

EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S)	: GOVERNO DA ARGENTINA
EXTDO.(A/S)	: SALVADOR SICILIANO
ADV.(A/S)	: DANIEL MOURAD MAJZOUB

EMENTA: EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELA JUSTIÇA ARGENTINA. TRATADO ESPECÍFICO. EXTRADITANDO INVESTIGADO PELA PRÁTICA EM TESE DOS CRIMES DE HOMICÍDIO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. REQUISITOS ATENDIDOS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. CRIMES CONTRA A HUMANIDADE. ORDEM INTERNACIONAL. NORMA IMPERATIVA DE DIREITO INTERNACIONAL. NÃO OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO NA LEI ARGENTINA E NA ORDEM INTERNACIONAL.

1. O pedido de extradição formulado pela República da Argentina atende aos pressupostos necessários a seu deferimento, conforme dispõem os requisitos do Estatuto do Estrangeiro e do Tratado de Extradição.

2. A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade decorre de norma imperativa do direito internacional integrante do regime internacional dos direitos humanos.

3. A qualificação de crime de lesa-humanidade atribuída pela legislação alienígena é consentânea com o direito internacional naquilo em que também vincula o Estado brasileiro. Nessa hipótese, é preciso adotar-se interpretação adequada do Tratado e do Estatuto do Estrangeiro de modo a excepcionar o requisito da prescrição nos caso de crimes contra a humanidade. O Estado brasileiro não deve invocar limitações do direito interno para deixar de atender a pedido de extradição.

4. Presentes os demais requisitos, a extradição fica condicionada à detração do tempo de prisão a que o extraditando submeteu-se no Brasil, assim como à impossibilidade de cominação de prisão perpétua, devendo o Estado solicitante observar, quanto à privação de liberdade, o prazo máximo de trinta anos atribuído a cada crime.

EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S)	: GOVERNO DA ARGENTINA
EXTDO.(A/S)	: SALVADOR SICILIANO
ADV.(A/S)	: DANIEL MOURAD MAJZOUB

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de extradição requerida com assento em delito de lesa-humanidade. O Ministro da Justiça encaminhou pedido de prisão preventiva (PPE 721) para a extradição do nacional argentino Salvador Siciliano (nascido em 6 de maio de 1941), de interesse da República Argentina, apresentado pela Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol), nos termos do art. 82 da Lei 6.815/80.

Segundo consta da Ordem de Captura Internacional (Difusão Vermelha), ao extraditando é imputada a prática de delitos de lesa humanidade, na medida em que teria integrado grupo terrorista denominado Triple A.

O então Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, em 2 de julho de 2014, decretou a prisão preventiva nos seguintes termos (fls. 14-16):

“Ministro de Estado da Justiça, por intermédio do Aviso 294/2014, encaminha pedido de Prisão Preventiva para Extradição do nacional argentino SALVADOR SICILIANO, de interesse da República Argentina, apresentado pela Organização Internacional de Polícia Criminal (Representação de fls. 4-11), com base no artigo 82, § 2º, da Lei 6.815/80.

Informa a Representação que o *Sr. SALVADOR SICILIANO* é procurado pela Justiça argentina por delito de *LESA HUMANIDADE*, na medida em que teria integrado grupo terrorista denominado *Triple A*, o qual tinha por objetivo sequestrar e assassinar cidadãos argentinos contrários ao governo do período (1975) (fl. 4).

Noticia, outrossim, que o cumprimento do Mandado será prontamente comunicado (...) para a formalização junto ao país do

Requerente (fl. 5) .

Decido.

Segundo o disposto no artigo II do Tratado de extradição entre o Brasil e a Argentina, firmado em 15 de novembro de 1961, publicado no Diário Oficial de 15 de julho de 1968:

Autorizam a extradição as infrações a que a Lei do Estado requerido imponha pena de dois anos, ou mais, de prisão, compreendidas não só a autoria e a co-autoria, mas também a tentativa e cumplicidade.

O artigo III, por sua vez, dispõe que:

Não será concedida a extradição:

- a) quando o Estado requerido fôr competente, segundo suas leis, para julgar o delito;
- b) quando, pelo mesmo fato, o delinquente já tiver sido ou esteja sendo julgado no Estado requerido ou tenha sido anistiado ou indultado no Estado requerente ou requerido;
- c) quando a ação ou a pena já estiver prescrita, segundo as leis do Estado requerente ou requerido;
- d) quando a pessoa reclamada tiver de comparecer, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção;

e) quando a infração pela qual é pedida a extradição fôr de natureza puramente militar ou religiosa, ou constituir delito político ou fato conexo dêste delito; todavia, não será considerado delito político, nem fato conexo dêste delito, o atentado contra a pessoa de um Chefe de Estado estrangeiro ou contra membros de sua família se tal atentado constituir delito de homicídio, ainda que não consumado por causa independente da vontade de quem tente executá-lo.

Analizando detidamente os autos, verifico que o Aviso 294/2014 (fl. 2) e os documentos apresentados pela Interpol (fls. 4-11) preenchem os requisitos dos dispositivos transcritos, na medida em que: (i) informam o fato de o requerido ser procurado pela alegada prática de graves delitos, tais como associação ilícita cometida de forma reiterada, homicídios, privações ilegais de liberdade e lesões; (ii) noticiam a existência de mandado prisão expedido em 26 de maio de 2014 pelo Juízo

Criminal e Correcional Federal 5, da Cidade autônoma de Buenos Aires/Argentina; (iii) indicam a tipicidade das condutas, com a pena máxima aplicável de 25 anos de privação de liberdade; (iv) descrevem que o requerido, portador do Passaporte Argentino 7713681M, nasceu em 6 de maio de 1941 ; (v) demonstram que o mandado de prisão continua válido e executável; e (vi) asseguram que *esta difusão vermelha será deverá ser tratada como pedido formal de prisão provisória.* (fl. 11 -sic).

Observo que o delito em apuração não se enquadra na exceção prevista na alínea e do artigo III, porquanto os delitos *são de natureza criminal comum, o que afasta a alegação de que se estaria extraditando por crime político* (Ext 1.306, de minha relatoria, 2^aT; DJe 2/12/2013).

O pedido de prisão preventiva está regular e, portanto, em condições de ser atendido (Lei 6.815/80, arts. 81 e 82).

Isto posto, **decreto a prisão preventiva, para fins de extradição**, do nacional argentino SALVADOR SICILIANO.

Expeça-se o mandado."

Em 03.07.2014, o mandado de prisão foi cumprido (fl. 21). O Extraditando encontra-se recolhido na Custódia da Polícia Federal de São Paulo.

O Ministério das Relações Exteriores informou que a Embaixada da Argentina tomou ciência, em 16.07.2014, da decretação da prisão preventiva (fl. 29).

Por meio do Aviso 914, o Ministro da Justiça informa que a Embaixada da Argentina foi formalmente científica em 11.07.2014 (fl 41).

Em 05.09.2014, por meio do Aviso 1096, o Ministro de Estado da Justiça encaminhou pedido de extradição formulado pelo Governo da Argentina em face do Extraditando, nos termos do art. 4º do Tratado de Extradição firmado entre Brasil e Argentina em 15 de novembro de 1961, promulgado pelo Decreto 62.979/68 (fl. 2). Em anexo ao aviso, foram encaminhadas: a) as decisões proferidas pelo Juízo Criminal e Correcional Federal nº 5 da Cidade Autônoma de Buenos Aires; b) os textos legais que

fundamenta a ordem de prisão; c) a comunicação de extradição, expedida nos seguintes termos (fls. 215-217):

“Segundo os termos e condições estabelecidas no Tratado que regula o presente, a extradição solicitada é procedente por ter cumpridos os requisitos ali exigidos, que são:

1. O cidadão requerido, Salvador Siciliano, resulta ser um nacional deste país requerente, atualmente prendido preventivamente no território do seu país, a pedido deste Juízo, no marco do processo n.º 1075/2006, no que foi processado.

2. A duração das penas previstas pela lei argentina, segundo a qualificação que se realizou da conduta do requerido, é superior a dois anos de prisão.

3. Salvador Siciliano não foi julgado com anterioridade pelos crimes pelos que se reclama sua extradição internacional, não resultou condenado em rebeldia, nem anistiado, nem indultado neste Estado.

4. Segundo a lei processual argentina esse Juízo, que não é um Tribunal de Exceção, é competente para conhecer acerca do crime que motiva a solicitação de extradição, consoante ao disposto pelos artigos 19 e 23 do Código de Procedimentos em Matéria Criminal (vide Anexo I da documental juntada).

5. Os crimes pelos que foi processado Siciliano, resultam imprescritíveis em virtude de ter sido caracterizados como de lesa-humanidade, através da resolução prolatada por essa sede em 26 de dezembro de 2006. Como consequência, consoante ao regulado pela "Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e os Crimes de Lesa-Humanidade" (Lei 25.984), que adquiriu hierarquia constitucional por Lei 25.778, devem ser considerados imprescritíveis, e, portanto, embora o tempo transcorrido desde sua comissão a ação penal se encontra plenamente em vigor (vide Anexo 11 da documental que se junta).

6. Os fatos que motivam o presente requerimento de extradição internacional, no que diz respeito a Salvador Siciliano, constituem uma infração contra a lei criminal comum

e são os seguintes:

6. a. Participação ou organização de uma associação ilícita chamada "Triple A" que operou entre os anos 1973 e 1975, cujo ação para-policial se dedicou ao assassinato de toda militância de esquerda que tivesse uma atividade política pública, a eliminação dos comunistas e desafetos ao governo, momente à ação de Lopez Rega. Assim, um grande número de dirigentes políticos e de diversas organizações que tivessem essa tendência, foram ameaçados e assassinados violentamente, atribuindo-se eles mesmos, na maioria dos casos, esses sucessos de forma pública através dos seus célebres comunicados e/ou deixando sua marca em cada um dos sucessos através de propaganda política. Esta organização terrorista, foi gestada sob o amparo do Ministro do Bem-estar Social da Nação desse momento, José López Rega, seu chefe político, quem colocou em andamento a estrutura institucional que lhe deu cobertura e impunidade ao ação dessa organização. Esse fato foi qualificado legalmente sob a figura criminal da associação ilícita (artigo 210 do Código Penal de 1921);

6. b. Ter cometido o sequestro de Mario Domingo Zidda, Antonio Mario Moses e Oscar Dalmacio Meza, por ocasião de atentar junto a um grupo de quinze pessoas aproximadamente, armadas, deslocando-se em vários carros, contra o salão do Partido Socialista dos Trabalhadores, localizado em El Talar, município de General Pacheco, Província de Buenos Aires, República Argentina, produzindo danos no mesmo, em 30 de maio de 1974, às 00.30 horas. As vítimas em questão apareceram com várias feridas de impacto de arma de fogo em diversas partes do corpo que lhes provocaram a morte, nesse dia, às 9.20 horas, no caminho asfaltado de acesso da Rodovia Nacional 6 à localidade de Manzanares, altura da Ferrovia Urquiza, Pilar, Província de Buenos Aires. Por sua vez, no dia dos fatos e perante as circunstâncias já descritas, também foram sequestradas três pessoas do sexo feminino, que foram posteriormente liberadas, prévios golpes e ameaças, na barreira de Talar de Pacheco (artigo 142, inciso 1º do Código Criminal

da Nação Argentina, cometido em forma reiterada em 6 oportunidades - Zidda, Moses, Meza, "Amanda ou Amalia", Mónica Wolff e Silvia Ferraté-, em concurso material com o crime previsto no artigo 80, inciso 21 do Código Penal da Nação Argentina, reiterado em três oportunidades -Zidda, Moses e Meza- na qualidade de partícipe necessário).

7. Junta-se cópia autenticada da resolução através da que foi prolatada prisão preventiva de Salvador Siciliano, por causa dos crimes que se investigam no processo no que me dirijo. Assim, em 15/5/2014 este Juízo resolveu:

PROLATAR PRISÃO PREVENTIVA DE EFETIVO CUMPRIMENTO de SALVADOR SICILIANO, qualificado oportunamente, na presente causa nº 1075/2006, por ser considerado *prima facie* autor penalmente responsável do crime de associação ilícita, na qualidade de integrante (artigo 210 do Código Penal da Nação Argentina); e por ser considerado *prima facie* responsável como autor imediato do crime previsto no artigo 142, inciso 1º do Código Criminal da Nação Argentina, cometido em forma reiterada em 6 oportunidades (Zidda; Moses, Meza, "Amanda o Amelia", Mónica Wolff e Silvia Ferrate-, em concurso material com o crime previsto no artigo 80, inciso 2º do Código Criminal da Nação Argentina, reiterado em três oportunidades -Zidda, Moses e Meza, na qualidade de partícipe necessário-; crimes que foram cometidos no âmbito do funcionamento da associação ilícita denominada "Triple A". A resolução referida contém uma relação sumária dos fatos, local e data na que aqueles aconteceram (vide Anexo 111 que juntado ao presente).

8. Os ilícitos pelos que é requerida a extradição de Siciliano não constituem crimes militares, políticos nem conexos, nem resultam puníveis com pena de morte nem castigos corporais, nem existe por parte deste Juízo a finalidade de perseguir a pessoa requerida em virtude de sua raça, religião, nacionalidade ou opiniões políticas.

9. Rege os presentes o Código Criminal da Nação Argentina de 1921, promulgado por Lei 11.179 e o Código

Processual em Matéria Criminal, segundo lei 2372, textos legais em vigor, por ocasião da comissão dos fatos aqui investigados.

10. Quanto às circunstâncias de modo, tempo e local em que sucederam os ilícitos pelos que se reclama a extradição de Siciliano, bem como as provas reunidas na sua contra por cada um deles, estão descritas na resolução prolatada em 15 de maio de 2014, que se junta em cópias; mormente nas alíneas "III.B", "IV.B" e "X" (anexo 111 antes referido).

11. Junta-se com a presente carta rogatória, cópia dos textos legais que tipificam e sancionam os crimes em questão (Anexo IV), bem como cópia autenticada do interrogatório do acusado apresentada perante este juízo por parte de Salvador Siviliano, e de outras peças que puderem ser pertinentes (Anexo V).

12. Finalmente, existem outros fatos que teria cometido a associação ilícita denominada "Triple A" que foram informados a este Juízo e são investigados em cada um dos incidentes formados nesta causa para tanto, mas que não existe até agora uma formal imputação por parte deste Juízo e do Promotor de Justiça interveniente, não podendo ser descartada essa situação, a que será informada imediatamente no caso que corresponder."

Em 08.09.2014, o Ministro Ricardo Lewandowski delegou o interrogatório e o recebimento da defesa do extraditando à Justiça Federal, Seção Judiciária de São Paulo.

O Extraditando negou a participação nos fatos a ele imputados.

A Defensoria Pública da União, na defesa técnica apresentada, aduz que os crimes imputados têm natureza política. Afirma que "para conceituação do crime político a motivação exclusivamente política do agente constitui elemento essencial, de modo que esse *animus* qualificador do comportamento politicamente delituoso mostra-se como elemento imprescindível à sua caracterização" (fl. 547).

Reconhece que a atuação da organização Triple A se deu com violência, mas adverte que os fatos imputados não podem ser analisados

EXT 1362 / DF

isoladamente, como se fossem crimes distintos. Por essa razão, em seu entender, não haveria falar-se em crime político.

O Ministério Público Federal opinou pelo deferimento do pedido de extradição, condicionado à detração e à comutação de eventual pena de prisão ou reclusão perpétua por penas privativas de liberdade com o prazo máximo de 30 (trinta) anos. O parecer foi assim ementado (fl. 558):

"EXTRADIÇÃO INSTRUTORIA. GOVERNO DA ARGENTINA. CRIMES CONTRA A HUMANIDADE COMETIDOS POR INTEGRANTE DE GRUPO PARAMILITAR NO PERÍODO DE 1973 A 1975. IMPRESCRITIBILIDADE. NATUREZA COMUM DOS DELITOS PRATICADOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DA DUPLA PUNIBILIDADE E DUPLA TIPICIDADE. PARECER PELO DEFERIMENTO DO PEDIDO."

Em 14.04.2015, a Defensoria Pública da União requereu a revogação da prisão, alegando, em síntese, que a extradição fora solicitada diretamente por órgão do Poder Judiciário que não detém legitimidade ativa para formular o pedido. Sustentou, ainda, que a prisão ultrapassa o prazo razoável para a conclusão do processo de extradição. Quanto ao mérito, defendeu estarem prescritos os fatos imputados ao Extraditando e reafirmou que são preponderantemente políticos. Por fim, noticia o ingresso de pedido de refúgio em favor do extraditando, nos termos do art. 34 da Lei 9.474/97, informação também indicada por ofício do CONARE (fl. 602).

Por meio do Aviso 1155/2015, o Ministro de Estado da Justiça encaminha Nota Verbal 645/2015, na qual noticia o indeferimento dos recursos apresentados pela defesa relativamente às ordens de prisão preventiva (fls. 611-616).

Em 03.02.2016, por meio do Aviso 67/2016, o Ministro de Estado da Justiça informou que a solicitação de refúgio formulada pelo Extraditando foi arquivada em virtude de pedido de desistência.

Na Sessão de 25.02.2016, em decorrência da proposta deste Relator, a

EXT 1362 / DF

1^a Turma deste Supremo Tribunal Federal decidiu por afetar o julgamento do processo ao Plenário.

Em 15.03.2016, determinei que os Ministérios da Justiça e da Relações Exteriores fizessem a juntada da Nota Verbal em que foi formulada a solicitação de extradição.

A nota foi juntada em 29.03.2016 (fl. 644).

É, em síntese, o relatório.

EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S)	: GOVERNO DA ARGENTINA
EXTDO.(A/S)	: SALVADOR SICILIANO
ADV.(A/S)	: DANIEL MOURAD MAJZOUB

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): O pedido formulado pela República da Argentina atende aos pressupostos necessários a seu deferimento, conforme dispõem a Lei 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro) e o respectivo Tratado de Extradição, promulgado pelo Decreto 62.979/68.

1. O requisito da dupla tipicidade.

No que tange à qualificação legal dos fatos, está preenchido o requisito da dupla tipicidade, previsto no Artigo III, "a", do Tratado de Extradição e do art. 77, II, do Estatuto do Estrangeiro.

Os fatos imputados ao extraditando são os seguintes (fl. 216):

"a. Participação ou organização de uma associação ilícita chamada "Triple A" que operou entre os anos 1973 e 1975, cujo ação para-policial se dedicou ao assassinato de toda militância de esquerda que tivesse uma atividade política pública, a eliminação dos comunistas e desafetos ao governo, mormente à ação de Lopez Rega. Assim, um grande número de dirigentes políticos e de diversas organizações que tivessem essa tendência, foram ameaçados e assassinados violentamente, atribuindo-se eles mesmos, na maioria dos casos, esses sucessos de forma pública através dos seus célebres comunicados e/ou deixando sua marca em cada um dos sucessos através de propaganda política. Esta organização terrorista, foi gestada sob o amparo do Ministro do Bem-estar Social da Nação desse momento, José López Rega, seu chefe político, quem colocou

em andamento a estrutura institucional que lhe deu cobertura e impunidade ao acionar dessa organização. Esse fato foi qualificado legalmente sob a figura criminal da associação ilícita (artigo 210 do Código Penal de 1921);

b. Ter cometido o sequestro de Mario Domingo Zidda, Antonio Mario Moses e Oscar Dalmacio Meza, por ocasião de atentar junto a um grupo de quinze pessoas aproximadamente, armadas, deslocando-se em vários carros, contra o salão do Partido Socialista dos Trabalhadores, localizado em El Talar, município de General Pacheco, Província de Buenos Aires, República Argentina, produzindo danos no mesmo, em 30 de maio de 1974, às 00.30 horas. As vítimas em questão apareceram com várias feridas de impacto de arma de fogo em diversas partes do corpo que lhes provocaram a morte, nesse dia, às 9.20 horas, no caminho asfaltado de acesso da Rodovia Nacional 6 à localidade de Manzanares, altura da Ferrovia Urquiza, Pilar, Província de Buenos Aires. Por sua vez, no dia dos fatos e perante as circunstâncias já descritas, também foram sequestradas três pessoas do sexo feminino, que foram posteriormente liberadas, prévios golpes e ameaças, na barreira de Talar de Pacheco (artigo 142, inciso 1º do Código Criminal da Nação Argentina, cometido em forma reiterada em 6 oportunidades - Zidda, Moses, Meza, "Amanda ou Amalia", Mónica Wolff e Silvia Ferraté-, em concurso material com o crime previsto no artigo 80, inciso 2º do Código Penal da Nação Argentina, reiterado em três oportunidades -Zidda, Moses e Meza- na qualidade de partícipe necessário)."

Tais fatos estão, em tese, tipificados nos arts. 80, inciso 2º, 142, inciso 1º, e 210 do Código Penal da Nação Argentina (fls. 303-304v):

"Artigo 80

Será aplicada reclusão perpétua podendo ser relegado
(...)

2º àquele que matar outro com aleivosia ou sanha, por preço, promessa remuneratória, sevícias graves, impulso de

perversidade brutal, ou por veneno, incêndio, inundação, descarrilamento, explosão, ou qualquer outro meio capaz de causar grandes estragos.

Artigo 142

Será aplicada prisão de um a quatro anos, àquele que privar outro da sua liberdade pessoal, quando existir alguma das seguintes circunstâncias:

1º Se o fato for cometido com violências ou ameaças, ou com propósitos de lucro, ou com fins religiosos ou de vingança;

(...)

Artigo 210

Será reprimido com reclusão ou prisão de um mês a cinco anos aquele que tomar parte em uma associação ou banda de três ou mais pessoas, destinada a cometer crimes, pelo só fato de ser integrante da associação.”

Na República Federativa do Brasil esses tipos encontram correspondência, à época em que foram praticados, nos artigos 121, § 2º (homicídio qualificado), 148, § 2º (sequestro e cárcere privado), e 288 (associação criminosa) do Código Penal Brasileiro. Confiram-se:

“Art. 121. Matar alguém:

(...)

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

(...)

Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado:

(...)

§ 2º - Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

(...)

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.”

Como se depreende, preenchido está o requisito da dupla tipicidade.

2. O requisito da gravidade da pena.

Registre-se, ainda no que tange à qualificação legal dos fatos, que os tipos não atribuem penas inferiores a dois anos (art. 2º do Tratado de Extradição). Por conseguinte, tal pressuposto também se faz presente neste pleito de extradição.

3. O requisito da prescrição e a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade.

Nos termos dos arts. 141 e 142, inciso 5º, do Código Penal Argentino, os fatos atribuídos ao extraditando têm natureza de delitos de lesa-humanidade, assim, por constituírem grave violação dos direitos humanos, revestem-se do caráter de imprescritíveis.

Em precedentes semelhantes ao do caso dos autos, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que, não obstante a qualificação de crimes de lesa-humanidade pela legislação alienígena, para os crimes consumados deve-se aplicar as regras relativas à contagem do prazo prescricional, nos termos do Código Penal brasileiro. Assim, no caso

EXT 1362 / DF

César Alejandro Enciso (Ext 1.299, Rel. Ministra Cármel Lúcia, Segunda Turma, DJe 25.09.2013), por exemplo, o Tribunal afastou a punibilidade para trinta e nove crimes de tortura e trinta e cinco crimes de sequestro, haja vista que, tendo ocorrido os fatos no ano de 1976, o prazo prescricional estaria há muito superado. Manteve a Corte, no entanto, a punibilidade para os crimes de sequestro nos quais as vítimas não haviam sido libertadas, ante a natureza permanente desse tipo penal.

De forma semelhante, no caso Mariano Gonzalo Cuesta (Ext 1.278, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 04.10.2014), a Turma afastou a punibilidade para os delitos de tortura e homicídio, ante o implemento do prazo prescricional porquanto os fatos datavam de 1976 a 1983.

Ambos os casos apenas confirmam o entendimento que se consolidou nesta Corte por ocasião do julgamento da Ext 974, Rel. Ministro Marco Aurélio e Rel. para o acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 04.12.2009, e da Ext 1.150, Rel. Ministra Cármel Lúcia, Pleno, Dje 17.06.2011. Nesses dois precedentes, o Supremo Tribunal Federal deferiu parcialmente as extradições apenas no tocante ao crime de sequestro, cujo caráter permanente foi enfatizado em ambos os casos, tendo sido indeferidas, pela prescrição, relativamente aos delitos de homicídio e associação criminosa.

Pedindo vêrias as compreensões externadas nesses casos, entendo, nos termos do art. 489, § 1º, VI, do Código de Processo Civil, que o tema relativo à prescrição propicia compreensão diversa no caso, e para esse fim.

A presente extradição tem fundamento no Tratado de Extradição entre Brasil e Argentina, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 85, de 29 de setembro de 1964, e promulgado pelo Decreto n. 62.979, de 11 de julho de 1968. O Artigo III, alínea “c”, dispõe que “não será concedida a extradição quando a ação ou a pena já estiver prescrita, segundo as leis do Estado requerente ou requerido”.

Nos termos do art. 31, § 1º, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a exigência contida no Artigo III do Tratado de Extradição

deve ser interpretada “segundo o sentido comum atribuível aos termos” do Tratado, razão pela qual, à primeira vista, não se deve buscar outro sentido possível ao termo, senão aquele que apenas analisa o pedido extradicional à luz da legislação brasileira.

Esse método de interpretação, no entanto, segundo a própria Convenção de Viena, deve ceder lugar a outro, caso, nos termos do art. 32, a interpretação literal conduza “a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado”.

É precisamente o que ocorre, *in casu*. Tendo a Argentina atribuído à natureza do crime o caráter de lesa-humanidade, faz incidir sobre o fato o regime internacional da imprescritibilidade, previsto pela Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, adotada pela Resolução 2391 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 26 de novembro de 1968. Por força desta Resolução, nos termos de seu artigo 3º, os Estados Membros obrigam-se a adotar todas as medidas internas, de ordem legislativa ou outra, que sejam necessárias a fim de permitir a extradição. Embora a Convenção não tenha sido ratificada pelo Estado brasileiro, diversos países do continente Americano o fizeram, razão que levou a Corte Interamericana de Direitos Humanos a assentar, em diversas oportunidades, que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade obrigava os Estados integrantes do sistema interamericano de direitos humanos a punir os suspeitos da prática de tais crimes (Caso Barrios Altos versus Peru, mérito, sentença de 14 de março de 2001, par. 41; Caso La Cantuta, mérito, sentença de 29 de novembro de 2006, par. 152; e Caso Do Massacre de Las Dos Erres, sentença de 24 de novembro de 2009, par. 129).

Dessa forma, a manutenção do entendimento segundo o qual a prescrição deve ser verificada apenas de acordo com o disposto na lei brasileira tem o resultado de transformar o país em um abrigo de imunidade para os autores das piores violações contra os direitos humanos. Tal interpretação não apenas viola a jurisprudência da Corte Interamericana, cuja obrigatoriedade da jurisdição foi declarada pelo

Governo da República Federativa do Brasil em 10 de dezembro de 1998, como também esvazia o sentido do princípio fixado no art. 4º, II, da Constituição Federal.

A obrigação internacionalmente fixada ao Estado argentino de punir as graves violações de direitos humanos estaria sendo obstada por um dispositivo da legislação brasileira, o que, além de conduzir a um resultado absurdo, transformando o país em um paraíso para criminosos internacionais, viola, frontalmente, o artigo 27 da Convenção de Viena, que não autoriza a invocação de disposições do direito interno para inadimplir um tratado.

É verdade, como se disse há pouco, que o Estado brasileiro não ratificou a Convenção sobre a Imprescritibilidade. O próprio representante brasileiro na ONU chegou a afirmar, à época, que o "direito brasileiro reconhecia a aplicação da prescrição em matéria criminal e que a extradição era governada pelos princípios fixado na Constituição a qual refletia o espírito humanitário da legislação penal brasileira" (A/C.3/SR. 1547). A ausência de ratificação e a declaração do representante brasileiro no Terceiro Comitê da Assembleia Geral não devem ser traduzidas como sendo incompatível com o direito brasileiro o reconhecimento da imprescritibilidade dos crimes internacionais. Como aponta Ana Flávia Penna Velloso, há diversas razões para isso (VELLOSO, Ana Flávia Penna. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. Coordenador: Leonardo Nemer Caldeira Brant, v.1, n.1, 2006. Belo Horizonte: CEDIN, 2006, p. 17).

Hoje é evidente que inexiste um direito constitucional à prescrição, como demonstram, por exemplo, a emenda apresentada pelo Deputado Constituinte Carlos Alberto Oliveira dos Santos, posteriormente materializada nos incisos XLII e XLIV do art. 5º da Constituição Federal, e a Emenda Constitucional n. 45/04, que acrescentou o parágrafo 4º ao art. 5º, reconhecendo a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, o qual prevê, no artigo 29 do Estatuto de Roma, a imprescritibilidade dos crimes internacionais.

Seria possível, no entanto, arguir que os mandamentos constitucionais apenas trariam um mandado de criminalização dirigido

ao legislador, de forma que a previsão no âmbito do Direito Internacional, na ausência de lei em sentido formal e material, não poderia servir de base para a condenação criminal. Essa linha de argumentação, expressa, por exemplo, no julgamento do HC 96.007, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 08.02.2013, foi utilizada para assentar a impossibilidade de se utilizar a Convenção de Palermo para a definição típica do crime antecedente na lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/98).

Não obstante, essa interpretação submeteria o regime penal internacional à vontade soberana de um único país. É por essa razão que a própria Convenção sobre a Imprescritibilidade reconhece como imprescritíveis os crimes contra a humanidade, “ainda que estes atos não constituam violação do direito interno do país onde foram cometidos” (art. 1º da Convenção).

De fato, a regra da imprescritibilidade não pertence ao direito comum, mas a esse campo do Direito a que se convencionou chamar de direito penal internacional. É a seu caráter único entre os ramos tradicionais do direito que se deve reportar a produção de efeitos legais, independentemente de sua concretização pelo legislador nacional. Diversamente dos crimes comuns, as consequências de crimes internacionais “não surgem em um primeiro momento, mas ao longo do tempo não cessam de ampliar” (JANKALEVITCH, V. *L'imprescritibile*. Paris: Seuil, 1986, p. 18).

Por isso, se reportam os crimes contra a humanidade ao direito penal internacional, disciplina cuja finalidade é, como ensina Kai Ambos, suprimir ou ao menos diminuir uma lacuna de punibilidade fática decorrente de graves violações de direitos humanos (AMBOS, Kai. *A Parte Geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Tradução Carlos Eduardo Japiassú e Daniel Andrés Raizman. São Paulo: Editora RT, 2008).

Consequentemente, é nas fontes desse ramo do direito que se deve buscar uma interpretação do Tratado de Extradicação que seja consentânea com o atual quadro normativo do direito internacional.

É nesse sentido a fundamentação do Ministério Público Federal, no

parecer feito pela e. Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques relativamente à imprescritibilidade, no direito brasileiro, dos crimes contra a humanidade.

Os argumentos do Ministério Pùblico foram deduzidos nos seguintes termos (fls. 561-566):

“No direito brasileiro, também os crimes em causa são imprescritíveis, qualificação que decorre de normas do *jus cogens*, que, desde muito antes da consumação dos delitos, obrigam os Estados membros da comunidade internacional a promoverem a responsabilização criminal dos autores de crimes contra a humanidade.

Coma afirmou o Procurador-Geral da República em manifestação na APDF 320/DF, *“desaparecimentos forçados execuções sumárias, tortura e muitas infrações penais a eles conexas já eram, na época de seu cometimento pelo regime autoritário, qualificados como crimes contra a humanidade razão pela qual devem sobre eles incidir as consequências jurídicas decorrentes da subsunção às normas cogentes de direito internacional, notadamente a imprescritibilidade e a insusceptibilidade de concessão de anistia.*

As normas - cogentes de direito costumeiro internacional que fundamentam a imprescritibilidade desses delitos remontam a 1945, e constituem prova da sua existência os seguintes atos: a) Carta do Tribunal Militar Internacional (1945); b) Lei Conselho de Controle nº 10 (1945); e) Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do Tribunal, com comentários (International Law Commission, 1950); d) Relatório da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) (1954); e) Resolução 2184 (Assembleia Geral da ONU, 1966); f) Resolução 2202 (Assembleia Geral da ONU, 1966); g) Resolução 2338 (Assembleia Geral da ONU, 1967); h) Resolução 2583 (Assembleia Geral da ONU, 1969); i) Resolução 2712 (Assembleia Geral da ONU, 1970); j) Resolução 2840 (Assembleia Geral da ONU, 1971); k) Princípios de Cooperação Internacional na identificação, prisão, extradição e punição das

pessoas condenadas por crimes de guerra e crimes contra a humanidade (Resolução 3074 da Assembleia Geral da ONU, 1973).

Assim, pode-se afirmar, sem qualquer sombra de dúvidas, que os crimes contra a humanidade são ontologicamente imprescritíveis. E assim são qualificados exatamente para efeito de impedir que fatos dessa natureza, que atentam contra direitos fundamentais do homem, especialmente a dignidade humana – fundamento de todos os direitos fundamentais – fiquem impunes.

Ressalte-se que a prescritibilidade dos crimes não constitui garantia fundamental, tendo em vista que não há previsão expressa na Constituição, muito menos decorre dos seus princípios e normas implícitas.

O instituto da prescrição, como causa extintiva da punibilidade, está previsto e disciplinado na legislação ordinária, não podendo, por isso, fazer frente as normas cogentes do direito internacional a que o Brasil, por força das convenções e tratados a que aderiu, está constitucionalmente (art. 5º, §§ 2º e 3º) obrigado a observar.

Poder-se-ia dizer que as normas do direito internacional não são de obrigatoriedade observância quando em confronto com normas do direito interno que estabelecem normas de prescrição dos crimes. No entanto, como observou o Procurador-Geral da República em sua manifestação na ADPF nº 320, citando André de Carvalho Ramos, não pode haver espaço para interpretações que conduzam à incompatibilidade entre as normas constitucionais com a normatividade internacional de proteção aos direitos humanos. Há, no caso, presunção absoluta de compatibilidade entre as normas.

E, citando precedente da Corte Suprema da Justiça argentina no julgamento sobre as Leis "Ponto Final" e "Obediência Devida", acentuou que "*de nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u outro derecho nacional'.*"

A remissão feita ao parecer ministerial proferido no âmbito da ADPF 320 permite esclarecer o alcance da manifestação feita nesta Extradição. Naquela oportunidade, o Procurador Geral da República assentou que:

“A qualificação das condutas imputadas como crimes de lesa-humanidade decorre de normas cogentes do direito costumeiro internacional, que definem como tais desaparecimentos forçados, execuções sumárias de pessoas (também conhecidas internacionalmente como execuções extrajudiciais), tortura e outros delitos cometidos no contexto de ataque sistemático ou generalizado a população civil. Como uma das consequências do reconhecimento desses delitos, devem eles ser submetidos à jurisdição universal e declarados insusceptíveis de anistia e prescrição.

A reprovação jurídica internacional a tais condutas e a imprescritibilidade da ação penal a elas correspondente está evidenciada pelas seguintes provas do direito costumeiro cogente anterior: a) Carta do Tribunal Militar Internacional (1945); b) Lei do Conselho de Controle nº 10 (1945); c) Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do Tribunal, com comentários (International Law Commission, 1950); d) Relatório da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) (1954); e) Resolução 2184 (Assembleia Geral da ONU, 1966); f) Resolução 2202 (Assembleia Geral da ONU, 1966); g) Resolução 2338 (Assembleia Geral da ONU, 1967); h) Resolução 2583 (Assembleia Geral da ONU, 1969); i) Resolução 2712 (Assembleia Geral da ONU, 1970); j) Resolução 2840 (Assembleia Geral da ONU, 1971); k) Princípios de Cooperação Internacional na identificação, prisão, extradição e punição de pessoas condenadas por crimes de guerra e crimes contra a humanidade (Resolução 3074 da Assembleia Geral da ONU, 1973).

Na Convenção das Nações Unidas sobre a Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e de Crimes contra a

Humanidade (1968), a imprescritibilidade estende-se aos “crimes contra a humanidade, cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz e definidos como tais no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas Resoluções nº 3 e 95 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946”. Nota-se, sobretudo a partir dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU da década de 1950 e das resoluções de sua Assembleia Geral em meados dos anos 1960, crescente tendência de dispensar o elemento contextual “guerra” na definição dos crimes contra a humanidade.

Especificamente o uso da expressão “desaparecimento forçado de pessoas” difundiu-se no plano internacional a partir de milhares de casos de sequestro, homicídio e ocultação de cadáver de militantes políticos contrários a regimes ditatoriais instalados na América Latina.

Um dos primeiros registros internacionais desse *nomen juris* está na Resolução 33/173, da Assembleia Geral das Nações Unidas (de 20 de dezembro de 1978), sobre pessoas desaparecidas. A resolução, editada um ano antes da lei brasileira de anistia, convoca os Estados a: a) dedicar recursos apropriados à busca de pessoas desaparecidas e à investigação rápida e imparcial dos fatos; b) assegurar que agentes policiais e de segurança e suas organizações sejam passíveis de total responsabilização (*fully accountable*) pelos atos realizados no exercício de suas funções e especialmente por abusos que possam ter causado o desaparecimento forçado de pessoas e outras violações a direitos humanos; c) assegurar que os direitos humanos de todas as pessoas, inclusive aquelas submetidas a qualquer forma de detenção ou aprisionamento, sejam totalmente respeitados.”

Como se depreende das razões apresentadas pelo Ministério Público, a imprescritibilidade estaria fundada em norma “costumeira cogente”. Assim, para se reconhecer a imprescritibilidade dos delitos

imputados ao extraditando é preciso examinar se essa disposição normativa pode ser, por meio do direito internacional, aplicável ao país. A resposta é afirmativa. Isso porque, de acordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, são imprescritíveis os crimes contra a humanidade, o que expressamente afasta o óbice indicado na alínea "c" do Artigo III do Tratado de Extradição. Além disso, tais normas integram o rol dos direitos fundamentais descritos no art. 5º da Constituição Federal, o que impede a aplicação do disposto no art. 77, VI, da Lei 6.815.

3.1. A imprescritibilidade de crimes contra a humanidade segundo o Direito Internacional.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição é vinculante para o Estado brasileiro por força do disposto no art. 62 do Pacto de São José da Costa Rica (Decreto 678, de 6 de novembro de 1992) e da declaração, formulada em 10 de dezembro de 1998, segundo a qual "o Governo da República Federativa do Brasil declara que reconhece, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos humanos, em conformidade com o artigo 62 dessa mesma Convenção", reconheceu, em mais de uma oportunidade, que são inadmissíveis as disposições de prescrição, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (Caso Barrios Altos versus Peru, mérito, sentença de 14 de março de 2001, par. 41; Caso La Cantuta, mérito, sentença de 29 de novembro de 2006, par. 152; e Caso Do Massacre de Las Dos Erres, sentença de 24 de novembro de 2009, par. 129).

Nos termos dos julgados indicados pela Corte, tal proibição decorreria de normas costumeiras de direito internacional, da

jurisprudência de organizações internacionais e também da doutrina.

Embora o Supremo Tribunal Federal já tenha reconhecido o costume como fonte do Direito Internacional (Aci 9.705, Rel. Ministro Moreira Alves, Pleno, DJ 23.10.1987; e AC 2.436, Rel. Ministro. Moreira Alves, Pleno, DJ 09.05.2003), não fixou, nesses precedentes, os critérios pelos quais o costume internacional pode ser reconhecido. Trata-se, em verdade, de um tema complexo, o que pode ser comprovado pelo recente pedido feito pela Assembleia Geral das Nações Unidas à Comissão de Direito Internacional a fim de que fosse elaborada uma minuta de resolução sobre a forma de identificação do costume internacional.

A jurisprudência da Corte Internacional de Justiça tem indicado, no entanto, balizas para se fazer isso. Para tanto, ela sustenta ser preciso avaliar a existência de uma “prática geral” que é “aceita como direito” (Imunidades Jurisdicionais do Estado, Alemanha v. Itália, Julgamento, C.I.J, Report 2012, p. 99; Placa Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca, C.I.J., Reports 1969, p. 3).

Por “prática geral” deve-se compreender as “instâncias de conduta” (Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua, Nicarágua v. Estados Unidos, Mérito, Julgamento, C.I.J., Reports 1986, p. 14) que podem formar uma “rede de precedentes” (Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Julgamento, C.I.J., Reports 1970, p. 3) nos quais um padrão de conduta pode ser observável (A/CN. 4/672, p. 16). É preciso alertar, ainda, que tais práticas devem ser atribuíveis aos Estados, como reconheceu a Corte Internacional, *v.g.*, no caso Imunidades Jurisdicionais do Estado, e podem ser representadas por qualquer ato do Estado, como os que exercem as funções jurisdicionais, executivas ou legislativas (Resolução da Assembleia Geral da ONU 56/83). Como exemplo dessas práticas, a Comissão de Direito Internacional da ONU listou, recentemente, as seguintes (A/CN.4/672, p. 23-2):

“(a) Physical actions of States, that is, the conduct of States ‘on the ground’. Examples of such practice may include passage of ships in international waterways; passage over territory; impounding of fishing boats; granting of diplomatic asylum;

battlefield or operational behaviour; or conducting atmospheric nuclear tests or deploying nuclear weapons.

(b) Acts of the executive branch. These may include executive orders and decrees, and other “administrative measures”, as well as official statements by government such as declarations, proclamations, government statements before parliament, positions expressed by States before national or international courts and tribunals (including in *amicus curiae* briefs of States), and statements on the international plane.

(c) Diplomatic acts and correspondence. This includes protests against the practice of other States and other subjects of international law. Diplomatic correspondence may take a variety of forms, including notes verbales, circular notes, third-party notes, and even ‘non-papers’.

(d) Legislative acts. From constitutions to draft bills, “[l]egislation is an important aspect of State practice”. As the Permanent Court of International Justice observed in 1926, “From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures”. It is worthwhile to recall the view expressed by the Commission in this context in 1950, according to which “[t]he term legislation is here employed in a comprehensive sense; it embraces the constitutions of States, the enactments of their legislative organs, and the regulations and declarations promulgated by executive and administrative bodies. No form of regulatory disposition effected by a public authority is excluded”.

(e) Judgments of national courts. Judicial decisions and opinions of municipal courts may serve as State practice, and “are of value as evidence of that State’s practice, even if they do not otherwise serve as evidence of customary international law” itself. When assessing the decisions of domestic courts, however, the position of customary international law within the law to be applied by the various courts and tribunals, and

special provisions and procedures that may exist at the various domestic levels for identifying rules of customary international law, must be borne in mind. Moreover, "the value of these decisions varies considerably, and individual decisions may present a narrow, parochial outlook or rest on an inadequate use of sources". Judgments of the highest courts naturally carry more weight. Cases that have been reversed on the particular point are no longer likely to be considered as practice.

(f) Official publications in fields of international law, such as military manuals or instructions to diplomats.

(g) Internal memoranda by State officials. Such memoranda are, however, often not made public. It should be borne in mind, however, that as was said in a different but analogous context, these "do not necessarily represent the view or policy of any government, and may be no more than the personal view that one civil servant felt moved to express to another particular civil servant at that moment; it is not always easy to disentangle the personality elements from what were, after all, internal, private and confidential memoranda at the time they were made".

(h) Practice in connection with treaties. Negotiating, concluding and entering into, ratifying and implementing bilateral or multilateral treaties (and putting forward objections and reservations to them) are another form of practice. Such practice does not concern the law of treaties alone; it may also relate to the obligations assumed through the relevant international legal instrument.

(i) Resolutions of organs of international organizations, such as the General Assembly of the United Nations, and international conferences. This mainly concerns the practice of States in connection with the adoption of resolutions of organs of international organizations or at international conferences, namely, voting in favour or against them (or abstaining), and the explanations (if any) attached to such acts. At the same time, it must be borne in mind that "the final text of a decision of an international organization will always be incapable of reflecting

all propositions and alternatives formulated by each and every party to the negotiations. One should, therefore, not overly rely on the shortcuts provided by the decisionmaking processes of international organizations in order to identify state practice". (This matter will be addressed more fully in in the third report.)"

Tais práticas, como destacava Michael Akehurst (*Custom as a source of international law*, British Yearbook of International Law, vol. 47, n. 1 (1977), p. 21), não guardam hierarquia entre si, mas devem ser tomadas como um todo, conforme recente abordagem da própria Corte Internacional de Justiça (Imunidades Jurisdicionais do Estado, Alemanha v. Itália, Julgamento, C.I.J, Report 2012, p. 136). Isso significa que a prática deve refletir-se nos principais órgãos do Estado. A ideia de que a prática deve ser consistente, ou de um "costume constante e uniforme" (Caso do Asilo Colombiano-Peruano, Colômbia v. Peru, Julgamento, 1950, C.I.J, Reports 1950, p. 266) não deve traduzir, ademais, a obrigatoriedade de perfeição e a intolerância a algum nível de inconsistência (Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua, Nicarágua v. Estados Unidos, Mérito, Julgamento, C.I.J., Reports 1986, p. 14).

Como exemplos dessa prática, é possível citar o reconhecimento de jurisdição universal por parte da Espanha a fim de julgar o cidadão argentino Ricardo Cavallo acusado dos crimes de terrorismo, tortura e genocídio. Os fatos teriam ocorrido nos anos finais da década de 70 e o pedido de detenção ocorreu somente em 25 de agosto de 2000, pelo juizado de instrução n. 5 da audiência nacional de Madrid. Estando o acusado no México, foi requisitada a esse país sua extradição, tendo sido deferida pela Juíza Guadalupe Luna Altamirano, do Juizado do Sexto Distrito da Cidade do México, em 11 de janeiro de 2001. A decisão foi posteriormente confirmada pela Suprema Corte de Justiça da Nação, no fallo sobre apelación 140/2002, de 10 de junho de 2003.

A Corte Suprema do Chile autorizou, em 21 de agosto de 2013, a extradição do ex-juiz federal argentino Otilio Romano, acusado de ser cúmplice em diversos crimes qualificados pela lei argentina como sendo

de lesa-humanidade. Na sentença pronunciada pelo Ministro da Corte Suprema de Justiça da República do Chile Sergio Muñoz Gajardo assentou-se que:

A este tipo de delitos el derecho internacional general y de naturaleza convencional le aparece reconocida expresamente la imprescriptibilidad, y es tratada en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad establecida por las Naciones Unidas el 26 de Noviembre de 1968.

Asimismo el Estatuto de Roma de la Corte penal Internacional, establece que los delitos de competencia de la Corte son imprescriptibles, entre los cuales contempla aquellos de lesa humanidad.

También se ha entendido que esta regla de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, tiene reconocimiento consuetudinario en la comunidad internacional, lo que se ha manifestado en diversas resoluciones de la Asamblea General de las naciones Unidas, como aquella de 3 de Diciembre de 1973 dictada con el N° 3074, en que señala que los Estados cooperaran entre sí en todo lo relativo a la extradición de las personas involucradas en esos delitos, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido.

Al respecto, en Chile, el Código Procesal Penal en su artículo 250, establece la imposibilidad de declarar el sobreseimiento definitivo respecto de aquellos delitos imprescriptibles conforme a los tratados internacionales ratificados por nuestro país y que se encuentren vigentes. En todo caso el antiguo Código de Procedimiento Penal aplicable en la especie no era tan claro al respecto. Sin embargo cabe tener en consideración que el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en la aludida Convención, es solamente un reconocimiento expreso al origen consuetudinario de esa regla como norma de ius cogens, con lo que su aplicación incluye también a los crímenes internacionales cometidos con anterioridad a la entrada en

vigor de cualquier tratado vigente sobre esta materia, sumándose a lo expresado en la regla que establece “que la imprescriptibilidad se aplicara a los crímenes enumerados cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido”.

En Chile ha sido ratificado el Estatuto de Roma, lo cual resulta vinculante para nuestro país, como también lo dispuesto en las Convenciones de Ginebra, que también consagraba la imprescriptibilidad sobre la protección debida a las personas en tiempo de guerra.

Desde el punto de vista jurisprudencial, V. E. ha determinado la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, en diversos fallos, entendiendo que ello resulta obligatorio para el Estado de Chile, pues ella tiene su origen en una norma consuetudinaria preeexistente sobre la materia aun cuando no se forme parte del tratado respectivo (CS 13 /12/ 2006. Rol N° 23 375) (Extradición activa Rol N° 3020-2012 de 17/10/ 2012).

É importante observar no que tange às decisões de México e Chile que ambas as nações não são partes da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade.

No que tange à generalidade da prática, a Corte Constitucional Alemã trouxe valiosa contribuição ao assentar que (2BvM 1-5/03, 1, 2/06, para. 33, tradução livre):

“Uma regra de direito internacional é geral dentro do sentido aplicado pelo artigo 25 da Lei Básica se é reconhecida pela vasta maioria dos estados (v. BverfGE 15, 25 (34)). A natureza geral dessa regra refere-se à sua aplicação, não a seu conteúdo, não sendo necessária o reconhecimento por todos os estados. É igualmente desnecessário que a República Federativa da Alemanha em particular tenha reconhecido a regra”.

A aceitação da prática, ou o conceito de *opinio juris* (ou ainda, “*opinio juris sive necessitatis*”), também indicado como o elemento subjetivo do

EXT 1362 / DF

costume internacional, traduz a percepção de que os “Estados devem acreditar eles mesmos que estão a aplicar uma regra obrigatória do direito costumeiro internacional” (Placa Continental do Mar do Norte, Alemanha v. Dinamarca, C.I.J., Reports 1969, p. 44). Relativamente ao alcance desse conceito, a Comissão de Direito Internacional afirmou (A/CN.4/672, p. 54-55):

“The International Court has used a range of different expressions to refer to the subjective element imported by the words “accepted as law” in its Statute. These include a “feeling of legal obligation”; “a belief that [the] practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it ... [a] sense of legal duty”; a “recognition of necessity”; a “conviction of necessity”; “a belief in the respect due to this long-established practice”; “a deliberate intention ... a common awareness reflecting the conviction... as to [a] right”; “the general feeling... regarding the obligatory character of [the practice]”; an “actual consciousness of submitting [] to a legal obligation” or a “consciousness of the binding nature of the rule”; “a conviction that they [the parties] are applying the law”; and “a conviction, a conviction of law, in the minds of [States], to the effect that they have... accepted the practice as a rule of law, the application whereof they will not thereafter be able to evade”. Other courts and tribunals, as well as States, have likewise drawn upon a rich fund of vocabulary in referring to this ‘psychological’/ ‘qualitative’/ ‘immaterial’/ ‘attitudinal’ requirement of customary international law. In general, however, all such references appear to express a common meaning: acceptance by States that their conduct or the conduct of others is in accordance with customary international law. “Belief, acquiescence, tacit recognition, consent have one thing in common – they all express subjective attitude of states either to their own behaviour or to the behaviour of other states in the light of international law”.

The so-called “subjective element” constitutive of customary international law thus refers to the requirement that

the practice in question has “occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of [customary international] law or legal obligation is involved”. While the term *opinio juris* has undoubtedly become established in referring to this element, it is suggested that ‘accepted as law’ may be the better term. The International Court, reflecting the language of its Statute, has employed this language in the Right of Passage case, one of the first cases in which the Court elaborated on the methodology for ascertaining customary international law, when concluding that “in view of all the circumstances of the case, [it was] satisfied that that practice was accepted as law”. Use of this term from the Statute goes a large way towards overcoming the *opinio juris* ‘paradox’ referred to above.”

No mesmo documento, a Comissão elencou alguns atos que poderiam indicar a aceitação da prática (A/CN.4/672, p. 61-67):

“(a) Intergovernmental (diplomatic) correspondence, such as a memorandum from a diplomatic mission to the Minister of Foreign Affairs of the State to which it is accredited, or notes exchanged between governments. Here the language used needs to be carefully analyzed in context to determine whether the State is expressing an opinion as to the existence of a legal rule.

(b) The jurisprudence of national courts clearly embodies a sense of legal obligation. Care must be taken, however, as it “may be difficult to tell … whether this sense of legal obligation derives from international law, from domestic law, or from domestic auto-interpretation of international law”. Only when such judgments apply the rule in question in a way which demonstrates, mostly by way of its reasoning, that it is accepted as required under customary international law, could they be relevant as evidence of ‘acceptance as law’.

(c) The opinions of government legal advisers when they say that something is or is not in accordance with customary international law, and such opinion has been adopted by the

government as legally mandated.

(d) Official publications in fields of international law, such as military manuals or instructions to diplomats.

(e) Internal memoranda by State officials, such as instructions of a Ministry of Foreign Affairs to its diplomats.

(f) Treaties (and their *travaux préparatoires*) may potentially demonstrate the existence of 'acceptance as law' as well, given that "[c]onventions continue to be a very important form for the expression of the juridical conscience of peoples". For present purposes, such juridical consciousness (with regard to the convention as a whole or certain provisions therein) must exist outside the treaty, not just within: for a treaty to serve as evidence of *opinio juris*, States (and international organizations), whether parties or not, must be shown to regard the rule(s) enumerated in the treaty as binding on them as rules of law regardless of the treaty. This may well be the case when a treaty purports to be declaratory of customary international law, explicitly or implicitly:²⁶¹ then "the treaty is clear evidence of the will of States [parties to the treaty], free of the ambiguities and inconsistencies characteristic of the patchwork of evidence of State practice that is normally employed in proving the state of international law". In other words, when States accept (within the treaty or in the negotiations leading up to it or upon or after its adoption) that the treaty or certain provisions in it are declaratory of existing customary international law, this may serve as clear evidence of 'acceptance as law'. Still, "the evidence of the practice of the parties consolidated in the treaty must be weighed in the balance with all other [consistent and inconsistent] evidence of customary international law according to the normal procedure employed in the proof of customary international law", in particular "past practice or declarations of the asserting State[s]". Whether the States concerned have indeed signed and/or ratified the treaty, and the ability of parties to make reservations to articles of the treaty, may also be relevant in assessing the existence of *opinio juris*, yet these considerations

do not necessarily signal a lack of it given that custom and treaty may co-exist independently of one another. In any case, “[w]hether a treaty rule is good evidence of opinio juris for purposes of customary law is essentially a question of fact. One has to look at the statements, claims, and State conduct ...” in order to determine it. Another issue is whether the repetition of a similar or identical provisions in a large number of bilateral treaties, may be of evidence of ‘acceptance as law’. Here too, the provision (and the treaty in which it is incorporated) would need to be analyzed in their context and in the light of the circumstances surrounding their adoption. This is particularly so as “[t]he multiplicity of ... treaties ... is as it were a double-edged weapon”: “the concordance of even a considerable number of treaties *per se* constitutes neither sufficient evidence nor even a sufficient presumption that the international community as a whole considers such treaties as evidence of general customary law. On the contrary, there are quite a few cases where such treaties appear to be evidence of exceptions from general regulations”.

(g) Resolutions of deliberative organs of international organizations, such as the General Assembly and Security Council of the United Nations, and resolutions of international conferences. Opinio juris may be deduced from the attitudes of States *vis-à-vis* such non-binding texts that purport, explicitly or implicitly, to declare the existing law, as may be expressed by both voting (in favour, against or abstaining) on the resolution, by joining a consensus, or by statements made in connection with the resolution. Such deduction is to be done, however, “with all due caution”, as States may, in fact, have various motives when consenting to (or disapproving of) the text of a resolution: indeed, “[s]upport for law-declaring resolutions ... would have to be appraised in the light of the conditions surrounding such action. It is far from clear that voting for a law-declaring resolution is in itself conclusive evidence of a belief that the resolution expresses a legal rule”. As the International Court had observed with regard to UN General

Assembly resolutions, “even if they are not binding, [such resolutions] may sometimes have normative value. They can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an opinio juris. To establish whether this is true of a given General Assembly resolution, it is necessary to look at its content and the conditions of its adoption; it is also necessary to see whether an opinio juris exists as to its normative character”. While an investigation into the language and specific circumstances of adopting a given resolution is indeed indispensable, it may be suggested that in general, where “substantial numbers of negative votes and abstentions” by States are to be found, a generally held opinio juris as to the normative character of the resolution is missing; in other words, such resolution would “fall short of establishing the existence of an opinio juris”. Similarly, a resolution adopted unanimously (or by an overwhelming and representative majority) may be evidence of a generally held legal conviction. In addition, where a State not only refrains from voicing any objections to the adoption of a law-declaring resolution but also takes an active part in bringing that about, ‘acceptance as law’ of its normative content may very well be attributed to it. Finally, “a series of resolutions [containing consistent statements] may show the gradual evolution of the opinio juris required for the establishment of a new rule”; this too, of course, depends on the particular circumstances.”

A doutrina também tem reconhecido ser fundamental a indicação precisa de ambos os parâmetros para a definição do costume. Nesse sentido, confirmam-se:

“A Corte Internacional de Justiça teve oportunidade de exprimir seu entendimento a respeito do costume, ao afirmar ser a base deste a prática reiterada, acompanhada da convicção quanto a ser obrigatória essa prática, em razão da existência de norma jurídica, em que ‘os estados devem ter consciência de se

conformarem ao que equivale a uma obrigação jurídica' no julgamento do caso da Plataforma Continental do Mar do Norte (1969)".

(ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 153).

"O costume tem dois elementos: o material, que é o uso, e o subjetivo, que é geralmente aceito como sendo a 'opinio juris vel necessitatis'".

(MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 292).

"(...) deve-se buscar não somente a *opinio juris* como, também, a prova da prática, para o afloramento como Direito, de um costume internacional. No fundo, se quer buscar uma validação do sentimento de obrigatoriedade de tal costume".

(PEREIRA, Luis Cezar Ramos. *Costume Internacional: Gênese do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 323-324).

Sendo esses os parâmetros pelos quais é possível identificar o costume internacional, cumpre avaliar se são costumeiras, de fato, as normas relativas à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. No que se refere à definição legal de "crimes contra a humanidade", o Estatuto de Roma, promulgado por força do Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002, traz, em seu art. 7º, o seguinte:

"Artigo 7º

Crimes contra a Humanidade

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

a) Homicídio;

- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f) Tortura;
- g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- j) Crime de *apartheid*;
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

2. Para efeitos do parágrafo 1º:

- a) Por "ataque contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política;
- b) O "extermínio" compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;
- c) Por "escravidão" entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que

traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;

d) Por "deportação ou transferência à força de uma população" entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional;

e) Por "tortura" entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas;

f) Por "gravidez à força" entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez;

g) Por "perseguição" entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa;

h) Por "crime de *apartheid*" entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime;

i) Por "desaparecimento forçado de pessoas" entende-se a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de

tempo.

3. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo "gênero" abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado."

Essa definição, como indicou a Comissão de Direito Internacional no relatório produzido pelo Professor Sean D. Murphy, tem origem remota na Cláusula Martens, que, consabido, constava do preâmbulo da Segunda Convenção de Haia sobre as Leis e os Costumes da Guerra Terrestre de 1899, em que se fez referência às "leis da humanidade e aos ditames da consciência pública". Nada obstante, não foram inclusas no Tratado de Versalhes as normas que autorizariam a persecução penal dos líderes envolvidos na Grande Guerra autorizaram apenas a apuração de crimes de guerra.

A narrativa da evolução desse conceito revela, na principal referência histórica sobre o início da proibição de crimes contra a humanidade, contida nas Cartas de Nuremberg e de Tóquio, que havia, inicialmente, uma ligação entre a proibição da guerra e a prática de crimes contra a humanidade. Nesse sentido, o art. 6(c) da Carta do Tribunal Militar Internacional definia crimes contra a humanidade como (tradução livre):

"homicídio, extermínio, escravização, deportação, e outros atos desumanos praticados contra uma população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições de natureza política, racial ou religiosa em execução do ou em conexão com qualquer dos crimes de jurisdição do Tribunal, seja ou não em violação da lei doméstica do país em que o ato foi perpetrado".

Essa definição não foi mantida nos julgamentos conduzidos pelas forças ocupantes, nos termos da Lei n. 10 do Conselho de Controle, cujos termos eram os seguintes (tradução livre):

“atrocidades e ofensas, incluindo, mas não a eles limitado, homicídio, extermínio, escravização, deportação, aprisionamento, tortura, estupro, e outros atos desumanos praticados contra uma população civil, ou perseguições de natureza política, racial ou religiosa, ainda que não seja violação da lei doméstica do país em que o ato foi perpetrado.”

Como se observa da leitura do documento, não havia mais a conexão entre os atos tipificados como crimes contra a humanidade e os crimes de guerra. O Ministério Público Federal consignou, com razão, no parecer constante desta Extradicação, que os princípios da Carta de Nuremberg foram posteriormente confirmados por Resoluções da Assembleia Geral da ONU, como a Resolução 3(I) de 1946, a Resolução 95(I) de 1946 e a Resolução 177 (II) de 1947.

Além de confirmar os princípios das Cartas por meio dessas Resoluções, a Assembleia Geral das Nações Unidas solicitou à Comissão de Direito Internacional que os redigisse novamente com vistas à formulação de um Código Internacional dessas Ofensas. No documento (A/1316 (1950)), o crime foi definido nos seguintes termos:

“Homicídio, extermínio, escravização, deportação e outros ato desumanos praticados contra uma população civil, ou perseguições de natureza política, racial ou religiosa, quando tais atos são praticados ou tais perseguições são realizadas como meio ou em conexão com crimes contra a paz ou qualquer crime de guerra.”

Observe-se que, nos comentários, a Comissão de Direito Internacional acabou por manter a vinculação dos crimes contra a humanidade aos contextos de guerra, embora ressalvasse situações pré-guerra. Mais tarde, porém, na Minuta do Código de Ofensas à Paz e à Segurança da Humanidade de 1954, a Comissão retirou essa ligação (A/2693 (1954)).

Embora o Código fosse visto como um importante passo em direção

à aprovação de um Tribunal Penal Internacional, o projeto foi adiado. Em contrapartida, a Comissão preparou, em 1968, a Convenção sobre a Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e de Crimes contra a Humanidade. Nos termos do art. 1(b) da Convenção, são crimes contra a humanidade aqueles definidos na Carta de Nuremberg que “tenham sido cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz”. A Convenção solicita que os Estados tipifiquem nacionalmente os crimes contra a humanidade e adotem as medidas legais necessárias para afastar limitações legais relativamente à persecução desses crimes. Embora sem a ratificação brasileira, a Convenção contava, até janeiro de 2015, com a adesão de 55 países.

Como já se registrou, nos debates sobre a aprovação dessa Convenção, a República Federativa do Brasil chegou a apontar a impossibilidade de sua aplicação, porquanto a prescrição seria um princípio geral da legislação doméstica. Todavia, para os países que ratificaram a convenção, a justificativa para afastar a prescrição e outras limitações de persecução está ligada à excepcionalidade dos crimes contra a humanidade.

Tal excepcionalidade foi, posteriormente, confirmada nas resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas que criaram os Tribunais Penais para ex-Iugoslávia e Ruanda. Relativamente àquele Tribunal, a emblemática decisão proferida no caso Tadic assentou o seguinte (I.C.T.Y., Case of Prosecutor v. Dusko Tadic. Decision of 2 Outubro 1995, para. 140-141):

“As the Prosecutor observed before the Trial Chamber, the nexus between crimes against humanity and either crimes against peace or war crimes, required by the Nuremberg Charter, was peculiar to the jurisdiction of the Nuremberg Tribunal. Although the nexus requirement in the Nuremberg Charter was carried over to the 1948 General Assembly resolution affirming the Nuremberg principles, there is no logical or legal basis for this requirement and it has been abandoned in subsequent State practice with respect to crimes

against humanity. Most notably, the nexus requirement was eliminated from the definition of crimes against humanity contained in Article II(1)(c) of Control Council Law No. 10 of 20 December 1945. (Control Council Law No. 10, Control Council for Germany, Official Gazette, 31 January 1946, at p. 50.). The obsolescence of the nexus requirement is evidenced by international conventions regarding genocide and apartheid, both of which prohibit particular types of crimes against humanity regardless of any connection to armed conflict. (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948, art. 1, 78 U.N.T.S. 277, Article 1 (providing that genocide, "whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law"); International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, 30 November 1973, 1015 U.N.T.S. 243, arts. 1-2Article . I (1)).

It is by now a settled rule of customary international law that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict. Indeed, as the Prosecutor points out, customary international law may not require a connection between crimes against humanity and any conflict at all. Thus, by requiring that crimes against humanity be committed in either internal or international armed conflict, the Security Council may have defined the crime in Article 5 more narrowly than necessary under customary international law."

Neste ponto, é digno de nota que representante brasileiro no Conselho de Segurança da ONU, manifestou-se nos seguintes termos, quando da aprovação do Estatuto do Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia (S/PV. 3217/ 25 de maio de 1993):

"As notícias sobre violações generalizada do direito internacional humanitário no território da antiga Iugoslávia causaram um choque profundo no Brasil, assim como em outros países. As palavras mais fortes não são fortes o suficiente para expressar a severidade de nossa condenação pelas

atrocidades cometidas no contexto do conflito armado naquela subregião do continente europeu.

(...)

Tais eventos criminosos não podem de nenhuma forma serem tolerados pela comunidade internacional. Um pedido de justiça é feito por cada uma das vítimas dos crimes cometidos no conflito da antiga Iugoslávia e este apelo foi ouvido nesta câmara."

A objeção apresentada pelo Brasil deveu-se menos à criação de um tribunal internacional para julgar os crimes já ocorridos, do que para questionar a atuação do Conselho fundamentada no Capítulo VII da Carta. Seja como for, a experiência desses Tribunais, assim como os trabalhos preparatórios da Comissão de Direito Internacional, contribuíram para que a definição de crimes contra a humanidade mais aceita atualmente, conforme indicado por Sean D. Murphy no Relatório da Comissão (A/CN. 4/680), fosse precisamente a que consta do Estatuto de Roma.

Conquanto a Comissão de Direito Internacional apenas recentemente tenha iniciado estudos para a identificação de normas imperativas de Direito Internacional (A/69/10), diversos atos internacionais reconheceram o caráter cogente (*jus cogens*) das normas que tipificam os crimes contra a humanidade. Assim, a Minuta de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional do Estado (A/56/10, p. 283), relatado pelo Professor James Crawford, afirmou que "normas peremptórias que são claramente aceitas e reconhecidas incluem a proibição de crimes contra a humanidade". No mesmo sentido, o Relatório sobre a Fragmentação do Direito Internacional, relatado pelo Professor Martti Koskenniemi (A/CN. 4/L.682, para. 374), reconheceu que os crimes contra a humanidade são um dos "mais frequentemente citados candidatos ao status de *jus cogens*". A própria Corte Internacional de Justiça (Imunidades Jurisdicionais do Estado, Alemanha v. Itália, Julgamento, C.I.J, Report 2012, p. 99) afirmou que os crimes contra a humanidade "possuem, sem dúvidas, caráter de *jus cogens*".

No sistema interamericano de direitos humanos, a atribuição do caráter de *jus cogens* para os crimes contra a humanidade também é pacífica (Caso Goiburú e outros, par. 84; Caso Chitay Nech e outros, par. 193; e Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, par. 197). Como consequência dessa identificação, as graves violações de direitos humanos, resultante da prática dos crimes contra a humanidade, devem ser investigadas, processadas e punidas (Caso Velásquez Rodríguez, Mérito, pars. 166 e 176).

É do caráter cogente dessa norma que exsurge a afastabilidade das justificativas usualmente apresentadas pelos Estados para deixar de investigar os crimes contra a humanidade. A Corte Interamericana e diversos órgãos da Nações Unidas pronunciaram-se acerca da incompatibilidade das leis que buscavam afastar a punibilidade de graves violações de direitos humanos (Caso Barrios Altos versus Peru. Mérito. Sentença de 14 de março de 2001. Série C Nº 75, par. 41).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu no mesmo sentido, nos casos em que apreciou a compatibilidade com o Direito Internacional das leis promulgadas pela Argentina (CIDH. Relatório nº 28/92, Casos 10.147; 10.181; 10.240; 10.262; 10.309, e 10.311. Argentina, de 2 de outubro de 1992, pars. 40 e 41); Chile (CIDH. Relatório nº 34/96, Casos 11.228; 11.229; 11.231, e 11.282. Chile, 15 de outubro de 1996, par. 70, e CIDH. Relatório nº 36/96. Chile, 15 de outubro de 1996, par. 71); El Salvador (CIDH. Relatório nº 1/99, Caso 10.480. El Salvador, de 27 de janeiro de 1999, pars. 107 e 121); Haiti (CIDH. Relatório nº 8/00, Caso 11.378. Haiti, de 24 de fevereiro de 2000, pars. 35 e 36); e Uruguai (CIDH. Relatório nº 29/92. Casos 10.029, 10.036 e 10.145. Uruguai. 2 de outubro de 1992, pars. 50 e 51).

Esse posicionamento ecoa a diretriz fixada pelo Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que, em seu Comentário Geral 31, orientou os Estados para que assegurem que os culpados de infrações reconhecidas como crimes contra a humanidade sejam julgados e punidos. Recomendou-se, ainda, que os Estados não tentassem eximir os autores do crime da responsabilidade jurídica a eles

imputável (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de maio de 2004, par. 18).

O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, no célebre caso *Furundžija* (I.C.T.Y., Case of Prosecutor v. Furundžija. Judgment of 10 December 1998. Case n^o IT-95-17/1-T, para. 155), ao afastar a alegação de prescrição suscitada pela defesa afirmou que seria despropositado manter a proibição das graves violações de direitos humanos e, ao mesmo tempo, aprovar medidas estatais tendentes a isentar os autores das penas. Também os Sistemas Europeu (E.C.H.R., Case of Abdülsamet Yaman v. Turkey, Judgment of 2 November 2004, Application n^o 32446/96, para. 55) e Africano (A.C.H.P.R., Case of Malawi African Association and Others v. Mauritania, Communication Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 to 196/97 and 210/98, Decision of 11 May 2000, para. 83) reconhecem a inaplicabilidade das limitações do dever de processar e punir.

Na experiência comparada, a prática de outros países também evidencia a aceitação normativa da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. No caso Simón, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina assentou que (Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. Caso Simón, Julio Héctor e outros s/privação ilegítima da liberdade, etc., Causa 17.768, Resolução de 14 de junho de 2005):

“Na medida em que [as anistias] se orientam ao “esquecimento” de graves violações dos direitos humanos, elas se opõem às disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e são, portanto, constitucionalmente intoleráveis.

(...)

A transposição das conclusões da Corte Interamericana em “Barrios Altos” para o caso argentino é imperativa, se é que as decisões do Tribunal internacional mencionado hão de ser interpretadas de boa-fé como diretrizes jurisprudenciais. Por certo, seria possível encontrar diversos argumentos para distingui-los, mas essas distinções seriam puramente anedóticas.

(...)

Na medida em que [as leis de anistia] obstaculizam o

esclarecimento e a efetiva punição de atos contrários aos direitos reconhecidos nos tratados mencionados, impedem o cumprimento do dever de garantia com que se comprometeu o Estado argentino, e são inadmissíveis.

(...)

Do mesmo modo, toda a regulamentação de direito interno que, invocando razões de “pacificação”, disponha a concessão de qualquer forma de anistia que deixe impunes violações graves dos direitos humanos, cometidas pelo regime que a disposição beneficia, é contrária a claras e obrigatórias disposições do Direito Internacional, e deve ser efetivamente suprimida.

(...)

A fim de dar cumprimento aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, a supressão das leis de [anistia] é impostergável, e deverá ocorrer de maneira que não possa delas decorrer obstáculo normativo algum para o julgamento de fatos, como os que constituem o objeto da presente causa. Isto significa que os beneficiários dessas leis não podem invocar nem a proibição de retroatividade da lei penal mais grave, nem a coisa julgada. A sujeição do Estado argentino à jurisdição interamericana impede que o princípio de “irretroatividade” da lei penal seja invocado para descumprir os deveres assumidos, em matéria de persecução de violações graves dos direitos humanos.”

Decisões que reconhecem a validade dos mesmos argumentos também foram proferidas no Chile (Casos Miguel Ángel Sandoval e Lecaros Carrasco), Peru (Caso Santiago Martín Rivas) e Colômbia (Sentença C-578/02). No Uruguai, a Suprema Corte de Justiça, no caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, julgou inconstitucional a Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado com os seguintes argumentos:

“A regulamentação atual dos direitos humanos não se baseia na posição soberana dos Estados, mas na pessoa

enquanto titular, por sua tal condição, dos direitos essenciais que não podem ser desconhecidos, com base no exercício do poder constituinte, nem originário, nem derivado.

Em tal marco, [a lei de anistia] em exame afetou os direitos de numerosas pessoas (concretamente, as vítimas, familiares ou prejudicados pelas violações de direitos humanos mencionadas), que viram frustrado seu direito a um recurso, a uma investigação judicial imparcial e exaustiva, que esclareça os fatos, determine seus responsáveis e imponha as sanções penais correspondentes; a tal ponto que as consequências jurídicas da lei a respeito do direito às garantias judiciais são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos.”

Em todos esses casos, dessume-se uma norma imperativa de Direito Internacional que, de um lado, define os crimes contra a humanidade e, de outro, reconhece não lhes ser aplicável as limitações legais usualmente opostas para impedir a persecução penal.

Desse caráter de *jus cogens*, decorre, portanto, o afastamento do disposto no Artigo III, “c”, do Tratado de Extradicação entre o Brasil e a Argentina, por força do disposto no art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Confira-se:

“Artigo 53

Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito

Internacional Geral (*jus cogens*)

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.”

O Tratado de Extradicação, por sua vez, dispõe que:

“ARTIGO III

Não será concedida a extradição:

(...)

c) quando a ação ou a pena já estiver prescrita, segundo as leis do Estado requerente ou requerido;”

Por essas razões, entendo que não se deve invocar as disposições do Tratado de Extradicação para indeferir o pedido formulado pela República Argentina.

3.2. A adequação do conceito internacional de imprescritibilidade ao Direito brasileiro.

Tampouco poderiam ser acolhidas as razões que afastariam o reconhecimento da imprescritibilidade de graves violações aos direitos humanos à luz do ordenamento jurídico nacional. Isso porque, nos termos do art. 5º, § 2º, da CRFB, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

É preciso reconhecer, neste ponto, tal como apontou o e. Ministro Celso de Mello no RE 349.703, Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Dje 05.06.2009, estar-se diante de um grande desafio:

“Vê-se, daí, considerado esse quadro normativo em que preponderam declarações constitucionais e internacionais de direitos, que o Supremo Tribunal Federal se defronta com um grande desafio, consistente em extrair, dessas mesmas declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o

respeito à alteridade tornarem-se palavras vãs”.

Como forma de arrostar esse desafio, há que se insistir na missão institucional dos poderes públicos e, em especial, do Poder Judiciário de ser instrumento concretizador dos direitos humanos, que são, na ambiência constitucional brasileira, os princípios fundamentais da nova ordem jurídica. Nesse contexto, é preciso acolher a orientação defendida pelo e. Ministro Celso de Mello no RE 349.703 (grifos no original):

“Tenho para mim, desse modo, Senhora Presidente, que uma abordagem hermenêutica fundada em premissas axiológicas que dão significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico - constitucionalmente consagrado (CF , art. 4º, II) – da prevalência dos direitos humanos permitirá , a esta Suprema Corte, rever a sua posição jurisprudencial quanto ao relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos no plano doméstico e infraconstitucional do ordenamento positivo do Estado brasileiro.

Com essa **nova** percepção **do caráter subordinante** dos tratados internacionais **em matéria** de direitos humanos, **dar-se-á** conseqüência e **atribuir-se-á** efetividade ao sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana, **reconhecendo-se** , com essa evolução do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte, **o indiscutível primado** que devem ostentar, **sobre** o direito interno brasileiro, as convenções internacionais de direitos humanos, **ajustando-se** , desse modo, **a visão** deste Tribunal **às concepções** que hoje prevalecem, no cenário internacional - **consideradas** as realidades deste emergentes -, **em torno** da necessidade de amparo e defesa da integridade dos direitos da pessoa humana.

Nesse contexto, e sob essa perspectiva hermenêutica, valorizar-se-á o sistema de proteção aos direitos humanos, **mediante** atribuição, a tais atos de direito internacional público, **de caráter** hierarquicamente superior ao da legislação comum, **em ordem** a outorgar-lhes, **sempre que se cuide** de tratados

internacionais de direitos humanos, **supremacia e precedência em face** de nosso ordenamento doméstico, de natureza meramente legal.”

Essa orientação é mais consentânea com a interpretação do art. 5º, § 2º, da CRFB e encontra respaldo na doutrina e na experiência comparada. No que tange ao alcance do disposto no texto constitucional, este Tribunal reconheceu que não poderia esvaziar de sentido do disposto no art. 5º da Constituição.

Nesse sentido, a solução que prevaleceu na Corte, quando do julgamento do RE 349.703, foi a que apresentou o e. Ministro Gilmar Mendes. A partir da síntese do direito comparado, tal como feita pelo Professor Gérman Bidar Campos, sustentou, na linha do que preveem as constituições da Alemanha (art. 25), da França (art. 55) e Grécia (art. 28), que a solução seria atribuir aos tratados de direitos humanos uma estatura diferenciada, conquanto não constitucional. A supremacia da Constituição, de um lado, e, de outro, a reforma promovida pela Emenda Constitucional 45, não permitiriam simplesmente equacionar os tratados nem com a Constituição, nem com a legislação ordinária. Assim, tratados de direitos humanos teriam hierarquia supralegal. Conforme argumentou o Relator para o Acórdão:

“Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

(...)

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de

ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.”

Para o caso em concreto, a distinção entre as duas teses pode não ter relevantes implicações práticas. Quer constitucional, quer supralegal, não pode o disposto no art. 77. VI, do Estatuto do Estrangeiro ser oposto à obrigação que incumbe ao Estado brasileiro de garantir resposta adequada às graves violações de direitos humanos cometidas nos territórios de outros países. Assim, na esteira da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, integrante do sentido do Pacto de São José da Costa Rica, por força do disposto no art. 31, § 3º, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, não pode a República Federativa do Brasil aplicar causa de extinção de punibilidade aos crimes que, de acordo com a classificação feita pelo Estado requerente da presente extradição e consentânea com o direito internacional, são qualificados como internacionais.

Esses argumentos, trazidos aqui apenas para corroborar a interpretação feita pela Corte Interamericana, permitem compreender o alcance da jurisdição desse órgão internacional, não como sendo hierarquicamente superior a este Tribunal, mas como verdadeira fonte de colaboração para a garantia dos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal, tal como prevista pelo § 2º.

Nesse sentido, solução para os conflitos aparentes entre a aplicação dos tratados internacionais sobre direitos humanos e a legislação interna dos países não precisa envolver, necessariamente, a definição do patamar hierárquico que esses tratados devem ocupar nos ordenamentos nacionais. Esse entendimento parece coadunar-se com as recomendações de órgãos internacionais. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Comentário Geral n. 9, afirma que (E/C. 12/1998/24 (1998)):

“Questions relating to the domestic application of the Covenant must be considered in the light of two principles of international law. The first, as reflected in article 27 of the

Vienna Convention on the Law of Treaties, is that "[A] party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty". In other words, States should modify the domestic legal order as necessary in order to give effect to their treaty obligations. The second principle is reflected in article 8 of the Universal Declaration of Human Rights, according to which "Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law". The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights contains no direct counterpart to article 2, paragraph 3 (b), of the International Covenant on Civil and Political Rights, which obligates States parties to, *inter alia*, "develop the possibilities of judicial remedy". Nevertheless, a State party seeking to justify its failure to provide any domestic legal remedies for violations of economic, social and cultural rights would need to show either that such remedies are not "appropriate means" within the terms of article 2, paragraph 1, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights or that, in view of the other means used, they are unnecessary. It will be difficult to show this and the Committee considers that, in many cases, the other means used could be rendered ineffective if they are not reinforced or complemented by judicial remedies.

(...)

But whatever the preferred methodology, several principles follow from the duty to give effect to the Covenant and must therefore be respected. First, the means of implementation chosen must be adequate to ensure fulfilment of the obligations under the Covenant. The need to ensure justiciability (see para. 10 below) is relevant when determining the best way to give domestic legal effect to the Covenant rights. Second, account should be taken of the means which have proved to be most effective in the country concerned in ensuring the protection of other human rights. Where the means used to give effect to the Covenant on Economic, Social

and Cultural Rights differ significantly from those used in relation to other human rights treaties, there should be a compelling justification for this, taking account of the fact that the formulations used in the Covenant are, to a considerable extent, comparable to those used in treaties dealing with civil and political rights.

Third, while the Covenant does not formally oblige States to incorporate its provisions in domestic law, such an approach is desirable. Direct incorporation avoids problems that might arise in the translation of treaty obligations into national law, and provides a basis for the direct invocation of the Covenant rights by individuals in national courts. For these reasons, the Committee strongly encourages formal adoption or incorporation of the Covenant in national law."

Na mesma direção, a Comissão Europeia pela Democracia por meio do Direito (Comissão de Veneza), no seu relatório sobre a implementação dos tratados de direitos humanos pelos tribunais dos Estados, afirmou que (CDL-AD(2014)036):

"112. Implementation of international human rights treaties is a task for all national authorities. In most systems, it is the role of the legislator, or of the executive, as the case may be, to implement the State's international legal obligations correctly and in time by adopting the required legislation or amending existing legislation and by taking the required action, respectively. This is particularly the case where an international obligation requires major structural reforms. However, domestic courts also have an important role to play, notably in adjudicating individual cases and in co-operating with the other national authorities in fulfilling their international obligations.

113. The Venice Commission considers that courts are key actors in ensuring the protection of fundamental rights and freedoms by making a dynamic use of the powers left to them by international human rights treaties and by exercising the

review of the compatibility of domestic legislation with these treaties. Domestic courts might be confronted with cases involving a conflict between domestic law and an international human rights treaty. In some cases, they will be able to settle these conflicts by interpreting domestic legislation in such a way as to bring it into conformity with the provision of international law (the so-called 'harmonising interpretation'). They may do so on the presumption that the legislator or the executive intended to implement the State's relevant international legal obligation correctly. In other cases, domestic courts should decide to settle the conflict by not applying the domestic legal act or by favouring the provision which is the most favourable to the protection of human rights.

114. The tools domestic courts have at their disposal to implement international human rights treaties come both from the domestic and from the international arena. International treaties supplement domestic law, offering additional legal sources that may be interpreted and applied by domestic courts. Their implementation can no longer be explained purely on the basis of hierarchical relations; both legal orders (international and domestic) pursue the same goal (implementation of human rights) and mutually complement each other. The lack of a clear reply to the issue of the hierarchy of norms implies the need to search for solutions to possible conflicts of domestic and international norms. There are also tensions between the case-law of domestic courts in the domestic arena and the case-law of international human rights courts on the same topic. International courts such as the European and the Inter-American Convention also have a crucial role to play in the implementation of international human rights treaties. The two regional courts conduct a review of the compatibility of the domestic law and the respective Conventions, and this review goes often hand in hand with the review of conventionality and of constitutionality performed by many domestic courts.

115. In the face of non-compliance of the other State

authorities, it is the proper role of courts to guarantee the enjoyment of international human rights, which is particularly visible when they apply the ECHR, the ACHR and the ICCPR. This role may affect the separation of powers or functions within the state. It might be seen as if courts, setting aside national legislation and acts of the administration in order to protect rights included in an international treaty, assume competences which traditionally belong to the legislator as the State organ which enjoys the strongest democratic legitimacy, or to the government. In practice however, it cannot be excluded that courts give rulings even of a quasi-legislative nature, to counter structural non-compliance with human rights norms by the other state powers. Of course courts should be careful to keep within the limits of their competences, as they draw their legitimacy from constitutions, taking into account that their decisions may have far-reaching and sometimes unforeseen consequences. Such a last resort involvement of the courts is appropriate, because under domestic law, the judiciary is the ultimate guarantor of fundamental rights."

Também a doutrina internacional tem apontado para essa direção (ALSTON, Philip. GOODMAN, Ryan. *International Human Rights*. Oxford: OUP, 2012, p. 1060-1061, tradução livre):

"Cortes de várias nações empregam o cânones de construção que favorece a interpretação do direito interno como sendo consistente com o direito internacional – seja ele estabelecido por tratados ou por obrigações costumeiras de direito internacional. (...) Ele é mais comumente invocado na interpretação de leis internas.

(...)

Uma questão recorrente concerne ao critério necessário para fazer incidir a aplicação da presunção [de compatibilidade]. Há um acordo geral que as cortes podem aplicar a presunção em casos em que a lei é falsamente ambígua. A Corte Suprema do Canadá foi além, estabelecendo

que ‘é razoável fazer referência a um acordo internacional na primeira oportunidade que se tem para determinar se há qualquer ambiguidade, ainda que latente, na legislação local’. O Ministro Kirby defendeu uma postura similar na Austrália.”

Como assentou o Ministro Celso de Mello, no RE 349.703, a doutrina nacional tem indicado que a harmonização deve ser feita pela hierarquização, atribuindo-se aos tratados o status normativo constitucional. Adotam esse entendimento, entre outros, os Professores Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Celso Lafer, Valério Mazzuoli e André de Carvalho Ramos. Este último chega a descrever o esforço de harmonização como um verdadeiro “diálogo das cortes” (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 409-410):

“Esse “Diálogo das Cortes” deve ser realizado internamente, para impedir violações de direitos humanos oriundas de interpretações nacionais equivocadas dos tratados. Para evitar que o “Diálogo das Cortes” seja mera peça de retórica judicial, há que se levar em consideração os seguintes parâmetros na análise de uma decisão judicial nacional, para que se determine a existência de um “Diálogo” efetivo:

- 1) a menção à existência de dispositivos internacionais convencionais ou extra-convencionais de direitos humanos vinculantes ao Brasil sobre o tema;
- 2) a menção à existência de caso internacional contra o Brasil sobre o objeto da lide e as consequências disso reconhecidas pelo Tribunal;
- 3) a menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais de direitos humanos aptos a emitir decisões vinculantes ao Brasil;
- 4) o peso dado aos dispositivos de direitos humanos e à jurisprudência internacional.”

Essa interpretação é, de fato, relevante porque induz o intérprete a

compatibilizar os direitos ali estabelecidos.

Sob essa perspectiva, forçoso reconhecer que a exigência constante do art. 77, VI, do Estatuto do Estrangeiro, quer porque não se compatibiliza com o ordenamento constitucional quando o extraditando responder por crime contra a humanidade, quer porque, nos termos do art. 27 da Convenção de Viena, não pode o Estado invocar limitações do direito interno para deixar de adimplir com obrigações internacionais, deve, *in casu*, acolher a regra de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Noutras palavras, a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é compatível com o regime e os princípios adotados pela Constituição Federal (art. 5º, § 2º, CRFB) e, por essa razão, são incompatíveis com a disposição constante do Estatuto do Estrangeiro, no que condiciona a extradição à ausência de prescrição.

Cumpre registrar, finalmente, o argumento trazido lateralmente pelo e. Ministro Marco Aurélio, quando do julgamento da Extradição 974, já referida neste voto:

“Em última análise, o Supremo está a enfrentar, neste caso, na via indireta, é certo, a problemática alusiva a tema que, há pouco, esteve em voga – o alcance da anistia. Se deferida esta extradição, assentar-se-á a viabilidade de persecução criminal, de responsabilidade administrativa e civil, no tocante a fatos cobertos pela anistia e, então, esvaziada na essência será esta última, não mais implicando a suplantação de quadra indesejada. Feridas das mais sérias, consideradas repercussões de toda ordem, poderão vir a ser abertas. Isso não interessa ao coletivo. Isso não interessa à sociedade presentes valores maiores. Isso resultará em retrocesso dos mais nefastos.

Anistia é o apagamento do passado em termos de glosa e responsabilidade de quem haja claudicado na arte de proceder. Anistia é definitiva virada de página, perdão em sentido maior, desapego a paixões que nem sempre contribuem para o almejado avanço cultural. Anistia é abrangente de amor, sempre calcado na busca do convívio pacífico dos cidadãos.

Eis o que se faz em jogo neste julgamento. Deferida a

extradição, abertas estarão, por coerência, as portas às mais diversas controvérsias quanto ao salutar instituto da anistia. Grassará o conflito sem limites”.

Com a mais respeitosa vénia, em que pesem os argumentos apresentados por Sua Excelência, tal consequência não decorre do que aqui se afirma. Isso porque a própria Corte, naquele julgamento, reconheceu o *distinguishing* relativamente ao entendimento fixado na extradição e o que viria a posteriormente ser o que prevaleceu na ADPF 153. Ademais, não se deve imaginar que os efeitos da lei nacional possam ter uma aplicação extraterritorial. Constitui um truísmo do direito internacional o reconhecimento da limitada eficácia do direito nacional aos limites de seu território. Seria, portanto, nitidamente atentatório ao princípio da igualdade entre os Estados e da não intervenção que os efeitos da anistia concedida no Brasil pudessem atingir as ofensas aos bens jurídicos que a lei brasileira não pode dispor, ante os estritos limites da extraterritorialidade prevista no art. 7º do Código Penal. Não está em questão, nesta Extradicação, o conceito sobre anistia esposado pelo e. Ministro Marco Aurélio, nem está em pauta o que já foi decidido em outro feito, de controle concentrado. Aqui, o alcance é outro.

Em síntese, a qualificação de lesa-humanidade atribuída pela lei argentina é consentânea com o direito internacional naquilo em que também vincula o Estado brasileiro. Por essa razão, deve-se reconhecer como preenchido o requisito da dupla punibilidade.

4. O requisito da competência.

Suplantado o requisito da prescrição, caberia ainda investigar se haveria obrigação do Estado brasileiro de promover a extradição. A resposta é desenganadamente afirmativa. Como adverte M. Cherif Bassiouni (*Internacional Criminal Law*. 3ª ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 173, tradução livre):

“As implicações do *jus cogens* são aquela de uma obrigação

e não de direitos opcionais, caso contrário *jus cogens* não seriam normas peremptórias de direito internacional. Consequentemente, eles são inderrogáveis em tempos de guerra e em tempos de paz. As implicações do reconhecimento de certos crimes internacionais como parte do *jus cogens* trazem o dever de processar ou extraditar, a imprescritibilidade, a universalidade de jurisdição desses crimes, independentemente do local em que tenham sido cometidos, de quem os tenha praticado (inclusive de chefes de Estado). Acima de tudo, a caracterização de certos crimes como normas de *jus cogens* impõe aos Estados uma obrigação *erga omnes* de não garantir a impunidade dos violadores dessas normas.”

O entendimento então esboçado pelo Professor Bassiouni reflete o princípio já acolhido na Minuta de Código de Crimes contra a Paz da Humanidade de 1996, acolhido pela Resolução A/RES/51/160 da Assembleia Geral da ONU. No art. 9 da Minuta, há a descrição do conteúdo da obrigação que incumbe aos países quando se confrontam com crimes contra a humanidade:

“Artigo 9. Obrigação de extraditar ou processar

Sem prejuízo à jurisdição de um tribunal penal internacional, o Estado Parte no qual um indivíduo acusado de cometer um crime previsto no artigo 17 [genocídio], 18 [crimes contra a humanidade] ou 20 [crimes de guerra] é encontrado deve extraditar ou perseguir esse indivíduo.”

Nos comentários desse artigo, a Comissão ressalta que essa obrigação incumbe ao Estado que mantém sob custódia um indivíduo acusado da prática de um crime internacional, mas o julgamento pode ocorrer onde há elementos probatórios mais robustos, mas inexiste uma obrigatoriedade nesse sentido. A solução para casos tais recai sobre a discricionariedade do Estado.

Seria, então, possível invocar que a presente extradição não deveria ocorrer, tendo em vista que a jurisdição brasileira teria competência para

julgar o caso, nos termos do art. 77, III, do Estatuto do Estrangeiro. Tal solução, entretanto, não poderia ser admitida. Sendo regra de competência fixada internacionalmente, é nos seus termos que sua extensão deve ser limitada. Nesse sentido, embora os comentários façam referência à discricionariedade do Estado, pondera que extradição pode ocorrer para o local que reunir melhores condições para a iniciativa probatória. É esta, com efeito, a melhor solução para o presente caso. Assim, nos termos do art. 78, I, da Lei 6.815 e do art. 3º do Tratado de Extradição, assim como dos artigos 19 e 23 do Código Argentino de Procedimentos em Matéria Penal, a República da Argentina é competente para julgar o delito.

Não restam dúvidas, portanto, quanto ao preenchimento dos requisitos relativos à competência jurisdicional brasileira.

5. O requisito da ausência de crime político.

No que tange à alegação relativa à extradição por crime político, tal como sustentada pela defesa, o argumento não procede. Este Tribunal, no entanto, ao apreciar essa alegação em relação a fatos semelhantes aos dos autos acolheu os argumentos apresentados pela e. Ministra Cármem Lúcia na Ext 1.150, nos seguintes termos:

“Apesar das alegações apresentadas pela defesa, os fatos pelos quais o Extraditando está sendo processado não constituem crimes políticos e militares, mas crimes comuns, afastada, portanto, a aplicação do inc. VII do art. 77 da Lei n. 6.815/80 ao presente caso.

O art. 3º, §§ 2º, 3º e 4º, do Tratado de Extradição entre o Brasil e a Argentina, assinado em 15.11.1961, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 85, de 29.9.1964, e promulgado pelo Decreto n. 62.979, de 11.7.1968, estabelece que *a) [a] alegação do fim ou motivo político não impedirá a extradição se o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum ; b) [n] este caso, a concessão da extradição ficará condicionada à promessa, feita pelo*

Estado requerente, de que o fim ou motivo político não concorrerá para a pena ; e c) [p] ara efeitos deste Tratado, considerar-se-ão delitos puramente militares as infrações penais que encerrem atos ou fatos estranhos ao direito penal comum e que derivem, unicamente, de uma legislação especial aplicável aos militares e tendente a manutenção da ordem e da disciplina nas Forças Armadas .

No mesmo sentido, os arts. 5º e 6º do Tratado de Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul e as Repúblicas da Bolívia e do Chile, assinado em 10.12.1998, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 605, de 11.12.2003, e promulgado pelo Decreto n. 5.867, de 3.8.2006, *verbis* :

ARTIGO 5

Dos Delitos Políticos

1. *Não se concederá a extradição por delitos que o Estado Parte requerido considere serem políticos ou relacionados a outros delitos de natureza política. A mera alegação de um fim ou motivo político não implicará que o delito deva necessariamente ser qualificado como tal .*

2. *Para os fins do presente Acordo, não serão considerados delitos políticos, em nenhuma circunstância:*

(...)

c) atos de natureza terrorista que, a título exemplificativo, impliquem algumas das seguintes condutas:

(...)

ii) tomada de reféns ou seqüestro de pessoas ;

iii) atentado contra pessoas envolvendo o uso de , granadas, rojões, minas, armas de fogo , cartas ou pacotes contendo explosivos ou outros dispositivos capazes de causar perigo comum ou comoção pública;

(...)

v) em geral, qualquer ato não compreendido nos itens anteriores, cometido com o propósito de atemorizar uma população, classes ou setores da mesma, de atentar contra a economia de um país, seu patrimônio cultural ou ecológico, ou de realizar represálias de caráter político, racial ou religioso;

(...)

ARTIGO 6

Dos Delitos Militares

Não se concederá a extradição por delitos de natureza exclusivamente militar (...) (grifos nossos).

Revela-se, pois, inconsistente a alegação do Extraditando de estar-se diante de situação configuradora de crime político ou militar.”

Ademais, é preciso não olvidar que a presente extradição se fundamenta na prática, em tese, de crime contra a humanidade, o que, na atuação internacional brasileira, não tem sido admitido como crime político. Nesse sentido, o artigo 5 do Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul (Decreto 4.975/2004):

“ARTIGO 5

Dos Delitos Políticos

1. Não se concederá a extradição por delitos que o Estado Parte requerido considere serem políticos ou relacionados a outros delitos de natureza política. A mera alegação de um fim ou motivo político não implicará que o delito deva necessariamente ser qualificado como tal.

2. Para os fins do presente Acordo, não serão considerados delitos políticos, em nenhuma circunstância:

a) atentar contra a vida ou causar a morte de um Chefe de Estado ou de Governo ou de outras autoridades nacionais ou locais ou de seus familiares;

b) genocídio, crimes de guerra ou delitos contra a humanidade, em violação às normas do Direito Internacional;

c) atos de natureza terrorista que, a título exemplificativo, impliquem algumas das seguintes condutas:

i) atentado contra a vida, a integridade física ou a liberdade de pessoas que tenham direito à proteção internacional, aí incluídos os agentes diplomáticos;

ii) tomada de reféns ou seqüestro de pessoas;

- iii) atentado contra pessoas ou bens envolvendo o uso de bombas, granadas, rojões, minas, armas de fogo, cartas ou pacotes contendo explosivos ou outros dispositivos capazes de causar perigo comum ou comoção pública;
- iv) atos de captura ilícita de embarcações ou aeronaves;
- v) em geral, qualquer ato não compreendido nos itens anteriores, cometido com o propósito de atemorizar uma população, classes ou setores da mesma, de atentar contra a economia de um país, seu patrimônio cultural ou ecológico, ou de realizar represálias de caráter político, racial ou religioso;
- vi) a tentativa de qualquer dos delitos previstos neste Artigo.”

Por essas razões, é improcedente a qualificação como político do delito em tela.

6. Os demais requisitos.

É preciso assentar, ainda, que o extraditando não é brasileiro (art. 5º, LI, da CRFB), nem responde, pelo que se tem dos autos, a processo no Brasil pelo mesmo fato (art. 77, V, do Estatuto do Estrangeiro e artigo III, “b”, do Tratado de Extradição). Tampouco há sentença neste país que o tenha condenada pelas mesmas razões, nem se pode afirmar, que pela normalidade democrática vivida pelo Estado requerente, venha a ser o extraditando submetido a julgamento perante Tribunal ou Juízo de Exceção (art. 77, VIII, do Estatuto do Estrangeiro e artigo III, “e”, do Tratado de Extradição).

7. Os indícios de materialidade e autoria e a competência do juízo extradicional.

Finalmente, quanto à tese de elementos insuficientes de real participação do extraditando, há que se recordar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não autoriza que o mérito da pretensão

deduzida pelo Estado requerente ou mesmo o contexto probatório em que se insere a pretensão extradicional seja aqui examinada (Ext 669, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29.3.1996; Ext 866, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 13.2.2004; Ext 897, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.2.2005).

8. Síntese do voto.

Em conclusão, tendo vista que o Estado brasileiro não deve invocar limitações do direito interno para deixar de atender a este pedido de extradição e que estão presentes os demais requisitos autorizadores para a extradição, é possível deferi-la nos termos em que requerida pelo Estado argentino.

Pelo exposto, voto no sentido de reconhecer presentes os requisitos para autorizar o deferir integral do pedido de extradição formulado pela República Argentina. A extradição fica condicionada à detração do tempo de prisão a que ele se submeteu no Brasil, assim como à impossibilidade de cominação de prisão perpétua, devendo o Estado solicitante observar, quanto à privação de liberdade, o prazo máximo de trinta anos atribuído a cada crime.

Informo, para fins de detração, que o Extraditando esteve preso no Brasil, preventivamente, em razão do pedido de extradição, desde 02.07.2014.

É como voto.