



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO

CAROLINA GUEDES ROCHA SANTOS

**A OBRIGAÇÃO INTERNACIONAL DE EXTRADITAR OU JULGAR: UMA  
ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
SOBRE A EXTRADIÇÃO DE SUSPEITOS DA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA A  
HUMANIDADE NA DITADURA ARGENTINA (1976-1982)**

BRASÍLIA

2017

CAROLINA GUEDES ROCHA SANTOS

**A OBRIGAÇÃO INTERNACIONAL DE EXTRADITAR OU JULGAR: UMA  
ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
SOBRE A EXTRADIÇÃO DE SUSPEITOS DA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA A  
HUMANIDADE NA DITADURA ARGENTINA (1976-1982)**

Monografia apresentada como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito pela  
Universidade de Brasília - UnB.

Orientador: Professor Dr. Eugênio José Guilherme  
de Aragão

BRASÍLIA

2017

CAROLINA GUEDES ROCHA SANTOS

**A OBRIGAÇÃO INTERNACIONAL DE EXTRADITAR OU JULGAR: UMA  
ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
SOBRE A EXTRADIÇÃO DE SUSPEITOS DA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA A  
HUMANIDADE DURANTE A DITADURA MILITAR ARGENTINA (1976-1982)**

Monografia apresentada como requisito parcial  
para obtenção do título de Bacharel em Direito  
pela Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Professor Dr. Eugênio José  
Guilherme de Aragão

BANCA EXAMINADORA:

---

Professor Doutor Eugênio José Guilherme de Aragão (Orientador)

---

Professor Doutor Jorge Octávio Lavocat Galvão

---

Professora Doutora Beatriz Vargas Ramos

## RESUMO

Esta monografia tem como objetivo analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a extradição de suspeitos da prática de crimes contra a humanidade na ditadura argentina (1976-1982) em face do princípio *aut dedere aut judicare*, que corresponde à obrigação de extraditar ou julgar. A incorporação desse princípio em inúmeros instrumentos internacionais que buscam garantir a cooperação na supressão de certos tipos de condutas criminais, em conjunto com a ampla jurisprudência, tanto de cortes nacionais quanto de cortes internacionais, em apoio à responsabilidade criminal por graves violações aos direitos humanos, entre outros fatores, sugere que o princípio *aut dedere aut judicare* passou a representar uma norma de direito consuetudinário em relação às ofensas internacionais. Ademais, tendo em conta que uma série de normas que proíbem as ofensas internacionais são amplamente consideradas como regras do *jus cogens*, ou seja, normas imperativas do direito internacional geral, inderrogáveis pela vontade das partes, o mesmo pode ser dito do princípio *aut dedere aut judicare*. Nesse sentido, será investigado se o Estado brasileiro teria ou não a obrigação de promover a extradição nos casos analisados.

Palavras-Chave: Justiça de Transição. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Crimes contra a humanidade. Obrigação de extraditar ou julgar. Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

This thesis' objective is to analyse the jurisprudence of the Brazilian Supreme Federal Court regarding the extradition of suspects of practicing crimes against humanity during the argentinian dictatorship (1976-1982) with respect to the principle *aut dedere aut judicare*, which refers to the obligation to extradite or prosecute. The adoption of this principle in countless international instruments that seek to guarantee cooperation in the suppression of certain forms of criminal conduct, conjointly with ample jurisprudence, in both national and international courts, supporting criminal responsibility for major human rights violations, amongst other factors, suggest that the principle *aut dedere aut judicare* has become a norm of customary law when regarding international offences. Also, considering that several norms that prohibit international offences are widely considered as part of *jus cogens*, that is to say, imperative norms of general international law, non derogable by will of the parties, the same may be said of the principle *aut dedere aut judicare*. In this aspect, it will be examined if the Brazilian state would or would not have the obligation to promote extradition in the studied cases.

Keywords: Transitional Justice. International Human Rights Law. Crimes against humanity. Duty to extradite or prosecute. Brazilian Supreme Federal Court.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>1. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	8
1.1 - Casos analisados .....	9
1.2 - O argumento da prescrição dos crimes imputados aos extraditados .....	12
1.3 - A lei de anistia brasileira e a impossibilidade de persecução penal .....	14
1.4 - O entendimento da Corte .....	15
<b>2. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO</b> .....	17
2.1 - Conceito de Justiça de Transição.....	17
2.2 - A exigência da prestação de contas .....	19
2.3 - As estratégias da Justiça de Transição.....	20
2.4 - A experiência de transição brasileira.....	25
<b>3. A OBRIGAÇÃO DE PERSEGUIR</b> .....	27
3.1 - Universalização dos Direitos Humanos.....	27
3.2 - <i>Civitas Maxima</i> .....	28
3.3 - Jurisdição Universal .....	28
3.4 - O princípio <i>aut dedere aut judicare</i> .....	29
3.5 - O status do princípio <i>aut dedere aut judicare</i> .....	30
3.6 - A obrigação de julgar e os desafios da justiça de transição.....	33
3.7 - Conceito de crime contra a humanidade.....	35
3.8 - A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.....	36
<b>4. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	38
4.1 - A não ratificação da Convenção de 1968 sobre imprescritibilidade .....	40
4.2 - A não reprodução no direito interno e o princípio da reserva legal .....	41
4.3 - A garantia constitucional da irretroatividade da lei penal mais grave.....	43
4.4 - A conexão com a lei de anistia brasileira .....	44
<b>CONCLUSÃO</b> .....	47
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	49

## INTRODUÇÃO

Após períodos de conflito, violência em massa ou violação sistemática dos direitos humanos, como os períodos ditatoriais na Argentina e no Brasil, é comum que os Estados desenvolvam estratégias a fim de confrontar os abusos passados e promover a construção da paz. Em conjunto, essas estratégias são chamadas de justiça de transição.

A experiência ensina que, quando os abusos do passado não são propriamente confrontados, permite-se a perpetuação do conflito e da instabilidade, o que propicia a ocorrência de novas violações. Assim, há certas exigências impostas aos Estados em um contexto de justiça de transição.

O acúmulo das experiências dos processos transicionais desenvolvidos em diversos países, a partir de pareceres técnicos, tratados multilaterais e jurisprudência das cortes nacionais e internacionais, levou à consolidação de verdadeira fonte normativa para o Direito em relação a essas exigências.

O direito internacional fornece determinadas orientações, por exemplo, em relação à compensação das vítimas e à persecução dos perpetradores de violações, estabelecendo requisitos mínimos que devem ser observados.

A partir do período pós-segunda guerra mundial, o tratamento de um Estado em relação a seus próprios cidadãos deixou de ser uma questão de interesse exclusivamente doméstico, passando a ser uma questão de interesse do direito internacional. Em resposta às violações cometidas, surgiu o movimento de internacionalização dos direitos humanos, que ensejou a formação de um sistema internacional de proteção com o objetivo de estabelecer parâmetros protetivos mínimos.

Além disso, nesse contexto, diversos tratados que criminalizam violações de direitos humanos passaram a estabelecer a obrigação de extraditar ou julgar – correspondente ao princípio *aut dedere aut judicare*.

A reafirmação constante da obrigação de extraditar ou julgar em tratados multilaterais e a ampla jurisprudência em apoio à responsabilidade criminal por crimes graves levou à questão de saber se o princípio *aut dedere aut judicare* poderia representar uma norma de direito consuetudinário em relação às ofensas internacionais, passando a ser aplicável mesmo na ausência dos tratados específicos em que é incorporado.

Embora haja consenso no sentido de que não há obrigação de extraditar na ausência de um tratado em relação aos crimes comuns, as ofensas internacionais são reprimidas pela comunidade internacional como um todo, o que sugere que todos os Estados devem cooperar para que os suspeitos de sua prática sejam levados a julgamento.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema da extradição de suspeitos da prática de crimes contra a humanidade em alguns pedidos de extradição formulados pela Argentina em relação a ex-militares acusados da prática de crimes como homicídio, tortura e desaparecimento forçado de pessoas durante o governo ditatorial daquele país (1976-1982).

Assim, o presente trabalho busca analisar a jurisprudência do STF sobre a extradição de suspeitos da prática de crimes contra a humanidade no contexto da ditadura argentina a partir de cinco desses casos, julgados entre 2009 e 2016, com o objetivo de investigar se o Estado brasileiro teria ou não a obrigação de promover a extradição nesses casos.

O primeiro capítulo tem por objetivo apresentar os casos, narrando brevemente os fatos imputados aos extraditados e os crimes pelos quais foram acusados pelo governo argentino, bem como expor o entendimento do STF sobre as principais questões relacionadas aos pedidos.

No segundo capítulo será apresentado o conceito de Justiça de Transição, seus pilares constitutivos e as principais medidas exigidas ao Estado visando a promoção dos direitos das vítimas e a prevenção de futuras violações.

O terceiro capítulo pretende investigar se o Direito Internacional impõe aos Estados a obrigação de extraditar ou julgar os responsáveis pela prática de crimes contra a humanidade. Para tanto, além de tratar da universalização dos direitos humanos e da existência de uma comunidade internacional de todos os Estados, a *civitas maxima*, serão desenvolvidas considerações acerca do conceito de jurisdição universal, do princípio *aut dedere aut judicare* e de seu *status* de *jus cogens* e da imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade.

Por fim, no quarto capítulo será analisada a jurisprudência do STF nos casos de extradição de suspeitos pela prática de crimes durante o governo militar na Argentina com base nos argumentos desenvolvidos nos capítulos anteriores.

## 1. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Este capítulo tem por objetivo apresentar os casos a partir dos quais a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal será analisada no presente trabalho. Trata-se de cinco pedidos de Extradução Instrutória<sup>1</sup> de suspeitos pela prática de crimes durante a ditadura argentina (1976-1983) que foram julgados pela Corte entre os anos de 2009 e 2016.

Tais pedidos foram formulados pelo Governo da Argentina com base no Tratado de Extradução firmado entre os Estados Partes do Mercosul, bem como no artigo VI do Tratado de Extradução firmado entre o Brasil e a República da Argentina<sup>2</sup>.

Os extraditados são acusados do cometimento de graves violações aos direitos humanos durante o período ditatorial, como homicídio, tortura e desaparecimento forçado de pessoas. Conforme veremos adiante, em tese, integraram grupos que perseguiram opositores do governo – como a “Operação Condor” e o “Triple A” (Associação Anticomunista Argentina) – e participaram de eventos que marcaram o sangrento período da ditadura argentina, como o “Massacre de Margarita Belén” e os chamados “voos da morte”, e vieram ao Brasil para evitar a aplicação da lei argentina.

Os tratados de extradição firmados entre o Brasil e a Argentina, assim como a Lei 6.815/1980, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, condicionam a extradição ao preenchimento de uma série requisitos, como, por exemplo, a pena mínima de dois anos de prisão e a ausência de crime político.

O ponto de discussão relevante para a análise deste trabalho, no entanto, consiste na verificação dos requisitos da ausência de anistia e da ausência de prescrição, estabelecidas no artigo III, “b” e “c”, respectivamente, do Tratado de Extradução entre o Brasil e a Argentina. O STF entendeu que os demais requisitos estariam preenchidos.

---

<sup>1</sup> “Extradução é a entrega, por um Estado a outro, e a pedido deste, de pessoa que em seu território deva responder a processo penal ou cumprir pena.” (REZEK, 2010, P. 239).

“A extradição pode assumir, quanto à situação processual do extraditado no país requerente, dois novos aspectos: teremos, então, a extradição instrutória e a extradição executória. Na primeira, pede-se a devolução daquele ao qual se atribui a autoria do delito, antes de que pese, sobre ele, o pronunciamento da sentença judicial. Na segunda, o extraditado já foi processado e condenado, criminalmente, no foro da infração.” (RUSSOMANO, 1981, p. 11)

<sup>2</sup> ARTIGO VI - Sempre que o julgarem conveniente, as Partes Contratantes poderão solicitar, uma à outra, por meio dos respectivos agentes diplomáticos ou, na falta destes, diretamente de Governo a Governo, que se proceda à prisão preventiva do inculcado assim como à apreensão dos objetos relativos ao delito.

## 1.1 - Casos analisados

### **i) Extradução nº 974 - Manuel Cordeiro (2009)<sup>3</sup>**

A Extradução nº 974, julgada pelo STF em agosto de 2009, diz respeito ao militar da reserva uruguaio Manuel Juan Cordeiro Piacentini, acusado de participar da “Operação Condor”, conhecida como uma “organização terrorista, secreta e multinacional” que atuou nas décadas de 1970 e 1980 para reprimir a oposição aos regimes militares que estavam no poder no Brasil, Argentina, Chile, Uruguai, Paraguai e Bolívia.

De acordo com as informações prestadas pela justiça argentina, o militar teria participado de ações que resultaram no sequestro de diversas pessoas, que eram levadas para uma fábrica abandonada e submetidas a interrogatórios e torturas. Os sequestros ocorreram principalmente em 1976, e muitas das vítimas não foram encontradas até os dias de hoje.

Foram imputados a ele os crimes de associação ilícita e desaparecimento forçado de pessoas. O pedido foi deferido parcialmente apenas para o desaparecimento forçado, que, segundo o STF, encontra correspondência na legislação brasileira com o crime de sequestro. Quanto ao crime de associação ilícita, já teria ocorrido a prescrição.

### **ii) Extradução nº 1150 - Norberto Raul Tozzo (2011)<sup>4</sup>**

Já a Extradução nº 1150 diz respeito ao ex-Major do Exército Argentino Norberto Raul Tozzo. A Argentina o acusa de ter participado do “Massacre de Margarita Belén”, ocorrido em 13 de dezembro de 1976, que culminou na morte de doze pessoas e no desaparecimento de outras quatro, que não foram encontradas até os dias de hoje.

As vítimas eram presos políticos, em sua maioria militantes da Juventude Peronista, que estavam sendo transferidas em veículos militares, da Alcaida Policial para a Unidade 10 de Formosa, ao norte do País. No caminho, nas proximidades de Margarita Belén, na província de Chaco, os detidos foram executados durante a madrugada em uma operação conjunta do Exército Argentino e a Polícia de Chaco, pretendendo dissimular um tiroteio

---

<sup>3</sup> As informações acerca do caso foram retiradas dos autos do processo e do sítio eletrônico: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=95892&caixaBusca=N>> Acesso em 30 ago. 2017.

<sup>4</sup> As informações acerca do caso foram retiradas dos autos do processo.

entre a polícia e o grupo de milícia, acontecido durante uma tentativa de fuga dos prisioneiros. O fuzilamento disfarçado era uma prática comum de genocidas da época.

Os crimes imputados a ele foram homicídio duplamente qualificado e desaparecimento forçado de pessoas, e o pedido, julgado pelo STF em maio de 2011 foi deferido parcialmente tão-somente pelo último.

### iii) **Extradição nº 1.278 - Claudio Vallejos (2012)**<sup>5</sup>

Conforme consta dos autos da Extradição nº 1278, Claudio Vallejos foi acusado pelo cometimento dos crimes de tortura, homicídio, sequestro qualificado e desaparecimento forçado de pessoas entre 1976 e 1983, época em que era militar do Exército argentino e atuava na Escola de Mecânica da Armada Argentina (ESMA), conhecido centro clandestino de detenção durante a ditadura.

Sustenta-se a ocorrência de crimes de tortura no referido centro clandestino seguidos dos denominados “voos da morte”, para eliminação física das vítimas.

Nos documentos apresentados pela justiça argentina verifica-se que, segundo depoimentos prestados por sobreviventes dos sequestros clandestinos, as prisões ilegais seguidas do desaparecimento de pessoas tinham por objetivo “retirar de circulação” os opositores – militantes populares, trabalhadores, sindicalistas, profissionais, educadores, políticos, ou qualquer pessoa que fosse vista pelas forças armadas como perigosa.

Ademais, relatam que a tortura era utilizada de forma indiscriminada, e que as pessoas privadas ilegalmente de sua liberdade eram mantidas com capuzes, amarradas, sem higiene nem alimentos suficientes, amontoadas.

Os chamados “voos da morte”, por sua vez, consistiam em uma metodologia utilizada para se desfazer das vítimas que antes tinham sido privadas de modo ilegítimo de sua liberdade sem deixar rastros. As vítimas eram jogadas das aeronaves em pleno voo sobre o Rio de la Plata ou sobre o mar territorial argentino com o objetivo de que não existisse qualquer evidência da privação de liberdade e dos tormentos praticados.

Essas pessoas eram “transladadas”, denominação atribuída à sua eliminação, do centro ilegal de detenção que funcionava no prédio da Escola de Mecânica da Armada, em caminhões ou camionetes, até diferentes aeroportos ou bases militares que possuíam pistas para pouso, e eram colocadas nas aeronaves das quais depois eram jogadas, ainda com vida,

---

<sup>5</sup> As informações acerca do caso foram retiradas dos autos do processo e do sítio eletrônico: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=218387>> Acesso em 29 ago. 2017.

tendo sido previamente sedadas. Esses “traslados” eram, na maior parte do tempo, realizados semanalmente.

O pedido de extradição, julgado em setembro de 2012, foi deferido parcialmente somente em relação aos crimes de sequestro.

#### **iv) Extradição nº 1299 - César Alejandro Enciso (2013)<sup>6</sup>**

Por meio do pedido de extradição nº 1299, julgado em setembro de 2013, o governo argentino sustentou que o ex-policia! César Alejandro Enciso seria responsável pelo sequestro qualificado e tortura de trinta e nove pessoas, sendo que quatro das vítimas encontram-se desaparecidas até hoje. Os crimes supostamente foram praticados naquele país em 1976, durante o período da ditadura.

O STF reconheceu a ocorrência da prescrição dos crimes de tortura de acordo com a legislação brasileira e, assim como nos demais casos, deferiu parcialmente a extradição para os delitos de sequestro em que as vítimas permanecem desaparecidas.

#### **v) Extradição nº 1362 - Salvador Siciliano (2016)<sup>7</sup>**

O extraditando foi acusado de participação no grupo terrorista denominado Triple A (Aliança Anticomunista Argentina), associação ilícita comandada por ação do então “Ministro de Bienestar Social” José Lopez Rega que atuou entre os anos 1973 e 1975 contra a militância de esquerda, comunistas e desafetos ao governo. Diversas associações que tiveram essas tendências foram ameaçadas e seus membros sequestrados e assassinados violentamente pelo Triple A, que muitas vezes se autoatribuía através de seus célebres comunicados.

Foram imputados a ele os crimes de homicídio qualificado, sequestro e cárcere privado e associação criminosa. No entanto, ao contrário dos demais casos apresentados, todas as vítimas foram localizadas.

---

<sup>6</sup> As informações acerca do caso foram retiradas dos autos do processo e do sítio eletrônico: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=247945>> Acesso em 30 ago. 2017.

<sup>7</sup> As informações acerca do caso foram retiradas dos autos do processo e dos sítios eletrônicos: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329112>> e <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=327797&caixaBusca=N>> Acesso em 29 ago. 2017.

Dessa forma, a Corte, por maioria de votos, entendeu que seus crimes estariam prescritos, indeferindo o pedido formulado pelo Estado requerente e determinando a imediata expedição de alvará de soltura em seu nome.

## 1.2 - O argumento da prescrição dos crimes imputados aos extraditandos

Sabe-se que, conforme a Lei nº 6.815/1980 e o artigo III, alínea “c” do Tratado de Extradicação entre Brasil e Argentina<sup>8</sup>, a prescrição da ação ou da pena, segundo as leis do Estado requerente ou requerido, constitui fator impeditivo para a extradicação.

A “Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade” e a “Convenção Interamericana sobre o desaparecimento Forçado de Pessoas”, ambas ratificadas pela Argentina, consideram os crimes da ditadura militar como crimes contra a humanidade, e, portanto, são imprescritíveis.

No entanto, na Extradicação nº 974 o Supremo Tribunal Federal decidiu por unanimidade que, como o Brasil não havia ratificado as convenções que tratam da imprescritibilidade dos crimes dessa espécie, em nosso país eles seriam passíveis de prescrição. Tal precedente foi reafirmado nas extradicações nº 1150, nº 1278 e nº 1299.

A questão voltou a ser discutida na Extradicação nº 1362, julgada em novembro de 2016. Segundo o Ministro Edson Fachin, relator do processo, que apresentou voto pelo deferimento do pedido, o fato de a Argentina ter atribuído à natureza do crime o caráter de lesa-humanidade, faz incidir sobre a questão o regime internacional da imprescritibilidade.

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 extradicação quando extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou do Estado requerente.

Para ele, embora a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade não tenha sido ratificada pelo Brasil, diversos países do continente americano o fizeram, razão que levou a Corte Interamericana de Direitos Humanos a assentar, em diversas oportunidades, que a imprescritibilidade dos crimes contra a

---

<sup>8</sup> “Não será concedida a extradicação:

[...]

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

humanidade obrigava os Estados integrantes do sistema interamericano de direitos humanos a possibilitar a persecução penal dos suspeitos da prática de tais crimes.

(...) a manutenção do entendimento segundo o qual a prescrição deve ser verificada apenas de acordo com o disposto na lei brasileira tem o resultado de transformar o país em um abrigo de imunidade para os autores das piores violações contra os direitos humanos. Tal interpretação não apenas viola a jurisprudência da Corte Interamericana, cuja obrigatoriedade da jurisdição foi declarada pelo Governo da República Federativa do Brasil em 10 de dezembro de 1998, como também esvazia o sentido do princípio fixado no art. 4o, II, da Constituição Federal.

O Ministro Teori Zavascki, por outro lado, inaugurou a divergência com voto pelo indeferimento do pedido, que foi acompanhado pela maioria dos ministros. Afirmou ser incontestável que encontrava-se extinta a punibilidade dos crimes imputados ao extraditando pelo Estado requerente à luz do ordenamento jurídico interno, bem como que o atendimento do requisito da ausência de prescrição seria condição essencial para o deferimento do pedido extradicional. Para ele:

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 supralegal, ou mesmo de estatura 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”.

Em todos os casos analisados, portanto, a Suprema Corte entendeu que os crimes imputados aos extraditados, por datarem de mais de trinta anos, estariam há muito prescritos sob a legislação brasileira, considerando o prazo máximo de vinte anos – artigo 109, inciso I, do Código Penal. A única exceção seria em relação ao desaparecimento forçado de pessoas, para o qual foi considerada a possibilidade de análise da dupla tipicidade com base no delito de sequestro, já que não encontraria correspondência no Direito Penal brasileiro.

O artigo 2º da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas define desaparecimento forçado como:

Entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes.

Como em muitos desses casos até hoje não se teve notícia das vítimas ou de seus respectivos corpos, a Corte entendeu que, mesmo passado mais de trinta anos os sequestros poderiam, em tese, ainda subsistir. Assim, se trataria de delito de natureza permanente, porque o resultado delituoso se protraí no tempo enquanto a vítima estiver privada de liberdade.

O prazo de prescrição, portanto, somente começaria a fluir a partir da cessação da permanência, e não da data do início do sequestro, o que levou ao entendimento de que não teria ocorrido a prescrição.

### 1.3 - A lei de anistia brasileira e a impossibilidade de persecução penal

É interessante apresentar o questionamento levantado pelo Ministro Marco Aurélio Mello nos autos da Extradicação n. 974 em relação à possibilidade de persecução criminal no Brasil se os crimes tivessem ocorrido em território nacional.

Isso porque o artigo III do Tratado de Extradicação entre Brasil e Argentina, nos termos da alínea “b”, veda a extradicação quando “*pelo mesmo fato, o delinquente já tiver sido ou esteja sendo julgado no Estado requerido ou tenha sido anistiado ou indultado no Estado requerente ou requerido*”. Para o Ministro, o termo “pelo mesmo fato” incluiria o fato análogo.

Cabe destacar que a Extradicação nº 974 foi julgada em 2009, portanto, antes do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, na qual o STF manteve a interpretação da Lei de Anistia que impede o julgamento dos agentes públicos acusados de graves violações durante o regime militar.

Cumprir considerar ainda que a extradicação, presente a simetria, pressupõe, se cometido o crime no Brasil, a possibilidade de o extraditando vir a responder pelo ato em território brasileiro. Isso não poderia acontecer tendo em conta a anistia verificada.

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

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

Eis o que se faz em jogo neste julgamento. Deferida a extradicação, abertas estarão, por coerência, as portas às mais diversas controvérsias quanto ao salutar instituto da anistia. Grassará o conflito sem limites.

Questionou, assim, se o extraditando poderia sofrer a persecução sem declarar-se a inconstitucionalidade da Lei de Anistia caso os crimes imputados a ele tivessem sido

praticados no Brasil. Destacou que na Operação Condor havia o envolvimento também de militares brasileiros, que provavelmente não seriam punidos pelos mesmos crimes.

Posteriormente, em decisão monocrática que afastou a prisão preventiva nos autos da Extradução nº 1327, proferida em 9 de março de 2016, ou seja, após o julgamento da ADPF 153, o Ministro voltou a afirmar que “*a plausibilidade da extradição encontra sério óbice no artigo 77, inciso VI, da Lei nº 6.815/1980, uma vez que fatos semelhantes aos que aqui tratados, ocorridos no Brasil durante o período da ditadura militar, não se mostram puníveis.*”

Cumprе ressaltar que as leis de ponto final (Lei 23.492/86) e de obediência devida (Lei 23.521/87), que impediam o julgamento de violações cometidas no regime repressivo de 1976 a 1983 na Argentina foram consideradas incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos pela Corte Suprema de Justiça Argentina, o que tem permitido o julgamento de militares por crimes praticados na repressão.

#### **1.4 - O entendimento da Corte**

Em quatro dos cinco casos analisados, o Supremo Tribunal Federal deferiu parcialmente as extradições apenas no tocante aos crimes de sequestro, cujo caráter permanente foi enfatizado, tendo sido indeferidas relativamente aos delitos de homicídio, tortura e associação criminosa em razão da prescrição.

Já na Extradução nº 1362, em que as vítimas dos sequestros imputados ao extraditando foram localizadas, e, portanto, também se admitiria a prescrição, o pedido foi indeferido, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura.

Em todos os casos analisados, portanto, a Suprema Corte entendeu que os crimes imputados aos extraditados, por datarem de mais de trinta anos, estariam há muito prescritos sob a legislação brasileira, com exceção dos casos de sequestro em que as vítimas continuam desaparecidas.

A partir desses casos, firmou-se entendimento no sentido de que, como o Brasil não ratificou as convenções que tratam da imprescritibilidade dos crimes dessa espécie, em nosso país eles são passíveis de prescrição. E, mesmo 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*”, conforme afirmou o Ministro Teori Zavascki.

Discutiu-se, ainda, a possibilidade de que a Lei de Anistia constitua óbice às extradições dos militares, tendo em conta que, em razão dela, no Brasil fatos semelhantes aos praticados por eles não se mostram puníveis.

## 2. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

### 2.1 - Conceito de Justiça de Transição

O conceito de justiça de transição pode ser entendido como o “*esforço para a construção da paz sustentável após um período de conflito, violência em massa ou violação sistemática dos direitos humanos*” (VAN ZYL, 2009, p. 32).

Consiste em um conjunto de medidas que buscam confrontar os abusos passados como um componente de uma grande transformação política, como a mudança de regime de um governo autoritário ou repressivo para um domínio democrático ou eleitoral ou uma transição do conflito para a paz ou estabilidade (BICKFORD, 2004, P.1045).

No mesmo sentido, o secretário-geral da ONU, em relatório intitulado “O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito“, publicado em 2004, definiu justiça de transição de tal maneira:

(...) conjunto de processos e mecanismos associados às tentativas da sociedade em chegar a um acordo quanto ao grande legado abusos cometidos no passado, a fim de assegurar que os responsáveis prestem contas de seus atos, que seja feita a justiça e se conquiste a reconciliação. Tais mecanismos podem ser judiciais e extrajudiciais, com diferentes níveis de envolvimento internacional (ou nenhum), bem como abarcar o juízo de processos individuais, reparações, busca da verdade, reforma institucional, investigação de antecedentes, a destituição de um cargo ou a combinação de todos esses procedimentos.

Ademais, Bickford (2004, p. 1046) explica que a justiça de transição é também um campo de atividade e pesquisa que surgiu no contexto pós Segunda Guerra Mundial e ganhou consistência nas décadas de 80 e 90 a partir dos julgamentos dos ex-membros das juntas militares que deram lugar aos novos governos eleitos democraticamente na América Latina e na Europa. Como forma de fortalecer as novas democracias e buscando o cumprimento das obrigações morais e legais que o movimento de direitos humanos estava articulando, tanto no âmbito doméstico quanto internacionalmente, passou-se a procurar formas novas e criativas para abordar o passado.

Assim, conforme esclarecem Almeida e Torelly (2010, p. 38), o termo justiça de transição pode ser compreendido tanto do ponto de vista institucional, quando se refere ao “*acervo de experiências empreendidas para a superação do autoritarismo*”, quanto do ponto de vista acadêmico, quando se refere a um campo investigativo.

Entre as medidas ou estratégias geralmente desenvolvidas em um processo de justiça de transição estão a perseguição dos perpetradores de violações, a criação de comissões de verdade e outras formas de investigação sobre o passado, a reparação das vítimas, a reforma das instituições estatais abusivas e a promoção da reconciliação (VAN ZYL, 2009).

Tais medidas são formuladas tanto para enfrentar o passado como para evitar o reaparecimento do conflito e das violações no futuro (VAN ZYL, 2009, p. 39).

Em documento denominado “*What is Transitional Justice?*” publicado em 2009 pelo International Center for Transitional Justice<sup>9</sup>, afirma-se que embora essas medidas possam ser entendidas como base para os esforços de justiça de transição, elas não representam uma lista exclusiva. Em verdade, muitas sociedades desenvolveram outras abordagens criativas para confrontar o passado, o que representa uma das razões pelas quais o campo ganhou força e diversidade ao longo dos anos.

À medida que o campo se expandiu e se diversificou, ganhou uma base importante no direito internacional. A esse respeito:

O desenvolvimento do campo da justiça transicional, mais notadamente no que refere às experiências institucionais, gera uma fonte normativa interessante para o Direito, uma vez que o acúmulo destas experiências pode se consolidar não apenas em pareceres técnicos, experiências comparadas, acordos e tratados internacionais, e assim por diante, mas também em farta jurisprudência, tanto no plano interno quanto, e mais especialmente, no plano internacional.

Os estudos acadêmicos gradualmente puderam classificar estas experiências concretas em dimensões que passaram a influir no modo como os estados organizaram a inserção de novos mecanismos em seus processos internacionais e, sobremaneira, o modo como as cortes, nacionais e internacionais, passaram a verificar o cumprimento de dadas obrigações legais, de modo a que, nesta dinâmica de dupla face, chegou-se a consolidação de alguns conjuntos de efeitos normativos. (ALMEIDA; TORELLY, 2010, p. 39)

Parte da base jurídica para a justiça de transição é a decisão de 1988 da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, no qual o tribunal concluiu que todos os Estados têm quatro obrigações fundamentais na área dos direitos humanos: i) tomar medidas razoáveis para evitar violações dos direitos humanos; ii) conduzir uma investigação séria das violações quando ocorrem; iii) impor sanções adequadas aos responsáveis pelas violações; iv) e garantir a reparação das vítimas das violações. Essas exigências foram reafirmadas em decisões posteriores do tribunal e aprovadas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, entre outros comitês. A criação em 1998 do Tribunal Penal Internacional também foi significativa, uma

---

<sup>9</sup> O International Center for Transitional Justice (ICTJ) [Centro Internacional para a Justiça Transicional] é uma organização não governamental que oferece assistência a sociedades que enfrentam um legado de violações dos direitos humanos.

vez que seu estatuto consagra obrigações do Estado de vital importância para a luta contra a impunidade e o respeito pelos direitos das vítimas (International Center for Transitional Justice, 2009).

No que se refere ao respeito pelos direitos das vítimas, Van Zyl (2009, p. 39) afirma que, embora uma das razões críticas pelas quais se enfrenta os abusos do passado seja justamente a de garantir que não se repitam, o compromisso com a prevenção não é a única justificativa, pois “*um foco instrumental das atrocidades sempre estaria submetido à reivindicação dos direitos das vítimas*”.

Para Almeida e Torelly (2010, p. 42), isso se dá em razão de seu surgimento na luta contra a impunidade e a tirania.

Bickford (2004, p. 1045) destaca que o movimento de direitos humanos teve grande influência sobre o desenvolvimento do campo da justiça de transição, fazendo dele autoconscientemente focado nas vítimas.

## **2.2 - A exigência da prestação de contas**

Segundo Teitel (2015, p. 387), a concepção do termo *right to accountability*, que significa direito ao acerto de contas, surgiu a partir de decisões dos sistemas de proteção aos direitos humanos interamericano e europeu, dos órgãos de direitos humanos da ONU e do Tribunal Penal Internacional. As vítimas de violações de direitos humanos e suas famílias têm o direito de que as alegações de violações sejam investigadas e, se fundamentadas, submetidas a um processo judicial e podem ter também o direito a reparações pelos atos praticados contra elas.

Tal direito implica, portanto, um conjunto de obrigações para o Estado (Teitel, 2015, p. 387). Daí se falar na obrigação de prestação de contas do Estado em relação às vítimas dos abusos sofridos durante o período repressivo.

Há atualmente uma contínua expansão das responsabilidades do Estado derivada da proteção do direito fundamental à vida sendo desenvolvida, reforçada pelo crescente consenso sobre a responsabilidade do Estado de julgar no direito penal internacional (TEITEL, 2015, p. 387).

### 2.3 - As estratégias da Justiça de Transição

Em primeiro lugar, por meio da experiência é possível concluir que várias estratégias possíveis em um contexto da justiça de transição devem coexistir e ser complementares, pois nenhuma medida por si só pode ser tão eficiente quanto diversas medidas combinadas (ORENTLICHER, 2007; VAN ZYL, 2009). Nesse sentido:

Sem esforços de verdade ou de reparação, por exemplo, punir um pequeno número de perpetradores pode ser visto como uma forma de vingança política. A verdade, isolada dos esforços para punir abusadores e fazer reformas institucionais, pode ser vista como nada mais que palavras. As reparações que não estão ligadas a processos ou declarações de verdade podem ser percebidas como "dinheiro sujo" - uma tentativa de comprar o silêncio ou aquiescência das vítimas. Da mesma forma, a reforma das instituições sem qualquer tentativa de satisfazer as legítimas expectativas das vítimas de justiça, verdade e reparação não é apenas ineficaz do ponto de vista da prestação de contas, mas é improvável que ela tenha sucesso nos seus próprios termos (International Center for Transitional Justice, 2009).

Ou seja, essas medidas são interdependentes e, conforme ressaltado por Orentlicher (2007, p. 16), a eficácia de cada uma delas depende em grande parte de sua relação com as demais dimensões da justiça transitória.

Assim, as estratégias da justiça de transição devem ter a maior abrangência possível, englobando diversas iniciativas visando a verdade, a justiça, a reparação, a reforma institucional ou a reconciliação. Quando se enfatiza demais algum desses aspectos ou algum é deixado de lado, o esforço em direção ao fortalecimento da democracia e à construção da paz pós-conflito se torna menos efetivo (VAN ZYL, 2009, p. 55).

Além disso, esses objetivos são mais prováveis de serem alcançados com a consulta local e a participação das vítimas e dos demais cidadãos no processo da justiça de transição (ORENTLICHER, 2007; VAN ZYL, 2009).

Segundo Oretlicher (2007, p. 19), isso também ajuda a garantir que as reais necessidades das vítimas sejam satisfeitas. A autora destaca também a importância de garantir que o trabalho realizado durante os julgamentos e comissões de verdade seja conhecido e compreendido pelas sociedades em que operam.

If, with Bishop Berkeley, we might wonder whether a tree really fell in the forest if no one heard it fall, we may wonder whether prosecutions constituting a crucial pillar in a programme of transitional justice can play their intended role if they operate at a remote distance from the public and speak only in the largely inaccessible language of legal judgment. This point has, of course, assumed particular importance with the operation of international courts that operate outside the physical territory and political/legal culture of countries where atrocious crimes occurred, but is relevant as well to national and 'hybrid' courts. Indeed, if court officers and staff do not meaningfully engage with the communities most affected

by their work, the field of interpretation may be occupied instead by local leaders bent upon distorting the work of prosecutions in the service of divisive political agendas (ORENTLICHER, 2007, pp. 16-17.)

É fundamental compreender, ainda, que embora exista muito que se aprender com as experiências de outras sociedades que tiveram que lidar com um passado de abusos, cada sociedade deve traçar suas estratégias com base nas condições domésticas a partir de um extenso processo de consulta local (VAN ZYL, 2009).

Isso porque a história de cada país e o caráter da repressão, entre outros fatores, fornecem um contexto único em cada situação, conforme Roht-Arriaza (1995, p. 5):

The extent and severity of past violations, the prior history of democratic rule in the country, the number of victims, the extent of complicity by the citizenry, cultural and historical traditions, the stability of the new government, and the press of other - especially economic - matters provide a unique context in each case. So too do the character of the liberalization (top down or bottom up), the strength of civil society, especially human rights or victim's groups, and the amount of time elapsed between the acts at issue and the transition or liberalization.

As escolhas legais, políticas e morais envolvidas no processo de justiça de transição também são moldadas pelos requisitos da comunidade internacional. O direito internacional, além de fornecer orientações sobre investigação, persecução dos perpetradores de violações e compensação, também estabelece requisitos mínimos que devem ser observados (ROHT-ARRIAZA, 1995, p. 5).

Assim, prevalece a ideia de que não há uma fórmula única para estabelecer o processo de justiça de transição, cada sociedade deve traçar o seu próprio caminho de acordo com a própria experiência, desde que cumpridas as exigências essenciais e desde que as medidas estabelecidas estejam baseadas nos direitos humanos universais (International Center for Transitional Justice, 2009).

A seguir estão expostas as estratégias mais comumente desenvolvidas em um processo de justiça de transição.

### **i) a busca da verdade**

Tal iniciativa consiste em dar amplo conhecimento sobre as violações ocorridas no período repressivo, promovendo o reconhecimento da injustiça dos fatos ocorridos (VAN ZYL, 2009, p. 35).

Ao demonstrar os resultados do governo repressor, essa iniciativa pode incentivar os cidadãos na luta contra o retorno das práticas abusivas e cumprir um papel decisivo no fomento da democracia (VAN ZYL, 2009, p. 48).

Através da criação de comissões de verdade que visam investigar e relatar os acontecimentos do período repressivo, procura-se dar voz oficial às vítimas. Isso contribui tanto para trazer à tona fatos desconhecidos e contestar as mentiras oficiais e os mitos sobre as violações dos direitos humanos quanto para reduzir os sentimentos de indignação e raiva das vítimas (VAN ZYL, 2009, p. 35).

As comissões de verdade encontram-se em posição vantajosa para proceder a um exame das causas, natureza e efeitos do conflito, tendo em conta que observam diretamente os testemunhos e as circunstâncias das vítimas e examinam os indivíduos e instituições responsáveis pelas violações, bem como as violações em si. Apresentam, portanto, uma ideia clara o que aconteceu tanto nos casos individuais quanto no contexto geral (VAN ZYL, 2009, p. 40).

Dessa forma, devem fornecer recomendações o mais detalhadas e específicas possível, apresentando sugestões de medidas que podem ser tomadas contra as causas do conflito e que evitem o seu ressurgimento. Ou seja, medidas que fortaleçam o vínculo entre o confronto ao passado e a construção da paz pós-conflito (VAN ZYL, 2009, p. 54).

## **ii) reformas institucionais**

As reformas buscam transformar as instituições estatais, em especial as militares, policiais e judiciais, para transformá-las de instrumentos de repressão e corrupção em instrumentos íntegros de serviço público (International Center for Transitional Justice, 2009).

Conforme pode ser demonstrado com a ajuda das comissões de verdade, as violações cometidas não são um fenômeno isolado ou atípico. Assim, após um período de violações sistemáticas de direitos humanos, é preciso um processo de reconstrução e reforma das instituições estatais perpetradoras de abuso (VAN ZYL, 2009, p. 35).

Devem ser identificadas as instituições que devem ser reformadas ou eliminadas e os perpetradores devem ser afastados de seus cargos e impedidos de ser novamente empregados em instituições governamentais. A presença de pessoas direta ou indiretamente responsáveis pelas violações em altos cargos governamentais propicia o ressurgimento do conflito (VAN ZYL, 2009, p. 41).

A remoção dessas pessoas de seus cargos também contribui para estabelecer a responsabilidade não penal por suas infrações, especialmente quando não é possível processar todos os responsáveis (VAN ZYL, 2009, p. 36).

### **iii) reparação**

O direito internacional confere aos Estados o dever de fornecer reparações às vítimas de graves violações dos direitos humanos. Segundo Glenda Mezzaroba (2008, p. 113), *“reconhecido há mais de meio século em vários instrumentos de direitos humanos, na legislação internacional não pairam dúvidas sobre o direito à reparação”*.

A reparação pode ser feita de diferentes maneiras. Uma delas é por meio do pagamento de indenizações, mas também estão incluídas outras medidas, como a restituição de direitos legais, assistência médica e psicológica e também medidas simbólicas, como a designação de espaços públicos dedicados à memória das vítimas, o estabelecimento de datas e cerimônias de celebração e a reabilitação pública do nome das vítimas (MEZZAROBA, 2008, p. 113). Tais medidas ajudam a reparar os danos materiais e morais provocados pelos abusos passados.

### **iv) reconciliação**

Há grande oposição à reconciliação por parte daqueles que a associam com o perdão obrigatório, a impunidade e o esquecimento. Essa associação não é por acaso, tendo em conta que os responsáveis por violações de direitos humanos durante os regimes ditatoriais na América Latina, principalmente os líderes militares, se utilizaram de forma cínica do conceito de reconciliação para evitar que fossem responsabilizados por seus crimes (VAN ZYL, 2009, p. 38).

Entretanto, Van Zyl (2009, p. 38) esclarece que a reconciliação não deve ser compreendida dessa forma. Pelo contrário, a reconciliação não pode ignorar o passado e subordinar a prestação de contas a uma noção artificial de unidade nacional.

A concepção de reconciliação que deve ser considerada é aquela que busca tomar medidas para reduzir os ressentimentos e inimizades que geram o potencial para o retorno da violência e demonstrar que a democracia está a serviço de todos os cidadãos (VAN ZYL, 2009, p. 38).

## v) justiça

Os processos criminais são de fundamental importância na medida em que reafirmam publicamente normas e valores essenciais cuja violação implica em sanções, além de contribuir para o restabelecimento da confiança entre os cidadãos e o Estado a partir da demonstração de que as instituições estatais buscam proteger os direitos que anteriormente foram violados. Dessa forma, “*os julgamentos não devem ser vistos somente como expressões de um anseio social de retribuição*” (VAN ZYL, 2009, p. 35).

Além disso, o julgamento dos responsáveis por violações não só estabelece as responsabilidades individuais, mas também contribui para o fim das instituições que possibilitaram tais abusos (VAN ZYL, 2009, p. 48).

Podem contribuir também para reerguer a dignidade das vítimas e diminuir seus sentimentos de raiva, marginalização e afronta (VAN ZYL, 2009, p. 35).

A respeito das razões para processar os acusados e, quando for o caso, punir os culpados:

Two reasons to punish those responsible for those practices seem self-evident. First, trials of human rights abusers will expectedly generate awareness of recent history, and this recognition is a prerequisite for effecting change. Second, brutal repression not only causes anguish for those directly touched by the assassinations but it also deeply affects the large majority of the population. Public admission that a large sector of society was wronged will help legitimize government institutions in the eyes of the citizens; and punishment of human rights violators is the most authoritative and strongest statement to that effect (MALAMUD-GOTI, 1995, p. 164).

Tanto Roht-Arriaza (1995) quanto Malamud-Goti (1995) propõem uma teoria da punição centrada na vítima. Roht-Arriaza (1995, p. 18) afirma que uma visão da punição centrada na vítima destrói a linha entre a punição criminal e a reparação civil, vendo a sanção penal como uma forma de reparação e penalidades civis como tendo valor punitivo.

Um procedimento em conformidade com essa visão deve zelar para que as vítimas possam contar sua história diante de um juiz neutro, honesto e atento, e para que tenham sempre um tratamento respeitoso. Os procedimentos mais formais, a presença de um advogado e a prerrogativa de enfrentar e questionar seus vitimadores podem ser mais satisfatórios para as vítimas do que modelos menos formais, o que demonstra a vantagem dos tribunais em relação a comissões e outras medidas não judiciais (ROHT-ARRIAZA, 1995, p. 21).

Além disso, Sánchez (2013, p. 61) afirma que o delito gera uma situação de dominação do autor sobre a vítima, produzindo humilhação e dor permanentes, e, enquanto não se declara que a vítima não deveria ter passado pelo que passou, o dano prossegue.

Mediante a imputação do fato ao autor, declara-se à vítima que ela não teve culpa no fato, e que tal fato não se trata de um acontecer natural ou azar, mas sim de injusto culpável de um autor. Embora tal medida não seja suficiente para eliminar o trauma subjetivo da vítima, ao menos impede o prosseguimento objetivo do dano imaterial. A função da condenação seria, portanto, reestabelecer a igualdade entre autor e vítima, violada pelo delito (SÁNCHEZ, 2013, p 61).

Nada obstante, a grande maioria das vítimas e dos perpetradores não encontrarão a justiça em tribunal, tendo em conta, principalmente, a incapacidade estrutural dos sistemas da justiça penal para enfrentar as atrocidades em massa. É necessário, portanto, complementar os julgamentos com outras estratégias (VAN ZYL, 2009, p. 35).

## **2.4 - A experiência de transição brasileira**

Para Van Zyl (2009, p. 39), a persecução dos perpetradores de violações, a criação de comissões de verdade e outras formas de investigação sobre o passado, a reparação das vítimas, a reforma das instituições estatais abusivas e a promoção da reconciliação, são indispensáveis para que as instituições da justiça transicional sejam efetivas e conduzam a resultados sustentáveis.

Já para Mezzaroba (2008, p. 109), existem pelo menos quatro “*obrigações que o legado de graves e sistemáticas violações de direitos humanos, como o deixado pelo regime militar, gera aos Estados, em relação às vítimas e à própria sociedade*”. São elas: (i) o dever de reparar as vítimas; (ii) o dever de investigar, processar e punir os violadores de direitos humanos; (iii) o dever de revelar a verdade para as vítimas, seus familiares e toda a sociedade; (iv) o dever de afastar os criminosos de órgãos estatais.

Conforme Piovesan (2009) e Mezzaroba (2008), de todas as medidas necessárias ao processo de transição após o regime ditatorial vivido entre 1964 e 1985, apenas a oferta de reparações foi contemplada pelo Estado brasileiro, por meio do pagamento de indenização aos familiares dos desaparecidos no regime militar, de acordo com a Lei 9.140/95.

Além disso, em 2011, por meio da promulgação da Lei nº 12.528/11, também foi criada a Comissão Nacional da Verdade. Em seu artigo 1º, a lei estabelece como finalidade o exame e o esclarecimento das graves violações de direitos humanos praticadas no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição de 1988, com o objetivo de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.

Os demais deveres permanecem negligenciados. Os julgamentos, por exemplo, não foram cumpridos, uma vez que a atual interpretação conferida à Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, conhecida como Lei da Anistia, impede o julgamento dos agentes públicos pelos crimes cometidos durante o período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

Para uma justiça de transição efetiva, além das reparações, é necessário também garantir o direito à justiça, o direito à verdade e promover reformas institucionais. Para Piovesan (2009, p. 106) a implementação desses mecanismos na experiência brasileira é, ainda, *“um imperativo decorrente das obrigações jurídicas assumidas pelo Estado brasileiro no campo dos direitos humanos”*.

Dessa forma, Piovesan (2009, p. 105) concluiu que a experiência de transição brasileira consiste em um processo aberto e incompleto. A autora afirma que esse seria um dos fatores que justificam o grave quadro de violações de direitos humanos no Brasil, como, por exemplo, a prática reiterada da tortura pela polícia e a impunidade de seus perpetradores.

### 3. A OBRIGAÇÃO DE PERSEGUIR

#### 3.1 - Universalização dos Direitos Humanos

Até recentemente, o tratamento de um Estado em relação a seus próprios cidadãos não era considerada uma questão de interesse do direito internacional. No entanto, após os crimes cometidos na ocasião da Segunda Guerra Mundial e a revolta generalizada desencadeada por eles as nações começaram a aceitar os limites de sua soberania em relação aos direitos humanos. Nos julgamentos de Nuremberg foi estabelecido que certas violações graves de direitos humanos por um governo contra seus cidadãos são uma questão de preocupação e ação internacional (ROHT-ARRIAZA, 1995, p. 24).

Nesse contexto, em resposta às atrocidades cometidas, surgiu o movimento de internacionalização dos direitos humanos, que deu origem à concepção contemporânea do termo, introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 (PIOVESAN, 2010, p. 93).

A partir dessa concepção, fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos é tema de legítimo interesse internacional, e, portanto, não deve ser reduzida ao domínio reservado do Estado. Desse modo, verifica-se *“o fim da era que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania”* (PIOVESAN, 2010, p. 94).

A universalização dos direitos humanos ensejou a formação de um sistema internacional de proteção, integrado por tratados que invocam o consenso internacional sobre temas centrais aos direitos humanos com o objetivo de estabelecer parâmetros protetivos mínimos (PIOVESAN, 2010, p. 95).

Há um sistema normativo global de proteção, representado pela Organização das Nações Unidas (ONU), que convive ao lado do sistema regional de proteção, por sua vez integrado pelos sistemas americano, europeu e africano. Esses sistemas são complementares e interagem em benefício dos indivíduos protegidos (PIOVESAN, 2010, p. 95).

### 3.2 - *Civitas Maxima*

A extradição, objeto de estudo do presente trabalho, é um meio de garantir que os propósitos do direito penal possam ser cumpridos mesmo quando um indivíduo acusado de determinado crime deixa o país. Ajuda a garantir, portanto, que os usos preventivos, educativos ou expressivos do direito penal não sejam frustrados pela prática recorrente daqueles que conseguem evitar o julgamento fugindo para o exterior (BASSIOUNI; WISE, 1995, P. 26).

Nessa linha, é comum pensar como se as fronteiras nacionais fossem irrelevantes haja vista o interesse que todos os Estados têm de garantir que os crimes cometidos, especialmente aqueles de natureza grave, não sejam impunes (BASSIOUNI; WISE, 1995, P. 26).

Essa visão implica a existência de uma ordem social ou moral comum a toda a humanidade, que o direito penal de cada Estado tem por objetivo assegurar. Há, assim, a ideia do mundo como uma comunidade única, uma “comunidade da humanidade” (BASSIOUNI; WISE, 1995, P. 28).

O conceito de uma *civitas maxima* pressupõe certos objetos universais e imperativos morais que limitariam a ação dos Estados e os impulsionariam a cooperar para o bem comum da comunidade, da qual todos são membros. Essa hipótese de uma ordem moral vinculante para toda a humanidade implica uma preocupação legítima de todos os Estados em relação aos crimes, ou pelo menos certos tipos de crimes, não importa onde cometidos (BASSIOUNI; WISE, 1995, P. 29).

Assim, para aqueles que acreditam na realidade da “comunidade internacional”, é evidente a obrigatoriedade do princípio *aut dedere aut judicare*, ou seja, a obrigação de extraditar ou julgar os acusados da prática de certos crimes, conforme será explorado adiante (BASSIOUNI; WISE, 1995, p. 42).

### 3.3 - Jurisdição Universal

O princípio da universalidade ou jurisdição universal confere competência judicial em relação a qualquer infração cometida em qualquer lugar do mundo. Ou seja, permite que um Estado assuma a jurisdição sobre todos os crimes, independentemente da nacionalidade do

infrator e do *locus delicti* (GILBERT, 1991, p. 159). No entanto, isso se justifica em raros casos (GILBERT, 1991, p. 46).

Para Roht-Arriaza (1995, p. 25), o direito internacional há muito permite a punição de indivíduos que cometeram certos crimes internacionais por todos os países. A jurisdição universal dos Estados sobre piratas e traficantes de escravos, por exemplo, alude às origens do direito internacional. Em razão da natureza e das consequências dos atos praticados por eles, eram considerados *hostis humani generis*, ou seja, inimigos de toda a humanidade, e por isso qualquer Estado poderia puni-los através dos tribunais domésticos.

Apesar disso, a jurisdição universal não é obrigatória, mas apenas permissiva. A tendência da primeira metade do século XX foi tanto para a expansão das infrações sujeitas à jurisdição universal quanto para tornar obrigatória a afetação de jurisdição – ou a extradição para um Estado que assumirá a jurisdição. O princípio *aut dedere aut judicare* vai além da jurisdição universal, tornando a acusação obrigatória, não apenas permissiva (ROHT-ARRIAZA, 1995, p. 25).

### **3.4 - O princípio *aut dedere aut judicare***

O princípio *aut dedere aut judicare* corresponde à obrigação de extraditar ou julgar, incorporada em inúmeros tratados multilaterais e outros instrumentos internacionais destinados a garantir a cooperação na supressão de certos tipos de condutas criminais. A obrigação aparece de maneiras diferentes nesses instrumentos, mas essencialmente significa que um Estado em poder de alguém que cometeu determinado crime de interesse internacional deve extraditá-lo para outro Estado capaz de julgá-lo ou tomar medidas para que ele seja processado perante seus próprios tribunais (BASSIOUNI; WISE, 1995, p. 3).

O objetivo do princípio é assegurar que aqueles que cometem crimes de direito internacional não fiquem impunes em qualquer lugar do mundo (ROHT-ARRIAZA, 1995, p. 25).

A expressão *aut dedere aut judicare* é uma adaptação moderna do princípio *aut dedere aut punire* (extraditar ou punir) criado por Hugo Grotius. Entende-se mais apropriado, no entanto, se referir a um dever de extraditar ou julgar, pois o acusado pode ser inocente, e a punição só deve ser imposta aos culpados (BASSIOUNI; WISE, 1995, p. 22).

Para Grotius, o Estado lesionado por determinada conduta criminal teria o direito natural de punir, e, portanto, o Estado em que o agressor busca refúgio não deveria interferir

no exercício deste direito. Portanto, o Estado requerido deveria entregar um indivíduo culpado ao Estado requerente para que fosse punido. No entanto, não estaria estritamente obrigado a fazê-lo, teria a alternativa de punir o agressor. Mas seria obrigado a fazer um ou outro: extraditar ou punir. Haveria, assim, uma obrigação geral de extraditar ou punir em relação a todas as ofensas pelas quais outro Estado foi prejudicado (BASSIOUNI; WISE, 1995, pp. 4-5).

Grotius argumentou que essa obrigação seria derivada do interesse que toda a humanidade tem na supressão de todas as formas de crime. Seria uma obrigação de todos os Estados enquanto membros da *civitas maxima* (BASSIOUNI; WISE, 1995, p. 22).

A expressão *aut dedere aut judicare*, por sua vez, geralmente se refere a um princípio adotado em tratados específicos em relação a ofensas específicas. Contudo, a partir de sua adoção em um grande número de tratados internacionais surgiu a questão de saber se o *princípio aut dedere aut judicare* passou a representar uma nova regra de direito consuetudinário, pelo menos em relação a ofensas internacionais, quando seria aplicável mesmo na ausência de um tratado (BASSIOUNI; WISE, 1995, p. 5).

### **3.5 - O status do princípio *aut dedere aut judicare***

A forma mais clara de obrigação legal se dá a partir do compromisso expresso dos Estados assumido por meio de tratados multilaterais, que, no entanto, vincula apenas as partes do tratado. Assim, a aplicabilidade dos tratados de direito penal é limitada, uma vez que muitos Estados não assinaram os tratados relevantes da matéria (ROHT-ARRIAZA, 1995, p. 39).

Isso é particularmente problemático ao se levar em consideração que os governos que violam sistematicamente os direitos humanos podem ser especialmente indispostos a aderir aos regimes de tratados de direitos humanos (ROHT-ARRIAZA, 1995, p. 39).

Contudo, há fontes adicionais que se baseiam nesses tratados que estabelecem a obrigação internacional de investigar e processar violadores de direitos humanos. Se considerarmos que a obrigação atingiu o status de direito consuetudinário ou de princípio geral, mesmo os países que não são partes desses tratados são obrigados a respeitá-la (ROHT-ARRIAZA, 1995, p. 38).

De acordo com a definição clássica, o direito internacional consuetudinário resulta de uma prática geral e consistente seguida pelos Estados a partir de um senso de obrigação legal (ROHT-ARRIAZA, 1995, p. 39). Já os princípios legais consistem em expressões comuns aos principais sistemas jurídicos (ROHT-ARRIAZA, 1995, p. 46).

Para Roht-Arriaza, a disposição frequente das obrigações de investigar, julgar e reparar, estabelecidas em diversos tratados, tomadas em conjunto com a prática diplomática e a norma consuetudinária relativa a crimes contra a humanidade, entre outros fatores, sugere seu *status* consuetudinário. No entanto, é difícil verificar se o insucesso de muitos Estados em agir até mesmo contra notórios violadores de direitos humanos ou a promulgação de anistias que os absolvem de sua responsabilidade representa o desrespeito de uma norma estabelecida ou a inexistência de evidências suficientes, com base na prática interna, da existência da própria norma (ROHT-ARRIAZA, p. 40).

A autora entende que os tratados podem criar obrigações que vinculam os não partes através do direito consuetudinário, e afirma que mesmo os que não aceitam essa ideia estão dispostos a aceitá-la quando se trata de tratados de direito humanitário. Isso porque tais tratados evidentemente pretendem a aplicabilidade mais ampla quanto possível e a geração ou codificação do costume (ROHT-ARRIAZA, 1995, p. 41).

Ademais, esses tratados se acumulam e frequentemente têm disposições comuns ou incorporam conceitos paralelos, o que demonstra uma forte evidência de uma norma consuetudinária. Além disso, têm ampla aceitação e caráter universal e abrangente (ROHT-ARRIAZA, pp. 40-41).

Assim, Roht-Arriaza entende que as disposições de extraditar ou julgar frequentemente dispostas em tratados que criminalizam violações de direitos humanos podem ser o exemplo mais claro de uma obrigação de tratado transferida para o direito consuetudinário. Isso porque essas disposições codificam princípios há muito reconhecidos pelos estudiosos da área (ROHT-ARRIAZA, 1995, p. 41).

Nada obstante, a autora sugere que, diante das dificuldades de definir e identificar a prática estatal na área dos direitos humanos – porque não estaria claro se o que deve ser levado em consideração é a prática estatal a nível internacional, através das declarações e ações do Estado em fóruns internacionais e através de canais diplomáticos e sanções econômicas ou militares, ou se a prática estatal deveria se referir aos atos internos de um Estado –, talvez as obrigações de extraditar, julgar e reparar devessem ser consideradas como princípios gerais, e não como direito consuetudinário (ROHT-ARRIAZA, 1995, p. 47).

Bassiouni, por sua vez, constrói os argumentos a favor do *status* consuetudinário do princípio *aut dedere aut judicare* a partir do conceito de uma *civitas maxima*, já que considera que o comportamento real dos Estados não suportaria essa ideia.

Em relação aos crimes comuns, há consenso no sentido de que não há obrigação de extraditar na ausência de um tratado. As ofensas internacionais, por outro lado, são ofensas reprimidas pela comunidade internacional como um todo, e, portanto, todos os Estados devem cooperar para que seus autores sejam julgados. Caso os Estados não aceitem o dever de processar ou extraditá-los para outro Estado preparado para fazê-lo, o esforço de levar os acusados a julgamento será frustrado. Assim, para Bassiouni, o dever de extraditar e julgar decorre do interesse comum que todos os Estados têm na supressão de ofensas internacionais (BASSIOUNI; WISE, 1995, p. 24).

Ademais, o autor argumenta que a reafirmação constante da obrigação de extraditar ou julgar em um número crescente de tratados multilaterais pode ser tomada para confirmar que, pelo menos em relação às ofensas internacionais, o princípio *aut dedere aut judicare* foi aceito como uma norma do direito internacional geral (BASSIOUNI; WISE, 1995, p. 24).

Argumenta, ainda, que o princípio não é apenas uma norma comum do direito internacional, mas sim uma condição para a repressão efetiva de delitos que são universalmente condenados (BASSIOUNI; WISE, 1995, p. 24).

Uma série de normas que proíbem as ofensas internacionais são amplamente consideradas como regras do *jus cogens*, ou seja, são normas imperativas ou peremptórias, de fundamental importância para a manutenção da ordem pública da comunidade internacional e que, portanto, não são susceptíveis de anulação por tratado (BASSIOUNI; WISE, 1995, p. 52).

Na medida em que a proibição de determinada ofensa é considerada de fundamental importância para a manutenção da ordem pública internacional os Estados têm o dever de tomar as medidas para que os acusados sejam levados à justiça, caso contrário, por sua inação estariam aceitando a violação de uma norma peremptória. Assim, o princípio *aut dedere aut judicare* é também um princípio de *jus cogens* (BASSIOUNI; WISE, 1995, p. 52).

No mesmo sentido entende Orentlicher, que afirma que a obrigação consuetudinária de julgar crimes como a tortura, desaparecimentos e execuções extrajudiciais é decorrente dos direitos que têm o *status* de normas imperativas. Para a autora, não faria sentido o direito internacional afirmar que certos direitos, como o direito à vida, o direito à ausência de tortura e o direito à ausência de desaparecimentos forçados não são derogáveis e, por outro lado,

aceitar que os Estados não façam o que é necessário para garantir esses direitos (ORENTLICHER, 1991, p. 2608-2609).

Still, in view of the consistent recognition by international bodies that prosecution is necessary to secure certain nonderogable rights, a rule of law allowing states to derogate from the duty to prosecute violations of those rights would produce untenable results. Such a rule would have international law assert on the one hand that the rights to life, freedom from torture and freedom from forced disappearances are nonderogable, and on the other hand that, under certain circumstances, states need not do that which is necessary to secure the rights (Orentlicher, 1991, p. 2608).

### 3.6 - A obrigação de julgar e os desafios da justiça de transição

Diante das considerações desenvolvidas a respeito do princípio *aut dedere aut judicare*, Bassiouni e Wise (1995, p. 53) concluíram que pode se argumentar que o direito internacional exige que o novo governo de um Estado em cujo território certas violações de direitos humanos ocorreram tome medidas para punir quem os cometeu. Esse argumento surge a partir da hipótese de que há no direito internacional contemporâneo uma obrigação geral de garantir o respeito a certos direitos humanos básicos, e que essa obrigação requer não apenas que o governo se abstenha de praticar violações, mas também tome medidas para punir os violadores. Deixar de fazê-lo viciaria a autoridade da punição principal e seria por si só uma violação ao direito internacional.

Para os autores, quaisquer razões políticas que tornem desejável a renúncia ao processo dos responsáveis não poderiam ultrapassar as obrigações internacionais de um Estado (BASSIOUNI; WISE, p. 53-54).

Orentlicher também chegou à conclusão de que os países que aderiram a certos tratados de direitos humanos são geralmente obrigados a assegurar a instauração de processos criminais contra os suspeitos de violações específicas de direitos humanos, como o genocídio e a tortura. Indo mais adiante, a autora concluiu que essa obrigação vincula a todos os Estados, tendo em conta que atingiu *status* consuetudinário, o que decorre dos direitos que têm o *status* de normas imperativas. A obrigação geral que os Estados têm de garantir os direitos fundamentais é incompatível com a impunidade indiscriminada por delitos atrozes (ORENTLICHER, 1991, p. 2609).

Nada obstante, a autora afirma que a imposição desses deveres não deve ser interpretada de forma que exijam ações impossíveis ou prejudiciais de acordo com a capacidade legal ou política da democracia nascente (ORENTLICHER, 1991, p. 2600).

Isso porque, na grande maioria das vezes, os Estados encontram-se em contextos em que a paz é frágil ou, mesmo após ceder a autoridade aos governos eleitos democraticamente, os violadores conservam um poder real, e, portanto, deve haver um equilíbrio entre as exigências da justiça e a realidade do que pode ser feito (PAUL VAN ZYL, 2009, p. 32).

Orentlicher ressalta a complexidade dos desafios enfrentados pelos novos governos:

In many countries in Latin America, the price exacted for the end of military rule was society's acceptance of the outgoing junta's self-amnesty; in others, impunity for past crimes was the military's implicit but unambiguous price for remaining in the barracks as fragile democracies took root. Yet for the newly elected successor governments to honor nakedly self-serving claims of untouchability would betray the very principles they had pledged to restore and safe-guard (ORENTLICHER, 2007, p. 11).

Dessa forma, os governos não devem ser obrigados a tomar medidas que constituam uma séria ameaça para os interesses nacionais vitais (ORENTLICHER, 1991, pp. 2595).

No entanto, um Estado não pode evitar o dever de punir os responsáveis por violações graves apenas para conter grupos descontentes ou promover a reconciliação. Embora esses objetivos sejam desejáveis, o Estado deve encontrar outros meios de alcançá-los. A inconveniência política dos processos não é desculpa para o fracasso do governo em cumprir suas obrigações legais (ORENTLICHER, 1991, pp. 2595-2596).

A comunidade internacional não pode assumir uma postura de tolerância em relação às violações do passado, o que poderia significar um incentivo a outras similares. Se os governos de transição fossem dispensados de suas obrigações nos casos em que as reações militares justificam seu incumprimento, o direito internacional estaria, na verdade, incentivando esse comportamento (ORENTLICHER, 1991, p. 2611).

Assim, a autora aponta que a solução está no próprio direito internacional, uma vez que ele ajuda a “despolitizar” os julgamentos dos violadores dos direitos humanos, tendo em conta que, quando são realizados de acordo com o direito internacional, são menos propensos a serem vistos como revanchismo político (ORENTLICHER, 1991, pp. 2595-2596).

Ou seja, a ameaça de instabilidade é minimizada quando os processos são apoiados por leis internacionais inequívocas, cujos requisitos são delineados a partir de limites principiológicos (ORENTLICHER, 1991, p. 2606).

Nessa linha, Roht-Arriaza também argumenta que o direito internacional tem um papel de apoio a desempenhar.

Diante da exigência de investigar, processar e reparar, por exemplo, o novo governo deve, de alguma forma, encontrar um meio de cumprir ou sofrer custos reais em termos de sanções internacionais, colocando a decisão de cumprir com a lei no âmbito do não

negociável. Para um novo governo frágil, que entra uma série de desafios a restrições, a falta de poder de barganha nesse sentido pode ser vantajosa, pois é menos provável de ser vista como vingança por determinado grupo (ROHT-ARRIAZA, 1995, p. 5).

Além disso, da mesma forma que a investigação e o julgamento de violações passadas se tornaram uma questão de interesse internacional, os constrangimentos impostos sobre a capacidade dos governos de fazê-lo também. Assim, deve haver o entendimento claro de que as tentativas de incapacitar ou derrubar um regime de transição democraticamente instalado para evitar investigações e processos legítimos não serão toleradas pela comunidade internacional. Se estiver claro para os possíveis golpistas que, mesmo se o golpe for bem sucedido, resultará em sanções internacionais, como por exemplo o isolamento diplomático e comercial, eles hesitaram e os novos governos estarão fortalecidos para enfrentar eventuais ameaças (ROHT-ARRIAZA, 1995, p. 296).

### **3.7 - Conceito de crime contra a humanidade**

A primeira definição de crimes de lesa-humanidade ou crimes contra a humanidade foi realizada pelos Princípios de Nuremberg, aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1950, que estabelecem que os crimes contra a humanidade são (International Center for Transitional Justice, 2008, p. 356):

[...] o assassinato, o extermínio, a escravidão, a deportação e qualquer outro ato inumano contra a população civil, ou a perseguição por motivos religiosos, raciais ou políticos, quando esses atos ou perseguições ocorram em conexão com qualquer crime contra a paz ou em qualquer crime de guerra. Princípios de Nuremberg, Princípio VI.

O conceito de crimes contra a humanidade evoluiu desde então, o que se refletiu especialmente nos Estatutos e nas decisões dos tribunais penais internacionais. Ademais, vários atos foram qualificados como delitos contra a humanidade em Convenções das Nações Unidas, e, dessa forma, reunidos nos Estatutos dos tribunais penais internacionais e mistos – como o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ruanda e o Estatuto de Roma –, como atos que, devido a determinadas condições, constituem delitos contra a humanidade. (International Center for Transitional Justice, 2008, pp. 356-358).

O Estatuto de Roma, que entrou em vigor no Brasil em 2002 por força do Decreto 4.388, dispõe que o homicídio, a tortura e o desaparecimento forçado de pessoas, entre outros atos, quando cometidos “*no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque*”, constituem crimes contra a humanidade.

Levando em consideração os Princípios de Nuremberg de 1950 e os estatutos e a jurisprudência dos tribunais penais internacionais e mistos, entende-se que se está diante de um crime de lesa-humanidade quando: i) é cometido um ato inumano em sua natureza e caráter, o qual produz um grande sofrimento na vítima ou que causa danos à sua integridade física e/ou saúde física e/ou mental, ii) esse ato é cometido como parte de um ataque sistemático ou generalizado; iii) esse ataque responde a uma política que não necessariamente deve haver sido adotada de maneira formal; e iv) o ataque é dirigido contra população civil. (International Center for Transitional Justice, 2008, p. 360).

Para Bassiouni, os crimes contra a humanidade são uma categoria de crimes internacionais para os quais existe jurisdição universal, bem como um dever geral alternativo de extraditar ou julgar (BASSIOUNI, 1992, p. 501).

A perseguição e a eventual punição, independentemente de onde ou quando, são indispensáveis para a eficácia da dissuasão geral que evita futuras violações. Assim, não devem ser impedidas por limitações de tempo (BASSIOUNI, 1992, p. 499).

### **3.8 - A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade**

O ICTJ concluiu, em “*Parecer técnico sobre a natureza dos crimes de lesa-humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistias*”, publicado em 2008, que o princípio da imprescritibilidade pode ser entendido como diretamente vinculado ao cumprimento do direito internacional que determina a punição dos autores de crimes de acordo com as leis internacionais (International Center for Transitional Justice, 2008, p. 375).

A proibição dos crimes contra a humanidade é uma proibição de *jus cogens*, expressamente amparada pelo Estatuto do tribunal de Nuremberg e com caráter universal nos Princípios de Nuremberg de 1950. A adoção pela Assembleia Geral da ONU tornou explícita sua aceitação e reconhecimento pela comunidade internacional (International Center for Transitional Justice, 2008, p. 381).

A resolução 2338 (XXII) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 1967, e a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa-humanidade, aprovada em 1968, afirmaram que os crimes contra a humanidade figuram entre os delitos de direito internacional mais graves, cuja persecução e punição não admite prescrição. O objetivo da Convenção, conforme previsto na resolução 2338, era reafirmar um princípio do direito internacional já existente e poder garantir, por meio de um tratado, sua aplicação universal (International Center for Transitional Justice, 2008, p. 376).

Assim, ainda que um Estado não tenha ratificado a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa-humanidade, permanece obrigado a investigar e punir estes crimes, porque ela ampara um princípio de direito internacional vigente antes de sua aprovação (International Center for Transitional Justice, 2008, p. 380).

Pode-se dizer o mesmo em relação à ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, conforme reiterado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (International Center for Transitional Justice, 2008, p. 382).

Ademais, os Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estão obrigados a perseguir, investigar e punir as graves violações aos direitos humanos e os crimes contra a humanidade, nos termos do artigo 1.1 da Convenção. Essa obrigação surge para o Estado a partir do momento da ratificação da Convenção e é exigível mesmo em relação a fatos cometidos antes da ratificação ou da vigência da Convenção (International Center for Transitional Justice, 2008, pp. 383-384).

Cumprе ressaltar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou, por diversas vezes, o caráter inadmissível e inaplicável da prescrição nos casos de violações muito graves de direitos humanos e dos crimes contra a humanidade, o que decorre da obrigação geral de perseguir, investigar e punir estabelecida no artigo 1.1 da Convenção (International Center for Transitional Justice, 2008, p. 384).

Além de o Brasil estar obrigado a perseguir e punir os crimes de lesa-humanidade por princípios de direito internacional geral, também é parte da Convenção. Portanto, a alegação da prescritibilidade para não punir os crimes de lesa-humanidade viola tanto o caráter imperativo da proibição de cometer crimes de lesa humanidade quanto viola a Convenção (International Center for Transitional Justice, 2008, p. 382 e p. 384).

#### 4. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dos cinco pedidos de extradição analisados, quatro foram deferidos parcialmente e apenas um foi indeferido. No entanto, os cinco entenderam da mesma forma: apenas os crimes de desaparecimento forçado, nos casos em que as vítimas não foram libertadas ou seus corpos encontrados, permanecem puníveis, em razão de seu caráter permanente. Os demais delitos já estariam há muito prescritos segundo a legislação brasileira.

Na Extradção 1299, de Cesar Alexandre Enciso, por exemplo, o pedido foi deferido apenas em relação a quatro crimes de sequestro, nos quais as vítimas jamais foram encontradas, e indeferido para trinta e nove crimes de tortura e trinta e cinco crimes de sequestro. Já a Extradção 1.362, do nacional argentino Salvador Siciliano, acusado do cometimento de homicídio qualificado, sequestro e cárcere privado e associação criminosa, foi indeferida, sendo determinada a imediata expedição de alvará de soltura em seu nome.

Nada obstante, a argumentação desenvolvida nos capítulos anteriores demonstra que esse entendimento não está em consonância com as obrigações impostas ao Estado brasileiro pela comunidade internacional.

É evidente que, se há uma norma de *jus cogens* que impõe determinada obrigação a todos os Estados, ela obriga também o Brasil. Não há sentido algum em dizer que há uma norma internacional de caráter cogente, mas que não é cogente para o Brasil, como fizeram alguns dos Ministros.

Assim, tendo em conta que o princípio *aut dedere aut judicare* é um princípio de *jus cogens*, entende-se que, cumpridos os requisitos aos quais se condiciona a extradição, o Estado requerido tem a obrigação alternativa de deferi-la ou de julgar ele próprio o suspeito da prática de crimes contra a humanidade. Caso algum dos requisitos não esteja cumprido, cabe ao Estado requerido julgar, o que independe do local em que se alega que os crimes foram cometidos, uma vez que há jurisdição universal em relação aos crimes contra a humanidade.

O Estado brasileiro não foge a essa regra. Assim, tinha a obrigação de deferir os pedidos de Extradção de suspeitos da prática de crimes contra a humanidade formulados pela Argentina ou de julgá-los em seus próprios tribunais. Mas tinha, necessariamente, a obrigação de fazer um outro.

Cabe aqui mencionar a crítica feita por Ventura (2010, pp. 3-4), que, além de apontar que há uma indiferença do Estado brasileiro ao princípio *aut dedere aut judicare*, afirma que essa tendência à omissão no julgamento de acusados de crimes contra a humanidade contradiz

tanto a “*nova ordem constitucional brasileira, humanista e democrática*”, quanto o teor das obrigações internacionais assumidas pelo Brasil através das convenções de Direitos Humanos ratificadas.

A autora entende que a cultura jurídica brasileira é caracterizada por uma mistura entre ignorância e desprezo pelo Direito Internacional Público (VENTURA, 2010, p. 5).

O enfoque da Corte, ao enfrentar processos que envolvem diversas ordens jurídicas, é eminentemente estatalista, baseado no direito interno. Quando muito, os Ministros aplicam a norma internacional se e quando ela está em consonância com, ou é equivalente ao direito interno; neste caso, é o último, e não o Direito Internacional, que o juiz está "preparado, técnica mas também psicologicamente, para aplicar e fazer respeitar". Logo, de modo geral, o STF aplica pouco e mal o Direito Internacional; ignora o grande debate contemporâneo sobre a internacionalização do direito e o transconstitucionalismo; raramente ultrapassa os manuais mais batidos, não raro desatualizados, da doutrina internacionalista; praticamente despreza a jurisprudência internacional; e vale-se escassamente do direito comparado, quase sempre incorrendo, quando o faz, em grandes incompreensões dos sistemas jurídicos alheios (VENTURA, 2010, p. 10).

Nenhum dos acórdãos analisados sequer menciona o princípio *aut dedere aut judicare*. Os processos de extradição de número 974, 1.150, 1.278 e 1.299 não discutem a questão da prescritibilidade ou não dos crimes contra a humanidade a partir do ponto de vista da existência de uma norma imperativa de direito internacional geral.

Tal discussão apenas se iniciou na Extradicação 1.362, em que o relator, Ministro Edson Fachin, afetou o tema ao Plenário e proferiu extenso voto no qual desenvolve argumentos em favor da existência de uma norma de *jus cogens* que impõe aos Estados a obrigação de tomar medidas para que os responsáveis pelo cometimento de crimes contra a humanidade sejam levados à justiça, não lhes sendo aplicável as limitações legais usualmente opostas para impedir a persecução penal.

Para tanto, o Ministro baseou-se no seguinte trecho do parecer apresentado pelo Ministério Público:

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.

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 coma 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 anistia.*"

As normas - cogentes de direito costumeiro internacional que fundamentam a imprescritibilidade desses delitos remontam a 1945, e constituem prova da sua existência os seguintes atos: a) Carta do Tribunal Militar Internacional (1945); b) Lei Conselho de Controle nº 10 (1945); e) Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do Tribunal,

com comentários (International Law Commission, 1950); d) Relatório da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) (1954); e) Resolução 2184 (Assembleia Geral da ONU, 1966); f) Resolução 2202 (Assembleia Geral da ONU, 1966); g) Resolução 2338 (Assembleia Geral da ONU, 1967); h) Resolução 2583 (Assembleia Geral da ONU, 1969); i) Resolução 2712 (Assembleia Geral da ONU, 1970); j) Resolução 2840 (Assembleia Geral da ONU, 1971); k) Princípios de Cooperação Internacional na identificação, prisão, extradição e punição das pessoas condenadas por crimes de guerra e crimes contra a humanidade (Resolução 3074 da Assembleia Geral da ONU, 1973).

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

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

O instituto da prescrição, como causa extintiva da punibilidade, está previsto e disciplinado na legislação ordinária, não podendo, por isso, fazer frente as normas cogentes do direito internacional a que o Brasil, por força das convenções e tratados a que aderiu, está constitucionalmente (art. 5º, §§ 2º e 3º) obrigado a observar. Poder-se-ia dizer que as normas do direito internacional não são de 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. E, citando precedente da Corte Suprema da Justiça argentina no julgamento sobre as Leis "Punto Final" e "Obediência Devida", acentuou que "de nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u outro derecho nacional".

Entretanto, ainda assim, o pedido de extradição 1.362 foi indeferido. Os principais argumentos que conduziram a esse resultado foram: i) o Brasil não ratificou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, e, portanto, a cláusula de imprescritibilidade penal que resulta dessa Convenção das Nações Unidas não vincularia juridicamente o Brasil; ii) em matéria penal prevaleceria sempre o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal, e, assim, a prescritibilidade ou a imprescritibilidade da pretensão estatal de punir só poderia ser regulada por lei interna; iii) a garantia constitucional da irretroatividade da lei penal mais grave. Tais argumentos serão analisados a seguir.

#### **4.1 - A não ratificação da Convenção de 1968 sobre imprescritibilidade**

Para os Ministros Teori Zavascki e Celso de Mello, a imprescritibilidade penal no caso em exame teria por fundamento a “Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade”. Assim, tendo em conta que o Brasil não a ratificou, a cláusula de imprescritibilidade penal que dela resulta não vincularia juridicamente o Brasil.

De fato, o Brasil não aderiu à Convenção. Nada obstante, os crimes contra a humanidade são imprescritíveis porque assim são considerados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos em norma cogente.

Conforme elucidado pelo Ministro Barroso, as normas do *jus cogens* não precisam estar materializadas em tratado e independem de ratificação. Não se trata de direito positivado, mas sim de uma “prática internacional generalizadamente reconhecida”.

A esse respeito o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), internalizada no país por meio do Decreto 7.030/2009:

Artigo 53

Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

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

#### **4.2 - A não reprodução no direito interno e o princípio da reserva legal**

Segundo o Ministro Teori Zavascki, *“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”*.

Acrescentou, ainda, que em matéria penal prevaleceria sempre o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal. Assim, a lei interna seria a *“única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescritibilidade ou à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir”*. A única exceção seriam as cláusulas constitucionais em sentido diverso, como aquelas inscritas nos incisos XLII e XLIV do art. 5º da CRFB.

Já para o Ministro Edson Fachin, a interpretação de que a previsão no âmbito do Direito Internacional, na ausência de lei em sentido formal e material, não poderia servir de base para a condenação criminal submetida ao regime penal internacional à vontade soberana de um único país.

O Princípio I dos Princípios de Nuremberg dispõe que “*qualquer pessoa que cometa atos que constituam um crime sob as leis internacionais será responsável e por conseguinte sujeita a castigo*”, o que estabelece a regra geral segundo a qual o direito internacional pode impor diretamente deveres aos indivíduos, sem que seja necessária a mediação do direito interno (International Center for Transitional Justice, 2008, p. 375).

Em decorrência do primeiro, o Princípio II estabelece que “[...] *o fato de as leis internas não imporem castigo por um ato que constitua um crime sob as leis internacionais não exime a pessoa que cometeu o ato de sua responsabilidade sob as leis internacionais*”. Ou seja, a inexistência de normas de direito interno que estabeleçam e punam os crimes internacionais não escusa seus autores de sua responsabilidade internacional (International Center for Transitional Justice, 2008, p. 375).

Segundo o Ministro Fachin, a produção de efeitos legais da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade deve se reportar ao direito internacional penal, independentemente de sua concretização pelo legislador nacional. A imprescritibilidade se aplicaria ao Brasil porque assim entende o Direito Internacional dos Direitos Humanos, cujas normas integram os direitos fundamentais descritos no artigo 5º da Constituição Federal.

Ademais, para Ventura (2010, p. 18) o argumento da reserva legal consiste no “*clássico paradoxo penal, em que o direito penal é, por vezes, o escudo que protege os direitos humanos, em outras, a espada que os fere*”.

Sabe-se que o objetivo do princípio da legalidade, princípio fundamental do direito penal, é limitar o poder punitivo estatal, tendo em conta a drástica intervenção nos direitos fundamentais da pessoa, o que impõe que sejam estabelecidos limites que impeçam a arbitrariedade e o excesso do poder punitivo (BITENCOURT, 2014, p. 50).

O princípio da reserva legal impõe que a regulação de determinadas matérias deve ser feita apenas por meio de lei formal, nos termos da Constituição Federal, que, por sua vez, estabelece que compete privativamente à União legislar sobre direito penal (BITENCOURT, 2014, p. 51).

A adoção expressa desses princípios significa que o nosso ordenamento jurídico cumpre com a exigência de segurança jurídica postulada pelos iluministas. Além disso, para aquelas sociedades que, a exemplo da brasileira, estão organizadas por meio de um sistema político democrático, o princípio de legalidade e de reserva legal representam a garantia política de que nenhuma pessoa poderá ser submetida

ao poder punitivo estatal, se não com base em leis formais que sejam fruto do consenso democrático. (BITENCOURT, 2014, p. 51).

Nada obstante, para Ventura (2010, p. 20), a função do princípio da legalidade é garantir que os indivíduos tenham conhecimento, de modo claro e legítimo, do conteúdo da norma penal, o que pode ser cumprido pelo costume internacional. Inclusive, “*o costume pode ser uma fonte ainda mais previsível do que outras*”.

Em relação à segurança jurídica, que, em tese, seria garantida pelo princípio da legalidade e pela prescrição, a autora afirma que a tolerância da prática de crimes contra a humanidade lhe parece consideravelmente mais ameaçadora à segurança jurídica de um Estado de Direito, do que o postulado da imprescritibilidade desses crimes (VENTURA, 2010, p. 26).

Embora reconheça que a imprescritibilidade confronta os agentes da repressão à possibilidade de reversão de fatos consumados, gerando, assim, insegurança para determinado número de pessoas, a autora entende que “*quando a vítima é a humanidade e o algoz permanece impune, é o Estado de Direito que se esvai como promessa, gerando a pior das inseguranças coletivas*” (VENTURA, 2010, p. 26).

A autora defende a imprescritibilidade sob o argumento de que os crimes contra a humanidade são crimes internacionais não apenas em razão da universalidade dos valores que protegem, mas sobretudo porque sua prevenção e punição não podem depender das vicissitudes nacionais (VENTURA, 2010, p. 22).

A esse respeito, cabe destacar a observação feita por Naomi Roht-Arriaza, já mencionada no terceiro capítulo, de que os governos que violam sistematicamente os direitos humanos são geralmente indispostos a aderir os regimes de tratados de direitos humanos. Sob essa lógica, pode-se chegar à conclusão de que esses atos ficariam impunes no direito interno.

Os crimes contra a humanidade são imprescritíveis especialmente em razão da impossibilidade material de processar os violadores nos Estados em que são praticados a curto prazo. Isso porque os regimes ditatoriais que toleram violações de direitos humanos tendem a instalar “simulacros de direito” que levam um certo tempo – que não é passível de medição – para serem removidos após o restabelecimento da democracia (VENTURA, 2010, pp. 22-24).

#### **4.3 - A garantia constitucional da irretroatividade da lei penal mais grave**

A Constituição brasileira estabelece, em seu artigo 5º, XLIV, que “*constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático*”.

O Estatuto de Roma, por sua vez, também estabelece, em seu artigo 29, que os crimes de sua competência são imprescritíveis.

Nada obstante, no tempo em que os delitos foram cometidos nem a Constituição nem o Estatuto de Roma estavam vigentes e, conforme apontado pelo Ministro Teori Zavascki, o art. 5º, XV, da Constituição da República estabelece que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Ocorre que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade decorre de uma norma do *jus cogens*, de caráter costumeiro, que, conforme explicou o Ministro Lewandowski, está em vigor muito antes dessas normas, desde o término da segunda guerra mundial. Não haveria que se falar, portanto, em retroação da norma penal em *malam partem*.

[...] 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.

Da mesma forma entende a Ministra Rosa Weber, que inclusive citou trecho da sentença exarada por Eugênio Raul Zaffaroni em 14.06.05 no caso “*Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. – causa n° 17.768*” enquanto Juiz da Corte Suprema Argentina, no qual o autor afirma que a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade, de 1968, teria apenas codificado como tratado o que antes já era *jus cogens* em função do direito internacional público consuetudinário.

Ou seja, antes de sua inserção de forma positivada no ordenamento jurídico interno, a regra da imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade já era norma costumeira.

#### **4.4 - A conexão com a lei de anistia brasileira**

Ventura (2010, p. 25), ao analisar a posição do STF na Extradicação nº 974, do nacional uruguaio Manuel Cordeiro, afirmou que o tratamento estritamente nacional do caso “*foi o ardil encontrado por alguns dos Ministros para deferir a extradição, honrando um compromisso internacional do Brasil, sem comprometer-se em relação ao julgamento da ADPF 153*”.

De fato, é justamente o que se verifica não só na Extradicação nº 974, como nos demais casos analisados no presente trabalho. Na Extradicação nº 1362, até mesmo os Ministros que votaram pelo deferimento do pedido diante existência de uma norma de *jus cogens*, procuraram a todo custo encontrar argumentos para dizer que ela se aplicaria para a extradição, mas não para os crimes cometidos no território brasileiro.

Ademais, segundo o Ministro Marco Aurélio, a Lei de Anistia brasileira por si só seria óbice ao deferimento das extradições, uma vez que o deferimento da extradição estaria condicionado à possibilidade de o extraditando vir a responder pelo ato em território brasileiro caso os crimes tivessem sido cometidos no Brasil.

Ocorre que a anistia foi concedida no contexto histórico e político brasileiro, em relação aos crimes cometidos em razão da ditadura militar brasileira. Assim, conforme contestou o Ministro Fachin, os efeitos da lei nacional não poderiam ter uma aplicação extraterritorial.

O Ministro afirmou, ainda, que, através do julgamento do pedido, o Supremo estaria a enfrentar, na via indireta, o alcance da anistia, tendo em vista que seu deferimento, por coerência, estabeleceria a possibilidade de persecução criminal no tocante a fatos cobertos pela anistia.

Nada obstante, a maioria dos ministros entendeu que as duas questões não se misturariam, inclusive o Ministro Fachin, no mesmo julgamento em que proferiu voto com extensa pesquisa em favor da existência de uma norma *jus cogens* que estabelece a obrigação de julgar os suspeitos da prática de crimes contra a humanidade, bem como sua imprescritibilidade.

O Ministro Dias Toffoli, no entanto, destacou que o Relator, Ministro Edson Fachin, trouxe em seu voto premissas que não se aplicariam somente ao caso, mas se estenderiam a outros, inclusive ao Direito interno.

É evidente que, da mesma forma que o direito internacional impõe ao Brasil, através de uma norma cogente, a obrigação de extraditar ou julgar suspeitos da prática de crimes contra a humanidade cometidos em outro país, impõe também a obrigação de julgar os agentes estatais pelos delitos dessa natureza cometidos durante o período da ditadura.

Isso porque, o que a norma de *jus cogens* estabelece é que, tendo em conta que certos direitos, como o direito à vida, o direito à ausência de tortura e o direito à ausência de desaparecimentos forçados são inderrogáveis, o Estado deve fazer o que é necessário para garanti-los. Assim, os Estados têm o dever de tomar as medidas para que os acusados de sua violação sejam levados à justiça, sob pena de, por sua inação, estarem aceitando a violação de uma norma peremptória. A esse respeito:

A absoluta proibição da tortura, o direito à verdade e o direito à justiça estão consagrados nos instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil, o que impõe o dever do Estado de investigar, processar, punir e reparar graves violações a direitos humanos, especialmente em se tratando de crime internacional. A prática sistemática de tortura e de desaparecimento forçado constitui crime contra a humanidade, imprescritível e insuscetível de anistia. Leis de anistia não podem autorizar a manifesta violação de *jus cogens* internacional (direito cogente e inderrogável), como a absoluta proibição da tortura. Não podem ainda perpetuar a impunidade, ao gerar uma injustiça permanente e continuada.

Ao significar um ilícito internacional, por sua total incompatibilidade com os parâmetros protetivos enunciados pela ordem internacional, é de rigor que seja invalidada a Lei de Anistia brasileira, em nome da absoluta proibição da tortura, do direito à verdade e à justiça (PIOVESAN, 2009, p. 106).

O direito internacional exige que o novo governo de um Estado em cujo território certas violações de direitos humanos ocorreram tome medidas para punir quem as cometeu. Quaisquer razões políticas que tornem desejável a renúncia ao julgamento dos responsáveis não podem ultrapassar suas obrigações internacionais.

Justamente por isso, ao julgar o “Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil” – referente à detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de diversas pessoas pelo Exército brasileiro durante a ditadura militar no Brasil com o objetivo de erradicar a denominada Guerrilha do Araguaia –, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2010, declarou a invalidade da lei de anistia brasileira, o que impõe ao Brasil o dever de apurar e processar os acusados pelos delitos praticados no contexto da ditadura (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 157).

A partir do controle de convencionalidade, a CIDH concluiu que a decisão do STF no bojo da ADPF 153 não está em consonância com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 nem com os demais tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, determinando a apuração dos crimes cometidos durante o período militar (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 159).

Para Gomes e Mazzuoli, evidentemente a determinação da CIDH obriga tanto o governo brasileiro a tomar medidas nesse sentido quanto o STF, e o seu descumprimento consiste em nova violação (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 160).

## CONCLUSÃO

Após um período de conflito, violência em massa ou violação sistemática dos direitos humanos, os Estados devem desenvolver estratégias visando combater a impunidade e promover o respeito aos direitos das vítimas. Entre os fatores que moldam as escolhas envolvidas nesse processo, chamado de justiça de transição, estão os requisitos exigidos pela comunidade internacional, os quais são baseados nos direitos humanos universais.

Nesse contexto, há um crescente consenso sobre a responsabilidade do Estado de julgar os perpetradores de graves violações aos direitos humanos no direito penal internacional.

A partir da doutrina e da jurisprudência de cortes nacionais e internacionais, demonstra-se a existência de uma norma imperativa de direito internacional, ou norma de *jus cogens*, que impõe aos Estados a obrigação de tomar medidas para que aqueles que cometeram delitos internacionais, entre eles os crimes contra a humanidade, sejam levados à justiça. Assim, entende-se que há uma obrigação alternativa de extraditar ou julgar, ou seja, deve-se necessariamente fazer um ou outro.

O status de *jus cogens* dessa obrigação decorre dos direitos que têm o status de normas imperativas, tais como o direito à vida, o direito à ausência de tortura e o direito à ausência de desaparecimentos forçados. Isso porque a obrigação geral que os Estados têm de garantir os direitos fundamentais é incompatível com a impunidade indiscriminada daqueles que os violaram.

Assim, entende-se que a persecução dos acusados do cometimento de crimes contra a humanidade é indispensável para a eficácia da dissuasão geral que evita futuras violações. Ao mesmo tempo, sua punição não deve ser impedida por limitações de tempo, pois o princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é diretamente vinculado ao cumprimento do direito internacional que determina sua punição.

Os crimes imputados aos extraditados nos cinco processos analisados – homicídio, tortura e desaparecimento forçado –, no contexto em que foram cometidos, apresentam todos os elementos necessários para sua classificação como crimes contra a humanidade.

Assim, nota-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que indeferiu parcialmente os pedidos de extradição em relação aos crimes de homicídio e tortura e em relação aos casos de desaparecimento forçado em que as vítimas ou seus corpos foram encontrados, sob o argumento de que esses crimes estariam há muito prescritos sob a

legislação brasileira, não está em consonância com as obrigações impostas ao Estado brasileiro pela comunidade internacional.

A alegação da prescritibilidade para deixar de punir os crimes de lesa-humanidade viola o caráter imperativo da proibição de cometer crimes de lesa humanidade.

O princípio *aut dedere aut judicare* é um princípio de *jus cogens*, e, portanto, entende-se que o Estado brasileiro teria a obrigação alternativa de deferir as extradições ou de julgar ele próprio os extraditados, o que seria possível em razão do princípio da jurisdição universal.

Ademais, entende-se o direito internacional exige que o novo governo de um estado em cujo território certas violações de direitos humanos ocorreram tome medidas para punir quem as cometeu. Dessa forma, haveria, ainda, a obrigação de julgar os agentes estatais pelos crimes contra a humanidade cometidos no contexto da ditadura militar brasileira.

Inclusive, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou a invalidade da Lei de Anistia brasileira, afirmando que ela não estaria em consonância com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 nem com os demais tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Da mesma forma que o direito internacional impõe ao Brasil, através de uma norma de caráter cogente, a obrigação de extraditar ou julgar suspeitos da prática de crimes contra a humanidade cometidos em outro país, impõe também que o Brasil tome medidas para que os responsáveis por delitos de mesma natureza cometidos em seu território sejam julgados. Essa obrigação não pode ser superada por quaisquer razões políticas que tornem desejável a manutenção da atual interpretação conferida à lei de anistia brasileira.

Portanto, conclui-se que nem a jurisprudência do STF sobre a extradição de suspeitos da prática de crimes contra a humanidade no contexto da ditadura argentina, nem a interpretação conferida à lei de anistia brasileira são consentâneas com o direito internacional.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Eneá de Stutz. TORELLY, Marcelo Dalmas. Justiça de transição, Estado de direito e democracia constitucional: Estudo preliminar sobre o papel dos direitos decorrentes da transição política para a efetivação do Estado democrático de direito. In: Sistema Penal e Violência, Revista Eletrônica da Faculdade de Direito – PUCRS, Porto Alegre, volume 2, p. 36-52, jul-dez 2010.

BASSIOUNI, M. Cherif. Crimes against humanity in international criminal law. Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992.

BASSIOUNI, M. Cherif. WISE, Edward M. *Aut dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*. Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1995.

BICKFORD, Louis. Transitional Justice. In: The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity. Volume III. Nova Iorque: MacMillan, 2004. p. 1045-1047.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. Vol. 1. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição 974. Acórdão em Extradição. Extraditando: Manoel Cordeiro Piacentini. Estado requerente: Argentina. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Tribunal Pleno. DJe 13.11.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição 1150. Acórdão em Extradição. Extraditando: Norberto Raul Tozzo. Estado requerente: Argentina. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. DJe 17.06.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição 1278. Acórdão em Extradição. Extraditando: Claudio Vallejos. Estado requerente: Argentina. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. DJe 04.10.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição 1299. Acórdão em Extradição. Extraditando: César Alejandro Enciso. Estado requerente: Argentina. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Segunda Turma. DJe 25.09.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradução 1362. Acórdão em Extradução. Extraditando: Salvador Siciliano. Estado requerente: Argentina. Relator: Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. DJe 04.09.2017.

GILBERT, Geoff. *Aspects of Extradition Law*. Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1991.

GOMES, Luís Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Crimes da ditadura militar e o “caso Araguaia”: Aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelos Juízes e Tribunais brasileiros, *in* Revista Anistia Política e Justiça de Transição n. 4. Brasília: Ministério da Justiça, jul-dez 2010.

INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE – ICTJ. Parecer técnico sobre a natureza dos crimes de lesa-humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistias. *In*: Revista Anistia Política e Justiça de Transição, Brasília, n. 1, p. 352-394, jan-jun 2009.

INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE – ICTJ. *What is Transitional Justice?*, 2009. Disponível em: <<https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-English.pdf>>. Acesso em 28 set. 2017.

MEZZAROBA, Glenda. O processo de acerto de contas e a lógica do arbítrio, *in* O que resta da ditadura : a exceção brasileira / Edson Teles e Vladimir Safatle (Orgs.). - São Paulo : Boitempo, 2010.

NAÇÕES UNIDAS – Conselho de Segurança. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Relatório do Secretário Geral S/2004/616. Revista Anistia Política e Justiça de Transição, Brasília, n. 1, p. 320-351, jan.-jun. 2009.

ORENTLICHER, Diane F. *Settling Accounts Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency*. The International Journal of Transitional Justice, Vol. 1, 2007.

ORENTLICHER, Diane F. *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*. 100 Yale Law Journal, 1991.

PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e a Lei de anistia: o caso brasileiro, *in* O que resta da ditadura : a exceção brasileira / Edson Teles e Vladimir Safatle (Orgs.). - São Paulo : Boitempo, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 15. ed. Editora Saraiva, 2015, pp. 117-155.

REZEK, Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 16 Ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

ROHT-ARRIAZA, Naomi. Impunity and Human Rights in International Law and Practice. New York/Oxford: Oxford University Press, 1995.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Correa Meyer. Extradução no direito internacional e no direito brasileiro. 3. Ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1981.

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *Nullum Crimen Sine Poena?* Sobre as Doutrinas Penais de “Luta Contra a Impunidade” e do “Direito da Vítima ao Castigo do Autor” in Revista Anistia Política e Justiça de Transição n. 10. Brasília: Ministério da Justiça, jul-dez 2013.

TEITEL, Ruti. Transitional Justice and Judicial Activism – A Right to Accountability? In: Cornell International Law Journal, 2015.

VAN ZYL, Paul. Promovendo a Justiça Transicional em sociedades pós-conflito. In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição, Brasil: Ministério da Justiça, n. 1, p. 32-55, jan./jun. 2009.

VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da lei de anistia brasileira e o direito internacional, in A Anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford University, Latin America Centre, 2011.