

EXCELENTÍSSIMA **MINISTRA PRESIDENTE CARMEN LÚCIA** DO
EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO – PSB, partido político devidamente registrado perante o Tribunal Superior Eleitoral e com representação no Congresso Nacional, inscrito no CNPJ sob o n. 01.421.697/0001-37, com sede nacional na SCLN 304, Bloco A, Sobreloja 01, Entrada 63, Asa Norte, Brasília/DF, CEP n°. 70.736-510, vem, por seus procuradores devidamente constituídos (doc. n. 01), respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fulcro nos incisos XLVI e XLIX do artigo 5º da Constituição Federal e na lei federal n. 9.882/1999, ajuizar a presente

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL
(com pedido de tutela liminar)**

com o objetivo de ser declarada a não recepção do parágrafo único do artigo 84 da lei federal n. 6.815/1980 e do artigo 208 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (“RISTF”) pela Constituição Federal de 1988, pelas razões de fato e direito doravante expostas.

I – DA INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DA PRISÃO PREVENTIVA NOS PROCESSOS DE EXTRADIÇÃO. CABE AO JUIZ ANALISAR A NECESSIDADE DA PRISÃO NO CASO CONCRETO

1. A presente ação almeja a declaração da não recepção, pela Constituição Federal de 1988, do parágrafo único do art. 84 da lei n. 6.815/1980 (Estatuto dos Estrangeiros) e do art. 208 do RISTF, que estabelecem o seguinte:

Lei n. 6.815/80 (Estatuto dos Estrangeiros)

“Art. 84. Efetivada a prisão do extraditando (artigo 81), o pedido será encaminhado ao Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. A prisão perdurará **até o julgamento final** do Supremo Tribunal Federal, **não sendo admitidas a liberdade vigiada, a prisão domiciliar, nem a prisão albergue.**”

Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

Art. 208. Não terá andamento o pedido de extradição **sem que o extraditando seja preso** e colocado à disposição do Tribunal.

2. Como se vê, as normas transcritas dispõem ser **obrigatória** a prisão cautelar do estrangeiro para que o processo de extradição tenha andamento, **sem qualquer possibilidade** de conversão em prisão domiciliar, liberdade vigiada com tornozeleira eletrônica, pagamento de fiança etc.

3. Significa dizer que assim que recebido, pelo Estado brasileiro, pedido de extradição devidamente formulado por Estado estrangeiro e acompanhado das exigidas formalidades, o extraditando deve, automática e obrigatoriamente, ser preso – não se admitindo a aplicação de medidas alternativas.

4. Os dispositivos ora questionados estabelecem, ainda, que a prisão deve perdurar **até o término** do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, **sem qualquer limitação temporal razoável**.

5. Com a devida vênia, tais dispositivos retiram do extraditando a **garantia básica** de se ver privado de sua liberdade apenas em **situações excepcionais e em conformidade com o devido processo legal**, além de expô-lo a **tratamento desigual e prejudicial** em relação aos nacionais.

6. Com efeito, é expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro que “*a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar*” (art. 282, §6º, do Código de Processo Penal). Logo, a regra no direito pátrio é que o acusado deve ser preso preventivamente apenas em situações excepcionais, nas quais haja risco de fuga ou prejuízo para a instrução criminal.

7. Incontroverso, pois, que esse direito básico garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro é expressamente subtraído do extraditando pelo Estatuto dos Estrangeiros, o que escancara tratamento injustificadamente desigual e, conseqüentemente, inconstitucional.

8. Importante esclarecer também, desde logo, que a presente ação **não objetiva, de forma alguma, impedir a possibilidade** de decretação de prisão preventiva nos processos de extradição. Não é esse o objeto da arguição. O que se questiona aqui é a constitucionalidade da obrigatoriedade da prisão do extraditando, que segundo o Estatuto do Estrangeiro deve sempre ocorrer.

9. Dessa forma, o pleito desta ação é para que o extraditando apenas seja preso quando (i) se verificar que as medidas alternativas não se mostram hábeis a evitar a fuga ou quando (ii) se concluir que este poderá obstruir o procedimento investigatório, hipóteses que, naturalmente, exigem decisão judicial fundamentada nas circunstâncias do caso concreto.

10. Convenha-se dizer, ademais, ser estarrecedor o fato de ainda existir no ordenamento norma que submete a liberdade humana a patamar tão baixo que permita ser extraída sem uma linha sequer que demonstre sua pertinência e necessidade.

11. Assim, conforme será demonstrado a seguir, os preceitos fundamentais violados pelas normas impugnadas são os seguintes:

(a) a garantia da inviolabilidade do direito à liberdade que possuem os estrangeiros – residentes ou não residentes¹ – no país, bem como o direito ao tratamento isonômico em relação aos nacionais, de acordo com o *caput* do artigo 5º da CF;

(b) o princípio da proporcionalidade inerente ao devido processo legal, previsto no inciso LIV do artigo 5º da CF;

(c) a proibição da privação de liberdade sem decisão fundamentada em aspectos concretos, preceitos contidos no inciso LXI do artigo 5º da CF; e

(d) a obrigação que a República Federativa do Brasil possui de reger suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, conforme estabelecido no inciso II do artigo 4º da CF.

II – DA LEGITIMIDADE ATIVA

12. A partir da compreensão do artigo 2º, inciso I, da Lei n. 9.882/1999, observa-se que são legitimados à propositura da ADPF os mesmos sujeitos aptos a propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, arrolados no artigo 103 da CF.

13. O Partido Socialista Brasileiro, ora Arguente, consiste em agremiação política devidamente reconhecida pelo Colendo Tribunal Superior Eleitoral, sendo certo que possui reconhecida representação no Congresso Nacional, preenchendo, portanto, os requisitos de legitimidade exigidos no artigo supramencionado.

¹ Nesse sentido, HC 94.016 (STF, rel. Min. Celso de Mello, p. 27/02/2009) e HC 97.147 (STF, rel. para acórdão Min. Cezar Peluso, p. 12/02/2010).

14. Além disso, em conformidade com a jurisprudência deste Excelso STF, a legitimidade ativa de agremiação partidária com representação no Congresso Nacional “*não sofre as restrições decorrentes da exigência jurisprudencial relativa ao vínculo de pertinência temática nas ações diretas*”.²

15. Quer-se dizer, portanto, que os partidos políticos possuem a denominada *legitimidade ativa universal* para provocação do controle abstrato de constitucionalidade, de modo que resta clara a legitimidade do Partido Socialista Brasileiro para o ajuizamento da presente arguição.

III - DO CABIMENTO DA ADPF

16. Justifica-se o cabimento da presente ADPF pelo princípio da subsidiariedade, previsto no artigo 4º, § 1º, da lei n. 9.882/1999, que condiciona o conhecimento da ação à inexistência de outro meio capaz de sanar a lesividade no nosso sistema processual.

17. Isto porque se objetiva, nesta arguição, o controle abstrato de constitucionalidade do art. 84 da Lei n. 6.815/1980, **editada anteriormente à Constituição Federal de 1988**, sobre a qual recai relevante controvérsia jurídico-constitucional, o que representa hipótese expressamente prevista no parágrafo único do artigo 1º da lei n. 9.882/1999:

Art. 1º. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, **incluídos os anteriores à Constituição**;

18. Na mesma senda, também se objetiva impugnar dispositivo do RISTF (art. 208), editado em 1980, o qual, **em decorrência das disposições da Constituição Federal de 1969, possui status de ato normativo de índole legal** no que tange ao tratamento de matérias atinentes à sua

² ADI nº 1.407-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ 24.11.2000.

SRTVS Quadra 701 Bloco K –Embassy Tower - Sala 607 – Asa Sul - Brasília/DF - CEP 70340-908 - Tel: (61) 3041-7751

www.carneirosedipp.com.br

competência originária, nos termos da iterativa jurisprudência desta Excelsa Suprema Corte³.

19. A ser assim, no caso em tela, não restam dúvidas ser a ADPF o **único meio cabível** para que seja pleiteada a declaração da não recepção de normas que contrariam os princípios e diretrizes atuais da CR/88.

20. Saliente-se, ademais, ser desnecessário destacar que os dispositivos constitucionais violados (artigo 5º, *caput* e incisos LIV e LXI e art. 4º, inciso II, da Carta Magna) são considerados preceitos fundamentais, porquanto, nos termos da jurisprudência deste E. STF, --*ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros)*⁴.

21. Fixadas essas premissas de modo a autorizar o conhecimento da arguição ora veiculada, passa-se à análise dos fundamentos para a não recepção constitucional do parágrafo único do artigo 84 da Lei n. 6.815/1980 e do artigo 208 do RISTF.

³ E M E N T A: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO – PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA – CARÁTER INFRINGENTE – INADMISSIBILIDADE – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – DESCUMPRIMENTO, PELA PARTE EMBARGANTE, DO DEVER PROCESSUAL DE PROCEDER AO CONFRONTO ANALÍTICO DETERMINADO NO ART. 331 DO RISTF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – COMPETÊNCIA NORMATIVA PRIMÁRIA (CF/69, ART. 119, § 3º, “c”) – POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL, SOB A ÉGIDE DA CARTA FEDERAL DE 1969, DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DISPOR, EM SEDE REGIMENTAL, SOBRE NORMAS DE DIREITO PROCESSUAL – RECEPÇÃO, PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988, DE TAIS PRECEITOS REGIMENTAIS COM FORÇA E EFICÁCIA DE LEI (RTJ 147/1010 – RTJ 151/278) – PLENA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 331 DO RISTF – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. – Não se revelam admissíveis os embargos de declaração, quando a parte recorrente – a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão ou contradição – vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes. – A parte embargante, sob pena de recusa liminar de processamento dos embargos de divergência – ou de não conhecimento destes, quando já admitidos – deve demonstrar, de maneira objetiva, mediante análise comparativa entre o acórdão paradigma e a decisão embargada, a existência do alegado dissídio jurisprudencial, impondo-se-lhe reproduzir, na petição recursal, para efeito de caracterização do conflito interpretativo, os trechos que configurariam a divergência indicada, mencionando, ainda, as circunstâncias que identificariam ou que tornariam assemelhados os casos em confronto. Precedentes. – **O Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Carta Política de 1969 (art. 119, § 3º, “c”), dispunha de competência normativa primária para, em sede meramente regimental, formular normas de direito processual concernentes ao processo e ao julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Com a superveniência da Constituição de 1988, operou-se a recepção de tais preceitos regimentais, que passaram a ostentar força e eficácia de norma legal (RTJ 147/1010 – RTJ 151/278)**, revestindo-se, por isso mesmo, de plena legitimidade constitucional a exigência de pertinente confronto analítico entre os acórdãos postos em cotejo (RISTF, art. 331). (ARE 845201 AgR-ED-EDv-AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 25/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 11-12-2015 PUBLIC 14-12-2015).

⁴ ADPF 33-MC, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-03, DJ de 6.8.2004.

IV – OS EXTRADITANDOS TAMBÉM SÃO TITULARES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. NECESSIDADE DE RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PROIBIÇÃO DE TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO

22. A Constituição Federal de 1988 representou o marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, sendo a primeira a consagrar o princípio da prevalência dos direitos humanos. Nesse sentido, o art. 4º, II, da Constituição Federal estabelece:

“Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II - prevalência dos direitos humanos;”

23. A partir do art. 4º, II, da Constituição Federal, chega-se à conclusão de que qualquer pessoa, inclusive os estrangeiros, deve ter assegurada, no território brasileiro, os direitos e liberdades básicas de todos os seres humanos, dentre os quais figuram o devido processo legal e a proibição de tratamento discriminatório.

24. Nesse diapasão, embora o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal traga a expressão “*garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país*”, o entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência é o de que **também os estrangeiros não residentes no Brasil são titulares de direitos e garantias individuais**, sob pena de ofensa ao princípio da primazia dos direitos humanos. Assim já se manifestou diversas vezes o Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

“O súdito estrangeiro, mesmo aquele sem domicílio no Brasil, tem direito a todas as prerrogativas básicas que lhe assegurem a preservação do *status libertatis* e a observância, pelo Poder Público, da cláusula constitucional do *due process*. O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do *habeas corpus*, em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. A condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, **de qualquer tratamento**

arbitrário ou discriminatório. Precedentes. Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante”.
[HC 94.016, rel. min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJE de 27-2-2009.]

“Evidencio (...) que a condição de estrangeiro sem residência no país não afasta, por si só, o benefício da substituição da pena.”
[HC 94.477, voto do rel. min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJE de 8-2-2012.]

25. E, dentre o extenso rol de direitos fundamentais garantidos pelo art. 5º, podemos destacar os seguintes:

“Art. 5º Todos **são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, **à liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - **ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;**

LXI - **ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada** de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;”

26. Com efeito, o atual *standard* constitucional prevê que a prisão apenas poderá ser decretada quando da prolação de decisão judicial devidamente fundamentada (art. 5º, LXI, CF/88), a qual deve consubstanciar conseqüência de fatos concretos que exijam tamanha repressão.

27. Nessa esteira, os ensinamentos do Professor Antônio Magalhães Gomes Filho destacam que a sistemática da prisão cautelar na atual égide constitucional proclama o judiciário como a instância responsável pelo poder-dever de restringir o direito à liberdade. Veja-se:

“Justifica essa maior atenção não só a supremacia do direito envolvido – a liberdade –, mas também a especial consideração do tema pelo texto constitucional, que, além da previsão geral do art. 93, IX, determinando a fundamentação de todas as decisões judiciais, preocupou-se em destacar, no art. 5.º LXI, que ‘ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente...’.

Essa repetição não é ociosa, nem parece ter sido casual, evidenciando, ao contrário, uma reforçada exigência de controle em relação a tais provimentos, sobretudo em virtude da natureza fortemente vinculada que deve caracterizar a discricionariedade judicial quando se trata de restringir um direito constitucionalmente tutelado.”⁵

28. Destarte, a privação cautelar da liberdade do extraditando, assim como a de qualquer outro cidadão, nacional ou estrangeiro, não pode levar em consideração situações puramente abstratas previstas no ordenamento jurídico, mas tão somente elementos concretos que evidenciem a intenção de frustrar ou inutilizar o julgamento.

29. Basear-se em mera presunção legal absoluta para privar o extraditando de sua liberdade até o julgamento final do E. STF, sem averiguar o caso concreto, é **negar seu status de sujeito de direito** e declinar das garantias fundamentais conferidas pela Constituição da República de 1988, além de representar tratamento absolutamente desigual – e sem qualquer razão justificante – entre nacionais e extraditados. Nesse ponto merecem destaque os ensinamentos do Ministro Celso de Mello:

(...) A **essencialidade da cooperação internacional** na repressão penal aos delitos comuns **não exonera o Estado brasileiro – e, em particular, o STF – de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro** que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O fato de o estrangeiro ostentar a **condição jurídica de extraditando não basta para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa**

⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. -. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 182-183.

SRTVS Quadra 701 Bloco K –Embassy Tower - Sala 607 – Asa Sul - Brasília/DF - CEP 70340-908 - Tel: (61) 3041-7751

www.carneirosedipp.com.br

shis qi 3 | conjunto 6 | casa 25 | lago sul | Brasília-DF | cep: 71605-260 | tel. (61) 3366-8000 | www.mudrovitsch.adv.br

humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do *due process of law*. Em tema de direito extradicional, o STF não pode e nem deve revelar indiferença diante de transgressões ao regime das garantias processuais fundamentais. É que o **Estado brasileiro** – que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe rege a vida institucional – **assumiu, nos termos desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos (art. 4º, II) (...)** (STF, Ext 633, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, publicado em 06/04/2001).

30. Palavras mais precisas seriam difíceis de encontrar, de modo que se pede *vênia* para reproduzi-las. A primazia da liberdade do jurisdicionado como sendo a regra de nosso ordenamento jurídico (previsão insculpida no *caput* do artigo 5º da CF) também evidencia a necessidade de tornar a prisão preventiva para fins de extradição **não um instituto de aplicação compulsória, mas subsidiária e destinada a casos peculiares e especialmente gravosos.**

V – DA VIOLAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS QUE EXIGEM A EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

31. O art. 7º, 5, do **Pacto de San José da Costa Rica** – de *status* supralegal –, estabelece que a liberdade provisória constitui direito fundamental do indivíduo. Senão vejamos:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de **ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.**

32. Exatamente na mesma prumada, mas agora estabelecendo o caráter excepcional da prisão cautelar, tem-se o §3º do artigo 9 do **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, que é um dos instrumentos da **Carta Internacional dos Direitos Humanos** e que também possui caráter supralegal:

“Artigo 9 - §3º: Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. **A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral**, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”.

33. Em acréscimo, convém ressaltar que os ordenamentos jurídicos internacionais também têm conferido aspecto de subsidiariedade ao instituto da prisão preventiva para fins de extradição. Senão, vejamos a redação do Parágrafo 15 da **Lei de Cooperação Jurídica Internacional da Alemanha**⁶:

Section 15

Extradition Detention

(1) Upon receipt of an extradition request extradition detention of a person may be ordered

1. if there is a danger that he may avoid the extradition proceedings or the execution of the extradition;

2. if based on ascertainable facts there is strong reason to believe that the person would obstruct the investigation of the truth in the foreign proceedings or in the extradition proceedings.

(2) Subsection (1) above shall not apply if it appears ab initio that extradition will not be granted.⁷

⁶ Disponível em inglês em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_irg/englisch_irg.html>.

⁷ Tradução livre:

Parágrafo 15

Detenção para extradição

(1) Quando recebido requerimento de extradição, a detenção para extradição de uma pessoa poderá ser concedida:

1. se houver risco de que ela irá fugir do procedimento de extradição ou da execução da extradição; ou

2. se fatos concretos apontarem fundadas razões para acreditar que o extraditando poderá obstruir o procedimento investigatório conduzido no exterior ou no próprio procedimento de extradição.

(2) A alínea (1) acima não será aplicada se houver indícios de que a extradição não será concedida.

SRTVS Quadra 701 Bloco K –Embassy Tower - Sala 607 – Asa Sul - Brasília/DF - CEP 70340-908 - Tel: (61) 3041-7751

www.carneirosedipp.com.br

34. Ora, vê-se que a norma alemã não apenas condiciona a prisão do extraditando ao fundado risco de fuga ou de obstrução do procedimento investigatório pelo estrangeiro, como ainda exige que o magistrado avalie, de imediato, se há indícios de que a extradição não será concedida – exatamente para se evitar uma prisão injusta e desnecessária, que causa danos irreparáveis ao encarcerado.

35. Desta forma, não apenas a Constituição da República de 1988, como também os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e os ordenamentos estrangeiros de países desenvolvidos apontam na mesma direção, qual seja, impossibilidade de decretação de prisão preventiva automática, genérica e abstrata, ou como regra geral do sistema.

VI – DO CONTEXTO DITATORIAL NO QUAL AS NORMAS FORAM PRODUZIDAS E DA EVOLUÇÃO DEMOCRÁTICA, SOCIAL, TECNOLÓGICA E NORMATIVA: MUDANÇA DE PARADIGMAS

36. A extradição é considerada o ápice da cooperação jurídica penal entre dois países na repressão ao crime, consistindo no “*ato por meio do qual um indivíduo é entregue por um Estado a outro, que seja competente para processá-lo e puni-lo*”⁸.

37. Todavia, imprescindível a percepção de que o próprio conceito de “cooperação internacional” oscila a depender do contexto e do regime de governo adotado, atribuindo aos seus institutos finalidades específicas e compatíveis com os interesses perseguidos.

38. Como se sabe, as normas ora impugnadas surgiram na década de 1980, período em que vigorava no Brasil e em vários países da América do Sul – como Chile, Argentina, Paraguai, Uruguai – governos autoritários e ditatoriais.

39. Tais períodos foram marcados não apenas por graves violações a direitos fundamentais, mas também por constantes saídas de opositores

⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional público. 14ª ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2002.

SRTVS Quadra 701 Bloco K –Embassy Tower - Sala 607 – Asa Sul - Brasília/DF - CEP 70340-908 - Tel: (61) 3041-7751

www.carneirosedipp.com.br

políticos, que se viam obrigados a se exilarem em outros países para fugirem das perseguições sofridas.

40. E, nesse contexto, o interesse em se garantir a captura e punição dos “subversivos” era absoluto, haja vista que um dos principais métodos de perpetuação dos regimes autoritários no poder é através da disseminação do medo e do silenciamento de opiniões divergentes.

41. Quer-se dizer, em suma, que as normas questionadas surgiram em época na qual os regimes ditatoriais de diferentes países tinham alianças e atuavam em conjunto no combate às frequentes fugas de opositores políticos.

42. Não foi por acaso, portanto, que a Comissão Nacional da Verdade, ao analisar os inúmeros documentos provenientes do período ditatorial brasileiro, destrinchou as atividades da denominada “Operação Condor”, aliança formalizada pelos países do Cone Sul no final de outubro de 1975 *“para a realização de atividades coordenadas, de forma clandestina e à margem da lei, com o objetivo de vigiar, sequestrar, torturar, assassinar e fazer desaparecer militantes políticos que faziam oposição, armada ou não, ao regimes militares da região”*⁹.

43. E, nos termos da matéria divulgada pela própria Comissão Nacional da Verdade, tais operações *“resultaram em graves violações aos direitos humanos de cidadãos brasileiros no exterior, assim como de estrangeiros no Brasil”*¹⁰.

44. Desta forma, torna-se clara a importância, àquela época, de um processo extradicional altamente rígido, que pouco se preocupava com a garantia de direitos existenciais básicos – até mesmo porque os principais alvos das extradições eram verdadeiros “inimigos” do regime.

⁹ Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/index.php/2-uncategorised/417-operacao-condor-e-a-ditadura-no-brasil-analise-de-documentos-desclassificados> (Acesso dia 23/10/2016)

¹⁰ *Idem.*

SRTVS Quadra 701 Bloco K –Embassy Tower - Sala 607 – Asa Sul - Brasília/DF - CEP 70340-908 - Tel: (61) 3041-7751

www.carneirosedipp.com.br

shis qi 3 | conjunto 6 | casa 25 | lago sul | Brasília-DF | cep: 71605-260 | tel. (61) 3366-8000 | www.mudrovitsch.adv.br

45. *Data maxima venia*, é inequívoco que o legado dessas normas não coaduna com o consolidado regime democrático assentado pela Constituição da República de 1988. Também não compactua com o Estado de Direito a busca desenfreada por uma efetividade a qualquer custo, suprimindo direitos fundamentais. A lógica de que os fins justificam os meios não se aplica em um Estado democrático, no qual os meios e formas representam verdadeiras garantias ao jurisdicionado.

46. De todo modo, é fundamental explicitar que a declaração de não recepção das normas impugnadas – ao menos no contexto atual – em nada comprometeria a efetividade dos processos de extradição.

47. Não se pode negar que há mais de 35 (trinta e cinco) anos a prisão preventiva poderia configurar, de fato, um dos únicos meios facilitadores do controle da jurisdição rogada sobre o extraditando. Entretanto, também não se pode declinar o fato de que, com o decorrer do tempo, **inúmeras possibilidades de imposição de medidas cautelares mais amenas e não menos eficientes** surgiram a partir do gigantesco avanço tecnológico presenciado no passar destas quase quatro décadas.

48. A evolução tecnológica, social e normativa vivenciada neste significativo lapso temporal proporcionou uma série de outros meios de controle do indivíduo que sequer poderiam ser previstos quando da elaboração da redação original do artigo 208 do RISTF e do artigo 84 da Lei n. 6.815/1980.

49. Já é mais que cediço que o século XX instituiu mecanismos **muito mais intensos e menos invasivos** que os ultrapassados modelos de vigilância panopticais erigidos com base no instituto da prisão¹¹. E não poderia ser diferente, na medida em que **os custos políticos, jurídicos, econômicos e financeiros inerentes ao funcionamento dos já tradicionais mecanismos de vigilância assoberbaram a máquina pública** a ponto de afastá-los assombrosamente da finalidade para a qual foram elucidados.

¹¹ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro. Edições Graal, 2009, p. 147-148.

SRTVS Quadra 701 Bloco K –Embassy Tower - Sala 607 – Asa Sul - Brasília/DF - CEP 70340-908 - Tel: (61) 3041-7751

www.carneirosedipp.com.br

shis qi 3 | conjunto 6 | casa 25 | lago sul | Brasília-DF | cep: 71605-260 | tel. (61) 3366-8000 | www.mudrovitsch.adv.br

50. Não é forçoso reconhecer que a realidade caótica que os presídios brasileiros enfrentam enseja uma contínua ação de diversos agentes políticos e jurídicos, inclusive desta Suprema Corte, que, não raras às vezes, aprecia matérias demasiadamente sensíveis afetas a esse tocante¹².

51. Nesse viés, a exigência da prisão como condição *sine qua non* para o regular andamento do processo de extradição carece de sensatez sob a perspectiva de política legislativa quando se observa, ainda, que **a atual estrutura prisional brasileira não permite o encarceramento irresponsável por parte do Estado-juiz**, na medida em que contribui para a superlotação injustificada de presídios.

52. Perante tais circunstâncias, o Direito – e, em especial, o Direito Processual Penal – incorporou em sua legislação mecanismos de controle do corpo do indivíduo que não consistem nos tradicionais e obsoletos métodos de segregação prisional.

53. À luz das novas tecnologias disponíveis e da crise prisional vivenciada, **o legislador pátrio editou, em 2011, a Lei n. 12.403**, que difundiu mecanismos de vigilância do cidadão que não se limitavam à prisão cautelar, --“(...) *dentre as quais o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para narrar e justificar suas atividades; (...) a proibição de manter contato com pessoa certa, mantendo-se distante; a vedação de se ausentar da Comarca; o recolhimento domiciliar, à noite e durante as folgas; (...) a fiança, com novos valores e parâmetros e a monitoração eletrônica*”--¹³.

54. Ainda que muitas dessas constrições judiciais não fossem verdadeiramente novas dentro do marco normativo brasileiro, **é certo que o**

¹² Nesse sentido, no mês de agosto de 2015, o Plenário desta Suprema Corte iniciou o julgamento da já mencionada cautelar da ADPF nº 347, que requer o reconhecimento de estado de coisas inconstitucional, consubstanciado na violação de direitos fundamentais da população carcerária e pleiteia a adoção de medidas para sanar a crise prisional no país. Em 9.9.2015, o Plenário deste E. STF reconheceu o estado caótico do sistema prisional brasileiro e concedeu parcialmente medida cautelar para determinar aos juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão. Os ministros também entenderam que deve ser liberado, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos. Ademais, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581, realizado ainda em 13.08.2015, este E. STF também reconheceu a crise vivenciada pelo sistema prisional e, visando a garantir os direitos fundamentais dos custodiados, decidiu que a Administração Pública fica obrigada a realizar obras emergenciais.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011. – 3. Ed.. ver. Atual. e Ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 11.

modo de fiscalização delas melhorou sobremaneira com a incorporação de tecnologias pelas Autoridades Judiciais brasileiras e com o aperfeiçoamento gestacional dos órgãos jurisdicionais.

55. Como se sabe, as filas para assinatura de termo de comparecimento periódico em juízo não são mais tão extensas quanto antes, em diversas Comarcas, em razão da utilização de sistemas eletrônicos, que, inclusive, dificultam a perpetração de fraudes contra a Administração da Justiça.

56. Do mesmo modo, em decorrência do barateamento dos sistemas de monitoração eletrônica, a Lei n. 12.403/2011 passou a incorporá-la dentro do rol de medidas cautelares passíveis de serem aplicadas em detrimento do investigado.

57. Além de imprimir **máximo controle** sobre as condutas do indivíduo, a monitoração eletrônica também presta **máxima eficácia** no desenvolvimento da constrição de recolhimento domiciliar noturno, impossibilitando que, eventualmente, uma fuga sorrateira seja realizada pelo seu usuário.

58. Esse novo marco normativo foi muito bem recepcionado pela doutrina e pela jurisprudência brasileira e foi tido como princípio de revolução no âmbito das medidas cautelares pessoais. Acerca do assunto, confira-se as palavras de Guilherme de Souza Nucci:

“Todos esses fatores, em nossa visão, são positivos e podem aprimorar, verdadeiramente, o sistema processual penal brasileiro, no cenário da prisão e da liberdade. Espera-se que a novel legislação seja bem conhecida e aplicada pelos operadores do Direito, particularmente os juízes, que poderão promover uma revolução no âmbito das medidas cautelares processuais”¹⁴

59. Vê-se claramente, portanto, que não obstante os marcos sociais e tecnológicos tenham evoluído de forma significativa, a legislação –

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011. – 3. Ed.. ver. Atual. e Ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 13.

SRTVS Quadra 701 Bloco K –Embassy Tower - Sala 607 – Asa Sul - Brasília/DF - CEP 70340-908 - Tel: (61) 3041-7751

www.carneirosedipp.com.br

shis qi 3 | conjunto 6 | casa 25 | lago sul | Brasília-DF | cep: 71605-260 | tel. (61) 3366-8000 | www.mudrovitsch.adv.br

representada pelas normas impugnadas nesta ADPF – não os acompanhou, tornando-se obsoleta e ultrapassada, além de dissonante com a realidade dos presídios brasileiros e dos altos custos impostos aos cofres públicos.

60. Diante do que fora exposto, hoje é certo que, à luz da máxima da proporcionalidade, a regra que determina a obrigatoriedade da segregação cautelar para o extraditando não é mais necessária.

61. O novo arcabouço normativo, social e tecnológico acabou por evidenciar a existência de outros meios menos gravosos para o extraditando e que asseguram a finalidade almejada com sua prisão preventiva, notadamente a **combinação** das medidas cautelares de **(i) monitoração eletrônica, (ii) comparecimento periódico em juízo, (iii) recolhimento domiciliar noturno, (iv) recolhimento de passaporte**.

62. E, uma vez verificada a desnecessidade da medida, evidencia-se a violação ao princípio da proporcionalidade¹⁵, o qual já teve seu *status* constitucional expressamente reconhecido por este Pretório Excelso como expressão do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF)¹⁶ – constituindo, pois, importante parâmetro de controle de constitucionalidade.

63. Imprescindível, contudo, a seguinte constatação: a **conclusão quanto à violação ao princípio da proporcionalidade não implica pronta exclusão da prisão como medida cautelar nos processos de extradição**. Não é isso que se sustenta nessa ADPF, nem mesmo será reflexo da declaração de não recepção, pela Constituição da República de 1988, do parágrafo único do artigo 84 da lei n. 6.815/80 e do artigo 208 do RISTF.

64. **O que se sustenta é que, para ser proporcional, a prisão não pode ser a regra do sistema – como estabelecem as normas impugnadas** –, ante a existência de medidas outras menos gravosas e igualmente eficazes para atingir o mesmo fim. Deve, em sentido diametralmente oposto, ser sempre a exceção, a *ultima ratio*.

¹⁵ Consubstanciado em --“(...) suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito)” in ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 117.

¹⁶ ADPF 291, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Pleno, DJ de 11/05/2016.

SRTVS Quadra 701 Bloco K –Embassy Tower - Sala 607 – Asa Sul - Brasília/DF - CEP 70340-908 - Tel: (61) 3041-7751

www.carneirosedipp.com.br

65. A procedência desta ADPF, portanto, apenas afetaria as normas que transformam a prisão em regra – ou, em outras palavras, em condição de procedibilidade dos processos de extradição –, o que difere por completo da exclusão da prisão como medida cautelar legítima.

66. Isto porque, como já mencionado no início dessa arguição, a decretação da **prisão preventiva do extraditando continuará sendo possível**, mas desde que se demonstre, no caso concreto, (i) que **todas as outras medidas não se mostram hábeis** a garantir o resultado útil do processo extradicional, ou (ii) que o extraditando poderá **obstruir o procedimento investigatório** conduzido no exterior ou no próprio procedimento de extradição. E tais demonstrações não podem ser feitas de outra maneira que não através de **decisão fundamentada** do Exmo. Ministro relator.

67. Veja-se, portanto, a mudança de paradigma: sob a égide das normas impugnadas, o magistrado é obrigado a fundamentar sempre que não determinar a prisão do extraditando (afinal, está se esquivando da regra do sistema). Com essa ADPF, ao contrário, **almeja-se que o dever de fundamentação do magistrado surja exatamente quando entender que não é possível se valer de qualquer medida alternativa**, vale dizer, deve explicitar as razões pelas quais entendeu ser a prisão a única medida eficaz no caso concreto.

VII – DIVERSOS MINISTROS DO STF JÁ SE MANIFESTARAM PELA INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS IMPUGNADAS

68. Já no ano de 2007 – ou seja, antes mesmo do advento da lei n. 12.403/2011 –, no bojo do *habeas corpus* n° 91.657, o **Exmo. Ministro Gilmar Mendes** assentou que --“*Há algum tempo venho expressando meu desejo, nesse Plenário, de que o tema da prisão preventiva para fins de extradição seja revisitado*”--.

69. Consoante o voto do Exmo. Ministro Gilmar Mendes ao longo desse julgamento, a prisão preventiva para fins de extradição não pode ser uma obrigatoriedade como exigem o art. 208 do RISTF e o parágrafo único do art. 84 da lei n. 6.815/1980, mas uma medida excepcional, calcada em

fatos concretos que demonstrem a singularidade da casuística à qual está sendo aplicada. Confira-se os termos de seu r. voto:

“Em nosso Estado de Direito, a prisão é uma medida excepcional e, por essa razão, não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos.

E não vejo razão, tanto com base em nossa Carta Magna, quanto nos tratados internacionais com relação ao respeito aos direitos humanos e dignidade da pessoa humana, de que somos signatários, para que não apliquemos tal entendimento no que concerne àquelas prisões preventivas para fins de extradição.” (grifo nosso).

70. Nessa linha, cumpre salientar que o r. voto foi acompanhado pela integralidade dos membros da Suprema Corte, inclusive pelos **Exmo. Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski**, que integram a atual composição do Plenário deste E. STF. Não por outro motivo, foi lavrada a ementa do v. acórdão da seguinte forma:

EMENTA: Habeas corpus. 1. Pedido de revogação de prisão preventiva para extradição (PPE). 2. Alegações de ilegalidade da prisão em face da instrução insuficiente do pleito extradicional; nulidade da decisão que decretou a prisão do extraditando por falta de manifestação prévia da Procuradoria-Geral da República (PGR); e desnecessidade da prisão preventiva, sob o fundamento de que a liberdade do paciente não ensejaria perigo para a instrução criminal desenvolvida pelo Governo do Panamá . 3. Suposta insuficiência da instrução do pedido extradicional. Informações prestadas pelo Relator da Extradicação nº 1091/Panamá indicam que o pleito está sendo processado regularmente. 4. Alegação de nulidade da decisão que decretou a prisão do paciente por falta de manifestação prévia da PGR. Providência estranha ao procedimento da PPE, pois não há exigência de prévia manifestação da PGR para a expedição do mandado de prisão. 5. Alegação de desnecessidade da PPE. A custódia subsiste há quase quatro meses e inexistente contra o paciente sentença de condenação nos autos do processo instaura do no Panamá. 6. PPE. **Apesar de sua especificidade e da necessidade das devidas cautelas em caso de relaxamento ou concessão de liberdade provisória, é desproporcional o tratamento que vem sendo dado ao instituto. Necessidade de observância,**

também na PPE, dos requisitos do art. 312 do CPP, sob pena de expor o extraditando a situação de desigualdade em relação aos nacionais que respondem a processos criminais no Brasil. 7. A PPE deve ser analisada caso a caso, e a ela deve ser atribuído limite temporal, compatível com o princípio da proporcionalidade; e, ainda, que esteja em consonância com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que com partilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos. 8. **O Pacto de San José da Costa Rica proclama a liberdade provisória como direito fundamental da pessoa humana (Art. 7º,5).** 9. A prisão é medida excepcional em nosso Estado de Direito e não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos (Art. 5º, LXVI). Inexiste razão, tanto com base na CF/88, quanto nos tratados internacionais com relação ao respeito aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, para que tal entendimento não seja também aplicado às PPE's. 10. Ordem deferida para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento da Extradicação no 1091/Panamá. Precedentes: Ext. nº 1008/Colômbia, Rel. DJ 17.8.2007; Ext 791/Portugal, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23.10.2000; AC n. 70/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12.3.2004; Ext- QO. nº 1054/EUA, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 14.9.2007. (HC 91657, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe 14-03-2008)

71. Oportuno destacar que, em seu Curso de Direito Constitucional, o Exmo. Ministro Gilmar Mendes apontou a mesma preocupação externada em seu voto, qual seja, de que haveria manifesta violação ao princípio da isonomia entre o extraditando e o nacional. Confira-se:

“(...) frequentemente há grande demora na instrução desses processos e, com isso, o **Estado brasileiro acaba, muitas vezes, sendo mais rigoroso com os cidadãos estrangeiros do que com os próprios brasileiros**, considerando o que preconiza o Código de Processo Penal para a prisão preventiva.”¹⁷ (grifo nosso)

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo. Saraiva. 2009, p. 675.

SRTVS Quadra 701 Bloco K –Embassy Tower - Sala 607 – Asa Sul - Brasília/DF - CEP 70340-908 - Tel: (61) 3041-7751

www.carneirosedipp.com.br

72. Esses mesmos questionamentos foram realizados pelo **Exmo. Ministro Carlos Ayres Britto** no PPE-623-QO, o qual apontou que a lei n. 6.815/1980 precisaria ser readequada ao novo *standard* constitucional:

“E olhe que essa lei é severa para **com os extraditandos, muito severa. À luz da constituição poderíamos até questionar muitos dispositivos dessa lei**, porque o extraditando faz jus a direitos individuais constantes da Constituição dos quais a prima-dona dos direitos é a liberdade de locomoção”
(STF; PPE 623-QO/LÍBANO; Tribunal Pleno; Rel^a. Min^a. Carmen Lúcia; J. 01/09/2010; Publ. DJe n^o 164 03/09/2010).

73. Por sua vez, o **Ministro Ricardo Lewandowski**, em recente decisão monocrática proferida no bojo da Ext. n^o 1425, publicada em fevereiro de 2016, determinou a substituição da prisão preventiva da extraditanda por medidas cautelares alternativas, sob a seguinte fundamentação:

É dizer, esta Corte, em uma leitura constitucional do estatuto do estrangeiro (Lei 6.815/1980), vem entendendo que **a prisão ex lege para fins de extradição também se submete aos princípios da necessidade, razoabilidade e proporcionalidade**, devendo ser **avaliada, caso a caso**, a necessidade de sua imposição (grifo nosso).

74. Importante salientar que, apesar de ter sido proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski no exercício do plantão da Corte, tal decisão fora integralmente **mantida pelo Ministro Dias Toffoli**, relator do caso em questão.

75. Na Ext. n. 791, proveniente de Portugal, o **Ministro Celso de Mello** deferiu monocraticamente o pedido de prisão domiciliar em favor do extraditando, porquanto se tratava de pessoa em grave estado de saúde.

76. De extrema valia, também, as palavras de Sua Excelência no julgamento do *writ* n^o 84.078, que, não obstante não tratasse

especificamente do processo de extradição, referia-se ao pressuposto de qualquer prisão cautelar, qual seja, decisão fundamentada e lastreada em peculiaridades do caso concreto – não bastando, para tanto, o uso de termos genéricos ou de conceitos jurídicos indeterminados:

*“(...) a mera afirmação – desacompanhada de indicação de fatos concretos – de que o indiciado/réu, em liberdade, poderia frustrar, ilícitamente, a regular produção probatória revela-se **insuficiente para fundamentar qualquer decreto de prisão cautelar (...)**”¹⁸ (grifo nosso).*

77. Ora, se uma decisão genérica e abstratamente fundamentada não é hábil a legitimar qualquer decreto de prisão cautelar, o que se dizer de uma prisão automática e obrigatória, sem qualquer explicação, nem mesmo protocolar?

78. Continuando o rol exemplificativo, na Ext. n. 1354, proveniente da Suécia, o **Ministro Teori Zavascki** revogou monocraticamente a prisão do extraditando, substituindo-a pelas medidas de depósito do passaporte; impossibilidade de deixar o município sem autorização judicial; e compromisso de atender a todos os chamados e comparecer quinzenalmente ao juízo.

79. Na Ação cautelar n. 70, de **Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence**, DJ de 12.03.2004, o **Plenário do STF** autorizou a prisão domiciliar a extraditando por verificar a probabilidade de homologação da opção pela nacionalidade estrangeira e, com isso, a rejeição do pedido de extradição.

80. Também na Extradicação n. 1.054, de relatoria do **Ministro Marco Aurélio**, julgado em 28.07.2007, o **Plenário do STF** decidiu, por maioria, relaxar a prisão preventiva do extraditando por verificar demora do país requerente no atendimento de diligências solicitadas pelo STF. Chama a atenção, no caso, o fato de que o extraditando estava preso há mais de um ano, mas sequer havia sido condenado.

¹⁸ HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048

SRTVS Quadra 701 Bloco K –Embassy Tower - Sala 607 – Asa Sul - Brasília/DF - CEP 70340-908 - Tel: (61) 3041-7751

www.carneirosedipp.com.br

shis qi 3 | conjunto 6 | casa 25 | lago sul | Brasília-DF | cep: 71605-260 | tel. (61) 3366-8000 | www.mudrovitsch.adv.br

81. Ora, importante que se perceba que **as várias decisões de Ministros desta Suprema Corte que substituíram a prisão preventiva por medidas alternativas significam verdadeiro reconhecimento tácito de inconstitucionalidade das normas impugnadas**, haja vista que elas expressamente proíbem a determinação de liberdade vigiada e prisão domiciliar.

82. O descontentamento dos membros da Corte Constitucional brasileira com as normas impugnadas foi tão expressivo que acabou contagiando renomados doutrinadores, a exemplo de Eugênio Pacelli de Oliveira e Renato Brasileiro, para os quais a compulsoriedade do instituto deveria ter sido expressamente revogada por atos normativos recém-editados pelo legislador brasileiro. *In verbis*:

“Não há mais, por revogação, a previsão de prisão de natureza administrativa, como havia na anterior redação do art. 319, do CPP. A Lei nº 12.403/11, corretamente, aboliu semelhante despautério.

O ideal é que ela tivesse referido de modo expresso à prisão cautelar para fins de extradição. Não o fez, porém.”¹⁹

“De se notar, então, o quanto foi tímido o legislador da Lei nº 12.878/13 ao estabelecer nova disciplina à prisão cautelar para fins de extradição. Se, de um lado, teve o cuidado de alterar o Estatuto do Estrangeiro para dispor expressamente que a prisão cautelar poderá ser decretada apenas pelo Supremo Tribunal Federal, do outro, não teve o mesmo zelo para dispor que tal prisão jamais poderá ser decretada de maneira automática como mera consequência do ajuizamento da ação de extradição passiva, devendo ser utilizada apenas quando estritamente necessária, e desde que presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* previstos no art. 312 do CPP. De todo modo, **não obstante o silêncio do legislador, o ideal é concluir que, independentemente do momento que a prisão cautelar for pleiteada pelo Estado estrangeiro – antes da formalização do pedido de extradição ou em conjunto com este –, sua decretação jamais deverá ser compreendida como consequência lógica e inexorável da formalização do pedido de extradição.**”²⁰

¹⁹ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Curso de processo penal. – 16. Ed. atual. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 573.

²⁰ BRASILEIRO DE LIMA, Renato. Manual de Processo Penal. – 2. Ed., ampl. e atual., - Salvador: Editora Juspodium, 2014, p. 810-811.

SRTVS Quadra 701 Bloco K –Embassy Tower - Sala 607 – Asa Sul - Brasília/DF - CEP 70340-908 - Tel: (61) 3041-7751

www.carneirosedipp.com.br

83. Vê-se, portanto, verdadeiro consenso entre doutrina e jurisprudência, o que apenas evidencia que a segregação cautelar como condição de procedibilidade da extradição, estatuída no artigo 208 do RISTF e no art. 84 do Estatuto do Estrangeiro, constitui, na atual conjuntura fático-social-normativa, inquestionável excesso estatal que merece ser corrigido pela jurisdição constitucional deste E. STF.

VIII - CASOS EXEMPLICATIVOS DOS EFEITOS NEFASTOS DA PRISÃO OBRIGATÓRIA DOS EXTRADITANDOS. PREJUÍZOS IRREPARÁVEIS AOS DEPENDENTES VULNERÁVEIS NO BRASIL

84. Além de todo o exposto, não se pode perder de vista que a prisão não afeta somente a pessoa do acusado, do condenado ou, *in casu*, do extraditando. Sabe-se que a vida humana é extremamente complexa e baseada, essencialmente, em relações interpessoais. Desse modo, plenamente possível afirmar que o encarceramento de alguém – seja a título cautelar, seja a título definitivo – gera inequívocos impactos na vida de todos que dele dependem e com ele convivem.

85. E a prova disso pode ser feita com casos reais julgados por essa Suprema Corte. Como um dos exemplos mais recentes, pode-se mencionar a já referida Extradicação nº 1425, na qual a extraditanda chinesa Xiolin Wang teve sua pena privativa de liberdade sensível e humanamente substituída por medidas cautelares alternativas, para que tivesse condições de **cuidar de seus filhos de 11 e 13 anos**, que estavam **desamparados desde sua segregação cautelar**.

86. A gravidade da circunstância chamou tanta atenção que fora, inclusive, noticiada no portal do próprio Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica do trecho abaixo:

Decisão garante a extraditanda chinesa direito de cuidar de filhos menores

O presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Ricardo Lewandowski, no exercício do plantão da Corte,

SRTVS Quadra 701 Bloco K –Embassy Tower - Sala 607 – Asa Sul - Brasília/DF - CEP 70340-908 - Tel: (61) 3041-7751

www.carneirosedipp.com.br

shis qi 3 | conjunto 6 | casa 25 | lago sul | Brasília-DF | cep: 71605-260 | tel. (61) 3366-8000 | www.mudrovitsch.adv.br

determinou a substituição da prisão preventiva da chinesa Xiolin Wang, detida para fins de extradição, por medidas cautelares alternativas, de forma **que ela possa cuidar dos filhos de 11 e 13 anos, desamparados desde a sua prisão e de seu marido**, ocorrida no último dia 10. O ministro destacou que o STF, a partir de uma leitura constitucional do Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980), tem entendido que a prisão para fins de extradição também se submete aos princípios da necessidade, razoabilidade e proporcionalidade, devendo ser avaliada caso a caso.²¹

87. *Data máxima vênia*, tal circunstância demonstra de forma inequívoca os malefícios que a prisão como regra pode causar, principalmente por não se preocupar com as peculiaridades do caso concreto e desconsiderar que pessoas absolutamente inocentes são por ela significativamente atingidas – no caso, crianças absolutamente vulneráveis e que se viram sozinhas e separadas de sua própria mãe.

88. Também não foi diferente na Extradição nº 1354, na qual o sueco Goran Qvarfordt era acusado de ter fugido com sua filha para o Brasil sem o consentimento da mãe da criança – com a qual possuía a guarda compartilhada –, sob a alegação de que a menor sofria abusos sexuais perpetrados pelo atual padrasto.

89. Requerida sua extradição pelo governo Sueco, o Sr. Goran fora automaticamente preso no Brasil, deixando desamparada em país absolutamente estranho criança que já possuía suspeitas de ter sido vítima de abusos pelo padrasto, e que se viu obrigada a ficar sem seu pai por perto.

90. Não obstante o extraditando tenha tido a posterior revogação de sua prisão cautelar, que fora substituída por medidas cautelares alternativas, entre a prisão e a revogação se passaram 2 meses – **o que significou 2 meses em que a filha menor se viu distante de seu pai**.

91. E mais: o pedido de extradição **fora, ao final, julgado improcedente** por este Excelso STF, que chegou à conclusão de que o fato praticado pelo extraditando “*ou não é considerado crime no Brasil, vedada a*

²¹ Disponível em: <http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=307278> (Acesso dia 16/10/2016)

extradição (art. 77, II, Lei 6.815/80); ou o crime ocorreu no Brasil, sujeitando-se à aplicação da nossa lei, não cabendo a extradição (art. 78, I, Lei 6.815/80)”. Senão, vejamos a ementa do acórdão:

Extradição. Direito Penal. 2. Fato supostamente correspondente ao crime de subtração de incapazes – art. 249, CP. Impossibilidade de o pai, que tem a guarda do filho, praticar o crime – art. 249, § 1º, CP. No momento da vinda para o Brasil, o extraditando compartilhava com a mãe da criança a guarda da filha. **Ou o fato não é considerado crime no Brasil**, vedada a extradição (art. 77, II, Lei 6.815/80); **ou o crime ocorreu no Brasil, sujeitando-se à aplicação da nossa lei**, não cabendo a extradição (art. 78, I, Lei 6.815/80). 3. **Extradição julgada improcedente**. Maioria. Cessadas as medidas cautelares. 4. Feita ressalva de que o indeferimento da extradição não prejudica a ação de busca e apreensão da criança (STF, Ext 1354, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, publicado em 23/10/2015).

92. Ora, parece certo que tais danos e desgastes seriam facilmente evitados em um contexto em que a prisão do extraditando não fosse imposta pela lei e estivesse sujeita ao dever de fundamentação – que é o contexto que se almeja alcançar com a procedência desta ADPF.

93. Esses são apenas dois exemplos atuais – um do ano de 2015, outro de 2016 – que atestam de forma clarividente que a prisão *ope legis* é absolutamente incompatível com a ordem constitucional, principalmente por afastar o dever de fundamentação das prisões (art. 5º, LXI, CR/88) e desconsiderar seus gravosos efeitos seja na vida do extraditando, seja na vida daqueles que o cercam.

IX. DA PREOCUPAÇÃO DO STF QUANTO ÀS PRISÕES PREVENTIVAS DESNECESSÁRIAS EM FUNÇÃO DO QUADRO DE PERMANENTE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

94. No julgamento da ADPF nº 347, esta Corte reconheceu que os estabelecimentos prisionais brasileiros são fontes ininterruptas de violação a garantias fundamentais em virtude da superlotação carcerária e da

precariedade de suas instalações. Alguns trechos da referida decisão podem ser destacados:

*Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro, ocorre **violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica**. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram **tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia**. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios **convertem-se em penas cruéis e desumanas**. Os presos tornam-se **“lixo digno do pior tratamento possível”**, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as **“masmorras medievais”** (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe 19-02-2016)*

95. A partir deste julgamento, tornaram-se praticamente intuitivas duas conclusões que se apresentam como reflexo da constatação dos presídios como estado de coisas inconstitucional: (i) que o “inferno” ou as “masmorras medievais” consistentes nos presídios brasileiros não se valem do critério da nacionalidade para serem mais ou menos violadores – são tão prejudiciais aos nacionais quanto aos estrangeiros que para lá são encaminhados; e (ii) que a prisão privativa de liberdade não pode, de forma alguma, ser a regra do sistema, mas a “ultimíssima ratio”, uma vez que se apresenta como medida excessivamente gravosa.

96. Ademais, deve-se evidenciar que as prisões preventivas arbitrárias tem se revelado como uma das grandes razões para a superlotação dos estabelecimentos prisionais. Conforme dados disponibilizados pelo InfoPen do Ministério da Justiça de junho de 2013, o Brasil contava com mais de 581 mil pessoas privadas de liberdade, dentre as quais 41% (quarenta e um por cento) são presos provisórios²².

²² Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/prende-primeiro-pergunta-depois-2548.html> (acesso dia 19/10/2016).

SRTVS Quadra 701 Bloco K –Embassy Tower - Sala 607 – Asa Sul - Brasília/DF - CEP 70340-908 - Tel: (61) 3041-7751

www.carneirosedipp.com.br

97. E a somatória dessas conclusões evidencia não só o objeto desta ADPF, mas o passo seguinte – e inevitável – a ser dado para que se complete o “quebra-cabeça” e se mantenha a integridade e coerência do sistema normativo brasileiro, qual seja, o fim da prisão cautelar **obrigatória** do estrangeiro nos processos de extradição.

X – DA MEDIDA LIMINAR

98. Busca-se o deferimento da medida cautelar para **suspender liminarmente a eficácia** dos dispositivos impugnados, quais sejam, o parágrafo único do artigo 84 lei federal n. 6.815/1980 e do artigo 208 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (“RISTF”).

99. O ***fumus boni iuris*** está suficientemente evidenciado nas razões aduzidas acima, na medida em que foram demonstradas as flagrantes incompatibilidades com a CRFB/88, quais sejam: **a)** ofensa ao direito à liberdade que possuem os estrangeiros residentes no país, bem como ao tratamento isonômico em relação aos nacionais (art. 5º, *caput*); **b)** ofensa à proporcionalidade (art. 5º, LIV); **c)** ofensa à proibição da privação de liberdade do estrangeiro sem decisão fundamentada em aspectos concretos (art. 5º, LXI); e **d)** ofensa à obrigação que a República Federativa do Brasil possui de reger suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art, 4º, II).

100. O ***periculum in mora***, por sua vez, está demonstrado ante a constante violação aos direitos fundamentais à liberdade e igualdade. Desde 1988 até os dias de hoje, segundo os dados oficiais fornecidos pela Central do Cidadão do Excelso Supremo Tribunal Federal, foram instaurados 687 processos de extradição no Brasil (doc. em anexo), o que significa que **687 pessoas foram presas de forma automática sem a verificação da necessidade e pertinência da privação da liberdade.** E, dentro desse número, também conforme dados da Central do Cidadão, 70 processos ainda estão em trâmite perante esta Corte Constitucional (doc. em anexo), de modo que estas 70 pessoas estão hoje cautelarmente encarceradas..

101. Ou seja, **o caráter continuado da violação** faz com que, quanto mais demorada a declaração de não recepção constitucional das normas por

SRTVS Quadra 701 Bloco K –Embassy Tower - Sala 607 – Asa Sul - Brasília/DF - CEP 70340-908 - Tel: (61) 3041-7751

www.carneirosedipp.com.br

shis qi 3 | conjunto 6 | casa 25 | lago sul | Brasília-DF | cep: 71605-260 | tel. (61) 3366-8000 | www.mudrovitsch.adv.br

este Excelso STF, mais pessoas sofrerão as nefastas consequências das normas impugnadas. Desta forma, tal fonte ininterrupta de violações deve ser estancada, ao menos até a decisão final da presente ADPF.

102. Soma-se a isso o fato de que hoje existem medidas muito menos gravosas e até mais eficazes para se garantir o resultado útil dos processos de extradição, como a combinação das medidas cautelares de (i) monitoração eletrônica, (ii) comparecimento periódico em juízo, (iii) recolhimento domiciliar noturno, (iv) recolhimento de passaporte

103. Perante tais circunstâncias, já se pode perceber, mesmo em sede de cognição sumária, que **a manutenção dos dispositivos em vigor é significativamente mais danosa do que a suspensão de seus efeitos**, motivo pelo qual sua suspensão liminar é medida que se impõe.

104. Todavia, caso Vossa Excelência não entenda possível o deferimento monocrático da medida liminar ora pleiteada, o que se admite apenas por eventualidade, requer seja submetida a pretensão liminar, em caráter de urgência, à apreciação do Plenário, nos termos do *caput* do artigo 5º da lei n. 9.882/1999.

XI – DOS PEDIDOS DEFINITIVOS

105. Diante do exposto, requer-se seja conhecida a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tendo em vista o preenchimento de seus pressupostos de admissibilidade, para que:

a) Seja concedida medida liminar para determinar a **suspensão imediata** dos efeitos do parágrafo único do artigo 84 lei federal n. 6.815/1980 e do artigo 208 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (“RISTF”), visto que presentes os requisitos da tutela cautelar;

b) Ao final, seja julgada **procedente** a presente arguição para, ratificando a liminar, **declarar a não recepção** do parágrafo único do artigo 84 lei federal n. 6.815/1980 e do artigo 208 do

Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (“RISTF”), em razão das violações à Constituição Federal acima explicitadas.

106. Requer ainda que todas as intimações referentes ao presente feito sejam realizadas em nome dos advogados **Rafael de Alencar Araripe Carneiro**, inscrito na OAB/DF sob o número 25.120, e **Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch**, inscrito na OAB/DF sob o número 26.966, sob pena de nulidade.

107. É atribuído à causa, para meros efeitos contábeis, o valor de R\$100,00 (cem reais).

Nestes termos, pede deferimento.
Brasília/DF, 25 de outubro de 2016.

Rafael de Alencar Araripe Carneiro
OAB/DF 25.120

Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch
OAB/DF 26.966

Luiz Philippe Vieira de Mello Neto
OAB/DF 50.312

Felipe Fernandes de Carvalho
OAB/DF 44.869