, bem como os fatos delituosos objetos de um e de outro processo, para se concluir, com precisão, se houve ou não *bis in idem*.

Consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em caso semelhante, "os fatos narrados nos autos demonstram a complexidade das investigações, que resultaram em diversas apreensões de droga, sendo impossível, numa análise restrita, como é a via do habeas corpus, afirmar-se que teria ocorrido *bis in idem*" (HC n. 115.784/SP, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 2ª T., DJe 21/8/2013).

O mesmo entendimento também foi adotado pela Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça por ocasião do julgamento do HC n. 229.650 – impetrado em favor do corréu Gustavo Duran Bautista –, ocorrido em 8/3/2016. Confira-se, a propósito, a ementa redigida para o julgado, no que interessa:

[...]

7. Prevalece a regra de que a pendência de julgamento de litígio no exterior não impede o processamento de demanda no Brasil, até mesmo porque, como é cediço, no curso da ação penal pode ocorrer tanto a alteração da capitulação (*emendatio libeli*) como, também, da imputação penal (*mutatio libeli*), o que, por si só, é suficiente para exigir maior cautela na extinção prematura de demandas criminais em Estados soberanos distintos.

8. Caso se reconheça que o paciente tenha respondido, no Uruguai, pelos mesmos fatos delituosos a que venha a ser condenado no Brasil,

dúvidas não há de que incidirá o art. 8º do Código Penal: "A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas". Tal dispositivo, embora não cuide propriamente da proibição de dupla punição e persecução penais, dispõe sobre o modo como deve ser resolvida a situação de quem é punido por distintos Estados soberanos pela prática do mesmo delito.

9. Não se afigura possível, na via estreita do habeas corpus, avaliar a extensão das investigações realizadas numa e noutra ação penal, bem como os fatos delituosos objeto de um e de outro processo, para se concluir, com precisão, se houve ou não *bis in idem*.

10. A questão relativa ao mandado de prisão preventiva expedido em desfavor do paciente no Brasil não foi analisada pelo Tribunal de origem, o que impede a apreciação dessa matéria diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de, assim o fazendo, incidir na indevida supressão de instância.

11. Habeas corpus não conhecido.

Por todos esses motivos, entendo inviável o acolhimento da tese de ter havido *bis in idem* processual. A questão da litispendência há de ser enfrentada e dirimida nas instâncias ordinárias, onde o maior âmbito da cognição – horizontal e vertical – permitirá a aferição da efetiva ocorrência do alegado pressuposto negativo da validade da relação processual.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, **nego provimento** ao recurso em habeas corpus.