

09/11/2016

PLENÁRIO

**EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. EDSON FACHIN</b>
<b>REDATOR DO ACÓRDÃO</b>	<b>: MIN. TEORI ZAVASCKI</b>
<b>REQTE.(S)</b>	<b>: GOVERNO DA ARGENTINA</b>
<b>EXTDO.(A/S)</b>	<b>: SALVADOR SICILIANO</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: DANIEL MOURAD MAJZOUN</b>

EMENTA: EXTRADIÇÃO REQUERIDA PELA REPÚBLICA ARGENTINA. DELITOS QUALIFICADOS PELO ESTADO REQUERENTE COMO DE LESA-HUMANIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SOB A PERSPECTIVA DA LEI PENAL BRASILEIRA. NÃO ATENDIMENTO AO REQUISITO DA DUPLA PUNIBILIDADE (ART. 77, VI, DA LEI 6.815/1980 E ART. III, C, DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO). INDEFERIMENTO DO PEDIDO.

1. Conforme pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *“a satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional”* (Ext 683, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Dje de 21.11.2008). Nessa linha, tanto o Estatuto do Estrangeiro (art. 77, VI), quanto o próprio tratado de extradição firmado entre o Brasil e o Estado requerente (art. III, c), vedam categoricamente a extradição quando extinta a punibilidade pela prescrição, à luz do ordenamento jurídico brasileiro ou do Estado requerente.

2. O Estado requerente imputa ao extraditando a prática de delito equivalente ao de associação criminosa (art. 288 do Código Penal), durante os anos de 1973 a 1975, e, no ano de 1974, de crimes equivalentes aos de sequestro qualificado (art. 148, § 2º, do Código Penal) e de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, do Código Penal). Evidentemente, todos esses delitos encontram-se prescritos, porquanto, desde sua consumação, transcorreu tempo muito superior ao prazo prescricional máximo previsto no Código Penal, equivalente a 20 (vinte) anos (art. 109, I). Não consta dos autos, ademais, que se tenha configurado qualquer das

**EXT 1362 / DF**

causas interruptivas da prescrição.

3. A circunstância de o Estado requerente ter qualificado os delitos imputados ao extraditando como de lesa-humanidade não afasta a sua prescrição, porquanto (a) o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem aderiu a ela; e (b) apenas lei interna pode dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão estatal de punir (cf. ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, voto do Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Dje de 6.8.2010).

4. O indeferimento da extradição com base nesses fundamentos não ofende o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Decreto 7.030/2009), uma vez que não se trata, no presente caso, de invocação de limitações de direito interno para justificar o inadimplemento do tratado de extradição firmado entre o Brasil e a Argentina, mas sim de simples incidência de limitação veiculada pelo próprio tratado, o qual veda a concessão da extradição “*quando a ação ou a pena já estiver prescrita, segundo as leis do Estado requerente ou requerido*” (art. III, c).

5. Pedido de extradição indeferido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra CÁRMEN LÚCIA, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por maioria, em indeferir o pedido de extradição, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Cármem Lúcia e Rosa Weber, que reajustou seu voto. Determinada a expedição de alvará de soltura em favor do extraditando, se por *al* não estiver preso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Teori Zavascki, em missão oficial para participarem do Programa de Eleições dos Estados Unidos (USEP) e da 7ª Conferência da Organização Global de Eleições (GEO-7), em Washington, Estados Unidos, e o Ministro Dias Toffoli, acompanhando as eleições norte-

**EXT 1362 / DF**

americanas a convite da *International Foundation for Electoral Systems* (IFES).

Brasília, 9 de novembro de 2016.

Ministro TEORI ZAVASCKI  
Redator para Acórdão

**06/10/2016****PLENÁRIO****EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Presidente, em primeiro lugar, eu gostaria de cumprimentar o eminente Ministro Luiz Edson Fachin por um voto instigante e precioso, tanto na sua versão mais alongada, que é um minicurso de Direito Internacional Público e de Direito Internacional dos Direitos Humanos, como nesta conveniente versão resumida.

Presidente, eu me sinto na obrigação pessoal de fazer uma distinção aqui deste caso com o caso Cesare Battisti, porque, no caso Cesare Battisti, em que eu fui advogado, o Estado Brasileiro e o Governo Brasileiro haviam concedido refúgio a ele. Assim, muda completamente a caracterização da hipótese. E concedeu refúgio sob o fundamento plausível de ausência de devido processo legal, porque ele, que integrava um grupo da esquerda armada, o grupo foi desbaratado, foram todos levados a julgamento, e o Cesare foi absolvido do crime de homicídio num primeiro julgamento, e outras pessoas foram condenadas. Ele, então, obtém asilo político na Itália, e as pessoas que haviam sido condenadas se tornam arrependidas e acusam-no de ter praticado os três homicídios. E, aí, ele é levado a um segundo...

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Parece-me que, Ministro, ele obtém na França, não é?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Na França, asilo político do Governo Mitterrand.

Aí, ele é levado a um segundo julgamento e é condenado pelos três homicídios, e os três arrependidos, que haviam sido condenados previamente, são libertados.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Isso é que é delação premiada mesmo, não é?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - O quadro convulsionado daquela ocasião e outros elementos levaram o Estado

**EXT 1362 / DF**

Brasileiro a conceder refúgio por uma dúvida fundada quanto ao devido processo legal e, mais ainda, quanto a autoria dos delitos.

Aqui, a hipótese é diferente. Aqui não houve concessão de refúgio e, também diferentemente do caso Cesare Battisti, a própria Argentina alega o cometimento de crime contra a humanidade, de crime de lesa-humanidade. Portanto, considero, para mim pessoalmente, moralmente relevante estabelecer esse *distinguishing*, porque são hipóteses diferentes, respeitando, evidentemente, a posição que outros colegas tenham tomado em relação ao caso do Cesare Battisti.

Aqui, Presidente, eu acho que a questão central, como bem destacou o eminente Relator, é o tema da dupla punibilidade: saber se ocorreu ou não a prescrição, e se seria ou não aplicável a lei brasileira. E penso que o voto do eminente Relator demonstra à saciedade, a meu ver, que, nesta hipótese concreta, não é possível aplicar a lei brasileira relacionada à prescrição pelo fato de que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, em norma cogente, *jus cogens*, considera imprescritível essa questão. E, se não considerasse, eu seguiria a interpretação alternativa suscitada pela Procuradoria-Geral da República de que seria imprescritível pelo art. 5º, inciso XLIV, da Constituição, que diz:

"Art. 5º - ...

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;"

Portanto, o extraditando era acusado de integrar um grupo parapolicial ou paramilitar que praticava sequestros e homicídios.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Ministro Barroso só uma pequena observação.

Essa tese subsidiária da Procuradoria-Geral da República, da aplicação da Constituição de 88 a fatos pretéritos, não teria, assim, um colorido de retroação da lei penal mais gravosa?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Eu até tenderia a achar, Ministro Fux, que se se considerar crime contra a

**EXT 1362 / DF**

humanidade, eu imaginaria que essa é uma norma declaratória,, quer dizer, um pouco a situação que se teve no julgamento de Nuremberg, por exemplo. Muitas daquelas condutas não eram, em rigor, tipificadas, e esta era uma das alegações dos acusados. Porém a gravidade daqueles delitos contra a humanidade - assim se entendeu naquela época - prescindia de tipificação prévia.

Mas eu devo dizer que estou convencido do argumento de que o *jus cogens* do Direito Internacional. E acho que o *jus cogens*, na verdade, basta que seja um direito costumeiro, nem precisaria está materializado em um tratado específico esta questão da imprescritibilidade.

Porém, há uma outra distinção que o eminente Relator faz que eu considero muito importante para o caso brasileiro: a ausência de anistia válida concedida na Argentina, o que faz com que não esteja em questão aqui uma outra demanda - essa sob a Relatoria do Ministro Luiz Fux -, em que eu acho que as variáveis são outras. Na vida, Presidente, existem missões de paz e existem missões de Justiça; as duas são legítimas, portanto, é uma questão de saber quem deve fazer a escolha da missão de paz ou da missão de Justiça. Mas o fato é que, na Argentina, não houve essa anistia.

De modo que eu acho que a solução adequada para este caso é a que está sendo proposta pelo eminente Relator.

Eu tenho muito medo - e qualquer Juiz deve ter na vida - de ser, eventualmente, influenciado por algum tipo de convicção política ou ideológica quando faço um julgamento. E, portanto, eu fiz um teste íntimo, que foi imaginar: se a hipótese tivesse se passado na Alemanha Oriental Comunista, e um grupo parapolicial, em defesa de uma política de Estado, praticasse atos análogos aos que foram praticados por esta organização Triple A, se eu teria alguma hesitação em considerar crime e em autorizar a extradição. E não fiquei com nenhuma dúvida íntima de que, também neste caso, eu autorizaria a extradição.

Portanto, acho que, sem nenhum resquício ideológico, é possível afirmar que o cometimento de crimes dessa gravidade em nome do Estado constitui crime contra a humanidade.

**EXT 1362 / DF**

Às vezes, pode não ser muito fácil a distinção entre crime contra a humanidade e crimes políticos. Acho que o Relator faz um esforço. E aqui, invocando a jurisprudência do Supremo, eu acho que um sintoma, pelo menos, nessa distinção, é que os atos praticados pelo Estado, em nome do Estado ou incentivado pelo Estado têm uma gravidade diversa dos crimes praticados por grupos que eventualmente se insurjam contra o poder ilegítimo no Estado.

Dessa forma, sem querer me alongar, e mais uma vez elogiando o voto do eminente Relator, que tratou com muita delicadeza e competência técnica uma questão complexa, eu estou acompanhando Sua Excelência.

06/10/2016

PLENÁRIO

**EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL**

**VISTA**

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Senhora Presidente, esta realmente é uma questão delicada. Antes de votar, gostaria de alguns esclarecimentos.

O Ministro-Relator parte da premissa - e parece-me que a premissa essencial do seu voto está resumida na parte final do item 3 - de que:

O Estado brasileiro não deve invocar limitações de Direito interno para deixar de atender ao pedido de extradição.

Essa limitação de Direito interno, no caso, seria a prescrição?

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Sim.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Ela estaria retroagindo, a Constituição de 88, a fatos ocorridos na Década de 70.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Não, mas a tese.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

A imprescritibilidade prevista na Constituição de 88 a fatos pretéritos.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Não, mas o que o Relator está dizendo é que, do ponto de vista do Direito brasileiro, o crime está prescrito.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Está prescrito.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Mas que há uma norma internacional, de caráter cogente - o Ministro Barroso acabou de reafirmar -, que estabeleceria uma regra de imprescritibilidade.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Que é o Estatuto de Roma.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Eu tenho dúvida sobre isto: ou há norma de direito internacional, que é cogente e,



**EXT 1362 / DF**

portanto, ela revoga a norma nacional, ou, pelo menos, paralisa a eficácia e, portanto, não há limitação na Lei nacional; ou há limitação na Lei nacional e, no meu entender, nós teríamos que observar essa limitação. Essa é a minha dúvida. Quer dizer, Vossa Excelência está dizendo que, do ponto de vista do Direito interno, mesmo que haja uma norma cogente internacional, ela não paralisa nem revoga o Direito interno pela prescritibilidade.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - O requisito anterior, Ministro Teori, é que, pela legislação da Argentina, e, portanto, pela ordem jurídica do Estado requerente, os delitos são reputados imprescritíveis.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Certo.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - E, portanto, aquilo que está, segundo a ordem jurídica do Estado requerido, que é o Brasil, prescrito, considerando que, pelo Estado requerente, não há prescrição, e essa ausência de prescrição no Estado requerente é consentânea com a imprescritibilidade de Direito Internacional, que tentei demonstrar que não só é norma costumeira, mas é *jus cogens*, essas duas ...

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Mas por que ela é *jus cogens* e não é *jus cogens* para o Direito interno.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Mas o que há no Direito interno, nós, obviamente - eu não estava na Corte -, mas esta Corte, de algum modo, apreciou, sob certa medida, a legislação e emitiu um dado pronunciamento, que diz respeito a um período importante da vida nacional. E isso não está aqui em questão. Portanto, este é um ...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Só um aparte neste debate, Ministro Teori.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - É a questão da anistia. Eu estou me referindo não à anistia. Acho que, se fosse o problema da anistia, Vossa Excelência ...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Não, não é a Lei da anistia

**EXT 1362 / DF**

também.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - O que, para mim, gera uma profunda dúvida é dizer que nós temos uma norma de Direito internacional de caráter cogente, mas que ela não é cogente para o Brasil, para o Direito interno. Se nós temos uma norma de caráter internacional cogente, ela é cogente para as pessoas de todas as nações, ou, pelo menos, para o Brasil, será cogente.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Não, mas o problema a que eu estou a me referir é o Estatuto do Estrangeiro. Eu estou aplicando o afastamento da prescrição ao Estatuto do Estrangeiro e a um estrangeiro. Não posso aplicar o Estatuto do Estrangeiro à Lei brasileira.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Ministro Fachin, permita-me.

A preocupação do Ministro Teori, e eu acho que ela envolve uma complexidade, mas, na verdade, o Estatuto do Estrangeiro tem uma norma genérica. E eu acho que a norma que o Ministro Fachin aplica, que é a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade, seria específica em relação à norma genérica, porém, mais do que isso. Se houvesse uma contradição insuperável, eu acho que o caráter supralegal da norma internacional paralisaria a incidência, neste caso concreto, do Estatuto do Estrangeiro.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - É isso que tem que dizer, se for o caso.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - É, penso que sim.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Porque ou ela é cogente, então, paralisa ou revoga a norma interna - seria imprescritível também...

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Acho que não revoga porque a norma brasileira é genérica, quer dizer, ela não incide nesta hipótese.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Mas o problema não

**EXT 1362 / DF**

é a ...

No meu entender, a questão não está no Estatuto do Estrangeiro. A questão é saber se o crime está prescrito ou não está prescrito no Brasil, seja por força da legislação brasileira, seja por força de uma norma internacional internalizada no Direito brasileiro, e, portanto, paralisa a eficácia ou revoga a Lei brasileira.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Que foi objeto das duas extradições: uma Vossa Excelência ficou para Redator, e a 1.150, que foi citada, que, na parte que não estava prescrita, nós demos.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Mas é uma convenção que o Brasil não ratificou.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Que o Brasil não ratificou.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Pois é, Vossa Excelência também.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Quer dizer, essa matéria, e especificamente em relação à Argentina, como Estado requerente foi apreciada aqui, exatamente em três ocasiões. Ministro Ricardo Lewandowski ficou Redator para um acórdão, no qual se distinguiu aquilo que estava prescrito daquilo que era continuado, crimes continuados, ou que não estavam prescritos. E o deferimento da extradição naqueles três casos se deu exatamente considerando que não havia, portanto, a paralisação. Até porque, a citação, por exemplo, do Estatuto de Roma, que foi citado, o Brasil é signatário, entrando em vigor em 2002. E aqui nós estamos falando de um período pretérito. É ali que, no artigo 29, está prevista a imprescritibilidade.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Em 2009.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Mas a análise do Plenário foi exatamente nessa situação.

E, depois, em 2012, houve uma outra extradição relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, no mesmo sentido. Então, eu acho o que argui o Ministro Teori é exatamente considerando esse quadro jurisprudencial - porque são três precedentes -, a análise feita por este Plenário, o que

**EXT 1362 / DF**

aporta agora Sua Excelência com muita maestria e que tem conotação de muita e enorme importância, porque diz respeito a crime de lesa-humanidade, tal como posto por ele. Daí a gravidade e a importância do que é posto aqui para indagação e solução.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Exatamente.

Ministro Fachin, Vossa Excelência está caracterizando esses atos praticados pelo extraditando como crimes de lesa humanidade, não é isso?

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - O requerimento da extradição foi feito nesse sentido.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Portanto, conclui pela imprescritibilidade?

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Exatamente.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Foi o Estado requerente, Ministro Lewandowski, que caracterizou assim.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Exatamente.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Eu acho que a caracterização é de somenos importância, porque não podemos entrar nesse mérito.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - Cabe questionar: cometido o crime no Brasil – o foi na Argentina –, seria passível de persecução criminal, considerada a prescrição e a anistia?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Sequestro, homicídio, certamente.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - Porque a simetria, na extradição, tem que ser observada, sob pena de negarmos tudo o que foi feito até aqui pelo Supremo.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Ministro Marco Aurélio, permito-me fazer duas observações, também voltando às questões suscitadas pelo Ministro Teori.

A primeira delas, não desconheço julgamentos anteriores. Aliás,

**EXT 1362 / DF**

citei, no voto, com expressa referência, pedindo vênica para apresentar uma nova percepção sobre a questão do elemento da prescrição. Isso está dito claramente no voto.

A segunda observação é que foi exatamente isso que me objetivou a sugerir afetar o tema da Turma ao Plenário, para que, num colegiado mais aberto e pleno, o Tribunal pudesse obviamente, se for o caso, revisitar a matéria ou manter a orientação.

Qual é a percepção que trago? Não estou a afirmar, em momento algum, que esse tipo de delito, praticado na década de 70, não estaria prescrito no Brasil. Isso não está em questão. O que estou aqui sugerindo, na reflexão da internalização dos tratados internacionais como normas supralegais, e a compreensão de que, nessa superlegalidade, há uma imprescritibilidade, e, tendo em vista que, no Estado requerente da extradição, há uma definição da imprescritibilidade, o limite que se coloca eventualmente dentro do Brasil pela legislação penal comum entendi como inoponível ao pedido extradicional. É essa a perspectiva. Portanto, o que estou a dizer, e tentei explicitar claramente, que nós estamos a decidir essa matéria exclusivamente num pedido específico de extradição de um país que expressamente reconheceu a imprescritibilidade, reconhecimento esse que é consentâneo com a júri internacional. E, de lá, retirei norma, portanto, *jus cogens*, para dizer que a regra da dupla punibilidade, e, portanto, a eventual regra de prescrição em território brasileiro, não poderia levar submeter a Argentina a uma regra brasileira, em função precisamente da regra de Direito Internacional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ministro, a aplicação é no território nacional.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Há uma questão importante, e não podemos tomá-la como paradigma, que é a questão da anistia no Brasil, porque essa matéria está *sub judice* ainda no Supremo Tribunal Federal. Houve uma primeira decisão, mas ela está sujeita a embargos de declaração. Portanto, não há um pronunciamento definitivo por parte do Supremo Tribunal Federal com relação a essa

**EXT 1362 / DF**

matéria. Esse é um assunto que devemos deixar de lado.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - E acho que esse não é o objeto dessa questão.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Não é nenhum objeto eu sei, mas é que alguns Colegas estão trazendo essa matéria.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - A questão suscitada pelo Ministro Fachin, como apontou o Ministro Teori, ela é absolutamente original.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - Mas, enquanto não afastada a norma do cenário jurídico, deve ser observada.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Sim, mas o Ministro Fachin não toca nesse aspecto.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - No caso concreto, o Direito Internacional não se sobrepõe à Constituição, a não ser que caminemos em marcha batida para a flexibilização desse documento básico da República.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - O ponto central é o que foi levantado pelo Ministro Teori. Acho que, pela primeira vez, salvo engano, o Supremo estará apreciando a imprescritibilidade, ou não, de crimes contra a humanidade - *jus cogens* internacional. Essa é uma questão nova, original, e o Ministro Fachin propõe a solução que me parece correta. Quer dizer, a questão que o *jus cogens* internacional considere crime contra a humanidade, um delito que seja considerado crime contra a humanidade, penso que deve ser tratado como imprescritível, porque esse é o mandamento do Direito Internacional nos direitos humanos. Essa foi a linha seguida pelo Ministro Fachin, a qual aderi.

O Ministro Teori foi ao ponto e disse: "Mas a Lei brasileira considera que é não só prescritível, como está prescrito.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Vossa Excelência me permite? Só para esclarecer bem as coisas.

Quem disse que a Lei brasileira declara prescritível é o Relator. Essa

**EXT 1362 / DF**

é a questão.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Não, Ministro, a Lei brasileira... não é o que ele disse.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - O Relator parte do pressuposto de que, no Brasil, o crime está prescrito. Mas existe uma norma internacional que diz que é imprescritível. Então, nesse caso, o que ele está dizendo, em suma, no meu entender, é que, em se tratando de crime de lesa-humanidade, dispensar-se-ia o requisito da dupla punibilidade.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Desculpa-me, eu não penso assim.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Estou tentando... Eu até gostaria de que o Relator me esclarecesse.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - A interpretação não está, a meu ver, ajustada, quer dizer, pelo princípio da não contradição, uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo; portanto, ou está prescrito ou não está prescrito.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Eu acho. Exatamente essa é a minha dúvida.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Não é possível estar prescrito e não estar prescrito. Para saber se está prescrito ou não, é preciso saber qual é a norma que incide. E o Ministro Fachin disse: "Incide a norma internacional, e não a norma interna".

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Não, não foi isso que ele disse. Esse é o ponto. A minha pergunta foi esta: No Brasil, está prescrito ou não está prescrito?

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Vou responder aos embargos de declaração.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Estaria prescrito no Brasil, mas, como incide outra norma, não está prescrito.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Não, deixa o Relator responder.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - É porque nem toda extradição

**EXT 1362 / DF**

é de crime de lesa-humanidade.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Vamos deixar o Relator responder.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Mas eu aderi à posição dele; então, sinto-me no direito...

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Se a matéria for apreciada ou fosse - e estou sugerindo que não o seja - à luz da legislação penal comum no Brasil, chegaríamos a um resultado do reconhecimento da prescrição.

O que estou sugerindo nesta hipótese é que não incide essa regra, considerando os seguintes requisitos: os delitos são considerados imprescritíveis, expressamente pelo Estado requerente, e essa imprescritibilidade é coerente com norma de Direito Internacional, constante de tratado internacional que o Brasil, na sua Constituição, reconheceu o caráter de supralegalidade. Esse é o resumo.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Tem um aspecto: esse reconhecimento pela Constituição leva inexoravelmente à retroatividade de um preceito mais gravoso. A questão, talvez, seja, vamos dizer assim, mais adstrita a essa colocação que o Ministro Luís Roberto Barroso fez, ou seja, se estivéssemos aqui apreciando a extradição, como apreciamos na Turma, de um delito comum, de homicídio, seguido de sequestro etc. e tal, analisaríamos o requisito do artigo 77 da Lei nº 6.815, acrescentado pela Lei nº 6.964, que dispõe o seguinte:

"Art. 77. Não se considerar a extradição quando:

VI - estiver extinta a punibilidade pela prescrição de segundo grau a lei brasileira ou a do Estado requerente; "

Ou seja, dupla punibilidade. A questão é saber o seguinte: essa Lei - a que Vossa Excelência se refere - aplica-se no caso concreto ou esse tipo de homicídio, ele é um homicídio que não tem a categorização do Direito Penal comum, mas, sim, o homicídio categorizado como um crime de lesa-humanidade e, *a fortiori*, ele se submete a outros comandos.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - É isso.



**EXT 1362 / DF**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Agora, também é importante verificar se o Brasil ratificou esses outros comandos anteriormente, porque, se o Brasil ratificou um comando de imprescritibilidade de 88 em relação a um crime praticado em 70, isso é retroatividade.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Mas, Ministro Fux, esse ponto é delicado. É que o *jus cogens*, ele independe de ratificação. Quer dizer, ou é um costume internacional, respeitado e praticado, ou não é *jus cogens*. O *jus cogens* não é propriamente Direito positivado; é uma prática internacional generalizadamente reconhecida.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Pois é. É, nesse particular, digamos assim, talvez a melhor Corte para dizer se o *jus cogens* se aplica ou não é o Supremo Tribunal Federal. E verifico aqui que o Supremo Tribunal Federal já enfrentou casos idênticos oriundos do mesmo país e só extraditou em relação aos crimes que não estavam prescritos.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Não, desculpa. Vossa Excelência me permite?

Só que, naqueles casos, nós não caminhamos para considerar que eram crimes comuns até para aplicarmos, mantermos a jurisprudência no sentido de avaliarmos os requisitos da Lei nº 6.815, vale dizer, a dupla tipicidade, etc.

Qual o elemento novo que me parece aqui? O aporte, pelo eminente Relator, de que não categorizamos isso aqui como esse crime. Então, neste caso aqui, o homicídio, o sequestro, etc., foram considerados numa contextualização - e, no voto dele, ele traz especificamente isso - para considerar que, estando sob uma ditadura, prevalecendo, portanto, o Estado fora dos padrões democráticos, que se caracterizaria como lesa-humanidade. E ele analisa sob esse enfoque e não sob o enfoque anteriormente tratado, o que muda a discussão.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Portanto, isso nunca foi discutido.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Eu tenho dúvidas de concordar com essa afirmação.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - Com razão o ministro

**EXT 1362 / DF**

Luís Roberto Barroso: jamais enfrentamos esta matéria.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Exatamente, porque o enfoque é outro.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Há um outro elemento que o Ministro Relator traz em seu voto, Ministro **Teori**, que eu também gostaria de destacar, que é a questão da decisão – que seria vinculante – da Corte Interamericana de Direito Humanos. Se nós aceitarmos isso, nós estamos reabrindo o embrulho da anistia interna no Brasil, que já foi julgada aqui, embora esteja com embargos de declaração.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - E mitigando a soberania nacional.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - *Data venia*, estou entendendo que essa questão não se mistura com a questão da anistia. É outro caso. Nós temos que decidir aqui se se trata de um crime de lesa-humanidade.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Mas o Relator traz premissas em seu voto que não vão se aplicar só a este caso, vão se estender a outros casos, inclusive ao Direito interno.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Sim, o Ministro Toffoli tem razão, embora, seja certo que, ao trazer o tema, o Ministro afastou a questão do Direito brasileiro com relação especificamente à anistia internamente. Mas a referência abre pelo menos ensanchas a que isso possa vir a acontecer, sendo que aquela matéria está *sub judice* pelos embargos.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Gostaria de ressaltar que o meu voto não envolve qualquer juízo de valor sobre a questão da anistia, que está sob a relatoria do Ministro Fux.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Sim, concordo plenamente.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Agora, Senhora Presidente, com a devida vênia, colho aqui, do voto do Ministro Celso de Mello, um trecho imenso, em que, nesse debate, o Ministro Celso de Mello assenta

**EXT 1362 / DF**

que o Brasil não ratificou essas declarações pós-guerra de imprescritibilidade, analisou, sob a óptica do Supremo, a importância e a eficácia do *jus cogens* em confronto com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, abordou a questão do pacto de direitos humanos. Todas essas questões foram abordadas. E, nesse julgamento, reconheceu-se a prescrição do crime de homicídio. A Extradicação nº 1.150 é da relatoria de Vossa Excelência, e o caso foi tratado como exatamente esse.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Como crimes comuns para dupla tipicidade, por isso, ela foi deferida parcialmente.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Eu digo o seguinte, é um crime comum. Mas, de qualquer maneira, o caso era de morte, de organizações políticas, não dava para encobrir que era isso. E assim o Ministro Celso enfrentou abertamente.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Sim, nenhuma dúvida.

A diferença apresentada, pelo menos, pelo Ministro agora é que o próprio Estado requerente, neste caso específico, já traz essa caracterização. Não foi escolha do Brasil.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Eu analiso o voto do Ministro Celso, se o Ministro Fux me permite, a partir da página 38 do voto. Na síntese não mencionei. Mas, no Recurso Extraordinário nº 349.703, que é onde o Ministro Celso proferiu também voto nessa direção, procurei, enfim, analisar para tentar fazer o *discrímen* da situação específica que aqui se coloca.

Eu gostaria de lembrar, Senhora Presidente - ontem pedi a Vossa Excelência e agradeço por ter sido atendido e ter pautado -, que o extraditando está preso desde 2 de julho de 2014. Portanto, de uma forma ou de outra, nós precisaremos ... E há uma pessoa com uma certa idade já e circunstâncias que talvez levem a uma situação mais delicada do ponto de vista do caso concreto, nada obstante, a matéria é intrincada e pode, claro, sugerir um debate mais alongado. Eu só ficaria com essa preocupação.

**EXT 1362 / DF**

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Senhora Presidente eu vou pedir vista e prometo liberar isto na próxima semana.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - O extraditando está preso, perdoe-me lembrar isso. Eu decretei a prisão no recesso e, portanto, é um caso *sui generis*.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Agora, mais um detalhe, Senhora Presidente, o eminente Colega Ministro Lewandowski mencionou que a Lei da Anistia não tem o tema encerrado, porque está sujeito a embargos de declaração.

Eu só quero esclarecer ao Plenário que os embargos de declaração foram interpostos em razão de uma condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos devido ao fato de o Brasil ter promulgado a Lei da Anistia. Então, esse fato novo - vamos dizer assim -, juridicamente, não indica que tenha havido nenhuma contradição, omissão ou obscuridade, porque, à época do julgamento, não havia nenhum pronunciamento da Corte Interamericana. Assim, na verdade, esses embargos de declaração com efeitos infringentes trazem a lume um fato que não foi objeto do contraditório. Portanto, o julgamento desse embargo de declaração não vai alterar isso em nada.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Ministro, eu só trouxe à balha essa questão, porque eu quis deixar bem claro que são assuntos diversos que não devem se misturar.

Eu tenho a convicção de que a Corte tem um encontro marcado com a questão dos crimes de lesa-humanidade. E nós podemos até postergar essa discussão, mas nós vamos ter que assumir uma posição com relação a isso: se são ou não imprescritíveis. Dentro desse mundo conflagrado em que nós vivemos hoje, a Suprema Corte do Brasil precisa ter uma posição com relação a esse assunto. Isso não tem nada a ver com o que foi praticado no passado, aqui no Brasil, com a Lei de Anistia. É realmente uma questão doutrinária, complexa, importante, e nós temos que assumir uma posição com relação a ela.

Perdão. Só isso, Ministro. Não quis absolutamente trazer à discussão a questão dos embargos declaratórios. Eu sei, conheço exatamente o teor

**EXT 1362 / DF**

desses embargos, mas estou dizendo que eu quis afastar, do debate, essa matéria, inclusive, porque é uma matéria que talvez não esteja madura ainda, penso eu, para ser retomada, *data venia*.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Eu gostaria de dizer que concordo plenamente com Vossa Excelência nesse particular.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**EXTRADIÇÃO 1.362**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. EDSON FACHIN**

REQTE.(S) : GOVERNO DA ARGENTINA

EXTDO.(A/S) : SALVADOR SICILIANO

ADV.(A/S) : DANIEL MOURAD MAJZOUN (209481/SP)

**Decisão:** Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que deferia o pedido de extradição, nos termos de seu voto, no que foi acompanhado pelo Ministro Roberto Barroso, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 06.10.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, e, Subprocurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

p/ Doralúcia das Neves Santos  
Assessora-Chefe do Plenário

20/10/2016

PLENÁRIO

**EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL****VOTO – VISTA**

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI:** 1. Trata-se de pedido de extradição de Salvador Siciliano, nacional argentino, apresentado ao Ministério das Relações Exteriores (Nota Verbal 1.014/2014) pelo Governo da República Argentina, com base no Tratado de Extradicação firmado entre Brasil e Argentina, por força de ordem de prisão preventiva oriunda de juízo criminal de Buenos Aires, assim motivado em síntese: (a) *“participação ou organização de uma associação criminosa ilícita chamada ‘Triple A’ que operou entre os anos 1973 e 1975, cujo acionar 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”* (fl. 216); (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 [...], 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 [...]*” (fl. 216); (c) *ter cometido o sequestro de “três pessoas do sexo feminino, que foram posteriormente liberadas, prévios golpes e ameaças, na barreira de Talar de Pacheco [...]*” (fl. 216v.).

Por meio do Ofício 294/2014 – MJ, o Ministério da Justiça encaminhou pedido de prisão cautelar para fins de extradição apresentado pela Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol). Decretada a custódia cautelar do extraditando em 2.7.2014, foi efetivada em 3.7.2014.

Em sua defesa, o extraditando sustentou que (a) *“o direito constitucional positivo brasileiro tem consagrado [...] o princípio da inextraditabilidade dos estrangeiros por crime político ou de opinião”* (fl. 544); (b) *“no caso em apreço, a exposição dos fatos delituosos atribuídos a Salvador*

**EXT 1362 / DF**

*Siciliano bem revela a conotação política que os revestiu” (fl. 545); e (c) “inobstante a pluralidade de comportamentos delituosos, o nexo de causalidade que os une contamina as infrações de direito comum, transmitindo-lhes caráter político, que possui, na hipótese, valor preponderante, apto, por si só, a impedir a entrega do extraditando à República da Argentina” (fls. 546-547).*

Instada, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo deferimento do pedido de extradição, aos argumentos de que (a) encontra-se presente o requisito da dupla tipicidade; (b) a Justiça argentina reconheceu a natureza de crimes contra a humanidade dos delitos imputados ao extraditando, razão pela qual são imprescritíveis, “o que dispensa o exame das normas do direito argentino que fixam os prazos de prescrição” (fl. 561); (c) “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” (fl. 561); (d) “a Constituição Federal, além de qualificar o terrorismo como crime hediondo (art. 5º, XLIII), estabeleceu expressamente a imprescritibilidade dos crimes decorrentes da ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático, o que impede que se conceda aos que assim agem situações de vantagem que se confere aos que praticam crimes políticos” (fls. 565-566). O Ministério Público destacou, ainda, a necessidade de “o Estado requerente comprometer-se a proceder à devida detração ao período em que o extraditando permaneceu custodiado no Brasil, desde 3 de julho de 2014, assim como à comutação de eventual pena de prisão ou reclusão perpétua por penas privativas de liberdade com o prazo máximo de 30 (trinta) anos” (fl. 566).

Noticiada a apresentação de pedido de refúgio pelo extraditando ao Governo brasileiro, determinou-se, em 1º.7.2015, a suspensão do processo. Por meio do Ofício 67/2016/GAB SNJ/SNJ-MJ, o Ministério da Justiça comunicou o arquivamento da solicitação, por desistência expressa do extraditando.

Em 6.5.2016, o extraditando apresentou nova manifestação, na qual alega a prescrição dos delitos que ensejaram o pedido de extradição, pois



**EXT 1362 / DF**

(a) *“as tentativas de definições materiais de regras de jus cogens não aludem, especificamente e consensualmente, à imprescritibilidade dos crime contra a humanidade”* (fl. 650); (b) *“alguns doutrinadores destacam que o modesto nível de adesão à Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 1968, e à Convenção Europeia sobre os Crimes contra a Humanidade e os Crimes de Guerra, de 1974, atestas não existir consistência costumeira na regra de imprescritibilidade”* (fl. 650); (c) não se pode afirmar que o art. 29 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, referente à imprescritibilidade dos crimes de competência da Corte, materializa norma de *jus cogens*, muito menos quando da perpetração dos fatos delituosos, situados entre os anos de 1973 e 1975; (d) quando muito, pode-se considerar que a regra da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade inseriu-se no ordenamento brasileiro a partir da publicação do Decreto 4.388/2002, em 26.9.2002, não podendo *“essa regra de direito material mais gravosa [...] retroagir para abarcar os fatos imputados ao extraditando, situados entre os anos de 1973 e 1975”* (fl. 651). Por outro lado, aduz o extraditando há a incidência de causa extintiva da punibilidade, segundo a lei brasileira, porquanto os fatos imputados a ele, *“em essência, embora constituam crimes comuns, inserem-se no amplo conceito de delitos abarcados pela anistia brasileira, tal como delineado pelo STF”* (fl. 653v).

Em 1º.3.2016, a Primeira Turma desta Corte acolheu manifestação do Ministro Relator para afetar o julgamento do caso ao Plenário. Na sessão de 6.10.2016, o Ministro Relator apresentou voto pelo deferimento do pedido de extradição, sustentando, em síntese, que a existência de norma de direito internacional cogente (*jus cogens*) estabelecendo a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade afastaria a aplicação, ao caso concreto, do art. 77, VI, da Lei 6.815/1980, o qual veda a extradição quando extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente. Segundo S. Ex.<sup>a</sup>, *“o Estado brasileiro não deve invocar limitações do direito interno para deixar de atender ao pedido de extradição”*. Pedí vista.

**EXT 1362 / DF**

2. Conforme pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *“a satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional”* (Ext 683, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Dje de 21.11.2008). Nessa linha, tanto o Estatuto do Estrangeiro (art. 77, VI), quanto o próprio tratado de extradição firmado entre o Brasil e o Estado requerente (art. III, c), vedam categoricamente a extradição quando extinta a punibilidade pela prescrição, à luz do ordenamento jurídico brasileiro ou do Estado requerente.

No caso, segundo o próprio Relator, os crimes que ensejaram o pedido extradicional encontram-se prescritos, nos termos da legislação brasileira. Com efeito, o Estado requerente imputa ao extraditando a prática de delito equivalente ao de associação criminosa (art. 288 do Código Penal), durante os anos de 1973 a 1975, e, no ano de 1974, de crimes equivalentes aos de sequestro qualificado (art. 148, § 2º, do Código Penal) e de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, do Código Penal). Evidentemente, todos esses delitos encontram-se prescritos, porquanto, desde sua consumação, transcorreu tempo muito superior ao prazo prescricional máximo previsto no Código Penal, equivalente a 20 (vinte) anos (art. 109, I). Não consta dos autos, ademais, que se tenha configurado qualquer das causas interruptivas da prescrição.

Como observado pelo Relator, o Supremo Tribunal Federal já analisou casos semelhantes ao presente, em que o Governo da Argentina requereu a extradição de pessoas para que respondessem por crimes lá praticados contra dissidentes políticos durante as décadas de 1970 e 1980. Ao menos em quatro desses casos, a solução jurídica adotada por esta Corte foi a mesma: deferiu-se o pedido de extradição apenas quanto aos crimes reputados de natureza permanente (*v.g.* sequestro), com relação aos quais o transcurso do prazo prescricional só se iniciaria com a cessação da permanência, o que, em tese, ainda não teria ocorrido, uma vez que, ao contrário do que ocorreu no presente caso, as vítimas não haviam ainda sido localizadas. Quanto aos demais crimes, os pedidos de extradição foram indeferidos ao fundamento de que, de acordo com a

**EXT 1362 / DF**

legislação brasileira, teriam tido sua punibilidade extinta pela prescrição. Nesse sentido: Ext 974, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, Dje de 4.12.2009; Ext 1.150, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, Dje de 17.6.2011; Ext 1.278, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, Dje de 4.10.2012; Ext 1.299, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, Dje de 25.9.2013.

3. A circunstância de o Estado requerente ter qualificado os delitos imputados ao extraditando como de lesa-humanidade não afasta a aplicação da orientação jurisprudencial acima referida. No julgamento da ADPF 153 (Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, Dje de 6.8.2010), o Ministro Celso de Mello enfrentou, a título de *obiter dictum*, a controvérsia relativa à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade no âmbito do ordenamento jurídico pátrio. S. Ex.<sup>a</sup> ofereceu, em suma, dois argumentos para a não aplicação, no Brasil, da imprescritibilidade dos crimes dessa natureza: (a) o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem aderiu a ela; e (b) apenas lei interna pode dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão estatal de punir. Confira-se, a propósito, o seguinte excerto do aludido voto:

“Nem se sustente, como o faz o Conselho Federal da OAB, que a imprescritibilidade penal, na espécie ora em exame, teria por fundamento a ‘*Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade*’.

Mostra-se evidente a inconsistência jurídica de semelhante afirmação, pois, *como se sabe*, essa Convenção das Nações Unidas, adotada em 26/11/1968, muito embora aberta à adesão dos Estados componentes da sociedade internacional, jamais foi subscrita pelo Brasil, que a ela também não aderiu, em momento algum, até a presente data, o que a torna verdadeira ‘*res inter alios acta*’ em face do Estado brasileiro.

**EXT 1362 / DF**

Isso significa que a cláusula de imprescritibilidade penal que resulta dessa Convenção das Nações Unidas não se aplica, não obriga nem vincula, juridicamente, o Brasil, quer em sua esfera doméstica, quer no plano internacional.

Cabe observar, de outro lado, que o Conselho Federal da OAB busca fazer incidir, no plano doméstico, uma convenção internacional de que o Brasil sequer é parte, invocando-a como fonte de direito penal, o que se mostra incompatível com o modelo consagrado na Constituição democraticamente promulgada em 1988.

Ninguém pode ignorar que, em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da *reserva constitucional de lei em sentido formal*.

Esse princípio, além de consagrado em nosso ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), também encontra expresso reconhecimento na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 9º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15), que representam atos de direito internacional público a que o Brasil efetivamente aderiu.

O que se mostra constitucionalmente relevante, no entanto, como adverte a doutrina (LUIZ FLÁVIO GOMES/VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, 'Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos', vol. 4/122, 2008, RT), é que, '*no âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. Dentre as garantias que emanam do princípio da legalidade, acham-se a reserva legal (só o Parlamento pode legislar sobre o Direito Penal incriminador) e a anterioridade ('lex populi' e 'lex praevia', respectivamente). Lei não aprovada pelo Parlamento não é válida (...)*' (grifei).

Não se pode também desconhecer, considerado o princípio constitucional da *reserva absoluta de lei formal*, que o tema da prescrição subsume-se ao âmbito das normas de direito material, de natureza eminentemente penal, regendo-se, em consequência, pelo postulado da *reserva de Parlamento*, como adverte autorizado magistério doutrinário (FERNANDO

**EXT 1362 / DF**

GALVÃO, 'Direito Penal – Curso Completo – Parte Geral', p. 880/881, item n. 1, 2ª ed., 2007, Del Rey; DAMÁSIO E. DE JESUS, 'Direito Penal – Parte Geral', vol. 1/718, item n. 1, 27ª ed., 2003, Saraiva; CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JÚNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, 'Código Penal Comentado', p. 315, 7ª ed., 2007, Renovar; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, 'Tratado de Direito Penal', vol. 1/772, item n. 1, 14ª ed., 2009, Saraiva; ROGÉRIO GRECO, 'Código Penal Comentado', p. 205, 2ª ed., 2009, Impetus; ANDRÉ ESTEFAM, 'Direito Penal – Parte Geral', vol. 1/461, item n. 1.3, 2010, Saraiva; LUIZ REGIS PRADO, 'Comentário ao Código Penal', p. 375, item n. 2, 4ª ed., 2007, RT, v.g.).

Isso significa, portanto, que somente lei interna (e não convenção internacional, muito menos aquela sequer subscrita pelo Brasil) pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescritibilidade ou à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir, ressalvadas, *por óbvio*, cláusulas constitucionais em sentido diverso, como aquelas inscritas nos incisos XLII e XLIV do art. 5º de nossa Lei Fundamental.

É importante rememorar, neste ponto, em face da absoluta pertinência de suas observações, o registro feito pelo Professor NILO BATISTA, em *Nota Introdutória* constante da obra 'Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilização e Verdade' (Saraiva, 2010), escrita por Dimitri Dimoulis, Lauro Joppert Swensson Júnior, Antonio Martins e Ulfrid Neumann:

*'3. Depois de uma resenha sobre a recente instalação do debate nos meios jurídicos brasileiros, o texto do Professor Lauro Joppert Swensson Junior, a quem se deve excelente monografia sobre o tema, se detém sobre as duas linhas argumentativas nele agitadas: 'a) a Lei n. 6.683/79 nunca anistiou os responsáveis pelos crimes da ditadura; b) os delitos praticados são crimes de lesa humanidade, e por isso são imprescritíveis e não podem ser objeto de anistia'. Sobre a primeira linha, em confronto aberto com a norma interpretativa (art. 1º, § 1º) que estabeleceu o mais*

**EXT 1362 / DF**

*amplo conceito possível de crime conexo, Swensson Junior tem a coragem de formular a pergunta politicamente incorreta mas juridicamente indispensável: os agentes do subsistema penal DOPS-DOI/CODI atuaram ‘por razões pessoais’ (sadismo, desafetos etc.) ou ‘por razões políticas - por exemplo, para salvaguardar o país dos comunistas’? Sim, porque se a resposta correta for a segunda, estaríamos sem dúvida diante de crimes conexos expressamente anistiados (muitos sustentariam, com base em critério tradicional, estarmos diante de autênticos crimes políticos, igualmente anistiados). Seja como for, a revisão radical de uma interpretação sedimentada ao longo de três décadas implicaria ‘retroatividade encoberta’ (Raúl Zaffaroni vê no emprego de ‘novo critério interpretativo’ que altere a significação jurídico-penal de um fato uma violação oblíqua do princípio da legalidade). Mas o argumento da anistia, tanto quanto o da evidentíssima prescrição, sucumbiria perante a segunda linha argumentativa: as ações dos ‘agentes da repressão política estatal são ‘crimes contra a humanidade’, e por isso são imprescritíveis e não podem ser anistiados’. A refutação de Swensson Junior é implacável: em primeiro lugar, instrumentos normativos internacionais só adquirem força vinculante após o processo constitucional de internalização, e o Brasil não subscreveu a ‘Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968 nem qualquer outro documento que contivesse cláusula similar; em segundo lugar, ‘o costume internacional não pode ser fonte de direito penal’ sem violação de uma função básica do princípio da legalidade; e, em terceiro lugar, conjurando o fantasma da condenação pela Corte Interamericana, a exemplo do precedente ‘Arellano x Chile’, a autoridade de seus arestos foi por nós reconhecida plenamente em 2002 (Dec. n. 4.463, de 8 de novembro de 2002) porém apenas ‘para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998’.’ (grifei)*

Certamente por tal razão, de índole eminentemente constitucional, o Senhor Presidente da República, acolhendo proposta interministerial subscrita pelos Senhores Ministro da

**EXT 1362 / DF**

Justiça, Ministro das Relações Exteriores, Ministro Advogado-Geral da União e Ministro-Chefe da Secretaria Especial de Direitos Humanos, encaminhou, ao Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 4.038/2008 (Câmara dos Deputados), com o objetivo de viabilizar a implementação, no âmbito interno, do *Estatuto de Roma*, que instituiu o Tribunal Penal Internacional.

Com tal finalidade e propósito, o projeto de lei em questão não só tipifica, dentre outros, os crimes contra a humanidade, cominando-lhes penas, mas também dispõe sobre a imprescritibilidade de referidos delitos, em regra que, inscrita no art. 11 dessa mesma proposição legislativa, possui o seguinte conteúdo normativo:

*‘Art. 11. Os crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra são imprescritíveis e insuscetíveis de anistia, graça, indulto, comutação ou liberdade provisória, com ou sem fiança.’*  
(grifei)

Vê-se que o Senhor Presidente da República, consciente da necessidade de respeitar, em tema de direito penal, o postulado da reserva constitucional de lei formal, agiu de modo absolutamente compatível com o que dispõe a Constituição da República (que somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal), não obstante o Brasil houvesse assinado, em 1998, o Estatuto de Roma (posteriormente incorporado à nossa ordem interna), que já definia, como imprescritível, a pretensão estatal de punir os crimes contra a humanidade, de guerra e de genocídio”.

Confira-se, ainda, sobre a inaplicabilidade de disposição veiculada por tratado internacional sobre matéria de direito penal material: HC 96.007, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, Dje de 8.2.2013.

Na linha desses precedentes, ainda que houvesse norma de direito internacional de caráter cogente que estabelecesse a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, tal norma não encontraria aplicabilidade no Brasil, porquanto ainda não reproduzida no direito interno. E, ainda que considerado o Estatuto de Roma como norma

**EXT 1362 / DF**

supralegal, ou mesmo de estatutura constitucional, ele não elidiria a força normativa do art. 5º, XV, da Constituição da República, segundo o qual “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

4. Finalmente, não se pode sustentar que o indeferimento da extradição com base nesses fundamentos ofende o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Decreto 7.030/2009), segundo o qual *“uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado [...]”*. Não se trata, no presente caso, de invocação de limitações de direito interno para justificar o inadimplemento do tratado de extradição firmado entre o Brasil e a Argentina. Trata-se, na verdade, de simples incidência de limitação veiculada pelo próprio tratado, o qual, conforme já consignado, veda a concessão da extradição *“quando a ação ou a pena já estiver prescrita, segundo as leis do Estado requerente ou requerido”* (art. III, c). Ora, partindo da premissa de que, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, os delitos imputados ao extraditando pelo Estado requerente encontram-se prescritos, eventual acolhimento do pedido extradicional ofenderia disposição do próprio tratado de extradição, que também demanda o preenchimento do requisito da dupla punibilidade para sua procedência.

5. Em suma: (a) é incontestável e reconhecido pelo próprio Relator que, à luz do ordenamento jurídico pátrio, encontra-se extinta a punibilidade dos crimes imputados ao extraditando pelo Estado requerente; e (b) é igualmente inafastável, seja por força do direito interno, seja por força do próprio tratado de extradição firmado entre Brasil e Argentina, o atendimento do requisito da dupla punibilidade como condição para o deferimento do pedido extradicional. No caso, estando ausente esse requisito, impõe-se o indeferimento do pedido.

6. Ante o exposto, peço vênias aos Ministros que me antecederam para indeferir o pedido de extradição, com a consequente revogação da prisão cautelar do extraditando. É o voto.



**20/10/2016****PLENÁRIO****EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL****CONFIRMAÇÃO DE VOTO**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)** - Senhora Presidente, se Vossa Excelência me permite, na condição de Relator, sem dúvida alguma, ao enaltecer, como não poderia deixar de ser, a análise feita pelo voto divergente do Ministro Teori Zavascki, apenas me permito reiterar algumas das ideias que, quiçá, sejam relevantes assentarmos para o prosseguimento do debate e julgamento desta matéria. São alguns pontos breves que apenas vou reiterar.

O primeiro deles é que o requisito da dupla punibilidade para fins de extradição não tem assento constitucional. Portanto, nós estamos a falar de um requisito de legislação infraconstitucional, que está em lei específica, portanto, 6.815, o Estatuto do Estrangeiro. Isso corresponde a dizer que nós estamos examinando esse requisito à luz de uma legislação infraconstitucional. Ora, não há dúvida alguma de que, nessa legislação, presente se faz esse requisito ao exigir, portanto, a ausência de prescrição do delito que aí emerge da extradição. Mas, na altura do Estatuto de índole constitucional, ou seja, do regime normativo da Constituição, os requisitos para efeito de extradição são que não seja brasileiro e que não haja extradição por crime de opinião ou crime político, que, neste caso, são duas condições que se fazem presentes. Então, esse é o primeiro aspecto que gostaria de reiterar.

O segundo, a partir daí, é se essa circunstância infraconstitucional pode ou não ser afastada no caso concreto. Tenho para mim que o § 2º do artigo 5º da Constituição, quando se refere a tratados internacionais, em que compreendido está o Estatuto de Roma, ratificado no Brasil - é certo que ratificado em 2002 -, portanto, com vigência no Brasil, permite uma compreensão precisamente nesse intervalo que este Supremo Tribunal Federal, num passo adiante importante, conduzido pelo voto e pela diretriz haurida da manifestação do Ministro Gilmar Mendes, entendeu pela localização infraconstitucional, mas supralegal dessas normas de

**EXT 1362 / DF****Direito Internacional.**

É por isso que entendo que, nesta hipótese, o afastamento do requisito da dupla punibilidade, na verdade, é um afastamento que atende a essa percepção, que é uma percepção, a rigor, no meu modo de ver, relativamente singela do ponto de vista da dogmática do Direito Internacional.

É claro que se poderia agregadamente, como procurei fazer no voto, aduzir alguns outros elementos, especialmente do regime da imprescritibilidade, que não é estranho à Constituição brasileira. É evidente que cabe reconhecer que a Constituição é de 1988, e esses fatos se passaram previamente. Mas o que quero dizer é que não é estranho, e há inúmeras hipóteses, a começar pelo crime de racismo, em que a Constituição prevê a imprescritibilidade. Portanto, nós estamos a falar de uma circunstância em face da qual, em meu modo de ver, a Constituição brasileira desautorizaria atribuir um tratamento benigno a autores de crime de lesa-humanidade nessas circunstâncias, quando o país de origem qualificou esse crime como tal, no país em que a origem do requerimento de extradição não há o estatuto jurídico da prescrição, e há, na ordem jurídica internacional, não só derivado do *jus cogens*, mas dessa construção do Direito Internacional, a possibilidade de acolher o pedido de extradição sem que com isso signifique que, no Direito brasileiro, está a se fazer uma grande inovação, porque nós estamos a preservar precisamente aquilo que, para o Brasil, a seu tempo e seu modo, restou definido.

É por isso, e peço todas as vênias ao Ministro Teori para manter o meu voto inicial no sentido de entender que os requisitos para a extradição estão presentes, até porque, e aqui também peço vênias, parece-me que os dois precedentes invocados no voto divergente, o *Habeas Corpus* nº 96.007, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, e o voto do Ministro Eros Grau na ADPF nº 153, não guardam, no meu modo de ver, com toda vênias, pertinência direta com o que estamos aqui a examinar.

No que diz respeito especialmente ao *Habeas Corpus*, a distinção, já intentei fazer no voto que proferi. Ou seja, o caso dos autos é distinto da

**EXT 1362 / DF**

hipótese que se apreciou no *Habeas Corpus*, porque aqui, no caso dos autos, não se trata de exame da necessidade de lei penal em sentido formal e material para tipificar o crime, que lá era de lavagem de dinheiro. Portanto, conquanto grave - lá já assentei -, a ofensa ao bem jurídico promovido pelo crime de lavagem é distinta da que se põe nos autos. Por isso, em homenagem a alguns autores que muito contribuíram nessa matéria, especialmente o Luiz Flávio Gomes e o Valério Mazzuoli, cuja doutrina abalizada não apenas aqui cito e reconheço, quicá, em sentido diverso do que constou no âmbito do voto divergente, quando há essa hipótese de crimes contra a humanidade - é o que esses autores chamaram de terceira situação de imprescritibilidade, às páginas 94 e 96 da obra específica desses autores sobre esse tema -, asseverando que, no plano, portanto, dessa imprescritibilidade, há a possibilidade desse enquadramento dos crimes lesa-humanidade, dizendo os autores:

"Se os instrumentos da ONU não forem equiparados aos tratados," - eis que há também aqui nesta hipótese resolução da ONU, que é a Resolução nº 88, de 12 de dezembro de 1997, que trata da prescrição ou da imprescritibilidade - "de qualquer modo, não seria o caso de refutá-los porque eles estão de acordo com o regime e os princípios adotados na CF (arts. 1º, 2º, 4º e especialmente a primeira parte do art. 5º, inc. XLIV, da CF)."

Portanto, Senhora Presidente, pedindo vênia ao Ministro Teori, entendo, tal como de algum modo Vossa Excelência, ao presidir a Sessão em que proferi o voto, referisse ao ineditismo, creio que, sobre esse viés nessa matéria, quicá, seja, grosso modo, uma vez primeira que este Tribunal esteja enfocando este tema. Não acho que haja um precedente que, direta e imediatamente, se superpõe. Há manifestações obviamente em sentido diverso, mas aqui estou a sustentar que não estamos a tratar de nada que tenha a ver com a lei brasileira da anistia. Não estamos a tratar desse tema, isso só ocorreria se eu não tivesse tido um sucesso minimamente elementar para explicar o ponto de vista que sustento e gerar então essa confusão que não se coloca.

**EXT 1362 / DF**

Por isso, Senhora Presidente, como disse, peço vênica para manter o voto que proferi originariamente.

20/10/2016

PLENÁRIO

EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Senhora Presidente, apenas para fazer uma observação a propósito desse adendo do voto do Ministro Fachin.

Nós não podemos confundir aqui duas coisas: imprescritibilidade com dupla punibilidade. Que o crime está prescrito no Brasil, o próprio Relator o reconhece expressamente no seu voto. Se, sobre isso, na ordem internacional, há disposições diferentes, esse reconhecimento de que, na ordem interna, está prescrito evidencia que eventuais normas internacionais não são cogentes para o Brasil. Isso ficou claro no voto, e parece que a própria conclusão quanto à extinção da punibilidade pela prescrição no Brasil, reconhecida pelo Relator, revela isso.

Outra coisa é dupla punibilidade. Realmente, dupla punibilidade é uma questão infraconstitucional; aliás, no caso, a questão da prescrição também. Dupla punibilidade é assunto previsto não na Constituição, mas na lei; e, no caso específico, também no tratado. E dupla punibilidade, esse requisito não tem nada de incompatível com o Estatuto de Roma. Pode-se invocar o Estatuto de Roma eventualmente para dizer que não está prescrito no Brasil, mas não se pode, *data venia* do Ministro-Relator, invocar o Estatuto de Roma para dizer que é ilegítimo o requisito da dupla punibilidade.

Então, pedindo *maxima venia*, eu mantenho o meu voto pelo indeferimento.

20/10/2016

PLENÁRIO

EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL

**D E B A T E**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Presidente, como eu acompanho o Ministro Fachin - e o voto do Ministro Teori bem-lançado, como em todos os seus trabalhos -, eu tenho dúvida da afirmação de que está prescrito no Direito interno, por quê? Para estar prescrito no Direito interno, é preciso que incida a norma específica do Estatuto do Estrangeiro e o prazo prescricional brasileiro. Para incidir a norma brasileira, é preciso que não incida a norma internacional. Portanto, eu não acho que haja a incidência da norma brasileira e a sua pretensa derrogação pela norma internacional; ou incide uma coisa, ou incide a outra.

Como eu, na linha do voto do Ministro Fachin, considero que uma norma de *jus cogens* internacional prevalece sobre a norma doméstica, eu não acho que esteja prescrito, porque eu acho que a norma brasileira de prescrição tem a sua eficácia paralisada pela prevalência da norma internacional. Portanto, não é uma superação da prescrição. Eu acho que, neste caso específico, a se admitir que tenha sido crime de lesa-humanidade, aplica-se a norma de *jus cogens* internacional.

Assim, eu acho que a questão se transforma menos em dupla punibilidade e mais na eterna discussão "monismo-dualismo". A posição do Ministro Teori é que a não internalização dessas normas internacionais no Direito brasileiro faria com que prevalecesse a norma interna da prescrição. O meu entendimento, alinhado com o do Ministro Luiz Edson Fachin, é de que, numa situação como esta, por ser *jus cogens* internacional, independe de internalização. Quer dizer, eu acho que todos os países que compartilham determinados valores civilizatórios se obrigam a entender que certos crimes de lesa-humanidade não estão sujeitos à regra interna e, sim, a esse princípio internacional.

O Estado requerente afirma que foi crime de lesa-humanidade. Se não fosse plausível a afirmação, eu acho que nós poderíamos revê-la. Mas

**EXT 1362 / DF**

penso que a afirmação, no contexto em que foi formulada, é plausível.

De modo que era esta a observação que eu queria fazer: não é que haja uma prescrição do Direito brasileiro derogada; acho que a norma brasileira deixa de incidir pela prevalência circunstancial, neste caso, da norma internacional.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - E, aí, há um problema, porque nós - a jurisprudência do Supremo - consideramos que prescrição é direito material. Então, estamos assumindo que essa norma de Direito Internacional tem efeito retroativo. Portanto, também temos de resolver esse problema.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - É e paralisante do Direito brasileiro.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Mas não só se aplica a fatos anteriores,; porque ela é posterior aos fatos.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Esse argumento, eu coloquei no meu voto. Ainda que houvesse uma norma internacional cogente...

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - É a novidade do voto do Ministro Teori.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Até aqui, o Tribunal nunca teve variação sobre isso, porque pode sobrevir norma internacional e passar a regular o tema doravante.

**EXT 1362 / DF**

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Não poderia ter uma aplicação retroativa. Porque, senão, todos os crimes contra a humanidade, desde o início da humanidade...

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Como diz o Ministro Barroso, tratando-se de *jus cogens*, neste caso...

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - O *jus cogens* é costumeiro, portanto, eu não dou relevância ao tratado.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** -Ele não dá relevância exatamente a isso.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Mas estaria dando efeito retroativo a uma norma de caráter penal material.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Porque, sendo costumeiro, exatamente não tem essa data.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Exatamente, eu acho que a norma é anterior.

E há uma outra distinção que o Tribunal não fez. Primeiro, na linha do Ministro Fachin, eu concordo que não é uma questão fácil. Segundo - o Ministro Gilmar não estava aqui no debate anterior -, tanto eu quanto o Ministro Fachin excluimos expressamente, dessa discussão, a questão da anistia, porque acho que a questão da anistia é outro debate que não está diretamente conectado com esse.

Mas uma distinção que considero importante também, Presidente, é que uma coisa é a aplicação direta do Direito Penal pela jurisdição brasileira; e outra coisa é esse juízo de delibação que se faz em cooperação judiciária com outro país. Portanto, não considero que o tratamento que se deva dar ao Direito Penal seja rigorosamente o mesmo nas mesmas situações. Eu teria séria dúvida de aplicar internamente no Brasil, a alguém sujeito a jurisdição material brasileira, este princípio de *jus cogens* internacional, porque acho que, para o Estado brasileiro punir



**EXT 1362 / DF**

internamente, exige-se o princípio da legalidade, da reserva legal em matéria penal. Agora, acho que, em matéria de cooperação internacional, parece-me razoável e legítima a posição do Ministro Fachin.

Eu fiz uma observação, Presidente, no meu voto, na Sessão anterior, que eu considero importante e vou repetir. Um juiz, como eu penso que deva ser o papel de um juiz, não deve ser influenciado por opções ideológicas. Quer dizer, a jurisdição constitucional não é a jurisdição constitucional dos amigos e dos inimigos, é do certo ou errado. Portanto, eu fiz a seguinte elaboração. Suponha-se que, na Alemanha Oriental ou em Cuba, um grupo paramilitar, agindo como braço armado do Estado, tivesse como papel eliminar fisicamente os adversários do regime que fossem burgueses e, portanto, contrários ao comunismo internacional - para fazer uma simetria com o polo oposto. Eu não teria nenhuma dúvida de que a minha posição seria a mesma. Qualquer pessoa, qualquer grupo armado que atue paralelamente ao Estado para eliminar fisicamente os adversários pratica o que me parece a essência do crime contra a humanidade: a intolerância ao outro a ponto de violar a sua dignidade pela eliminação física. Portanto, eu considero que este é um crime grave, praticado como linha auxiliar de uma ditadura que puniu, no seu território, por muitas circunstâncias, pessoas que cometeram delitos análogos.

Assim, eu acho que a situação do Brasil é diferente por muitas razões, mas neste caso, eu não teria dúvida em reiterar o meu convencimento de que norma internacional, *jus cogens*, que diz que o crime de lesa-humanidade é imprescritível, paralisa a incidência da norma brasileira no caso concreto.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Senhora Presidente, quero deixar bem claro que ninguém está considerando que o crime aqui não tenha sido muito grave ou de lesa-humanidade. A única coisa que se está dizendo é que - o Relator mesmo reconheceu - ele está prescrito no Brasil.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - E o Tratado de Extradicação Brasil-Argentina, no artigo 3, alínea c, é expresso:

**EXT 1362 / DF**

não será concedida a extradição quando o crime estiver prescrito segundo as leis de qualquer dos Estados acordantes.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Por essa tese, o Tribunal de Nuremberg não poderia ter punido ninguém, como disse na semana passada.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Eu nem estou votando, Ministro. Estou apenas acentuando que há um tratado e, por isso, o voto do Ministro...

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - E nem a Corte Suprema da Argentina acho que quer ser tratada como Corte de Nuremberg.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - E o Ministro Teori se baseou exatamente em normas. É apenas isso.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – E não sabemos sequer, Presidente, se a Argentina subscreveu a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Estou apenas acentuando que esse tratado pode ser revogado a qualquer momento.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – De qualquer forma, precisamos apreciar o caso como temos outros, ou seja, levando em conta a necessidade de ter-se a dupla punibilidade: no país requerente da extradição e no Brasil. E a razão de ser desse princípio, que, a meu ver, não contraria qualquer preceito da Constituição Federal, é única: é a extradição é algo embrionário quanto à persecução criminal no Estado requerente.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Ministro Fux, queria falar?

**EXT 1362 / DF**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Eu só queria fazer uma observação de caráter processual.

Eu fui examinar os casos que o Supremo Tribunal Federal julgou, e a categorização jurídica de um crime dada por um Estado estrangeiro não integra o pedido. Todos os casos que o Supremo julgou de extradição formulados pela Argentina aqui mencionados narram o mesmo quadro, e o Supremo Tribunal Federal...

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Não, é diverso. O quadro é diverso, porque naqueles casos, eu inclusive fui Relator, quer no caso alusivo ao pedido do Governo do Uruguai, quer no caso do pedido formalizado pelo Governo da Argentina - sendo designado Redator o Ministro Ricardo Lewandowski, já que eu fiquei vencido -, nós tínhamos sequestro, desaparecimento de pessoas. Aqui não, aqui a situação é diversa.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Não, nós estamos falando a mesma linguagem. Não, Ministro Marco Aurélio.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Eu inclusive sustentei que esse desaparecimento, passados tantos anos da democratização dos países Uruguai e Argentina, ele estaria, pelo Código Civil Brasileiro, a sugerir a presunção da morte. E a presunção da morte, autorizada quanto a reflexos, essa presunção quanto à abertura em definitivo de inventário.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Nós estamos falando exatamente a mesma linguagem. Eu sei que, nesses casos, sobejou um delito que era de caráter permanente, e, por esse, houve a concessão da extradição. Mas o quadro fático desse, desse caso, e dos outros casos da Argentina são iguais.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Havia essa peculiaridade. Foi quando, nesses outros dois casos, o Tribunal concluiu que o crime seria permanente.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Então, pouco importa a denominação que o Governo da Argentina tenha dado nesse caso. Todos os outros casos são exatamente iguais a esse. Então, se o Governo de lá resolve dar uma outra denominação para que a Corte Brasileira adote

**EXT 1362 / DF**

uma outra solução daquela que já vem adotando, isso, para nós, tem que ser um indiferente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Neste caso, ainda tem-se o obstáculo apontado pelo Ministro Gilmar Mendes, que é a aplicação da lei no tempo. A convenção sobre a imprescritibilidade, que o Brasil não subscreveu, e, portanto, não é considerada lei interna, é posterior à prática criminosa. E prescrição, sabemos, envolve Direito instrumental, mas envolve também o material substancial.

**20/10/2016****PLENÁRIO****EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Senhora Presidente, o tema realmente é muito delicado, e eu louvo o belo voto trazido pelo Ministro Fachin, e as achegas do Ministro Luís Roberto.

Na assentada em que o Ministro Teori pediu vista dos autos, eu também estava a me questionar sobre o tema, impressionada – e esse aspecto para mim é muito importante, em função da linha que tenho adotado no Plenário – com os precedentes que encontrara, todos – como agora também destacou o Ministro Luiz Fux –, vinculados aos mesmo fatos, à época, ocorridos na Argentina.

Eu trago aqui, por exemplo, a Extradicação 1.278, em que requerente o Governo da Argentina, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes. A imputação era a mesma: o pedido do Estado requerente a reportar-se a fatos ocorridos em 1976 e 1983, século passado, no período da ditadura militar. Na época, o extraditando era militar do exército argentino, na sinistra Escola de Mecânica da Armada, acusado de ter tomado parte nos crimes de tortura, morte e desaparecimento de pessoas que deram triste fama àquele local.

Há também, da relatoria de Vossa Excelência, Ministra Cármen Lúcia, pedido de extradicação formulado pela República da Argentina, em que, da mesma forma, se noticia imputada ao extraditando a prática dos crimes de homicídio e desaparecimento forçado de pessoas em concurso.

Nele há manifestação - extraí do voto do Ministro Luiz Fux -, em que se destaca o “momento importante para a nossa geração, porque esse massacre de Margarita Belén foi exatamente o evento político que marcou, no caso, a juventude, assim como também a explosão da bomba no Riocentro. E mais, o que teria acontecido nesse massacre? Destaca: presos políticos, em sua maioria, militantes da juventude peronista, mortos em uma operação conjunta do exército da Argentina. E a polícia de Chaco, durante uma noite “x”, em lugar próximo a essa localidade e,

**EXT 1362 / DF**

desses 22 presos, 17 foram identificados, outras duas mulheres e três homens não se conhece até hoje a sua identidade. O fuzilamento disfarçado, como era comum na prática de genocidas da época, como um tiroteio entre a polícia e o grupo da milícia, acontecido durante uma tentativa de fuga dos prisioneiros. Ou seja, foram os fatos imputados – não sei se verdadeiros – extremamente graves.

E, em todos esses casos, com relação a estes crimes, houve o indeferimento da extradição justamente pelo reconhecimento de que, segundo o nosso ordenamento interno, os crimes estariam prescritos e se afastava o requisito da dupla punibilidade, que a jurisprudência clássica e reiterada da Corte reconhece como indispensável ao deferimento da extradição.

Eu estou muito impressionada com os fundamentos do Ministro Fachin, até me comprometo comigo mesma – tamanha a relevância do tema – a refletir sobre eles, mas, por ora, privilegiando essa jurisprudência da Corte, eu peço vênica a Sua Excelência e ao Ministro Barroso, para acompanhar o Ministro Teori na divergência que abriu.

Presidente, se me permite, ainda, também me impressionou, no parecer do Ministério Público, a solução alternativa, mas, como o Ministro Fux já tinha observado, na verdade, estaríamos fazendo uma retroação em *malam partem*, e, no caso, nós estamos em seara penal.

Então, eu acompanho a divergência.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Naquele caso do massacre de *Chiapas*, uma parte foi deferida por causa do sequestro, porque era contínuo, então, nesse caso, nós não acusamos, e, por isso, houve o deferimento, mas por causa disso, porque, quanto aos outros realmente ...

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Mas, neste caso que estamos a examinar, não existe a questão do sequestro.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Do sequestro, e é por isso que o Ministro Fachin lançou o ineditismo.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - Houve a prática do sequestro, mas as pessoas do gênero feminino foram libertadas, e não

**EXT 1362 / DF**

foram libertadas pelo gênero.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhora Presidente, eu me reservo para discorrer um pouco mais sobre o tema quando fizer a minha intervenção, mas, desde logo, eu peço licença para observar que não vejo a retroação da norma penal em *malam partem*, porque, se nós deduzirmos ou entendermos - como alguns fizeram, o Ministro Barroso e o Ministro Fachin e eu também o farei, já adianto - que a imprescritibilidade decorre do *jus cogens* internacional, e esse *jus cogens* é que define os crimes contra a humanidade ou de lesa-humanidade - está em vigor, pelo menos, a partir do término da Segunda Guerra Mundial, com todos os documentos internacionais -. Não vejo como, pelo menos para aqueles aderem a essa tese do *jus cogens* internacional, falar-se em retroatividade, *data venia*.

20/10/2016

PLENÁRIO

EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL

EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA.  
DELITOS DE HOMICÍDIO, SEQUESTRO  
E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA.  
AGENTES PARAESTATAIS DA  
DITADURA ARGENTINA.  
REVOGAÇÃO DA LEI DE ANISTIA  
ARGENTINA. NATUREZA DE CRIMES  
CONTRA A HUMANIDADE.  
IMPRESCRITIBILIDADE.  
INAPLICABILIDADE. AUSENTE  
*OPINIO JURIS* QUANTO À NATUREZA  
*JUS COGENS* DA  
IMPRESCRITIBILIDADE. DIFERENÇA  
ENTRE O SISTEMA DO *COMMON LAW*  
E O SISTEMA DO *CIVIL LAW* QUANTO  
À ASSIMILAÇÃO DE NORMAS NÃO  
ESCRITAS, DO COSTUME E DA  
JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE  
PRIMÁRIA DO DIREITO. RESERVA DE  
LEI FORMAL COMO GARANTIA  
FUNDAMENTAL EM MATÉRIA PENAL.  
RELEVANTES ARGUMENTOS DE  
ORDEM DEMOCRÁTICA,  
REPUBLICANA E CONSTITUCIONAL  
QUE IMPEDEM A INCIDÊNCIA  
RETROATIVA DE NORMAS PENAIIS,  
QUE NÃO SE AFASTA PELA ALEGADA  
VIGÊNCIA DE NORMA NÃO ESCRITA.  
FUNDAMENTOS JURÍDICOS E  
METAJURÍDICOS DA PRESCRIÇÃO NO  
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:



EXT 1362 / DF

LEGITIMIDADE, COMO LIMITAÇÃO DO EXERCÍCIO POLÍTICO DO *JUS PUNIENDI*. EXIGÊNCIA DE ATUAÇÃO TEMPESTIVA DOS ÓRGÃOS DE PERSECUÇÃO PENAL ESTATAL, COMO EXIGÊNCIA DO DIREITO DAS PRÓPRIAS VÍTIMAS E DA SOCIEDADE, BEM COMO PARA PACIFICAÇÃO SOCIAL E ESTABILIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO PARA AS VÍTIMAS E FAMILIARES, QUE SÃO TITULARES DE DIREITO IMPRESCRITÍVEL À INDENIZAÇÃO E À REVELAÇÃO DA VERDADE. PERECIMENTO, UNICAMENTE, DO *JUS PUNIENDI* ESTATAL, QUE É TITULARIZADO PELA SOCIEDADE. CRIMES IMPUTADOS AO EXTRADITANDO, OCORRIDOS ENTRE 1973 E 1975. DECORRIDOS 40 ANOS ENTRE A DATA DOS FATOS E O INÍCIO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. IRRECUSABILIDADE DA INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. EXTRADIÇÃO INDEFERIDA.

**V O T O**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (VOGAL):** Senhora Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Advogados e Estudantes aqui presentes.

Inicialmente, cumprimento a cultura dos votos dos Ministros que me

**EXT 1362 / DF**

antecederam, e que dispensariam a leitura de grande parte do meu voto.

Cuida-se de saber se os fatos imputados ao extraditando preenchem o requisito da dupla punibilidade, necessário ao deferimento da extradição, tendo em vista que os delitos – ocorridos na década de 1970 – vieram a ser declarados, em 2006, como crimes contra a humanidade e, por isso, imprescritíveis, perante a justiça do Estado Requerente.

Em casos semelhantes, a dizer, no julgamento da Ext. 974 (Rel. para acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. 06/08/2009) e da Ext. 1150 (Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 19/05/2011); bem como a Segunda Turma desta Corte, no julgamento da Ext. 1278 (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18/09/2012), todas requeridas pela República da Argentina, o Plenário do Supremo Tribunal Federal **declarou prescritos crimes de homicídio** imputados aos respectivos requeridos, envolvendo exatamente circunstâncias fáticas idênticas às narradas na inicial do presente processo de Extradição.

Constou da ementa da Ext. 1150, *verbis*:

*“[...] Ressalvada a categórica prescrição dos crimes de homicídio descritos no presente pedido de extradição, o Estado Requerente dispõe de competência jurisdicional para processar e julgar os demais crimes imputados ao Extraditando, que teria sido autor de atos que supostamente configuram o tipo penal de “desaparecimento forçado de pessoas”, estando o caso em perfeita consonância com o disposto no art. 78, inc. I, da Lei n. 6.815/80 e com o princípio de direito penal internacional da territorialidade da lei penal. [...] Art. 77, inc. VI, da Lei n. 6.815/80: ocorrência de prescrição da pena referente aos crimes de homicídio qualificado, sob a análise da legislação brasileira”.*

Por seu turno, assentou-se na Ext. 1278: *“Prescrição dos crimes de tortura e homicídio, segundo o ordenamento jurídico brasileiro”.*

Deveras, os referidos pleitos extradicionais foram autorizados, parcialmente, apenas quanto ao crime de desaparecimento forçado, tendo em vista a regra do art. 111 do Código Penal Brasileiro, segundo o qual a prescrição dos crimes de consumação permanente não corre enquanto não houver cessado a permanência.

EXT 1362 / DF

Naqueles julgados, este Tribunal ressaltou, ainda, a **impossibilidade de aplicação da pena de prisão perpétua**, por **contrariar o ordenamento constitucional brasileiro** – em **clara aplicação de norma da Constituição brasileira protetiva de direitos fundamentais**, em extensão maior do que a do Estado Requerente e até mesmo de instrumentos internacionais de direitos humanos de que o Brasil é signatário.

O presente caso é revelador de crimes supostamente praticados em condições idênticas, sem imputação do crime de desaparecimento forçado no país de origem, a determinar a prescrição dos delitos de homicídio, sequestro e formação de quadrilha, quanto ao Requerido, que é acusado de ter participado de sua prática, entre 1973 e 1975 – passados, portanto, mais de quarenta anos.

Para a análise da *vexata quaestio*, especificamente o tema da imprescritibilidade de crimes contra a humanidade - à qual se pretende emprestar caráter de regra não escrita, cogente e atemporal do Direito Internacional -, é preciso considerar que sua exata compreensão demanda cautela, necessária a conter ímpetos punitivos - ainda que, evidentemente, bem intencionados -, de teses entusiastas da suposta incidência do *jus cogens* em matéria penal.

Importante lição pode ser extraída eminente Ministro Celso de Mello, em voto proferido na ADPF 153, em que registrou que eventual regra de imprescritibilidade que venha a ser introduzida no ordenamento jurídico brasileiro não se aplica retroativamente, diante da garantia fundamental, inscrita em cláusula pétrea, de irretroatividade da lei penal mais grave, bem como de que, **em matéria penal, é inafastável o postulado constitucional da reserva de lei formal**. Leio extrato do mencionado voto, *verbis*:

*“o sistema constitucional brasileiro impede que se apliquem leis penais supervenientes mais gravosas”. Além disso, fez notar que “a cláusula constitucional inscrita no art. 5º, XL, da Constituição, que consagra o princípio da irretroatividade de diplomas normativos mais gravosos – incide, no âmbito de sua aplicabilidade, unicamente, sobre as normas de direito penal material, que, no plano da tipificação, ou*

EXT 1362 / DF

no da definição das penas aplicáveis, ou no da disciplina do seu modo de execução, ou, ainda no do reconhecimento das causas extintivas da punibilidade (como a imprescritibilidade penal), agravem a situação jurídico-penal do indiciado, do réu ou do condenado. Como já observado neste julgamento, a pretensão punitiva do Estado, caso acolhida a postulação deduzida pela parte ora arguente, achar-se-ia atingida pela prescrição penal, calculada esta pelo prazo mais longo (20 anos) previsto em nosso ordenamento positivo. Nem se sustente, como o faz o Conselho Federal da OAB, que a imprescritibilidade penal, na espécie ora em exame, teria por fundamento a 'Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade'. Mostra-se evidente a inconsistência jurídica de semelhante afirmação, pois, como se sabe, essa Convenção das Nações Unidas, adotada em 26/11/1968, muito embora aberta à adesão dos Estados componentes da sociedade internacional, jamais foi subscrita pelo Brasil, que a ela também não aderiu, em momento algum, até a presente data, o que a torna verdadeira 'res inter alios acta' em face do Estado brasileiro. Isso significa que a cláusula de imprescritibilidade penal que resulta dessa Convenção das Nações Unidas não se aplica, não obriga nem vincula, juridicamente, o Brasil, quer em sua esfera doméstica, quer no plano internacional.

[...]

Cabe observar, de outro lado, que o Conselho Federal da OAB busca fazer incidir, no plano doméstico, uma convenção internacional de que o Brasil sequer é parte, invocando-a como fonte de direito penal, o que se mostra incompatível com o modelo consagrado na Constituição democraticamente promulgada em 1988. Ninguém pode ignorar que, **em matéria penal, prevalece sempre o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal**. Esse princípio, além de consagrado em nosso ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), também encontra expresso reconhecimento na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 9º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15), que

EXT 1362 / DF

*representam atos de direito internacional público a que o Brasil efetivamente aderiu. O que se mostra relevante, no entanto, como adverte a doutrina (LUIZ FLÁVIO GOMES/VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, 'Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, vol. 4/122, 2008, RT), é que, 'no âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamentar, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. Dentre as garantias que emanam do princípio da legalidade, acham-se a reserva legal (só o Parlamentar pode legislar sobre o Direito Penal incriminador) e a anterioridade ('lex populi' e 'lex praevia', respectivamente. Lei não aprovada pelo Parlamentar não é válida (...). Não se pode também desconhecer, considerado o princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal, que o tema da prescrição subsume-se ao âmbito das normas de direito material, de natureza eminentemente penal, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamentar, como adverte autorizado magistério doutrinário [...]. Isso significa, portanto, que somente lei interna (e não convenção internacional, muito menos aquela sequer subscrita pelo Brasil), pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal, direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescrição ou à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir, ressalvadas, por óbvio, cláusulas constitucionais em sentido diverso, como aquelas inscritas nos incisos XLII e XLIX do art. 5º da nossa Lei Fundamental" (ADPF 153, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 29/04/2010).*

Sob este ângulo, em matéria penal, exige-se **lei em sentido formal**, afigurando-se insuficiente a previsão de tipos penais em tratados ou convenções internacionais, mesmo que ratificados pelo Brasil, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal:

"[...]

*Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao*

**EXT 1362 / DF**

*âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (STF). – As convenções internacionais, como a Convenção de Palermo, não se qualificam, constitucionalmente, como fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação de crimes e à cominação de sanções penais" (RHC 121.835-AgR, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, unânime, j. 13/10/2015).*

No mesmo sentido: RHC 124.082, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, unânime, j. 09 /12/2014; HC 96.007, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, unânime, j. 12/06/2012; HC 94.404, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, unânime, j. 18/11/2008.

Com efeito, a distinção entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, quando se cuida de conferir ao costume, à jurisprudência de Cortes Internacionais e às chamadas “*normas não escritas*” o caráter de fonte primária do direito, impede a assimilação, sem maiores cautelas, de conceitos incompatíveis com a configuração sistêmica de nosso ordenamento jurídico-constitucional, máxime em matéria penal.

Por isso que a atribuição de caráter *jus cogens* a uma norma do direito internacional exige, para sua configuração, o atendimento aos requisitos do art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, segundo a qual “*uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto*” e da qual “*nenhuma derrogação é permitida*”.

Paralelamente, é crucial que se faça a distinção, de um lado, a cogência da criminalização, que se verifica; e, de outro lado, a cogência da imprescritibilidade, que não se encontra definitivamente cristalizada no Direito Internacional.

Noutras palavras:

(i) de um lado, revela-se legítimo assentar a **imperatividade da criminalização** condutas inseridas no conceito de crimes contra a humanidade, tendo em vista tanto as legislações internas dos Estados quanto os numerosos atos normativos da comunidade internacional sobre a matéria, que, de longa data e usualmente, tipificam como crime a

**EXT 1362 / DF**

prática de homicídio, tortura, sequestro, associação criminosa, em circunstâncias determinadas; ainda que haja exceções, constituídas por governos totalitários ou ditatoriais, a regra na Comunidade das Nações é que aquelas condutas sejam criminalizadas e consideradas ilícitas, o que revela a existência de uma norma de *jus cogens* quanto à criminalização;

(ii) de outro lado - **e é o que importa no presente caso – não se verifica esse mesmo reconhecimento de imperatividade da regra de imprescritibilidade**, que confere ao Estado o direito de punir a qualquer tempo, sem a fixação de pressupostos ou critérios que justifiquem essa concessão ilimitada de tempo para o exercício de poder penal.

Por estas razões, é importante considerar que a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, aberta à assinatura em 1968, que jamais foi ratificada pelo Brasil, revelou adesão diminuta e, atualmente, passados quase 50 anos, conta com apenas 53 assinaturas.

Sobre o tema, segundo os pesquisadores CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT e JOHN DUGARD “A resistência à Convenção das Nações Unidas de 1968 se explicaria pelo apeço ao princípio da não-retroatividade da lei penal” (VAN DEN WYNGAERT, Christine; DUGARD, John. Non-applicability of Limitations in the Rome Statute of the International criminal Court, A Commentary. Oxford, 2002, pp. 873-888).

Na mesma linha, a avaliação de RATNER e ABRAMS é de que **o modesto nível de adesão à Convenção** sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 1968, e à Convenção Européia sobre os Crimes contra a Humanidade e os Crimes de Guerra, de 1974, **demonstra a falta de consistência costumeira da regra da imprescritibilidade** (R. RATNER & J.S. ABRAMS. Accountability for Human Rights Atrocities. In: International Law, Beyond the Nuremberg Legacy. Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 26).

Impende considerar que o primeiro Estado a ratificar a Convenção sobre Imprescritibilidade foi a União Soviética, então controlada por partido único, seguida pelos países de seu campo de influência,

EXT 1362 / DF

ressaltando que “Estados da área de influência soviética mostraram-se, frente ao princípio da imprescritibilidade, mais uniformes e receptivos em suas escolhas legislativas que algumas democracias da Europa ocidental” (VELLOSO, Ana Flávia Penna. A imprescritibilidade dos crimes internacionais. In: III Anuário Brasileiro de Direito Internacional, Vol. 1, 2008, p. 14. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27118.pdf>. Acesso em: 29/09/2016).

Conforme magistralmente ressaltado por Ana Flávia Velloso, “*Sob a ótica das ordens jurídicas da common law, onde o princípio da prescrição é pouco ou nada conhecido, essa norma não inova. Nos países de tradição romano-germânica, entretanto, a imprescritibilidade excepciona a regra genérica da prescrição penal e desafia seus fundamentos filosóficos, estes associados à própria justificação do direito de punir que tem o Estado*” (Velloso, 2008, p. 15).

Noutro prisma, malogram as teses da cogência da imprescritibilidade, quando se constata que a própria elaboração das normas Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional revela a **inexistência de opinio juris a justificar a inclusão da imprescritibilidade no plano do jus cogens internacional**. Deveras:

(i) não se reproduziu, no artigo 29 do Estatuto de Roma, a **retroatividade** da imprescritibilidade que havia sido prevista na Convenção de 1968;

(ii) “A leitura dos trabalhos preparatórios do Estatuto de Roma faz sentir o caráter duvidoso da idéia de que o artigo 29 codifica uma regra costumeira internacional. A maior parte das cinco propostas ali apresentadas prestigiava o princípio da prescrição” (VELLOSO, 2008, p. 20).

Consectariamente, ao contrário do que respeitáveis opiniões entusiastas da tese do *jus cogens* costumam indicar, **constata-se que:**

(i) inexistente consenso sobre a aplicação atemporal da regra da imprescritibilidade, para fatos praticados quando inexistia previsão legal de sua aplicação;

(ii) a Convenção de 1968 não foi aceita pela maioria da comunidade internacional, não em decorrência de teorias voltadas à proteção de



**EXT 1362 / DF**

criminosos e violadores de direitos humanos - as quais devem ser repudiadas com veemência -, mas sim de **considerações de ordem democrática e republicana**, voltadas ao **respeito** das normas jurídicas, caracterizador do Estado de Direito, que, segundo pesquisadores, impediram a aceitação da regra de imprescritibilidade prevista em caráter retroativo na referida Convenção, quais sejam: a impossibilidade de revogação de regras constitucionais e legais que estabelecem a prescritibilidade da pretensão punitiva estatal, a irretroatividade da lei penal mais gravosa e a reserva formal de lei em matéria penal.

Por fim, mas não menos importante, é preciso reafirmar a supremacia da Constituição da República e, em especial, das cláusulas pétreas nela inscritas, **sobre todas as demais normas, atos ou fatos juridicamente relevantes**.

As normas da Constituição da República não podem ser afastadas por meio ou a título de adesão a tratados, convenções ou decisões de Cortes Internacionais que cuidem de direitos humanos.

A toda evidência, cabe ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, acima de todas as demais disposições jurídicas que se pretendam integrar ao ordenamento nacional. A posição altaneira da Lei Fundamental, ato que constitui o Estado Brasileiro e lhe conforma a existência, foi reafirmada em julgamentos deste Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 349.703, que concluiu no sentido de conferir caráter supralegal, mas infraconstitucional, aos instrumentos jurídicos internacionais de proteção de direitos humanos, ratificados e promulgados no país, razão pela qual estes diplomas – e as decisões das Cortes Internacionais neles fundadas - devem obediência aos ditames da Constituição da República.

O entendimento assentado no julgamento do RE 349.703, quanto ao caráter **supralegal, mas infraconstitucional** dos Tratados de proteção de direitos humanos, encontra-se assim plasmado:

*“[...] o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna” (Tribunal Pleno, Rel. para acórdão Min.*

**EXT 1362 / DF**

Gilmar Mendes, j. 03/12/2008).

Esta mesma compreensão foi reiterada no HC 96.772, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello; e HC 88.240, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 07/10/2008, dentre outros.

*A fortiori*, as decisões fundadas nestes Tratados, ainda que proferidas pelas reconhecidas Cortes Internacionais voltadas à proteção de direitos humanos, devem passar por **filtragem constitucional** para ter sua validade verificada, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal;

Conclui-se que, mesmo nas relações de Direito Internacional Público, como deve ser a Extradição, **prevalece a imposição das normas constitucionais**, máxime as que consubstanciam cláusulas pétreas, que não poderiam ser afastadas nem mesmo por emenda constitucional. As normas insculpidas no art. 5º da Constituição da República prevalecem sobre todas aquelas que com elas estejam em conflito, mesmo as que estejam eventualmente registradas em instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos;

Neste sentido pode ser compreendido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ext. 855 (Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26/08/2004), quando foi alterada a jurisprudência, para que passasse a prevalecer norma fundamental inscrita na Constituição da República que proíbe, entre outras, a pena de prisão perpétua (no art. 5º, XLVII), muito embora se cuide de pena prevista em Tratados Internacionais de que o Brasil é signatário, inclusive o Estatuto de Roma. Eis o que contido no mencionado aresto, que tratava de imputação de crime de terrorismo (subsumido, à época, ao tipo penal do homicídio, no Brasil):

“[...]”

*EXTRADIÇÃO E PRISÃO PERPÉTUA: NECESSIDADE DE PRÉVIA COMUTAÇÃO, EM PENA TEMPORÁRIA (MÁXIMO DE 30 ANOS), DA PENA DE PRISÃO PERPÉTUA - REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM OBEDIÊNCIA À DECLARAÇÃO CONSTITUCIONAL DE DIREITOS (CF, ART. 5º, XLVII, "b"). - A extradição somente será deferida pelo Supremo Tribunal Federal,*

**EXT 1362 / DF**

*tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto a ela, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutá-la em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CP, art. 75), eis que os pedidos extradicionais - considerado o que dispõe o art. 5º, XLVII, "b" da Constituição da República, que veda as sanções penais de caráter perpétuo - estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira. Doutrina. Novo entendimento derivado da revisão, pelo Supremo Tribunal Federal, de sua jurisprudência em tema de extradição passiva [...]"*.

É evidente, ainda, que a norma que estabelece a imprescritibilidade de delitos, embora esteja teleologicamente voltada a proteger vítimas de violações de direitos humanos, consubstancia, por outro lado, uma ampliação de poderes estatais em matéria penal, que poderá ser exercido contra qualquer acusado, a qualquer tempo, razão pela qual não se alça à categoria de norma consagradora de direitos humanos, em sua forma pura. Deveras, a aplicação retroativa de previsão legal de imprescritibilidade de delitos, ainda que nutrida de bons propósitos, revelaria até mesmo contornos do odioso direito penal do inimigo, voltado à supressão de garantias em nome de uma resposta penal forte e de uma punição exemplar, a representar um custo elevado para o Estado Democrático de Direito.

Uma palavra final sobre os fundamentos jurídicos e metajurídicos da regra da prescrição penal nos sistemas da *civil law*.

Por um lado, muito se clama pela revisão de alguns prazos prescricionais e de regras que admitem a prescrição retroativa pela pena *in concreto* – temas que podem ser legitimamente debatidos pelo Congresso Nacional brasileiro.

Por outro lado, contudo, é de se registrar que a imposição de prazos para o exercício legítimo do poder punitivo estatal volta-se à garantia de uma atuação estatal célere e justa na resposta ao delito, impedindo-se a dispersão e perda das provas que decorre da passagem do tempo e eventual erro judiciário dela oriundo.

Além disso, é por meio da prescrição que se limita a possibilidade de

**EXT 1362 / DF**

usos políticos do exercício do poder punitivo e se limita a arbitrariedade quanto à escolha do momento do seu exercício, que, de outro modo, restaria juridicamente insindicável.

Daí porque, *prima facie*, as regras de prescrição – máxime quando estabelecidos prazos proporcionais à gravidade do delito – **não representam desconsideração com a situação da vítima ou de seus familiares.**

Em primeiro lugar, é reconhecido o direito da vítima ou de seus familiares de buscarem a reparação cível pelas graves violações de direitos fundamentais sofridas por ação criminosa de agentes estatais ou para-estatais. A obrigação civil decorrente destes ilícitos é imprescritível, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, inclusive em precedentes de minha lavra.

Em segundo lugar, o titular do *jus puniendi* é o Estado, razão pela qual o processo ou a condenação do acusado não pode ser interpretada como direito subjetivo da vítima, muito embora seja louvável que a resposta estatal lhe pareça justa e adequada ao prejuízo sofrido;

Por via de consequência, a previsão de prazos prescricionais promove previsibilidade quanto ao exercício do *jus puniendi* e contribui para outros valores fundamentais da sociedade, como deve ser a segurança jurídica, a pacificação social e a estabilização das relações jurídicas.

Finalmente, não se revela juridicamente válido assentar que prazos prescricionais de 20 anos – como os que estão em jogo no caso *sub judice* – tenham constituído ou consubstanciem abstratamente verdadeiro impedimento ou obstáculo insuperável legal à perseguição e punição de violações de direitos humanos.

O prazo é, a toda evidência, amplíssimo e, inegavelmente, consumou-se diante da inação dos órgãos de persecução penal da Argentina, apesar de, **há mais de 30 anos**, não mais vigorarem os governos autoritários que dominaram a região latino-americana.

Em resumo, julgo inaplicável a tese da imprescritibilidade ao caso concreto, considerada, entre outros motivos enunciados em meu voto: (1)

**EXT 1362 / DF**

a ausência de caráter de *jus cogens* da regra da imprescritibilidade; (2) a não ratificação, pelo Brasil, da Convenção de 1968 sobre imprescritibilidade – que foi rejeitada por vários países democráticos, aparentemente por reprovarem a retroatividade nela prevista; (3) a reserva de lei formal em matéria penal, nos termos da Constituição da República; (4) a garantia constitucional da irretroatividade da lei penal mais grave; (5) a supremacia da Constituição sobre normas com ela conflitantes, ainda que contidas em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, diante de sua hierarquia de norma supralegal, mas infraconstitucional (certo, ainda, que a regra da imprescritibilidade penal, ao conferir livre arbítrio quanto ao tempo do exercício do *jus puniendi* estatal, não configura uma norma puramente protetora de direitos humanos); (6) os prazos de prescrição dos delitos, a alcançar 20 anos, são suficientemente extensos para a correta investigação e punição dos crimes, por isso que não se podem caracterizar como norma voltada à proteção de violadores de direitos fundamentais, tampouco se constituem como impedimento ou obstáculo ao exercício do *jus puniendi*; (7) inoccorrência de desamparo ou desatenção às vítimas de violações ou aos seus familiares, que titularizam direito subjetivo e imprescritível à reparação cível dos danos sofridos e à revelação da verdade; (8) por fim, considerados os precedentes do Supremo Tribunal Federal nas Extradicações 974, 1150 e 1248, que aplicaram a regra da prescrição a casos idênticos ao presente.

*Ex positis*, com a vênua do Relator e dos eminentes Ministros que o acompanharam, **indefiro o pedido de Extradicação**, diante do não atendimento do requisito da dupla punibilidade.

É como voto.

20/10/2016

PLENÁRIO

EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhora Presidente, também eu cumprimento o belíssimo e bem fundamentado voto trazido pelo eminente Relator, e com a lealdade que Sua Excelência colocou o tema a respeito da punibilidade já estar extinta sob a óptica da lei brasileira, o que faz também com que eu, na linha dos votos dos Ministros **Teori**, **Rosa** e, agora, **Fux**, divergindo de Sua Excelência e do Ministro **Barroso**, indefira a extradição.

**20/10/2016****PLENÁRIO****EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhora Presidente, a Suprema Corte está sendo chamada para se posicionar com relação a uma questão absolutamente nova, que jamais foi enfrentada pela Corte, tanto é que o feito que, ordinariamente, é julgado nas Turmas. Trata-se de uma extradição - passou a ser analisado pelo Plenário. Foi afetado ao Plenário pelo eminente Relator Ministro Edson Fachin, diante da importância que o tema tem. E o Supremo Tribunal Federal está sendo chamado a se posicionar com relação aos graves acontecimentos que estão ocorrendo no mundo, os conflitos no Leste Europeu, no Oriente Médio, na África Subsaariana, que envolvem civis inocentes, e que estão provocando as migrações em massa na Europa, um problema seríssimo, enfrentado pelo Concerto Internacional das Nações, o que até o momento não encontrou nenhuma solução para ele.

Nós estamos diante de uma seríssima crise mundial, em face destes eventos, aos quais o Papa Francisco denomina de Terceira Guerra Mundial, uma guerra não declarada. E o Supremo Tribunal Federal está sendo convocado, agora, a se pronunciar sobre esses atos que a doutrina internacional resolveu classificar de crimes de lesa-humanidade.

Jamais nós nos posicionamos sobre essa questão e sobre a questão da prescritibilidade ou não desses atos monstruosos, que, infelizmente, não só vêm se reiterando, a partir da Segunda Guerra Mundial, como vêm se agravando.

Eu trago um voto relativamente alentado, do qual farei a leitura de alguns trechos, muito breves, porque me parece que o tema é da maior importância, e penso que a Suprema Corte do Brasil não pode mais ficar alheia ao que se passa nas cortes internacionais, o que ocorre nas comissões de proteção dos direitos humanos, nos organismos multinacionais e dizemos: Não, aqui, vamos tratar somente esses temas sob a ótica da soberania interna, enfim, sob a ótica da legislação positiva.

**EXT 1362 / DF**

Eu acho que nós precisamos nos abrir para o mundo. E é nesse sentido, com todo o respeito aos votos divergentes, é que eu trago o meu entendimento.



20/10/2016

PLENÁRIO

EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem examinados os autos, entendo que a pretensão, tal como formulada, merece acolhimento. Isso porque, tenho a convicção de que esta Corte tem um encontro marcado com a questão dos crimes de lesa-humanidade, onde vamos ter que assumir uma posição com relação a isso: se são ou não imprescritíveis.

Com efeito, não vejo a retroação da norma penal em *malam partem*, porque, se nós deduzirmos ou entendermos que a imprescritibilidade decorre do *jus cogens* internacional, e esse *jus cogens* é que define os crimes contra a humanidade ou de lesa-humanidade – está em vigor, pelo menos, a partir do término da Segunda Guerra Mundial, com todos os documentos internacionais. Por esse motivo, não vejo como, pelo menos para aqueles que aderem a essa tese do *jus cogens* internacional, falar-se em retroatividade, *data venia*.

De fato, a Convenção de Haia II (*Convention with respect to the Laws and Customs of War on Land*), ratificada pelo Brasil em 25/2/1907, traz em seu corpo a denominada *Martens Clause* - considerada a gênese do que posteriormente seria denominado de crimes contra humanidade – cujo teor, por oportuno, reproduzo:

*“Until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, **populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law**, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity, and the requirements of the public conscience”* (grifei).

**EXT 1362 / DF**

Posteriormente, nos julgados de Nuremberg e de Tóquio, é que se verifica a precisa definição dos crimes lesa-humanidade na Carta de Londres do Tribunal Militar Internacional, consoante art. 6º da segunda seção:

*“(c) CRIMES AGAINST HUMANITY: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated”.*

Por sua vez, em nosso ordenamento jurídico, o art. 5º, XLII e XLIV, da Constituição Federal trata como imprescritíveis os seguintes crimes:

“XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

“XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

No mesmo sentido, há que se observar o comando constitucional que importa na prevalência dos direitos humanos e no repúdio ao terrorismo como princípios que regem a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, II e VIII, da CF).

Soma-se a este, o contido no art. 5º, § 2º, ao dispor que “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**” (grifei).

Ademais, observo que o texto constitucional não indica

**EXT 1362 / DF**

expressamente, tampouco através de seus princípios e normas implícitas, a prescrição como garantia fundamental, sendo regulada em legislação ordinária.

Destaco, finalmente, que a EC 45/2004, ao incluir o §3º e 4º ao art. 5º da CF, tornou equivalente ao status de emenda constitucional “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros” e, vinculou o Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

No caso em exame, estes foram os crimes imputados ao extraditando no Processo 1075/2006:

“a. Participação ou organização de uma associação ilícita chamada ‘*Triple A*’ que operou entre os anos 1973 e 1975, cujo acionar 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,

**EXT 1362 / DF**

armadas, deslocando-se em vários carros, contra o salão do Partido Socialista dos Trabalhadores, localizado em EI 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)".

A meu ver - observados os crimes imputados ao extraditando, o reconhecimento pelo Brasil da vinculatividade dos tratados internacionais e a sua submissão ao Tribunal Penal Internacional – há que se reconhecer a imprescritibilidade dos crimes praticados pelo extraditando.

Esse também foi o entendimento firmado no parecer do Ministério Público Federal, de lavra da Subprocuradora-Geral da República, Cláudia Sampaio Marques, ao destacar que:

"8. No direito brasileiro os crimes encontram correspondência nos arts. 288, parágrafo único, (associação criminosa armada), 148 (sequestro e cárcere privado) e 121 (homicídio), todos do Código Penal, estando presente o

**EXT 1362 / DF**

requisito da dupla tipicidade.

9. Com relação à dupla punibilidade, a natureza de crimes contra a humanidade dos atos atribuídos ao extraditando foi formalmente reconhecida pela Justiça argentina, conforme decisão juntada aos autos (tradução às fls. 219 verso/228). Trata-se, assim, de crime imprescritível, o que dispensa o exame das normas do direito argentino que fixam os prazos de prescrição.

10. 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, [sic]

11. Como 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 insuscetibilidade de concessão de anista'*.

12. 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)<sup>4</sup>; 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)<sup>11</sup>; j) Resolução 2840

**EXT 1362 / DF**

(Assembléia Geral da ONU, 1971)<sup>12</sup>; 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).

13. 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 à dignidade humana - fundamento de todos os direitos fundamentais - fiquem impunes.

14. 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.

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

16. Poder-se-ia dizer que as normas do direito internacional não são de obrigatória 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.

17. E, citando precedente da Corte Suprema da Justiça argentina no julgamento sobre as Leis 'Ponto Final' e 'Obediência Devida', acentuou que *'de nada serviria la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera*

**EXT 1362 / DF**

*frustrada o modificada por interpretaciones basadas em uno u outro derecho nacional'" (grifei; fls. 561-566).*

Por essas singelas razões, pelo meu voto, defiro a extradição, em parte, nos termos do parecer da Procuradoria.

20/10/2016

PLENÁRIO

EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL

**APARTE**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Eu entendo que o Brasil não está abdicando dessa cooperação internacional nem desse dever. No meu modo de ver, por dois motivos: primeiro, porque consagrou na Constituição; segundo, porque, em 2002, internalizou aquele tratado de Roma que prevê a imprescritibilidade.

O que estamos divergindo é com relação à retroação dessa imprescritibilidade para uma época em que não havia adesão da comunidade internacional, e por isso não era *jus cogens*.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Esse é o ponto, Ministro. O que estou afirmando, com o devido respeito, é que esse é um tema que não tem nada a ver com a jurisprudência até agora cristalizada pela Corte. Porque, desde 1945, ou pelo menos desde 1950, a partir do Tribunal Nuremberg, esses conceitos foram internalizados, aprovados, ratificados pela Assembleia-Geral da ONU, sob a forma de uma resolução. Passou-se a entender que tais crimes são imprescritíveis. Então, a partir daí, não há que se falar em não retroação porque os crimes que ora examinamos nessa extradição foram posteriores a esses acontecimentos.



20/10/2016

PLENÁRIO

EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL

**V O T O**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:** Esta extradição é postulada por crimes que remontam à década de 1970. O ponto de controvérsia é a superação da prescrição da pretensão punitiva.

Após os votos dos ministros Edson Fachin e Roberto Barroso, concedendo a extradição, o min. Teori Zavascki votou pela rejeição, invocando a prescrição da pretensão punitiva, de acordo com nosso Direito.

O Relator sustentou que 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”*.

Tenho que a qualificação de crime contra a humanidade dada pelo Estado requerente não vincula o Brasil. O Direito interno confere ao Poder Judiciário o dever de avaliar a legalidade do pedido – art. 102, I, “g”, da CF. A dupla tipicidade e a dupla punibilidade são os marcos jurídicos fundamentais dessa avaliação.

Ressalto que os instrumentos convencionais que regem a extradição – o Tratado de Extradição entre o Brasil e a Argentina (Decreto 62.979/68) e o Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul (Decreto 4975/04) – fazem justamente referência ao direito interno dos países requerente e requerido, para verificação da presença da dupla tipicidade e da dupla punibilidade – respectivamente, artigo III, “c”, e artigo 9.

É praxe do Direito Internacional que o Estado, sob cuja jurisdição está a pessoa, tenha a prerrogativa de avaliação de enquadramento. Isso é reconhecido de forma clara, por exemplo, na Convenção sobre o Terrorismo, de 1971, que, ao tratar da extradição, afirma que *“em todos os*

**EXT 1362 / DF**

*casos compete exclusivamente ao Estado sob cuja jurisdição ou proteção se encontrarem tais pessoas qualificar a natureza dos atos e determinar se lhes são aplicáveis as normas desta Convenção” – artigo 3º.*

Fora isso, tratados bilaterais e multilaterais de extradição fazem referência à dupla tipicidade e à dupla punibilidade.

Ou seja, ao verificarmos, com profundidade, os parâmetros jurídicos, para avaliar se houve prescrição, não estamos descumprindo regra de Direito Internacional. É ela própria que nos remete a essa avaliação do Direito interno. Não há conflito de normas.

A violação ao artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Decreto 7.030/09) ocorreria se déssemos prevalência ao Direito interno, em caso de conflito aparente com o Tratado. Por exemplo, se o Brasil assinasse um tratado obrigando-se a extraditar nacionais, depois invocasse o art. 5º, LI, da CF, para recusar a entrega.

Em verdade, o país que recebe o pedido de extradição tem compromisso com os direitos do extraditando. Acima de tudo, não pode expô-lo a riscos concretos, em relação a direitos humanos ou fundamentais – princípio da não devolução. Nesse sentido, por exemplo, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados – artigo 33 do Decreto 50.215/61.

É justamente por isso que o ordenamento jurídico brasileiro prevê uma fase judicial obrigatória na extradição passiva e a confia ao encargo de sua mais elevada Corte. A jurisprudência do STF é firme em jamais lavar as mãos na extradição, mesmo nos casos em que o extraditando esteja assente com o pedido – por exemplo, EXT 1.401, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 8.3.2016.

Diferentemente, até de muitas constituições, a Constituição

**EXT 1362 / DF**

brasileira, no artigo 5º, não distingue entre brasileiros e estrangeiros, a não ser naqueles tópicos específicos, como direitos ligados à nacionalidade. Em alguns sistemas distinguem-se aqueles direitos de cidadania e aqueles que são chamados direitos humanos. Aqui, no artigo 5º, *in genere*, a Constituição contemplou a todos, brasileiros e estrangeiros, esses direitos. Inclusive, evidentemente, o princípio do *nullum crimen, nulla poena sine proevia lege*, que foi objeto já de discussão. Essa é uma garantia que se aplica, igualmente, a brasileiros e a estrangeiros. Nesse ponto, não se trata de adotar qualquer ideologia. Trata-se de aplicar o direito segundo boas regras de hermenêutica, independentemente de quem se trate, de quem esteja sendo alvo de eventual persecução penal. Já é clássico entre nós que o sistema será devidamente testado quando proteger as mais diversas pessoas.

O ministro Sepúlveda Pertence, sempre muito bem lembrado nesta Casa, não cansava de destacar uma fórmula de Frankfurter, que dizia que, em geral, as garantias penais e essas doutrinas no âmbito do Direito Penal, inclusive, desenvolvem-se muitas vezes em relação a pessoas que não são os tipos mais angelicais, porque tipos angelicais não são dados, em princípio, a cometerem crimes, delitos. A *Miranda rule*, por exemplo, desenvolve-se em relação a pessoas suspeitas da prática de crimes. E essas garantias, a despeito da gravidade dos crimes - e ninguém está falando que não se trata de algo grave -, têm de respeitar o devido processo legal e as regras básicas do estado de direito.

E aqui preside essa regra de ouro do *nullum crimen, nulla poena sine proevia lege* que, entre nós, e não é de hoje, abrange inclusive a prescrição. Tanto é que, recentemente, essa questão voltou ao Plenário e reafirmou-se que a nova disciplina da prescrição não se aplica a fatos anteriores – HC 122.694, rel. min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 10.12.2014.

Esse compromisso com os direitos do extraditando é reconhecido, também, pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos

**EXT 1362 / DF**

Humanos – caso Wong Ho Wing *vs.* Peru, sentença de 30 de junho de 2015 – e da Corte Europeia de Direitos Humanos – caso Trabelsi *v.* Bélgica, 140/10, sentença de 16.2.2015.

Ou seja, podemos e devemos verificar o enquadramento dado aos fatos pelo Direito argentino.

Avaliar o enquadramento dos fatos tem o potencial de nos colocar em colisão com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Há maciça jurisprudência da Corte Regional sobre crimes contra a humanidade. O caso mais representativo para este julgamento é o Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, sentença de 26 de setembro de 2006. Tratou-se de um assassinato praticado em 1973. A conclusão do julgamento foi que o nexó com guerra já era desnecessário nesse ponto da história - §§ 94-99.

Também, é importante o precedente tendo o Brasil como parte, que resultou em condenação – caso Gomes Lund *vs.* Brasil, sentença de 24 de novembro de 2010.

O Brasil comprometeu-se a cumprir as decisões da Corte nos casos em que for parte – artigo 68, 1, do Pacto de San José da Costa Rica.

Os precedentes, embora relevantes, não são ações idênticas em causa de pedir e pedido em relação à presente extradição, sendo apenas semelhantes.

Os precedentes têm força persuasiva, mas não vinculam a decisão no presente caso. O compromisso do país com o cumprimento das decisões da Corte Interamericana é limitado a casos na forma do Pacto.

**EXT 1362 / DF**

Aliás, importante lembrar que em Gomes Lund tratou-se de desaparecimentos forçados. Para esses, o STF tem jurisprudência, em extradição, afastando a prescrição sem a localização da vítima.

A despeito das importantes considerações feitas naquele julgamento, e de precedentes que fizeram uma análise do tema, em particular o caso Almonacid, tenho que este Tribunal pode manter o debate numa perspectiva de diálogo entre as cortes.

Assim, mesmo que a extradição venha a ser negada, essa decisão não representará conflito de jurisdições.

A solução de eventual conflito não será simples, nem óbvia. Em outras jurisdições, esse problema foi encarado.

Na Europa, muito se discute sobre a possibilidade de incorporação, pela via do controle jurisdicional de convencionalidade, das decisões do Tribunal de Direitos Humanos, independentemente de intermediação do legislador.

Nicoletta Perlo afirma que *“as decisões da CEDH são a expressão de um órgão internacional e, por consequência, sua integração ao direito interno não é direta”*. (PERLO: 2015, p. 898: *“la jurisprudence de la Cour EDH est l’expression d’un organe international et, par conséquence, son intégration en droit interne n’est pas direct”*).

Na Alemanha, há pelo menos dois precedentes relevantes sobre o tema.

Avaliando julgados do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia – não do Tribunal Europeu de Direitos Humanos –, o Tribunal Constitucional alemão afirmou que sua posição, como corte constitucional, não é de simples deferência.

**EXT 1362 / DF**

Num primeiro caso, de 1974, conhecido por *Solange I*, a Corte alemã afirmou que os direitos fundamentais previstos na Lei Fundamental se sobrelevavam em relação aos direitos reconhecidos no plano transnacional (BVerfGE 37, 271 ff.).

Num segundo julgado, de 1986, esse posicionamento evoluiu, mas também evoluiu o Direito Comunitário, que passou a incorporar direitos fundamentais, inclusive, a reconhecer o catálogo de direitos da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ressalvou-se enquanto as instâncias supranacionais observarem o conteúdo essencial da Lei Fundamental Alemã, a Corte Constitucional deixaria de controlar decisões comunitárias. Essa decisão é conhecida por *Solange II* – BVerfGE 73, 339.

Em suma, nos dois casos, enfatiza-se a importância da interpretação adotada pela Corte nacional, a despeito dos avanços enormes que tivemos, especialmente no modelo europeu, no que diz respeito ao Direito supranacional.

Então, a mim, parece-me que também não devemos nos preocupar, porque a decisão tomada pela Corte Interamericana não nos vincula. Não há decisão específica sobre o caso à qual estaríamos obrigados a seguir.

Também, não me parece que se possa considerar *jus cogens* para o Brasil, na época dos fatos, a consideração sobre o crime contra a humanidade.

Nem vou discutir a questão do Tribunal de Nuremberg. Há muito debate sobre isso; a literatura é vastíssima nessa questão, porque se trata – vamos chamar assim para não falar de tribunal de exceção – de um tribunal especial, sob leis especiais. Um tribunal do vencedor sobre o

**EXT 1362 / DF**

vencido, com regras que são estabelecidas para julgar fatos anteriores. Não é desejável que isso se repita. Tanto é que o Tribunal Penal Internacional agora vem, exatamente, para que não se reedite Nuremberg, para que haja um tribunal, um juiz natural no plano internacional, porque, claro, Nuremberg não é bom paradigma em termos de estatalidade do Direito.

Então, a mim, me parece que esse dado é fundamental. A inclusão e o reconhecimento desses crimes contra a humanidade pelo Brasil dão-se e isso se internaliza no sistema, sem atingir fatos anteriores. Nem precisamos perscrutar, já se fez a análise de tantos casos em que o Tribunal indeferiu, por razões técnicas, razões semelhantes, a extradição, e para não falar em tantos outros em que, também, considerou que não era possível proceder-se à extradição, a despeito da gravidade do delito, fundado exatamente nesses dois elementos: a dupla tipicidade e a possibilidade de persecução do crime pelo Direito brasileiro.

Então, a mim, me parece, Presidente, que não há espaço para outras referências, com as vênias devidas aos votos já proferidos pelo ministro Edson Fachin, que nos trouxe um brilhante estudo; e pelos ministros Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski. O Tribunal tem jurisprudência consolidada que me parece não pode ser afastada.

Por outro lado, a premissa de que o crime contra a humanidade deveria afastar esses outros princípios por serem infraconstitucionais – a dupla tipicidade e a possibilidade de persecução, a não prescrição – levar-nos-ia a nos submeter à vontade do Estado estrangeiro, do Estado requerente, num papel de subalternidade que não é digno sequer das relações que temos nos planos internacionais.

A extradição tem de ser valorizada: há o dever, inclusive, no combate à criminalidade no plano internacional. Do contrário, países tornar-se-iam valhacoutos de criminosos. Mas a extradição há de fazer-se segundo os ditames e prescrições institucionais e legais. Então, a mim, me parece que

**EXT 1362 / DF**

ela tem de ser aplicada real e independentemente de casos e de *backgrounds* de caráter político-ideológico. Nenhuma dúvida em relação a isso.

Concordo com o ministro Roberto Barroso que, nesse ponto, não se pode fazer discriminação. Se se tratasse de um massacre na Argentina, ou em Cuba, ou na Alemanha Oriental, o tratamento haveria de ser o mesmo, inclusive no que diz respeito às regras do devido processo legal. É claro, talvez, tivéssemos dúvida em deferir extradição a Cuba ou à Alemanha Oriental, enquanto existente, porque, segundo nossos paradigmas, teríamos incerteza sobre a regência do estado de direito lá, que bloqueia a extradição. Veja, há uma velha jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que diz que não devemos deferir extradição a países que não observam o devido processo legal e o estado de direito.

Ante o exposto, feitas essas considerações, acompanho a divergência inaugurada pelo min. Teori Zavascki e voto pelo indeferimento da extradição, com as vênias do Relator.



20/10/2016

PLENÁRIO

**EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. EDSON FACHIN</b>
<b>REDATOR DO ACÓRDÃO</b>	<b>: MIN. TEORI ZAVASCKI</b>
<b>REQTE.(S)</b>	<b>: GOVERNO DA ARGENTINA</b>
<b>EXTDO.(A/S)</b>	<b>: SALVADOR SICILIANO</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: DANIEL MOURAD MAJZOUB</b>

**OBSERVAÇÃO**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Presidente, posso fazer um breve comentário?

Eu ouvi e respeito as posições tanto do Ministro Teori como a do Ministro Gilmar, com ótimos argumentos e que, de certa forma, seguem linhas jurisprudenciais da Corte.

A única questão que gostaria de pontuar, porque considero importante, é que a decisão de aplicar o Direito Internacional, a meu ver, não envolve subalternidade. O Direito que será aplicado no Brasil quem decide é o Supremo Tribunal Federal, e, sobre isso, acho que não há nenhuma dúvida. Se o Supremo Tribunal Federal entender que deve incorporar uma norma de Direito Internacional numa determinada questão, é uma posição soberana de quem aceita incorporar. Portanto, a eventual prevalência do Direito Internacional, a meu ver, não envolve subalternidade, e, sim, a decisão soberana de se nós queremos, ou não, numa determinada situação, fazer prevalecer o Direito Internacional.

20/10/2016

PLENÁRIO

**EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, ideologia não se faz presente, no que sempre calcada em ideias decorrentes de política, de teoria política ou econômica, no âmbito do Supremo. Mas devo reconhecer, e, então, subscrevo palavras de José Carlos Barbosa Moreira: aspectos externos, às vezes, influenciam conclusões do Tribunal. Isso não deve ocorrer, uma vez que as decisões precisam estar, acima de tudo, fundamentadas na ordem jurídica constitucional.

Estamos vivenciando época de crise generalizada. Todos pretendem correção de rumos, pretendem dias melhores, inclusive, considerada a vida mundial. Mas esses dias melhores devem vir com observância irrestrita à ordem jurídica. Dela, não se pode discrepar, sob pena de ter-se o critério de plantão, sob pena de ter-se verdadeiro justicamento.

O que constato, Presidente? Que, passados quarenta e dois anos, presente a época dos crimes, ainda se tem feridas abertas no país irmão, a Argentina, porque, muito embora os argentinos tenham caminhado também para o perdão, mediante lei de anistia, acabaram por fulminá-la, ao contrário do que ocorreu no Brasil, no que a Lei brasileira nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, foi placitada, embora – creio – ainda pendentes embargos declaratórios, pela maioria dos integrantes no Supremo.

Eis a minha crença: a passagem do tempo é importantíssima para ter-se segurança jurídica. Daí os institutos da prescrição, da decadência e até mesmo, o do perdão, estampado em Lei de Anistia.

Não se pode afastar do cenário a dupla punibilidade, prevista, reconheço, na Lei nº 6.815/1980 e não na Carta da República. Mas encontra base na Lei Maior do País, a Constituição Federal.

Caso cometido o delito no Brasil, não pudesse mais o extraditando sofrer persecução criminal, não se há de concluir pela possibilidade de entrega, pelo Chefe de Estado, pelo Chefe do Poder Executivo.

No Brasil, a Lei de Anistia ainda não foi suplantada, e, a meu ver, é óbice, por si mesma, à conclusão sobre a viabilidade da extradição. O caso

**EXT 1362 / DF**

concreto não se enquadra sequer na exceção prevista na Lei de Anistia, no § 2º do artigo 1º, porque o extraditando, acusado de prática delituosa que desaguou em seis vítimas – e afasto, portanto, a concepção de crime de lesa-humanidade –, não foi condenado, até aqui, na Argentina.

Subscrevo integralmente o voto proferido pelo ministro Teori Zavascki quanto à prescrição, após entender haver obstáculo, consubstanciado na Lei brasileira de Anistia, presente a dupla punibilidade.

De qualquer forma, se pudesse ser deferida a extradição, teria que ser clausulada - e desejo ferir essa matéria para que não passe em branco, presente o voto do Relator – a entrega, ao compromisso de o Governo requerente de não manter o extraditando em custódia por mais de trinta anos. Segundo o artigo 75 do Código Penal, quando se tem pena por diversos crimes, esse período diz respeito não a cada delito em si – porque poder-se-ia, conforme o rol de práticas delituosas, chegar a tempo muito maior do que os trinta anos –, mas ao somatório das penas de todos os crimes.

Acompanho, Presidente, o voto divergente, e, com isso, passa-se a ter seis votos no sentido da inviabilidade da extradição.

É como voto.

20/10/2016

PLENÁRIO

**EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, tenho uma proposta, considerada a fala do ministro Teori Zavascki quanto ao relaxamento da prisão ou à transformação em regime fechado, uma vez que temos maioria de votos no sentido do indeferimento da ordem: a transformação em custódia domiciliar.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Presidente, Vossa Excelência me permite?

Na sessão passada, o eminente Relator referiu-se, inclusive, ao fato de que esse extraditando estaria doente, preso e doente. Por isso até que eu me apressei em trazer o voto-vista.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Talvez fosse o caso, então, de eu colocar em votação.

Ouçó o Ministro-Relator quanto a essa questão do relaxamento, de uma cautelar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A esta altura, o extraditando tem interesse em permanecer no Brasil.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Senhora Presidente, eu não tenho objeções, inclusive pela coerência de ser fiel à decisão majoritária do Colegiado, como não poderia ser diversamente, ainda que não proclamada em definitivo, mas já há uma corrente majoritária. Portanto, parece-me coerente que haja uma deliberação nesse sentido, quando menos alguma medida alternativa que permita o...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O tratamento.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Exatamente. Então, eu estou de acordo com a proposição do Ministro Teori.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Ministro Fachin, ele está preso há quanto tempo?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Ele está preventivamente preso desde 2014.

**EXT 1362 / DF**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -** Dois anos. E, como ele está doente, o caso seria exatamente da tentativa de um relaxamento para ele se tratar, ou prisão domiciliar com tratamento, mas talvez ouvido antes o órgão onde ele está para saber desse tratamento.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO –** Presidente, eu, por exemplo, voto pela transmutação da custódia em regime fechado em prisão domiciliar.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -** Em prisão domiciliar. Também me parece a medida...

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -** Eu também, pela contradição de seguir a extradição com o réu solto. De modo que eu também acompanharia.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI -** Eu estou de acordo, pela idade do réu, não é? A própria Lei de Execução Penal autoriza expressamente...

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -** Para a integridade física dele, seria o relaxamento que Vossa Excelência propõe ou a prisão domiciliar?

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) -** Estou acolhendo essa ponderação do Ministro Marco Aurélio, secundado pelo Ministro Barroso, de transmutação em prisão domiciliar.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -** A transmutação em prisão domiciliar.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) -** Embora, caso, muito provavelmente, permaneça a maioria, haverá obviamente uma substituição da relatoria, mas, até lá, creio que poderei praticar esse ato ainda nesta condição e assim o farei.

**20/10/2016**

**PLENÁRIO**

**EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. EDSON FACHIN</b>
<b>REDATOR DO ACÓRDÃO</b>	<b>: MIN. TEORI ZAVASCKI</b>
<b>REQTE.(S)</b>	<b>: GOVERNO DA ARGENTINA</b>
<b>EXTDO.(A/S)</b>	<b>: SALVADOR SICILIANO</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: DANIEL MOURAD MAJZOUB</b>

**VISTA**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - A despeito de termos já os seis votos que configuram maioria, eu trouxe também voto escrito. Entretanto, em face de argumentos, especialmente nos votos do Ministro Teori e do Ministro Gilmar, vou pedir licença ao Relator para pedir vista desses autos e trarei em quinze dias, porque, até o final deste mês, já está a pauta fixada. Como eu já estou elaborando a pauta do mês de novembro, na primeira semana, trarei, então, o meu voto, exatamente por causa de alguns argumentos que não gostaria de deixar de relevar.

E, como foi enfatizado no voto do Ministro Fachin, este é um caso que, diferentemente dos outros, nos quais o Ministro Ricardo Lewandowski e eu fomos Relatores, há diferenças que me levaram, num primeiro momento, a não enfatizar alguns argumentos que foram postos, mas que são inéditos.

Por isso, peço vista destes autos.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**EXTRADIÇÃO 1.362**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. EDSON FACHIN**

REQTE.(S) : GOVERNO DA ARGENTINA

EXTDO.(A/S) : SALVADOR SICILIANO

ADV.(A/S) : DANIEL MOURAD MAJZOUN (209481/SP)

**Decisão:** Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que deferia o pedido de extradição, nos termos de seu voto, no que foi acompanhado pelo Ministro Roberto Barroso, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 06.10.2016.

**Decisão:** Após os votos dos Ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, indeferindo o pedido de extradição, e o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, deferindo-o, pediu vista dos autos a Ministra Cármen Lúcia (Presidente). Em seguida, o Tribunal deliberou transformar a prisão do extraditando, atualmente em regime fechado, para prisão domiciliar. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 20.10.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Doralúcia das Neves Santos  
Assessora-Chefe do Plenário

09/11/2016

PLENÁRIO

**EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. EDSON FACHIN</b>
<b>REDATOR DO ACÓRDÃO</b>	<b>: MIN. TEORI ZAVASCKI</b>
<b>REQTE.(S)</b>	<b>: GOVERNO DA ARGENTINA</b>
<b>EXTDO.(A/S)</b>	<b>: SALVADOR SICILIANO</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: DANIEL MOURAD MAJZOUN</b>

**EMENTA:** EXTRADIÇÃO REQUERIDA PELA REPÚBLICA ARGENTINA. DELITOS QUALIFICADOS PELO ESTADO REQUERENTE COMO DE LESA-HUMANIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SOB A PERSPECTIVA DA LEI PENAL BRASILEIRA. NÃO ATENDIMENTO AO REQUISITO DA DUPLA PUNIBILIDADE (ART. 77, VI, DA LEI 6.815/1980 E ART. III, C, DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO). INDEFERIMENTO DO PEDIDO.

1. Conforme pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *“a satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional”* (Ext 683, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Dje de 21.11.2008). Nessa linha, tanto o Estatuto do Estrangeiro (art. 77, VI), quanto o próprio tratado de extradição firmado entre o Brasil e o Estado requerente (art. III, c), vedam categoricamente a extradição quando extinta a punibilidade pela prescrição, à luz do ordenamento jurídico brasileiro ou do Estado requerente.

2. O Estado requerente imputa ao extraditando a prática de delito equivalente ao de associação criminosa (art. 288 do Código Penal), durante os anos de 1973 a 1975, e, no ano de 1974, de crimes equivalentes aos de sequestro qualificado (art. 148, § 2º, do Código Penal) e de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, do Código Penal). Evidentemente, todos esses delitos encontram-se prescritos, porquanto, desde sua consumação, transcorreu tempo muito superior ao prazo prescricional máximo previsto no Código Penal, equivalente a 20 (vinte) anos (art. 109, I). Não consta dos autos, ademais, que se tenha configurado qualquer das



**EXT 1362 / DF**

causas interruptivas da prescrição.

3. A circunstância de o Estado requerente ter qualificado os delitos imputados ao extraditando como de lesa-humanidade não afasta a sua prescrição, porquanto (a) o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem aderiu a ela; e (b) apenas lei interna pode dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão estatal de punir (cf. ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, voto do Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Dje de 6.8.2010).

4. O indeferimento da extradição com base nesses fundamentos não ofende o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Decreto 7.030/2009), uma vez que não se trata, no presente caso, de invocação de limitações de direito interno para justificar o inadimplemento do tratado de extradição firmado entre o Brasil e a Argentina, mas sim de simples incidência de limitação veiculada pelo próprio tratado, o qual veda a concessão da extradição “*quando a ação ou a pena já estiver prescrita, segundo as leis do Estado requerente ou requerido*” (art. III, c).

5. Pedido de extradição indeferido.

09/11/2016

PLENÁRIO

**EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL**

**VOTO**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) –**

Trago o voto-vista e para relembrar a questão posta anoto que esta extradição foi formulada pela República da Argentina, tendo sido o pedido instruído com documentos que noticiaram ter sido decretada pelo Juízo Nacional Criminal Correccional Federal da Cidade de Buenos Aires a prisão preventiva de Salvador Siciliano, que teria praticado delitos descritos nos artigos 40; 142, § 12; 210, do Código Penal Argentino.

Os fatos imputados ao extraditando contêm elementos configuradores, em tese, de crimes de homicídio, sequestro e quadrilha, cujas condutas consistem em matar alguém, privar alguém de sua liberdade mediante sequestro ou cárcere privado. Os fatos pelos quais o extraditando está sendo processado e que foram motivadores da decretação prisão preventiva pela Justiça argentina estão descritos, foram devidamente minudenciados no voto do Ministro-Relator.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo deferimento da extradição neste caso, porque considerou que, além da dupla tipicidade:

*"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" - de que aqui se teria tratado.*

E também a Procuradoria-Geral da República assinalou em seu parecer que:

*"(...) 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 à dignidade humana - fundamento de todos os direitos fundamentais - fiquem impunes.*

*(...)"*

E, citando precedente da Corte Suprema da Justiça argentina no

**EXT 1362 / DF**

juízo sobre as Leis 'Ponto Final' e 'Obediência Devida', acentuou que *'de nada serviria la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas em uno y outro derecho nacional'.*"

A discussão, neste caso, pôs-se a partir do voto do Ministro Fachin porque a dupla tipicidade teria sido configurada. Entretanto o prazo prescricional previsto na lei brasileira teria sido ultrapassado. E esta razão levou à divisão, até aqui, dos votos dos ministros, entendendo alguns - eu diria a maioria - pelo indeferimento, porque já teria decorrido o prazo para prescrição, segundo a lei brasileira.

O Ministro-Relator entendeu pelo deferimento da extradição por considerar que, como se trata de crimes de lesa-humanidade, não incidiria a prescrição neste caso, como fixado pelo parecer do Ministério Público, porque aquelas seriam normas ontologicamente imprescritíveis. Para os delitos imputados, portanto, aqui não prevaleceria esse entendimento.

Em uma primeira leitura, alguns Pares chegaram a votar no sentido de que este seria mais um daqueles casos em que delitos praticados durante períodos ditatoriais e de lesa-humanidade contra os direitos fundamentais teriam que observar rigorosamente a mesma legislação e os mesmos precedentes de outros casos já observados por nós em outras extradições.

Pedi vista por considerar - o que também foi anotado aqui - que este caso traz singularidades a pôr em relevo a questão da prescritibilidade ou não desses crimes, consideradas, primeiro, as condições em que ele teria sido praticado - os crimes teriam ocorrido entre 1973 e 1975 -, as condições em que se deu, a legislação do próprio Estado requerente. E mesmo o Tratado de Roma, subsequente àquelas práticas, poria em questão a condição e a natureza desses crimes para fazer incidir ou não a imprescritibilidade.

Pedindo vênias àqueles que adotam compreensão no sentido do indeferimento da extradição, acompanho o Relator.

**EXT 1362 / DF**

Entendi, primeiro, não haver outros precedentes, porque este é um caso com singularidades que marcam não apenas um outro olhar sobre a matéria, mas que, desde o início, desde o pedido desta extradição, vem com essa configuração de terem sido delitos praticados pelo extraditando em sentido que não opera nas condições regulares de poder se aplicar aquela regra da dupla prescrição. Considerei haver a incidência, aqui, das normas de sempre, as normas que marcam essa natureza dos crimes, a conduzirem a aplicação das próprias normas ou do espírito da Constituição, no sentido de não se aplicar a prescrição para estes casos.

Voto no sentido de, acompanhando o voto do Ministro-Relator, deferir o pedido de extradição.

09/11/2016

PLENÁRIO

EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Aqueles que, há mais de 40 anos, nas décadas de 1970 e início de 1980, golpearam as instituições da República Argentina e, em assim procedendo, interromperam, arbitrariamente, o processo constitucional no Estado requerente devem saber, onde quer que hoje se encontrem, que essa nódoa destaca, “*ad perpetuam rei memoriam*”, a sua responsabilidade histórica na instauração e na sustentação de um nefando regime autocrático que institucionalizou, a partir da década de 70, um sistema político que tornou viáveis práticas brutais que vieram a ser rejeitadas pela consciência ético-jurídica do Povo argentino e das nações civilizadas.

É preciso ressaltar que a experiência concreta a que se submeteu a Argentina, no período de vigência daqueles regimes (1976/1983), constitui, para esta e para as próximas gerações, marcante advertência que não pode ser ignorada: as intervenções pretorianas ou militares no domínio político-institucional têm representado momentos de grave inflexão no processo de desenvolvimento e de consolidação das liberdades fundamentais. Pronunciamentos militares, quando efetivados e tornados vitoriosos, tendem, necessariamente, na lógica do regime supressor das liberdades que se lhes segue, a diminuir (quando não a eliminar) o espaço institucional reservado ao dissenso, limitando, desse modo, com danos irreversíveis ao sistema democrático, a possibilidade de livre expansão da atividade política e da prática da cidadania.

Nesse contexto histórico, sobreveio a ruptura da ordem jurídica plasmada no velho texto constitucional argentino de 1853.

EXT 1362 / DF

Surgiram, então, já no próprio Governo de Maria Estela Martínez de Perón (1974-1976), personagens sinistros, como “El Brujo” (José López Rega) e instituições sombrias, sob cuja égide e autoridade praticaram-se, covardemente, delitos ominosos contra os que se opunham ao regime político, e que foram submetidos a atos de inaudita vilania, como a prática do homicídio, do sequestro, do desaparecimento forçado de pessoas e de sua eliminação física, de violência sexual e de tortura.

A tortura, além de expor-se ao juízo de reprovabilidade ético-social, revela, no gesto primário e irracional de quem a pratica, uma intolerável afronta aos direitos da pessoa humana e um acintoso desprezo pela ordem jurídica estabelecida.

Trata-se de conduta cuja gravidade objetiva torna-se ainda mais intensa, na medida em que a transgressão criminosa do ordenamento positivo decorre do abusivo exercício de função estatal.

A República Argentina, em reação ao estado de autoritarismo extremado que abateu as instituições democráticas daquele País, consciente da necessidade de prevenir e de reprimir os atos caracterizadores da tortura, subscreveu, no plano externo, importantes documentos internacionais, de que destaque, por sua inquestionável importância, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1984; a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, concluída em Cartagena em 1985, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada no âmbito da OEA em 1969.

EXT 1362 / DF

**Cabe reafirmar que a tortura exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, as múltiplas formas de execução desse gesto caracterizador de profunda insensibilidade moral daquele que se presta, com ele, a ofender a dignidade da pessoa humana.**

**O respeito e a observância das liberdades públicas impõem-se ao Estado como obrigação indeclinável, que se justifica pela necessária submissão do Poder Público aos direitos fundamentais da pessoa humana.**

**O conteúdo dessas liberdades – verdadeiras prerrogativas do indivíduo em face da comunidade estatal – acentua-se pelo caráter ético-jurídico que assumem e pelo valor social que ostentam, na proporção exata em que essas franquias individuais criam, em torno da pessoa, uma área indepassável à ação do Poder.**

**Quando se fala em tortura, a problematização da liberdade individual na sociedade contemporânea não pode prescindir de um dado axiológico essencial: o do valor ético fundamental da pessoa humana.**

**Daí a advertência de CELSO LAFER (“A Reconstrução dos Direitos Humanos”, p. 118, 1988, Companhia das Letras, S. Paulo):**

*“(...) o valor da pessoa humana, enquanto conquista histórico-axiológica, encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. É por essa razão que a análise da ruptura – o hiato entre o passado e o futuro, produzido pelo esfacelamento dos padrões da tradição ocidental – passa por uma análise da crise dos direitos humanos, que permitiu o estado totalitário de natureza.” (grifei)*

EXT 1362 / DF

**Importante lembrar**, neste ponto, Senhora Presidente, **a lúcida abordagem** que HÉLIO PELLEGRINO fez a propósito da utilização da tortura **como** instrumento de repressão política (“A Tortura Política”, “in” “Jornal do Brasil”, Caderno B, de 18/04/85):

*“O projeto da tortura implica uma negação total – e totalitária – da pessoa enquanto ser encarnado. O centro da pessoa humana é a liberdade. Esta, por sua vez, é a invenção que o sujeito faz de si mesmo, através da palavra que o exprime. Na tortura, o discurso que o torturador busca extrair do torturado é a negação absoluta de sua condição de sujeito livre. A tortura visa ao acesso da liberdade. A confissão que ela busca, através da intimidação e da violência, é a palavra aviltada de um sujeito que, nas mãos do torturador, se transforma em objeto. Ao quebrar-se frente à tortura, o torturado consome – e assume – uma cisão que lhe rouba o uso e o gozo pacífico do seu corpo. A ausência de sofrimento corporal, ao preço da confissão que lhe foi extorquida, lhe custa a amargura de sentir-se traidor, traído pelo próprio corpo. Sua carne apaziguada testemunha e denuncia a negação de si mesmo enquanto pessoa. A tortura, quando vitoriosa, opera no sentido de transformar sua vítima numa degradada espectadora de sua própria ruína.” (grifei)*

**Esta é uma verdade que não se pode desconhecer**: a emergência das sociedades totalitárias está **causalmente** vinculada, de modo rígido e inseparável, **a desconsideração** da pessoa humana, **enquanto** valor fundante da própria ordem político-jurídica do Estado.

**A tortura**, nesse contexto, **constitui a negação arbitrária** dos direitos humanos, **pois reflete** – enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva – **um inaceitável** ensaio de atuação estatal **tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir** a dignidade, a autonomia **e** a liberdade com que o indivíduo foi dotado, **de maneira indisponível**, pelo ordenamento positivo.



EXT 1362 / DF

Reconheço que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em diversos julgamentos – como aqueles proferidos, *p. ex.*, nos casos contra o Peru (“*Barrios Altos*”, em 2001, e “*Loayza Tamayo*”, em 1998) e contra o Chile (“*Almonacid Arellano e outros*”, em 2006) –, proclamou a absoluta incompatibilidade, com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, das leis nacionais que concederam anistia, unicamente, a agentes estatais, as denominadas “*leis de auto-anistia*”.

A razão dos diversos precedentes firmados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos apoiar-se no reconhecimento de que o Pacto de São José da Costa Rica não tolera o esquecimento penal de violações aos direitos fundamentais da pessoa humana nem legítima leis nacionais, como as Leis argentinas *da Obediência Devida e do Ponto Final*, que ampararam e protegeram criminosos que ultrajaram, de modo sistemático, mediante abuso da autoridade governamental, valores essenciais protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos e que perpetraram, covardemente, à sombra do Poder e nos porões da ditadura a que serviram, os mais ominosos e cruéis delitos, como o homicídio, o sequestro, o desaparecimento forçado das vítimas, o estupro, a tortura e outros atentados às pessoas daqueles que se opuseram aos regimes de exceção que vigoraram, em determinado momento histórico, em inúmeros países da América Latina.

Sustenta-se, no caso ora em exame, que a imprescritibilidade penal, na espécie em julgamento, teria por fundamento a “*Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade*”.

Mostra-se evidente a inconsistência jurídica de semelhante afirmação, pois, como se sabe, essa Convenção das Nações Unidas, adotada em 26/11/1968, muito embora aberta à adesão dos Estados componentes da

EXT 1362 / DF

sociedade internacional, jamais foi subscrita pelo Brasil, **que a ela também não aderiu**, em momento algum, **até** a presente data, **o que a torna verdadeira** “*res inter alios acta*” em face do Estado brasileiro.

**Isso significa** que a cláusula de imprescritibilidade penal **que resulta** dessa Convenção das Nações Unidas **não** se aplica, **não** obriga **nem** vincula, juridicamente, o Brasil **quer** em sua esfera doméstica, **quer** no plano internacional.

**Cabe observar**, por isso mesmo, **que não se pode fazer incidir**, no plano doméstico, uma convenção internacional de que o Brasil **sequer** é parte, **invocando-a** como fonte de direito penal, **o que se mostra incompatível** com o modelo consagrado na Constituição democraticamente promulgada em 1988.

**Ninguém pode ignorar** que, *em matéria penal*, **prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal**.

Esse princípio, **além** de consagrado **em nosso** ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), **também encontra** expresso reconhecimento na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 9º) **e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15)**, **que representam** atos de direito internacional público a que o Brasil **efetivamente** aderiu.

**O que se mostra constitucionalmente relevante**, no entanto, **como adverte** a doutrina (LUIZ FLÁVIO GOMES/VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, “Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, vol. 4/122, 2008, RT), **é que**, “no âmbito do Direito Penal incriminador, **o que vale** é o princípio da reserva legal, **ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. Dentre as garantias que emanam do princípio da legalidade, acham-se a reserva legal (só o Parlamento pode legislar sobre o Direito Penal incriminador) e a**

EXT 1362 / DF

anterioridade ('lex populi' e 'lex praevia', respectivamente). Lei não aprovada pelo Parlamento não é válida (...)" (grifei).

Não se pode também desconhecer, considerado o princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal, que o tema da prescrição subsume-se ao âmbito das normas de direito material, de natureza eminentemente penal, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento, como adverte autorizado magistério doutrinário (FERNANDO GALVÃO, "Direito Penal – Curso Completo – Parte Geral", p. 880-881, item n. 1, 2ª ed., 2007, Del Rey; DAMÁSIO E. DE JESUS, "Direito Penal – Parte Geral", vol. 1/718, item n. 1, 27ª ed., 2003, Saraiva; CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JÚNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, "Código Penal Comentado", p. 315, 7ª ed., 2007, Renovar; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, "Tratado de Direito Penal", vol. 1/772, item n. 1, 14ª ed., 2009, Saraiva; ROGÉRIO GRECO, "Código Penal Comentado", p. 205, 2ª ed., 2009, Impetus; ANDRÉ ESTEFAM, "Direito Penal – Parte Geral", vol. 1/461, item n. 1.3, 2010, Saraiva; LUIZ REGIS PRADO, "Comentário ao Código Penal", p. 375, item n. 2, 4ª ed., 2007, RT, v.g.).

Esse entendimento, vale relembrar, foi adotado em caso julgado pela **Primeira Turma** desta Corte, em processo de que foi Relator o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, cujo julgamento reconheceu, de modo inteiramente correto, **que convenção internacional não se qualifica, sob perspectiva jurídico-constitucional, como fonte formal** (e legítima) de normas de direito penal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Em composição anterior da Primeira Turma.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Isso significa, portanto, que somente lei interna (e não convenção internacional, muito menos aquela sequer subscrita pelo Brasil) pode qualificar-se

EXT 1362 / DF

constitucionalmente, como **a única** fonte formal **direta**, legitimadora da regulação normativa **concernente** à *prescritibilidade* **ou** à *imprescritibilidade* da pretensão estatal de punir, **ressalvadas**, por óbvio, **cláusulas constitucionais** em sentido diverso, **como aquelas** inscritas nos **incisos XLII e XLIV** do art. 5º de nossa Lei Fundamental.

**É importante lembrar**, neste ponto, **em face** da absoluta pertinência de suas observações, **o registro** feito pelo Professor NILO BATISTA, **em Nota Introdutória** constante da obra “**Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilização e Verdade**” (Saraiva, 2010), **escrita** por Dimitri Dimoulis, Lauro Joppert Swensson Júnior, Antonio Martins e Ulfrid Neumann:

*“(...) as ações dos ‘agentes da repressão política estatal são ‘crimes contra a humanidade’, e por isso são imprescritíveis e não podem ser anistiados’. A refutação de Swensson Junior é implacável: em primeiro lugar, instrumentos normativos internacionais só adquirem força vinculante após o processo constitucional de internalização, e o Brasil não subscreveu a ‘Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968 nem qualquer outro documento’ que contivesse cláusula similar; em segundo lugar, ‘o costume internacional não pode ser fonte de direito penal’ sem violação de uma função básica do princípio da legalidade; e, em terceiro lugar, conjurando o fantasma da condenação pela Corte Interamericana, a exemplo do precedente ‘Arellano x Chile’, a autoridade de seus arestos foi por nós reconhecida plenamente em 2002 (Dec. n. 4.463, de 8 de novembro de 2002) porém apenas ‘para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998’.” (grifei)*

**Certamente por tal razão, de índole eminentemente constitucional**, o Senhor Presidente da República, **acolhendo** proposta interministerial **subscrita** pelos Senhores Ministro da Justiça, Ministro das Relações Exteriores, Ministro Advogado-Geral da União e Ministro-Chefe da Secretaria Especial de Direitos Humanos, **encaminhou**, ao Congresso

EXT 1362 / DF

Nacional, **o Projeto de Lei** nº 4.038/2008 (Câmara dos Deputados), **com o objetivo de viabilizar** a implementação, **no âmbito interno**, do *Estatuto de Roma*, **que instituiu** o Tribunal Penal Internacional.

**Com tal** finalidade **e** propósito, **o projeto de lei** em questão **não só** tipifica, *dentre outros*, **os crimes** contra a humanidade, **cominando-lhes** penas, **mas também dispõe** sobre a *imprescritibilidade de referidos delitos*, **em regra** que, **inscrita no art. 11** dessa *mesma* proposição legislativa, **possui** o seguinte conteúdo normativo:

*“Art. 11. Os crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra **são imprescritíveis e insuscetíveis** de anistia, graça, indulto, comutação ou liberdade provisória, com ou sem fiança.”*  
(grifei)

**Vê-se** que o *então* Senhor Presidente da República, **consciente** da necessidade de respeitar, **em tema** de direito penal, **o postulado** da reserva constitucional de lei formal, **agiu** de modo **absolutamente compatível com o que dispõe** a Constituição da República (que **somente** admite a lei interna **como única** fonte formal e direta de regras de direito penal), **não obstante** o Brasil houvesse assinado, **em 1998**, o Estatuto de Roma (posteriormente incorporado à nossa ordem interna), **que já definia, como imprescritível**, a pretensão estatal de punir **os crimes** contra a humanidade, de guerra e de genocídio.

**Cabe lembrar**, *de outro lado*, **que a essencialidade** da cooperação internacional **na repressão penal** aos delitos comuns **não exonera** o Estado brasileiro – e, *em particular*, **o Supremo Tribunal Federal** – **de velar** pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, **processo extradicional** instaurado por iniciativa de **qualquer** Estado estrangeiro.

**O fato de o estrangeiro** ostentar a condição jurídica de extraditando **não basta** para reduzi-lo a um estado de submissão **incompatível** com a

EXT 1362 / DF

essencial dignidade **que lhe é inerente** como pessoa humana e **que lhe confere** a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, **dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia** do “*due process of law*”.

Em tema de direito extradicional, o Supremo Tribunal Federal **não pode nem deve revelar indiferença** diante de transgressões ao regime das garantias processuais fundamentais. **É que** o Estado brasileiro – **que deve obediência irrestrita** à própria Constituição **que lhe rege** a vida institucional – **assumiu**, nos termos desse mesmo estatuto político, **o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos** (art. 4º, II).

O extraditando assume, *desse modo*, no processo extradicional, **a condição indisponível de sujeito de direitos**, cuja intangibilidade há de ser preservada pelo Estado a quem foi dirigido o pedido de extradição.

A possibilidade de ocorrer a **privação**, em juízo penal, do “*due process of law*”, **nos múltiplos contornos** em que se desenvolve esse princípio assegurador dos direitos e da própria liberdade do acusado – **garantia** de ampla defesa, **garantia** do contraditório, **igualdade** entre as partes perante o juiz natural **e garantia** de imparcialidade do magistrado processante – **impede** o válido deferimento do pedido extradicional (RTJ 134/56-58, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

O Supremo Tribunal Federal **não deve deferir** o pedido de extradição, **se** o ordenamento jurídico do Estado requerente **não se revelar capaz** de assegurar aos réus, *em juízo criminal*, **a garantia plena** de um julgamento imparcial, justo, regular e independente.

A **incapacidade** de o Estado requerente **assegurar** ao extraditando o direito ao “*fair trial*” **atua como causa impeditiva** do deferimento do pedido de extradição.

EXT 1362 / DF

Esse, porém, não é o caso da República Argentina, cujas instituições garantem a qualquer réu o direito a um julgamento justo perante autoridades judiciais independentes.

Impende enfatizar, de outro lado, que o atendimento à exigência da dupla punibilidade constitui um dos requisitos legitimadores do acolhimento da pretensão extradicional.

Como se sabe, um dos pressupostos de extraditabilidade consiste na exigência de que não haja ocorrido qualquer causa de extinção da punibilidade do agente, quer em face da legislação penal do Estado requerente, quer sob a égide do ordenamento positivo brasileiro.

Cabe ter presente, bem por isso, o magistério jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria em questão:

*“(...) A satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional.”*

(RTJ 164/420-421, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Isso significa, portanto, que, para efeitos extradicionais, os ilícitos penais justificadores do pedido formulado pelo Estado estrangeiro não deverão ter sido atingidos por qualquer causa extintiva da punibilidade, considerados, para esse específico fim, os sistemas normativos vigentes em ambos os Países (o Brasil e a Argentina, na espécie em análise).

Não se concederá a extradição, portanto, quando se achar extinta, em decorrência de qualquer causa legal, a punibilidade do extraditando, pois a satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional (Ext 1.151/Estados Unidos da América, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

EXT 1362 / DF

**Não se desconhece que os crimes de associação criminosa (nova designação do delito de quadrilha ou bando), de sequestro e de cárcere privado qualificam-se como infrações penais de caráter permanente, tal como o reconhece, sem qualquer discepção, o magistério da doutrina** (DAMÁSIO DE JESUS, “Código Penal anotado”, p. 644 e 1.075, 23ª ed., 2016, Saraiva; FERNANDO CAPEZ e STELA PRADO, “Código Penal Comentado”, p. 327 e 572, 6ª ed., 2015, Saraiva; LUIZ REGIS PRADO, “Comentários ao Código Penal”, p. 623, item n. 6, e p. 960, item n. 6, 10ª ed., 2015, RT; ROGÉRIO GRECO, “Código Penal Comentado”, p. 468 e 952, 10ª ed., 2016, Impetus; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Código Penal Comentado”, p. 115, item n. 5, 15ª ed., 2015, Forense; CELSO DEMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FABIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, “Código Penal Comentado”, p. 526 e 849, 9ª ed./2ª tir., 2016, Saraiva, v.g.).

**Esse entendimento, por sua vez, tem o beneplácito da jurisprudência dos Tribunais em geral (HC 17.611/SP, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA – HC 169.510/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE – HC 225.792/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE), e, também, a desta Suprema Corte (RTJ 116/515, Rel. Min. DJACI FALCÃO – RTJ 168/534, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 165/241, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RTJ 172/908, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RTJ 176/782, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – RTJ 208/1206, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 71.368/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – HC 73.521/CE, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, v.g.).**

**O reconhecimento de que tais delitos configuram situações de criminalidade permanente, cujo momento consumativo protrai-se no tempo, produz consequências extremamente relevantes no domínio da prescrição penal, pois, como se sabe, o termo inicial do lapso prescricional antes de transitar em julgado a condenação definitiva situa-se, tratando-se de crimes**



**EXT 1362 / DF**

*permanentes* (**RF** 130/544 – **RT** 802/567), **no dia** “em que cessou a permanência” (**CP**, art. 111, III):

“– PENAL. PROCESSUAL PENAL. ‘HABEAS CORPUS’. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A CONDENAÇÃO: EXAME DE PROVA. CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA. LEI 1.521/51, ART. 3º, IX. CRIME EVENTUALMENTE PERMANENTE. PRESCRIÇÃO: INOCORRÊNCIA.

I. – A alegação de falta de justa causa para a condenação não pode ser examinada pelo Supremo Tribunal, por não ser o ‘habeas corpus’ a via adequada para o reexame de fatos e provas.

II. – Nos crimes eventualmente permanentes, o termo inicial da prescrição conta-se a partir da cessação da permanência. No caso, a partir da liquidação extrajudicial.

III. – Liquidação extrajudicial decretada em 08/02/85. Pena prevista no art. 3º, IX, da Lei 1.521/51: detenção de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos. Prescrição: 16 (dezesesseis) anos (CP, art. 109).

IV. – *H.C. indeferido.*”

(**HC 76.441/SP**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei)

**Isso significa, portanto, que o termo inicial da prescrição penal nos crimes de natureza permanente coincide** com o instante mesmo em que houver cessado a situação de permanência delinquencial.

**O aspecto** que venho de ressaltar **tem sido destacado** na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal *em matéria extradicional*, cujo exame **supõe, necessariamente, a verificação afirmativa**, entre outros pressupostos e condições, *do critério da dupla punibilidade*, **eis que, consumada a prescrição penal segundo qualquer dos ordenamentos positivos (o do Brasil ou o do Estado estrangeiro requerente), impor-se-á a denegação** do pedido de extradição.

**Vale rememorar, neste ponto, alguns precedentes** do Supremo Tribunal Federal **firmados em processos extradicionais instaurados** por iniciativa da República Argentina, **que postulava** a entrega de pessoas investigadas por

**EXT 1362 / DF**

*suposta prática de crimes de natureza permanente* (sequestro, desaparecimento forçado de pessoas, associação criminosa e extorsão mediante sequestro).

*Nesses casos* (**Ext 436**, Rel. Min. DJACI FALCÃO – **Ext 974**, Red. p/ o acórdão Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **Ext 1.150**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **Ext 1.278**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **Ext 1.299**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA), **esta Corte** – *ante o caráter permanente de tais delitos* – **considerou não atingida pela prescrição penal** a pretensão punitiva do Estado requerente, **eis que não localizadas, até aquele momento, as vítimas** desses atos criminosos.

**O exame** destes autos **revela** que os fatos delituosos **subjacentes** ao pleito extradicional **deduzido** pela República Argentina **são os seguintes**: **(a) participação ou organização de associação ilícita** (“Triple A”), **que atuou** entre os anos de 1973 e 1975; **(b) sequestro** seguido de morte das vítimas, cujos corpos **foram localizados** em 30/05/1974; **(c) sequestro** seguido de *posterior libertação* das vítimas **ocorrida** em 30/05/1974 **e (d) homicídio**.

**Resulta claro, presente o contexto temporal indicado, que se consumou** a prescrição da pretensão punitiva do Estado estrangeiro, *segundo a legislação brasileira*, **mesmo** em relação aos delitos permanentes, **pois cessada, no caso, em maio de 1974, a situação de permanência delitiva** **concernente** ao crime de sequestro, **teve início, quanto a este, naquela data**, a contagem do prazo prescricional. **Da mesma forma**, *no que se refere ao delito de associação criminosa*, **o estado de permanência cessou em 1975, consoante registram** os documentos oficiais produzidos pelo Estado requerente.

**Não se tem notícia** de que, **posteriormente** a tal data **e até o presente** momento, **haja ocorrido** qualquer *causa de interrupção ou de suspensão* do lapso **prescricional**, *considerados os diversos marcos temporais definidos* no art. 117 do Código Penal brasileiro.

EXT 1362 / DF

**Desse modo, o cotejo das datas juridicamente relevantes evidencia que já se consumou, na espécie, em relação aos delitos de sequestro e cárcere privado, na forma qualificada (CP, art. 148, § 2º), e de associação criminosa (CP, art. 288, “caput”), a prescrição da pretensão punitiva do Estado estrangeiro em face do ordenamento jurídico brasileiro.**

**É que a “sanctio juris” máxima definida no preceito secundário sancionador do art. 148, § 2º (oito anos de reclusão) e do art. 288, “caput” (três anos de reclusão), ambos do Código Penal brasileiro, torna aplicável a norma inscrita nos arts. 107, IV, c/c o art. 109, III (12 anos) e IV (08 anos), do CP, a revelar que já ocorreu a prescrição da pretensão punitiva do Estado requerente, tendo em vista as penas máximas previstas em abstrato na legislação penal brasileira.**

**Mostra-se igualmente afastada a pretensão do Estado estrangeiro em relação aos delitos de homicídio qualificado, que não se revestem de caráter permanente, pois, ocorridos em 30/05/1974, operou-se, quanto a eles, a prescrição penal, nos termos do art. 107, IV, c/c o art. 109, I (20 anos), do Código Penal brasileiro.**

**O reconhecimento desse fato inviabiliza, segundo penso, a concessão da entrega extradicional do súdito estrangeiro em questão, uma vez que a pretensão ora deduzida pela República Argentina não satisfaz a exigência concernente ao postulado da dupla punibilidade, revelando-se inviável, assim, sob tal aspecto, a presente extradição.**

**Desse modo, e por tais razões, peço vênia para, acompanhando a divergência, indeferir este pedido de extradição.**

**É o meu voto.**

09/11/2016

PLENÁRIO

**EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Senhora Presidente, na assentada anterior, eu acompanhei a divergência aberta pelo Ministro Teori Zavascki, embora fazendo o registro de que a questão de fundo me chamava muito a atenção, por entendê-la extremamente delicada, e que gostaria de melhor refletir sobre ela. Acompanhei, contudo, a divergência pela observância dos precedentes dessa Suprema Corte, quando se debruçou sobre casos análogos, também pedidos de extradição formulados pela República da Argentina, versando sobre basicamente os mesmos fatos, ou melhor, sobre fatos análogos. Observei, então, de certa maneira, os precedentes para fins de reafirmação da jurisprudência.

Todavia, naquela assentada, quando do voto do eminente Ministro Ricardo Lewandowski, Sua Excelência chamou a atenção para o fato de não se tratar de hipóteses análogas. Pensei eu: vou ouvir os demais votos, e, para melhor exame, vou pedir vista ao final. Mas Vossa Excelência, Presidente, pediu vista antes, e esse pequeno período me oportunizou leitura mais atenta dos ditos precedentes. E assim como Vossa Excelência acabou de agora referir, concluí que não se trata mesmo de hipótese de reafirmação de uma jurisprudência reiterada e que tenha se firmado no âmbito desta Corte.

Eu trago hoje um voto escrito, razoavelmente longo, Senhora Presidente. Não vou, por óbvio, a esta altura, lê-lo, mas só quero, especificamente com relação a essa questão dos precedentes, porque foi o fundamento do meu voto anterior, referir que, quando da aplicação dessa técnica, costumo observar três modelos. No primeiro modelo - o da analogia particular -, cada caso é simplesmente tratado como exemplo iluminador de uma decisão correta ou razoável devido a seus próprios fatos, e, por isso, guia decisório para casos similares. Nele a questão reside em saber quais os casos similares, o tipo de detalhamento a comparar para contrastar o caso presente com o precedente proposto.

**EXT 1362 / DF**

No segundo modelo, o do princípio exemplificativo, o precedente pode ser visto, em relação ao seu contexto fático, como demonstrativo - e, portanto, nessa linha, fornecer apoio - de algum ou de alguns princípios jurídicos relevantes para a decisão de casos futuros, e talvez contribuir para novos desenvolvimentos jurídicos. Olha-se para o caso precedente para saber se ele contém ou representa princípios úteis para a justificação da decisão a ser proferida.

E, no terceiro modelo, o modelo formalmente vinculante de precedentes, há regra estabelecida, que é a *ratio decidendi*. E essa *ratio decidendi* é atribuída ao caso precedente para ser seguida vinculativamente, a menos que se possa distinguir ou superar, pelo *distinguish* ou pela *overruling*, o precedente. Ou seja, nesse modelo, o tribunal deve verificar se o precedente é relevante ou vinculante para a aplicação de sua *ratio decidendi*, a menos que possa ser identificado algum ponto material de distinção entre o caso precedente e o caso em exame.

Concluí, Senhora Presidente, ao exame desses casos pretéritos analisados pelo Supremo Tribunal - alguns também já referidos pelo eminente Ministro Celso de Mello nesta assentada, e cito a Extradicação 974 da relatoria do Ministro Marco Aurélio, redator para o acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 4 de dezembro de 2009; a Extradicação 1.150, sob a relatoria de Vossa Excelência, julgamento em 17 de junho de 2011, por esse Tribunal Pleno; a Extradicação 1.278, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 4 de outubro de 2012; e a Extradicação 1.299, sob a relatoria também de Vossa Excelência, na Segunda Turma, julgamento em 25 do setembro de 2013 -, que estes casos pretéritos não traduzem a discussão do ponto de vista da extradicação de acusado ou condenado pela prática de crime de lesa-humanidade. E esta invocada condição de crime de lesa-humanidade é a particularidade que sobreleva para a distinção em qualquer dos três modelos de observância de precedentes para efeito de solução dos casos concretos. Repito que estou assim me alongando porque este foi o fundamento do meu voto na assentada anterior, voto que eu estou agora a reajustar. No voto que hoje trago, Senhora Presidente, eu examino um a

**EXT 1362 / DF**

um esses acórdãos, mostrando que, com exceção da Extradicação 1.299, sob a relatoria de Vossa Excelência, em que se fez registro com relação à qualificação de crimes de lesa-humanidade exclusivamente a título de *obiter dictum*, deles não consta que os crimes praticados na ditadura argentina são considerados imprescritíveis por serem crimes de lesa-humanidade.

Consequentemente, o fundamento do meu voto na assentada anterior está afastado. E, quanto à questão de fundo, Senhora Presidente, pedindo todas as vênias à divergência - e como sempre aos judiciosos fundamentos do Ministro Celso de Mello -, eu reajusto meu voto para acompanhar o voto não menos brilhante do Ministro Edson Fachin e deferir a extradicação, entendendo que os crimes de lesa-humanidade são imprescritíveis por força de norma de *jus cogens*, na mesma linha também do voto do Ministro Luís Roberto. Nessa medida, tendo sido invocada esta qualidade de crime de lesa-humanidade, no pedido de extradicação, aqui se há de excepcionar o princípio da dupla punibilidade, porque, com relação a esses crimes, há a norma convencional de direito internacional da imprescritibilidade.

É como voto, Senhora Presidente.

09/11/2016

PLENÁRIO

## EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL

## VOTO

## 1. INTRODUÇÃO

Senhora Presidente, depois de me debruçar de forma mais detida sobre os julgados desta Suprema Corte que me levaram, na assentada anterior, a acompanhar a divergência, e de muito refletir sobre as delicadas questões inerentes a esta Extradicação, cheguei a conclusão diversa daquela então externada, em maturação que o oportuno pedido de vista de V. Exa. oportunizou.

Essa a beleza, o compromisso e a responsabilidade do julgamento em colegiado, que exige estejamos abertos aos argumentos postos para discussão, com o desejo sincero de ser persuadidos pelo melhor argumento, nada obstante nossa construção interpretativa edificada em um primeiro momento solitário, em prol da elaboração de uma razão pública coletiva. Compromisso coletivo que bem reflete as preocupações que o eminente Relator, Ministro **Edson Fachin**, teve ao afetar este julgamento ao plenário para deliberação mais densificada, porquanto este caso concreto apresenta uma nova questão jurídica a ser debatida e decidida por este Supremo Tribunal Federal, bem como representa a reafirmação dos valores do regime democrático, além de um importante marco judicante a respeito daqueles que praticaram **crimes de lesa-humanidade**.

Convenci-me de que se trata de caso **diferente das invocadas extradições até então enfrentadas**, a demandar nessa medida nova análise, **e não de caso de reafirmação da jurisprudência**, como concluía antes. Ademais, esse caso se relaciona com as preocupações sobre o que se deve considerar como “importante” a ponto de merecer análise por parte desta Suprema Corte.

Em algum sentido, estamos diante daquilo que **Frederick Schauer** denomina de “*a importância de um caso ser considerado importante*” pela Suprema Corte, relacionado ao poder de agenda do Tribunal, em termos

**EXT 1362 / DF**

de representatividade e de cooperação que a Corte presta à sociedade nacional, regional e internacional, como um todo.<sup>1</sup>

A propósito, noticiou o jornal argentino Clarín<sup>2</sup> que o Brasil é reconhecidamente um dos destinos prediletos dos criminosos e notórios violadores dos direitos humanos do mundo todo, imagem que somente passou a mudar após a ratificação de importantes tratados de extradição. Não parece exagero, portanto, dizer que eventual declaração desta Suprema Corte no sentido de não reconhecer a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade poderá soar como mensagem explícita de que o Brasil constitui um porto seguro para criminosos que tenham cometidos crimes rechaçados pelos países civilizados em razão de sua gravidade.

Pontuo, quanto aos **crimes de lesa-humanidade**, na esteira do magistério doutrinário do Professor e Juiz chileno **Gerardo Bernalles Rojas**,<sup>3</sup> que é preciso distingui-los dos crimes comuns, a partir de quatro elementos essenciais relativos: (1) ao **sujeito ativo**;<sup>4</sup> (2) à **ação violadora**

1 Schauer, Frederick. Is It Important To Be Important?: Evaluating The Supreme Court's Case Selection Process. Revista Forumul Judechtorilor - Nr. 1/2012.

2 Notícia do Jornal Argentino Clarín: “GOLPE A LA IMPUNIDAD: Brasil busca eliminar su imagen de “paraíso mundial” para fugitivos”. Disponível em: <<http://edant.clarin.com/diario/2005/03/29/elmundo/i-02401.htm>>, acesso em: 24.10.2016.

3 ROJAS, Gerardo Bernalles. La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos. Revista Ius et Praxis, 13 (1): 245 - 265, 2007.

4 Conforme observa o autor sobre o sujeito ativo do crime de lesa-humanidade: “Lo esencial entonces, está en quien es el autor de estos delitos, el victimario; y todos los Tratados sobre la materia apuntan a una misma acción; la que proviene de los agentes del Estado, ya sea por agentes de vinculación directa con el Estado, como un funcionario público nombrado en el escalafón correspondiente o dotado de una autoridad o cargo; o em forma indirecta, como lo es un agente de seguridad financiado por colaboradores, dependientes o simpatizantes de quien ejerce el poder; sea por una acción formal, como cuando actúan públicamente o con conocimiento de la opinión pública; o bien informal, como cuando actúan clandestinamente, que suele ser lo más común, principalmente por que en la generalidad de los casos, junto al torturador material, ha participado también un colaborador que ha facilitado y permitido su actuar, siendo las agencias de seguridad nacional y los grupos formales e informales surgidos de ésta, los entes represivos por naturaleza en gobiernos de facto.” Cfr. ROJAS, Gerardo Bernalles. La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos



EXT 1362 / DF

**da dignidade humana;**<sup>5</sup> (3) em alguns casos, à **expectativa do amparo na impunidade;**<sup>6</sup> e (4) à **transcendência social do ato vexatório.**<sup>7</sup>

Em trabalho político e doutrinário a respeito da questão, pertinente à experiência argentina com relação ao seu último regime ditatorial, **Carlos Santiago Nino**, autor de *“Radical Evil on Trial”*,<sup>8</sup> aborda o aspecto central da temática com uma pergunta incômoda: *“Como devemos responder às massivas violações dos direitos humanos cometidas, seja por agentes estatais ou por outras pessoas com a tolerância ou consentimento de seus governantes?”*

A resposta passa por posicionamentos díspares: os governos que sucedem os regimes de terror, ao se depararem com tais atrocidades, devem optar por julgar e punir os autores de crimes contra a

---

Humanos. Revista Ius et Praxis, 13 (1): 245 - 265, 2007.

5 Sobre a ação violadora, aponta-se: “El sujeto activo de estos delitos, debe efectuar cualquier tipo de acción, directa o indirecta que, cualquiera sea el método que utilice, tenga por objetivo denigrar a la persona humana en su calidad de tal para un fin político; sea que viole física o moralmente los derechos esenciales inherentes a la persona humana, sea que exista una acción directa o prolongada en tal sentido”. Cfr. ROJAS, Gerardo Bernal. La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos. Revista Ius et Praxis, 13 (1): 245 - 265, 2007.

6 No que se refere a expectativa normativa, em alguns casos, sobre a espera por impunidade, observa-se que: “En la mayoría de los casos los victimarios, en su actuar, se encuentren amparados por un sistema, de hecho o de derecho, que permite, favorece o garantiza su impunidad; sea que el sistema funcione como tal, en forma orgánica y sistemática, o bien que dicho sistema se constituya en la práctica, caso a caso. O bien que el sistema actúe por sí en forma autónoma, o que el sistema se constituya con la complicidad o colaboración de diversos elementos u organismos que conducen al mismo fin.”. Cfr. ROJAS, Gerardo Bernal. La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos. Revista Ius et Praxis, 13 (1): 245 - 265, 2007.

7 Acerca da transcendência social do ato, temos que: “Resulta importante dejar en claro que el acto vejatorio no termina en la persona de la víctima, sino que trasciende a toda la comunidad, desde la víctima y su entorno hasta el contexto internacional”. Cfr. ROJAS, Gerardo Bernal. La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos. Revista Ius et Praxis, 13 (1): 245 - 265, 2007.

8 NINO, Carlos Santiago. *Radical Evil on Trial*. New Haven: Yale University Press, 1996.

**EXT 1362 / DF**

humanidade, ou alternativamente, devem permanecer inertes, deixando-os impunes?

Na observação de **Carlos Nino**, as reiteradas violações dos direitos humanos são o que **Kant** considerou um “mal radical” (*radical evil*), focalizando não apenas as atrocidades cometidas durante o holocausto, mas toda situação fática com alguma similitude em termos de violações massivas dos direitos humanos. Essa questão relaciona-se com os fatos subjacentes à presente extradição, de uma maneira bastante peculiar.

## **2. O PROBLEMA JURÍDICO COLOCADO PERANTE A CORTE PARA DELIBERAÇÃO E DECISÃO**

Trata-se de **pedido de extradição** formulado pelo **Governo da Argentina** em face do nacional argentino **SALVADOR SICILIANO**, com base no art. 4º do **Tratado de Extradição entre Brasil e Argentina**, assinado em 15 de novembro de 1961 e promulgado pelo **Decreto 62.979/1968**, por dois fatos delituosos apurados no âmbito do processo 1075/2006, quais sejam:

1) participação ou organização de associação ilícita denominada *Triple A (Alianza Anticomunista Argentina)*, que teria operado entre os anos de 1973 e 1975, dedicada ao assassinato da militância de esquerda que tivesse atividade política pública, eliminação dos comunistas e desafetos do governo. A organização ameaçava e assassinava setores de orientação comunista. Foi gestada sob o amparo do Ministro do Bem-Estar Social, José Lopez Rega, que era seu chefe político e colocou em funcionamento a estrutura institucional que dava cobertura e garantias a impunidade da organização. O fato foi tipificado como associação ilícita prevista no art. 210 do Código Penal argentino de 1921.

2) participação em sequestro ocorrido em 30 de maio de 1974. Três homens vítimas deste sequestro apareceram mortos no mesmo dia. Na mesma data, foram também sequestradas três mulheres, posteriormente liberadas, sob golpes e ameaças.

**EXT 1362 / DF**

Os fatos foram tipificados no art. 142, inciso 1º, do Código Criminal argentino, cometido, de forma reiterada, em três oportunidades. Imputou-se, também, em relação às vítimas masculinas o crime previsto no art. 80, inciso 21, do Código Criminal argentino.

Observo que houve, na origem, representação pela prisão do extraditando pela Interpol, a partir de ordem de difusão vermelha (captura internacional), em razão do cometimento de **crime considerado de lesa-humanidade**, nos termos que reproduzo:

Segundo consta da Ordem de Captura Internacional (Difusão Vermelha), 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). O documento de solicitação de captura internacional menciona que o Sr. SICILIANO criou verdadeira estrutura para-policial, visando "caçar" comunistas e críticos ao regime que regia a Argentina no período.

*Trata-se de mais um caso de pessoa acusada por crimes praticados no período da ditadura argentina que buscou o Brasil para se evadir da aplicação de lei de seu país (como os casos de Claudio Vallejos, Juan Manuel Cordero, Gonzalo Sánchez, Cesar Alejandro Enciso e outros). Ao menos três homicídios são atribuídos ao grupo organizado pelo foragido."*

Nos autos do pedido de extradição, o requerimento geral de difusão internacional foi formulado com base na **Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa humanidade**, adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (**resolução 2391**), em 26 de novembro de 1968.

Ou seja: o presente litígio se descortina a partir de representação pelo pedido de prisão e requerimento de extradição com a inserção do

**EXT 1362 / DF**

extraditando como autor de *crime de lesa humanidade*, a partir de documentação que comprova, *quantum satis*, os requisitos exigidos para tal. Como cediço, o processo de extradição não comporta análise aprofundada de matéria relacionada ao quadro probatório ou ao mérito da acusação, em razão da “*contenciosidade limitada*”.

### **3. PRINCIPAIS INTERPRETAÇÕES JURÍDICAS LEVANTADAS PARA A RESOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA**

Em 1º.3.2016, a Primeira Turma desta Corte acolheu manifestação do Ministro Relator para afetar o julgamento do caso ao Plenário. Na sessão de 06.10.2016, o Ministro Relator apresentou voto pelo deferimento do pedido de extradição, sustentando, em síntese, que a existência de norma de direito internacional cogente (*jus cogens*) estabelecendo a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade afastaria a aplicação, ao caso concreto, do art. 77, VI, da Lei 6.815/1980, o qual veda a extradição quando extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente.

O argumento principal que justifica a escolha interpretativa do eminente Ministro Fachin, no sentido da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade segundo o Direito Internacional, se fundamenta em três razões:

a) a partir da aplicação da normativa do Direito Internacional, deduz-se norma imperativa que, de um lado, define os crimes contra a humanidade e, de outro, reconhece não lhes serem aplicáveis as limitações legais usualmente opostas para impedir a persecução penal;

b) do caráter *jus cogens* do Direito Internacional decorre o afastamento do disposto no artigo III, “c”, do Tratado de Extradição entre o Brasil e a Argentina, por força do art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados;

c) conciliação da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade com o regime e os princípios adotados pela Constituição Federal, consoante interpretação do art. 5º, § 2º, da nossa Lei Fundamental, a ensejar a conclusão da incompatibilidade da disposição

**EXT 1362 / DF**

constante do Estatuto do Estrangeiro, no ponto em que condiciona a extradição à ausência de prescrição.

Vale dizer: 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.

Quando da sua manifestação, o eminente Ministro Teori Zavascki inaugurou divergência, refutando a conclusão e justificativa apresentadas pelo Min. Relator Edson Fachin, a partir de três argumentos principais:

a) ocorrência da prescrição dos crimes que ensejaram o pedido de extradição;

b) inaplicabilidade de disposição veiculada por tratado internacional sobre matéria de direito penal material, conforme jurisprudência firmada por esta Corte Suprema, seja porque o Brasil não reproduziu norma cogente de direito internacional que estabeleça a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, seja em face do art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal;

c) incidência do próprio artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Decreto 7.030/2009), segundo o qual *“uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado...”*, para afirmar que no caso se está a aplicar o Tratado de Extradição, notadamente o art. III, c, que veda a extradição na hipótese de prescrição da ação ou pena de acordo com a legislação do Estado requerente ou requerido.

Em resumo: o fundamento subjacente do dissenso inaugurado é no sentido de que, não obstante a existência de norma de direito internacional de caráter cogente que estabeleça a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, tal norma não encontra aplicabilidade no Brasil, porquanto ainda não reproduzida no direito interno. Ademais, mesmo que considerado o Estatuto de Roma como norma supralegal, ou mesmo de estatura constitucional, ele não elidiria a força normativa do art. 5º, XV, da Constituição da República, aplicável na resolução do problema jurídico posto.

**EXT 1362 / DF**

Daí a conclusão pela prescritibilidade dos crimes que ensejaram o pedido extradicional e, por consequência, a não satisfação do requisito da dupla punibilidade.

O dissenso, portanto, reside na seguinte questão: no que tange à qualificação legal dos fatos, está preenchido o requisito da dupla tipicidade, previsto no Artigo III, “a”, do Tratado de Extradicação e do art. 77, II, do Estatuto do Estrangeiro? Os crimes que ensejaram o pedido extradicional estão prescritos de acordo com a legislação brasileira? A aplicação do Direito Internacional ao caso modifica a interpretação do direito interno?

O Ministério Público, por sua vez, defende a tese da imprescritibilidade, com fundamento na norma “costumeira cogente”. Alega para tanto que o reconhecimento da imprescritibilidade dos delitos imputados ao extraditando decorre da incidência do direito internacional ao país. Afirma que, 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 Extradicação. Além disso, sustenta que 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.

**4. PRINCIPAL QUESTÃO POSTA PARA JULGAMENTO**

A questão, portanto, posta para julgamento reside na verificação da prescritibilidade ou não dos crimes imputados ao extraditando, na forma do **requisito da dupla punibilidade, considerado o artigo 77, inciso VI, da Lei Federal nº 6.815/80**, que trata da vedação de extradicação em caso de extinção da punibilidade pela prescrição.

**5. DISTINÇÃO ENTRE OS CASOS SEMELHANTES E VERIFICAÇÃO DA APLICABILIDADE DO PRECEDENTE**

Antes de adentrar ao mérito da controvérsia jurídica posta, cumpre registrar que este Supremo Tribunal Federal, atuando como Corte Constitucional, jamais se deparou com um caso deste tipo anteriormente, e, portanto, **não é a hipótese de reafirmação da jurisprudência, como tinha decidido em um primeiro momento desta deliberação colegiada,**

**EXT 1362 / DF**

**em razão da necessária distinção fática e jurídica que envolvem os casos.**

Em termos de **raciocínio jurídico** com casos precedentes, mais precisamente, estamos diante daquilo que Neil MacCormick proclama ser a busca pela distinção mínima que permitiria manter a decisão do caso anterior, com a universalização para casos futuros, incluído o caso presente.<sup>9</sup>

Raciocinar com o precedente, pode se aproximar de três modelos:

(1) o modelo de analogia particular, no qual cada caso é simplesmente tratado como exemplo iluminador de uma decisão correta (ou razoável), devido a seus próprios fatos, e por isso, é um guia decisório para casos similares. Nesse modelo, a questão é saber quais os casos similares - em que tipo de detalhamento alguém deve comparar e contrastar o caso presente e o caso precedente proposto;

(2) o modelo de “princípio exemplificativo”, no qual o precedente pode ser visto (em relação ao seu contexto fático) como demonstrativo (e portanto, fornecer apoio) de algum ou alguns princípios jurídicos que podem ser relevantes para a decisão de casos futuros, e talvez contribuir para novos desenvolvimentos jurídicos. Olha-se para o caso precedente para saber se ele contém ou representa princípios úteis para justificação da decisão do caso presente;

(3) o modelo formalmente vinculante de precedentes, no qual alguma regra estabelecida (*ratio decidendi*) é atribuída ao caso precedente como um daqueles tipos em que os Tribunais posteriores estão obrigadas (vinculativamente) a seguir, a menos que possam distinguir ou superar (*distinguishing* ou *overruling*) o precedente. Neste caso, o tribunal que decide o caso presente deve verificar se qualquer precedente é relevante ou obrigatoriamente vinculante, e, portanto, deve aplicar a sua *ratio decidendi*, a menos que possa identificar algum ponto material ou jurídico de distinção entre o caso presente e o caso precedente.<sup>10</sup>

9           MACCORMICK, Neil. The Significance of precedent. 1998 Acta Juridica 174, 1998.

10          MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à

**EXT 1362 / DF**

Pois bem. Passemos primeiro ao raciocínio analógico entre os casos para saber se realmente existe precedente judicial que vincule ou se a hipótese concreta enseja uma análise e, talvez, nova resposta jurisdicional.

**Os casos pretéritos enfrentados** pelo Supremo Tribunal Federal (Ext 974, Relator(a): **Min. MARCO AURÉLIO**, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, Dje de 4.12.2009; Ext 1.150, Relator(a): **Min. CÁRMEN LÚCIA**, Tribunal Pleno, Dje de 17.6.2011; Ext 1.278, Relator(a): **Min. GILMAR MENDES**, Segunda Turma, Dje de 4.10.2012; Ext 1.299, Relator(a): **Min. CÁRMEN LÚCIA**, Segunda Turma, Dje de 25.9.2013) **não traduzem a discussão do ponto de vista da extradição de acusado ou condenado pela prática de crimes de lesa-humanidade**, o que, à luz de qualquer dos três modelos mencionados, permite distinguir o caso em tela, cujas peculiaridades se evidenciam.

No caso da **Extradição 974**, observa-se que **não há referência a crime de lesa-humanidade**, tendo sido ressaltado no acórdão (fl. 8) que o Procurador-Geral da República pontuou ser crime de desaparecimento forçado permanente, relacionado ao tema da não ocorrência da prescrição, ou seja, **tese distinta do caso presente**.

A seu turno, na **Extradição 1.150** não se cuida em momento algum da discussão sobre crime de lesa-humanidade, sob o ângulo enfrentado no caso concreto. Conforme se depreende do acórdão, o enfoque foi também o do desaparecimento forçado, tendo girado a discussão da prescrição igualmente em torno da permanência do ato ilícito, mais uma vez **tese distinta do caso presente**.

Na **Extradição 1.278** também não discutiu a temática do *crime de lesa-humanidade* e da imprescritibilidade a ele inerente, enfrentada tese jurídica distinta, a partir das restrições da contenciosidade limitada que rege a análise dos pedidos de extradição.

Por fim, na **Extradição 1.299**, **embora mencionado no acórdão (fl. 12) que os crimes praticados na ditadura argentina são considerados imprescritíveis por serem crimes de lesa-humanidade**, a partir dos judiciosos argumentos da eminente Ministra Cármen Lúcia, tais

---

vinculação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.



**EXT 1362 / DF**

argumentos foram utilizados como *obiter dictum* na justificação da decisão, ao lado das premissas até então externadas para embasar o deferimento da extradição. Os argumentos centrais e determinantes para a conclusão tomada nesse julgamento, contudo, dizem com a permanência do crime de desaparecimento, obstativo da ocorrência de prescrição.

Nesse sentido, é importante ressaltar que os casos precedentes não possuem a resposta ou princípio (apto ou adequado) para balizar a interpretação do caso em análise, em face do enquadramento jurídico das situações fáticas nele realizadas, ausente discussão como *ratio decidendi* da **imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade**.

Com tais observações, cumpre reconhecer que se trata de caso distinto dos que foram analisados até aqui por este Supremo Tribunal Federal. Embora já apreciados pedidos de extradição relativos a autores de delitos cometidos durante a ditadura militar nos países latino-americanos, é a primeira vez que o pedido se encontra formulado, *in limine litis*, em termos de cometimento de “**crime de lesa-humanidade**”, e de sua imprescritibilidade. Argumento válido para o afastamento dos precedentes judiciais formados por esta Corte até o momento, conforme prescreve o art. 489, §1º, incisos V e VI, do CPC/2015.

Ainda, com o objetivo de esgotar a análise dos casos jurídicos semelhantes, importa observar que não se está aqui a tratar ou fazer ilações sobre a questão da anistia, nem a cuidar de algo que possua ligação, mesmo que remota, com julgamentos prévios, *e.g.*, o caso da **ADPF 153**, relatada pelo **Ministro Eros Grau**, que **pertine a outra categoria de fato**.

Cuida aqui, friso, de pedido de extradição requerido por conta do cometimento de crime de lesa-humanidade. O caso da **ADPF 153** insere circunstância fática e jurídica que exige distinção quanto ao caso presente, a saber, o contexto histórico e político brasileiro, no qual promulgada, por intermédio de processo democrático majoritário, Lei de Anistia bilateral para os crimes políticos e conexos.

Portanto, aqui, o diálogo com o Direito Internacional dos Direitos

**EXT 1362 / DF**

Humanos e com a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos assume outra dimensão, já objeto de deliberação e decisão por este Supremo Tribunal Federal.

#### **6. DECISÃO**

É verdade, como afirmado neste Plenário, que o **Brasil não assinou nem aderiu ao referido tratado**, certamente porque, quando veio à lume, em nosso país, 1968, coincidiu com o ano da outorga do **Ato Institucional nº 5**, em plena ditadura militar.

Todavia, se, por um lado, o Brasil não é signatário da **Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa humanidade**, não há como passar ao largo do art. 5º, inciso XLIV, da Constituição Federal de 1988, que estatui: *“constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”*.

O referido dispositivo constitucional poderia ser invocado para fins de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade praticados durante as ditaduras militares (**o caso concreto ocorreu entre 1976-1983, e a Constituição Federal em vigor data de 1988**), muito embora haja um forte óbice a ser considerado: a lei penal mais grave (*lex gravior*) não pode retroagir para prejudicar o extraditando, conforme estabelece o **art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal**.<sup>11</sup>

Como observou **Eugênio Raul Zaffaroni**, quando de sua manifestação enquanto Juiz da Corte Suprema Argentina,<sup>12</sup> a regra de imprescritibilidade dos **crimes de lesa-humanidade** anteriormente à sua positivação era norma costumeira, embora posteriormente inserida de forma positivada no ordenamento, ou seja, no caso brasileiro, assim como no caso argentino, a regra já existia antes de sua inserção na Constituição:

O próprio Zaffaroni, contudo, no julgamento da

---

11 Eis a redação do art. 5º, inciso XL, da CF/88: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

12 Cfr. CSJN. S. 1767. XXXVIII. “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. – causa nº 17.768” (Sentença de 14/06/05).

**EXT 1362 / DF**

constitucionalidade de lei anulatória das leis argentinas de “obediência devida” e “ponto final”, manifestou opinião (...) e sustentou que a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade, de 1968, apenas se limitou a *“codificar como tratado lo que antes era jus cogens en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extinguía la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal.”*<sup>13</sup>

Tal raciocínio é densificado pela adequada percepção de que se está diante de norma *jus cogens*, em que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade se encontra inserida como tal, vale dizer, como super norma imperativa de direito internacional insuscetível de ser afastada pelo direito interno, especialmente depois da **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)**, internalizada no país por meio do **Decreto 7.030/2009**, segundo o qual *jus cogens* 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.

Também é importante que se observe o recente **Decreto 8766, de 11 de maio de 2016**, que promulga a **Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas**, firmada pela República Federativa do Brasil, em Belém, em 10 de junho de 1994, no qual o país se comprometeu, entre outras coisas, conforme previsto no seu art. 1º:

---

13 Cfr. SUIAMA, Sergio Gardenghi. As obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos através do sistema de justiça criminal e seu impacto no direito penal brasileiro: o caso Gomes Lund vs. Brasil. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 108, 2014.

**EXT 1362 / DF**

“-a. não praticar, nem permitir, nem tolerar o desaparecimento forçado de pessoas, nem mesmo em estado de emergência, exceção ou suspensão de garantias individuais;

-b. punir, no âmbito de sua jurisdição, os autores, cúmplices e encobridores do delito do desaparecimento forçado de pessoas, bem como da tentativa de prática do mesmo;

-c. cooperar entre si a fim de contribuir para a prevenção, punição e erradicação do desaparecimento forçado de pessoas;  
e

-d. tomar as medidas de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de qualquer outra natureza que sejam necessárias para cumprir os compromissos assumidos nesta Convenção.”

O artigo 7º, da referida **Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas**<sup>14</sup>, estabelece que a respectiva persecução penal não se sujeita a prescrição, o que, mais uma vez, reforça o **acolhimento por parte do Brasil da imprescritibilidade dos crimes praticados contra a humanidade**, e dos quais o desaparecimento forçado, nas condições em que regulamentado pela normativa internacional, também é espécie.

Como recorda o jurista **Sergio Suiama**, no âmbito do direito internacional público, *“as fontes primárias tradicionais de obrigações dos Estados são aquelas indicadas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (1920)”*.<sup>15</sup> Vale dizer, são os tratados, o **costume**

---

14 Eis a redação do art. 7º da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas: “A ação penal decorrente do desaparecimento forçado de pessoas e a pena que for imposta judicialmente ao responsável por ela não estarão sujeitas a prescrição. No entanto, quando existir uma norma de caráter fundamental que impeça a aplicação do estipulado no parágrafo anterior, o prazo da prescrição deverá ser igual ao do delito mais grave na legislação interna do respectivo Estado Parte.”

15 SUIAMA, Sergio Gardenghi. As obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos através do sistema de justiça criminal e seu impacto no direito penal brasileiro: o caso Gomes Lund vs. Brasil. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 108, 2014.

**EXT 1362 / DF**

**internacional** e os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas.

Nessa linha de argumentação jurídica, compartilho da interpretação proposta pelo eminente Ministro Relator no sentido de que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é norma *jus cogens*, de aplicação no direito brasileiro ainda que em período anterior à Constituição de 1988.

Como afirmado no voto do Relator:

“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.”

Essa me parece a proposta e razão de decidir necessária e suficiente que deve ser acolhida a partir do voto condutor do eminente Ministro **Edson Fachin**.

Esclareço, em observância ao dever de justificação das decisões judiciais, que a interpretação emprestada pelo eminente Ministro Teori Zavascki, no sentido de que está a aplicar no caso concreto o Tratado de Extradicação, que veda a extradição na hipótese de prescrição da punibilidade por parte da legislação interna do país requerente ou requerido, *ex-vi* do próprio art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, diante da inexistência de outra norma internacional a

**EXT 1362 / DF**

incidir no direito interno, não se mostra, com a devida vênia, ainda que construção argumentativa válida, consentânea com o critério interpretativo da máxima efetividade do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Primeiro, porque tal como decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Velasquez Rodriguez versus Honduras*, em 26 de junho de 1987, no caso de dúvidas interpretativas acerca do alcance do direito internacional dos direitos humanos o problema jurídico posto para apreciação da Corte deve ser resolvido sem que sejam violentadas as normas constitucionais, de maneira que se permita que as regras internacionais produzam seu efeito útil.

Segundo, porque a invocação do artigo 27 da Convenção de Viena para justificar a aplicabilidade do Tratado de Extradição firmado entre o Brasil e a Argentina não tem pertinência, na medida em que, como afirmado pelo Ministro Relator, o artigo 53 desta mesma Convenção prescreve que é nulo tratado que conflite com norma imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*), sendo que para a configuração de norma imperativa de Direito Internacional geral é bastante sua aceitação e reconhecimento pela comunidade internacional dos Estados como um todo.

Ou seja: a regra de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é norma imperativa de Direito Internacional geral, haja vista seu reconhecimento como tal pela comunidade internacional dos Estados, conforme jurisprudência amplamente firmada nessa comunidade, exaustivamente exemplificada no voto do Relator.

O dissenso interpretativo, tal como pontuei linhas acima, reside justamente na leitura do direito interno a partir de normativa internacional, que entendo ser aplicável ao caso concreto, por envolver crimes de lesa-humanidade, e exige interpretação do direito interno coerente com o direito internacional – seja ele estabelecido por tratados seja por obrigações costumeiras de direito internacional.

Nessa linha, realizo a interpretação do artigo 77, inciso VI, da Lei 6.815/80 conforme à Constituição, e aos documentos internacionais

**EXT 1362 / DF**

protetivos dos direitos humanos, para estabelecer que nos casos de crimes contra a humanidade a extradição não está sujeita à limitação decorrente da extinção da punibilidade, uma vez imprescritíveis tais crimes.

Em conclusão: observo que os crimes de **lesa-humanidade** são normas *jus cogens*, independentemente de o Estado ter aderido a tratados ou ter internalizado tais normas em seu ordenamento jurídico, e como tais são imprescritíveis, fazendo exsurgir dois tipos de extradição:

**(1) as extradições requeridas por cometimento de crime contra a humanidade, e portanto, imprescritíveis;**

**(2) as extradições comuns, que não se refiram aos crimes contra a humanidade, e portanto sujeitas a todas as demais regras, como a dupla tipicidade e a prescritibilidade, tal como esta Casa vem fazendo até então.**

Justificado o raciocínio decisório nessas premissas, e com base no reconhecimento de se estar diante de um caso de crime de lesa-humanidade, a extradição requerida neste autos deve ser deferida, *data venia* dos respeitáveis entendimentos contrários.

**É o meu voto reajustado.**

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**EXTRADIÇÃO 1.362**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. EDSON FACHIN**

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. TEORI ZAVASCKI

REQTE.(S) : GOVERNO DA ARGENTINA

EXTDO.(A/S) : SALVADOR SICILIANO

ADV.(A/S) : DANIEL MOURAD MAJZOUN (209481/SP)

**Decisão:** Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que deferia o pedido de extradição, nos termos de seu voto, no que foi acompanhado pelo Ministro Roberto Barroso, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 06.10.2016.

**Decisão:** Após os votos dos Ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, indeferindo o pedido de extradição, e o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, deferindo-o, pediu vista dos autos a Ministra Cármen Lúcia (Presidente). Em seguida, o Tribunal deliberou transformar a prisão do extraditando, atualmente em regime fechado, para prisão domiciliar. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 20.10.2016.

**Decisão:** Colhidos os votos dos Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Celso de Mello, o Tribunal, por maioria, indeferiu o pedido de extradição, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Rosa Weber, que reajustou seu voto. Determinada a expedição de alvará de soltura em favor do extraditando, se por *al* não estiver preso. Redigirá o acórdão o Ministro Teori Zavascki. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Teori Zavascki, em missão oficial para participarem do Programa de Eleições dos Estados Unidos (USEP) e da 7ª Conferência da Organização Global de Eleições (GEO-7), em Washington, Estados Unidos, e o Ministro Dias Toffoli, acompanhando as eleições norte-americanas a convite da *International Foundation for Electoral Systems (IFES)*. Plenário, 09.11.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso e Edson Fachin.



Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

p/ Doralúcia das Neves Santos  
Assessora-Chefe do Plenário