

CANÇADO TRINDADE E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A EXTRADIÇÃO N. 1.362 E O NOVO DIREITO INTERNA- CIONAL PARA A HUMANIDADE

CANÇADO TRINDADE AND THE SUPREME COURT: EXTRADITION N. 1.362 AND THE NEW INTERNATIONAL LAW FOR HUMANITY

ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS*

DENISE NEVES ABADE**

RESUMO

O artigo tem como objetivo o estudo do potencial de incidência do pensamento de Antônio Augusto Cançado Trindade na sua defesa do Direito Internacional para a Humanidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), com foco na proteção de direitos humanos. Escolheu-se a extradição n. 1.362 pela variedade de temas envolvendo normas internacionais e normas de direitos humanos lá tratados. O método escolhido foi o de estudo de caso, usando técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Como conclusão, foi confirmado o potencial imenso do uso da obra de Cançado Trindade para escrutinar e, eventualmente, servir de fundamento ou apoio a novos precedentes do STF que manejem normas internacionais de direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional. Extradicação. Direitos Humanos. Dupla Punibilidade.

ABSTRACT

This article examines the impact of Antônio Augusto Cançado Trindade's defense of International Law for Humanity on the jurisprudence of the Federal Supreme Court (STF), with an emphasis on human rights. The case of Extradition n.1.362 was chosen because of the variety of human rights and international norms that are addressed. The method chosen was case analysis, using bibliographic and documental research techniques. In conclusion, the immense potential of using Cançado Trindade's work to scrutinize and eventually serve as a basis or support for new STF precedents that deal with international human rights norms was confirmed.

KEYWORDS: International Law. Extradition. Human Rights. Double Jeopardy.

SUMÁRIO: Preliminar: homenagem a Antônio Augusto Cançado Trindade. Introdução. 1. A Extradicação n. 1.362. 1.1 O caso e a dúvida sobre a prescrição. 1.2 O voto do Relator original (vencido), Min. Edson Fachin: o *jus cogens* superando um tratado

* Doutor e Livre-Docente em direito internacional (USP). Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Professor Titular de Pós-Graduação Stricto Sensu e Coordenador de Mestrado da Unialfa. *E-mail:* carvalhoramos@usp.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3157-8262>.

** Doutora em Direito pela Universidad de Valladolid (Espanha). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP (Largo São Francisco). Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora colaboradora da Pós-Graduação Stricto Sensu do IDP. *E-mail:* deniseabade@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5855-2543>.

de extradição e o “Diálogo das Cortes”. 1.3 O voto do Ministro Barroso: o tratamento diferenciado da cooperação jurídica internacional. 1.4 O voto do Min. Teori Zavascki: a prescrição de acordo com lei brasileira. 1.5 O voto do Min. Lewandowski: a inexistência da retroatividade *in malam parte* em face de norma consuetudinária cogente anterior. 1.6 O voto do Min. Fux: limites à incidência do *jus cogens* em matéria penal. 1.7 O voto do Min. Gilmar Mendes. 1.8. O voto do Min. Marco Aurélio: risco de revisão da Lei da Anistia. 1.9 O voto da Ministra Cármen Lúcia: o espírito da Constituição. 1.10 O voto do Min. Celso de Mello: a reserva de lei formal. 1.11 O voto reajustado da Ministra Rosa Weber: o mal radical (*radical evil*). 1.12 O voto do Min. Dias Toffoli e o resultado final. 2. A contribuição de Cançado Trindade. 2.1 Sobre o *jus cogens* e a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. 2.2 Sobre a prevalência do Direito Internacional e o cumprimento das deliberações dos tribunais internacionais. 2.3. Sobre a centralidade dos direitos da vítima e o dever de extraditar os autores de graves violações de direitos humanos. 3. Cançado Trindade e a insistência no diálogo entre as Cortes. Conclusão. Referências.

PRELIMINAR: HOMENAGEM A ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Participar desta edição especial em homenagem a Antônio Augusto Cançado Trindade permite, ao mesmo tempo, que seja feito o justo tributo a um dos maiores juristas brasileiros das últimas décadas e ainda permite que seja estudado o impacto do seu pensamento na prática do Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao tributo ao jurista, sua trajetória no mundo jurídico revela seu imenso talento: pesquisador de expressivos títulos acadêmicos e honorários; professor de várias instituições; membro de prestigiadas associações de juristas internacionalistas; autor de inúmeras obras, com impacto em diversos campos do Direito Internacional; consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores; juiz (dois mandatos e ainda juiz *ad hoc*) e Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; juiz da Corte Internacional de Justiça (no curso do seu segundo mandato), entre outros postos e funções que exerceu.

Além do seu conhecimento teórico e prático do Direito Internacional, despontava, para qualquer um que o conhecesse, seu humanismo, amabilidade, senso crítico e uma boa dose de irrisignação com os rumos do Direito e das instituições, sempre com otimismo e humildade cativantes.

Nunca deixou de pensar o Direito Internacional para a humanidade, mostrando que as divisões entre os seres humanos são superficiais, devendo imperar a lógica da promoção dos direitos humanos com foco nos vulneráveis. Para Cançado Trindade, a defesa da humanidade não era um objetivo distante ou teórico, mas sim o verdadeiro objeto das normas internacionais, que não poderiam ser interpretadas à luz do que os Estados desejam.

Tal pensamento potente de Cançado Trindade faz com que seu legado seja imenso, que influenciou e influenciará gerações posteriores, as quais agora possuem a missão de transmitir, repercutir e, especialmente, aplicar seus ideais em prol de um Direito Internacional para a Humanidade.

INTRODUÇÃO

Cançado Trindade foi um exímio teórico do Direito Internacional, de renome global, sendo o primeiro brasileiro a ministrar um Curso Geral de Direito Internacional Público na Academia da Haia de Direito Internacional. Também foi um incansável prático, com singular experiência como juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e como Juiz da Corte Internacional de Justiça.

Se é inegável a influência de Cançado Trindade na conformação da prática dos tribunais internacionais (pelo seu aporte teórico e pelo seu trabalho como juiz na Corte Internacional de Justiça e na Corte Interamericana de Direitos Humanos), é tema pouco estudado o impacto de sua obra na prática judicial brasileira, em especial no Supremo Tribunal Federal (STF).

Apesar de possuir imensa bibliografia em português, há poucas menções de suas obras nos julgados do Supremo Tribunal Federal, tendo sido encontradas, até outubro de 2022, apenas 24 menções a suas obras no sistema de busca do *site* do STF, destacando-se entre elas, onze menções ao seu “Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos”¹.

Além disso, há poucos estudos sobre a contribuição das ideias de Cançado Trindade em relação à jurisprudência do STF e sua casuística referente ao Direito Internacional e à proteção dos direitos humanos.

Por isso, o presente artigo visa utilizar as ideias transformadoras de Cançado Trindade como instrumento de “análise de caso”² no Supremo Tribunal Federal. Escolheu-se a Extradicação n. 1.362 (*Caso Salvador Siciliano*) pela (i) relevância dos tópicos envolvendo a aplicação do Direito Internacional no Brasil (fontes do Direito Internacional, relação do Direito Internacional

1 Pesquisa realizado com o uso das palavras-chave “Cançado” e “Trindade” ou apenas “Cançado” no site do Supremo Tribunal em 28-10-2022. Conferir em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=can%C3%A7ado%20e%20trindade&sort=_score&sortBy=desc; Último acesso em 28 de outubro de 2022.

2 Sobre a metodologia do “estudo de caso”, conferir QUEIROZ e FEFERBAUM, 2019.

e o Direito Internacional, *jus cogens*, imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, entre outras); (ii) grande possibilidade, a princípio, do uso das ideias de Cançado Trindade na análise de tais tópicos (sua obra abrangeu tais matérias) e (iii) participação da composição completa do STF (onze ministros).

O presente artigo visa, na análise dos votos no julgamento da Extradicação n. 1.362 do Supremo Tribunal Federal (STF), explorar as posições exaradas pelos Ministros em seus votos à luz das ideias e reflexões críticas de Cançado Trindade. Tal cotejo permitirá, do ponto de vista qualitativo, expor a influência do pensamento cançadiano no Supremo Tribunal Federal em um caso no qual o Direito Internacional é intensamente utilizado. Tal pesquisa qualitativa complementa a análise quantitativa já mencionada, na qual ficou exposto o número pequeno de citações diretas da obra de Cançado Trindade no STF.

A pesquisa adota como método o estudo de caso, em abordagem indutiva, usando técnica de pesquisa bibliográfica e documental, com objetivo metodológico voltado à exploração da temática e à proposição de nova forma de entender e realizar o tema de estudo.

O desenvolvimento do artigo foi feito em duas partes. Na primeira parte, foram estudados todos os votos da Extradicação n. 1.362, explorando as dimensões de Direito Internacional, como foco nas normas de direitos humanos, lá abordadas. Na segunda parte, tais dimensões foram analisadas criticamente à luz das posições de Cançado Trindade, em especial sua visão de um novo e transformador Direito Internacional para a Humanidade (*International Law for Mankind*).

1. A EXTRADIÇÃO N. 1.362

1.1 O CASO E A DÚVIDA SOBRE A PRESCRIÇÃO

A Extradicação n. 1.362 refere-se à ação de extradição interposta pela Argentina, com fundamento em tratado firmado com o Brasil³, requerendo o envio de seu nacional Salvador Siciliano para fins de perseguição penal de supostos crimes contra a humanidade praticados pelo extraditando. Foi proposta a ação de extradição em 05 de setembro de 2014 e julgada em 09 de novembro de 2016.

Siciliano foi alvo de ordem de prisão emitida nos autos do Processo n° 1075/2006 pelo Juízo Criminal e Correccional Federal n° 5 da Cidade Autônoma de Buenos Aires, em 15 de maio de 2014, por envolvimento em uma série de crimes contra a humanidade no contexto da ditadura militar da Argentina nos anos 70 do século XX. O extraditando era membro da organização parapolicial

3 Tratado de Extradicação com a Argentina. Promulgado pelo Decreto n° 62.979/1968.

(paramilitar) “Triple A”, que visava “neutralizar a ação subversiva de militantes insatisfeitos com a condução do processo político-institucional argentino”⁴.

De acordo com o citado Processo argentino nº 1075/2006, Siciliano, além de integrar essa associação criminosa de 1973 a 1975, teria ele mesmo cometido o sequestro de três homens, depois encontrados assassinados. Também foram sequestradas três mulheres, que foram posteriormente libertadas, todos os atos ocorrendo em maio de 1974.

Os atos investigados e mencionados no pedido de extradição retratam a prática dos crimes de (i) associação ilícita, (ii) sequestros cometidos com violência e ameaças e (iii) homicídios, previstos nos artigos 210, 142, § 1º, e 80 do Código Penal argentino e também no Código Penal brasileiro nos artigos 121, § 2º (homicídio qualificado), 148, § 2º (sequestro e cárcere privado), e 288 (associação criminosa).

Assim, foi cumprido o requisito da dupla tipicidade, também chamado de modelo do paralelismo previsto no tratado de extradição em questão: para que determinada extradição seja deferida, o fato imputado deve ser crime no Estado Requerente e também no Estado Requerido⁵.

Quanto ao requisito da dupla punibilidade previsto no tratado⁶, a Argentina considerou que os fatos imputados (ocorridos de 1973 a 1975) eram crimes contra a humanidade e, conseqüentemente, imprescritíveis de acordo com o direito internacional. A Argentina, cabe recordar, é parte da Convenção sobre imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade (1968)⁷. O objetivo da Convenção, que conta com apenas 11 artigos, é evitar que regras prescricionais de direito interno impeçam a persecução e punição dos responsáveis por crimes de guerra, crime de genocídio e crimes contra a humanidade. Nesse sentido, o art. 1º prevê a imprescritibilidade, independentemente da data dos fatos, de tais crimes.

Já no Brasil, a imprescritibilidade não é regra no Direito Penal, sendo previstas, inicialmente, duas hipóteses constitucionais de imprescritibilidade na seara penal, ambas no art. 5º da Constituição: a prática de racismo (*inciso XLII*) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (*inciso XLIV*). Além disso, a imprescritibilidade genérica dos crimes contra a humanidade não consta de qualquer lei penal brasileira.

4 Depoimento do próprio Siciliano, que consta do acórdão da Extradção n. 1.362. Supremo Tribunal Federal, Extradção 1.362/DF, Pleno, relator original min. Edson Fachin, relator p/ acórdão min. Teori Zavascki, julgamento 09-11-2016, DJe de 27-08-2018.

5 Sobre a extradção como espécie de cooperação jurídica internacional em matéria penal, ver ABADE, 2013.

6 Sobre os requisitos da extradção, ver CARVALHO RAMOS, 2022.

7 São 57 Estados partes em 2022. Conferir em https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-6&chapter=4&clang=en, acesso em 28 de outubro de 2022.

Tal dúvida sobre a imprescritibilidade dos crimes pretensamente cometidos pelo extraditando foi o ponto central dos votos dos Ministros do STF, como se vê a seguir.

1.2 O VOTO DO RELATOR ORIGINAL (VENCIDO), MIN. EDSON FACHIN: O *JUS COGENS* SUPERANDO UM TRATADO DE EXTRADIÇÃO E O “DIÁLOGO DAS CORTES”

Entre os principais pontos apreciados no voto do Min. Edson Fachin, relator original da causa (voto vencido) destaca-se a temática da prescrição dos crimes imputados ao extraditando, de acordo com a lei brasileira. O Tratado de Extradicação entre Brasil e Argentina⁸ prevê, em seu artigo III, alínea “c”, que não será concedida a extradição quando a ação ou a pena já estiver prescrita, segundo as leis do Estado requerente ou requerido. No que tange à Argentina, tais condutas foram consideradas crimes contra a humanidade, que consistem em atos de violação grave de direitos humanos, realizados em um quadro de ataque generalizado ou sistemático contra a população civil, havendo conhecimento desse ataque⁹.

Porém, no caso do ordenamento brasileiro, não haveria, inicialmente, a mesma regra, o que acarretaria a impossibilidade de se conceder a extradição. Nos termos do art. 31, § 1º, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a exigência contida no Artigo III do Tratado de Extradicação com a Argentina deveria ser segundo o sentido comum atribuível aos termos do Tratado. Mas, como aponta o Min. Fachin, a interpretação literal do Tratado de Extradicação com a Argentina não pode prosperar, caso conduza a um resultado “manifestamente absurdo ou desarrazoado” (art. 32 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados).

O resultado absurdo seria permitir que houvesse impunidade dos autores de piores e mais graves violações de direitos humanos, transformando o Brasil em abrigo seguro para tais indivíduos. Tal resultado absurdo violaria normas internacionais, a seguir comentadas, e também ofenderia o art. 4, II da Constituição de 1988 (que trata da prevalência dos direitos humanos na regência das relações exteriores do Estado brasileiro). Afastada a interpretação literal, o voto aprofunda o estudo das normas internacionais e do *jus cogens*.

Inicialmente, o reconhecimento da imprescritibilidade de tais crimes consta da Convenção da ONU sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade (1968). Porém, o Brasil não ratificou a Convenção de 1968, o que não impede, na visão do Min. Fachin, que a imprescritibilidade seja reconhecida com base na (i) interpretação da Convenção

8 Promulgado pelo Decreto n. 62.979, de 11 de julho de 1968.

9 CARVALHO RAMOS, 2022, pp. 498 e seguintes.

Americana de Direitos Humanos (CADH) realizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e (ii) na existência de costume internacional cogente acatado pelo Brasil.

No que tange à jurisprudência da Corte IDH, aquela Corte decidiu que são inadmissíveis as disposições de prescrição que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo direito internacional dos direitos humanos (*Caso Barrios Altos versus Peru*, mérito, sentença de 14 de março de 2001, par. 41; *Caso La Cantuta*, mérito, sentença de 29 de novembro de 2006, par. 152; e *Caso Do Massacre de Las Dos Erres*, sentença de 24 de novembro de 2009, par. 129)¹⁰. Como a CADH é um tratado vinculante e cabe à Corte IDH exercer o controle de convencionalidade de matriz internacional, tal interpretação deve ser seguida pelo Brasil.

Sobre a existência de um costume internacional vinculante ao Brasil, o voto do Min. Edson Fachin discorreu sobre a maneira pela qual um costume internacional é formado, a partir da constatação da prática reiterada com convicção de obrigatoriedade por parte dos Estados na sociedade internacional. O costume internacional é utilizado, usualmente, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e não precisa de um processo de incorporação tal qual o previsto na Constituição de 1988 para os tratados¹¹.

Além disso, o voto constatou a qualidade de *jus cogens* do regime jurídico especial do costume internacional de combate ao crime contra a humanidade, assinalando que, no sistema interamericano de direitos humanos, a atribuição do caráter de *jus cogens* para as normas regulatórias dos crimes contra a humanidade é pacífica. Por isso, o voto apoiou-se na qualidade de norma imperativa de direito internacional que, "de um lado, define os crimes contra a humanidade e, de outro, reconhece não lhes ser aplicável as limitações legais usualmente opostas para impedir a persecução penal. Desse caráter de *jus cogens*, decorre, portanto, o afastamento do disposto no Artigo III, "c", do Tratado de Extradicação entre o Brasil e a Argentina, por força do disposto no art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados"¹².

10 Voto do Min. Edson Fachin. Supremo Tribunal Federal, Extradicação 1.362/DF, Pleno, relator original min. Edson Fachin, relator p/ acórdão min. Teori Zavascki, julgamento 09-11-2016, DJe de 27-08-2018.

11 Sobre o processo de *impregnação* de um costume internacional ao ordenamento brasileiro, ver CARVALHO RAMOS, 2019.

12 Passagem de voto do min. Fachin. Supremo Tribunal Federal, Extradicação 1.362/DF, Pleno, relator original min. Edson Fachin, relator p/ acórdão min. Teori Zavascki, julgamento 09-11-2016, DJe de 27-08-2018.

Quanto à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o voto do Min. Fachin reiterou que não se reconhece eventual superioridade da jurisdição da Corte IDH sobre a do STF, mas sim se constata uma "fonte de colaboração para a garantia dos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal, tal como prevista pelo § 2º"¹³.

Nessa linha, o voto faz homenagem ao trabalho doutrinário de Antônio Augusto Cançado Trindade, no sentido de realizar a harmonização ao invés da hierarquização, atribuindo-se aos tratados o *status* normativo constitucional.

Há um exercício de harmonização - como um "diálogo das Cortes" - entre a jurisprudência da Corte IDH sobre a imprescritibilidade do crime contra a humanidade e a interpretação da tradicional "dupla identidade" como requisito para que uma extradição seja autoridade. Logo, a natureza de *jus cogens* do costume internacional de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade impede que o tratado de extradição fosse invocado para impedir a extradição.

Para o Min. Fachin, a qualificação de crime de lesa-humanidade atribuída pela lei argentina é consentânea com o direito internacional e, como tal (norma internacional de *jus cogens*) também vincula o Estado brasileiro. Afastar uma norma internacional cogente em virtude de limites de prescrição da lei brasileira significaria ofender o art. 27 da Convenção de Viena do Direito dos Tratados, pelo qual um Estado não pode descumprir um tratado (e, por analogia, qualquer norma internacional) por óbice do seu direito interno.

Então, pelo seu voto, entendeu-se preenchido o requisito da dupla punibilidade e, ao final, deferiu-se a extradição pretendida.

1.3 O VOTO DO MINISTRO BARROSO: O TRATAMENTO DIFERENCIADO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

Após o voto do Min. Fachin, proferiu o voto o Min. Barroso. Em uma manifestação sintética, porém repleta de reflexões essenciais sobre o papel do juiz e das missões de paz e de justiça em diversos ordenamentos, as quais resultam na aceitação ou não da anistia para os infratores. Na Argentina, não houve anistia para os que cometeram graves violações de direitos humanos na época da ditadura militar naquele país (missão de justiça). E tal conduta argentina está em linha com o *jus cogens* internacional. Para o Min. Barroso, a qualidade de *jus cogens* pode incidir em norma internacional consuetudinária, não precisa estar materializada em um tratado específico.

Em uma primeira participação nos debates, o Min. Barroso esclareceu que a norma de *jus cogens* internacional prevalece sobre a norma doméstica, uma vez que a norma brasileira de prescrição tem a sua eficácia paralisada pela

13 Passagem de voto do min. Fachin. Supremo Tribunal Federal, Extradição 1.362/DF, Pleno, relator original min. Edson Fachin, relator p/ acórdão min. Teori Zavaski, julgamento 09-11-2016, DJe de 27-08-2018.

prevalência da norma internacional. Portanto, não se trata de uma superação da prescrição, mas sim “a se admitir que tenha sido crime de lesa-humanidade, aplica-se a norma de *jus cogens* internacional”¹⁴.

Sobre a ausência de procedimento de internalização da norma internacional costumeira, o Min. Barroso acompanhou o Min. Edson Fachin, defendendo que a norma, por ser de qualidade de *jus cogens*, independe de internalização.

Em uma segunda intervenção nos debates, o Min. Barroso expõe sua visão sobre a incidência (ou não) no Brasil da norma imperativa costumeira de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Para Barroso, a norma costumeira cogente *não* se aplica no Brasil, porque, internamente “exige-se o princípio da legalidade, da reserva legal em matéria penal”¹⁵. Ou seja, como se trata de costume internacional (mesmo da estatura de *jus cogens*) e não lei formal interna, não poderia ser utilizado pelo juiz nacional, para, por exemplo, superar a Lei da Anistia brasileira. Porém, tal norma cogente é aplicável na cooperação jurídica internacional na modalidade “extradição”, na qual imperaria o “juízo de delibação”.

Essa preocupação de *separar* a extradição de acusados de graves violações de direitos humanos da situação nacional (idêntica, diga-se) de anistia aos agentes da ditadura brasileira foi notada especialmente nos votos dos Ministros Fachin e Barroso.

1.4 O VOTO DO MIN. TEORI ZAVASCKI: A PRESCRIÇÃO DE ACORDO COM LEI BRASILEIRA

O voto do Min. Teoria Zavascki foi emitido em seguida e centrou-se no reconhecimento da *ausência* da “dupla punibilidade”, porque os crimes imputados a Salvador Siciliano estariam prescritos caso, hipoteticamente, tivessem sido cometidos no Brasil.

Para o Min. Zavascki, a prescrição de acordo com a lei penal brasileira seria evidente, uma vez que, desde sua consumação, transcorreu tempo muito superior (mais de 40 anos) ao prazo prescricional máximo previsto no Código Penal, que é de vinte anos (art. 109, I). Quanto à imprescritibilidade, houve a (correta) afirmação da ausência da ratificação brasileira da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade (1968). Mesmo se existisse costume internacional cogente, esse seria inaplicável

14 Passagem de voto do Min. Barroso. Supremo Tribunal Federal, Extradição 1.362/DF, Pleno, relator original min. Edson Fachin, relator p/ acórdão min. Teori Zavascki, julgamento 09-11-2016, DJe de 27-08-2018.

15 Participação nos debates do Min. Barroso. Supremo Tribunal Federal, Extradição 1.362/DF, Pleno, relator original min. Edson Fachin, relator p/ acórdão min. Teori Zavascki, julgamento 09-11-2016, DJe de 27-08-2018

no Brasil, porque “apenas lei interna pode dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão estatal de punir”¹⁶.

Assim, citando precedentes anteriores do STF, mesmo se houvesse norma internacional cogente que firmasse a imprescritibilidade de tais crimes contra a humanidade, seria ainda exigível sua reprodução no direito interno para que pudesse ser comprovada a “dupla punibilidade”. Votou, então, pelo indeferimento da extradição.

1.5 O VOTO DO MIN. LEWANDOWSKI: A INEXISTÊNCIA DA RETROATIVIDADE *IN MALAM PARTE* EM FACE DE NORMA CONSUETUDINÁRIA COGENTE ANTERIOR

O voto do Min. Lewandowski é favorável à concessão da extradição. Em parte crucial do voto, rebateu, fundado no Direito Internacional, a alegação de existência de possível retroatividade da norma penal em *malam partem* (em desfavor do extraditando), porque “desde 1945, ou pelo menos desde 1950, a partir do Tribunal Nuremberg, esses conceitos foram internalizados, aprovados, ratificados pela Assembleia-Geral da ONU, sob a forma de uma resolução. Passou-se a entender que tais crimes são imprescritíveis. Então, a partir daí, não há que se falar em não retroação porque os crimes que ora examinamos nessa extradição foram posteriores a esses acontecimentos”¹⁷.

Em apoio ao reconhecimento brasileiro à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, o Min. Lewandowski mencionou a adesão brasileira ao Direito Internacional e a sua “submissão ao Tribunal Penal Internacional”¹⁸ (cujo art. 29 declara os crimes lá processados como imprescritíveis). Além disso, mencionou que o texto constitucional não indica expressamente ou implicitamente que a prescrição venha a ser considerada garantia fundamental, sendo meramente regulada em legislação ordinária.

1.6 O VOTO DO MIN. FUX: LIMITES À INCIDÊNCIA DO *JUS COGENS* EM MATÉRIA PENAL

O voto do Ministro Fux foi a favor do indeferimento da extradição, pela ausência da dupla punibilidade. Para o Min. Fux, hipoteticamente, caso os fatos tivessem ocorrido no Brasil, teria sido constatada a prescrição. Tal entendimento

16 Passagem de voto do Min. Teori Zavascki. Supremo Tribunal Federal, Extradição 1.362/DF, Pleno, relator original min. Edson Fachin, relator p/ acórdão min. Teori Zavascki, julgamento 09-11-2016, DJe de 27-08-2018

17 Passagem de voto do Min. Lewandowski. Supremo Tribunal Federal, Extradição 1.362/DF, Pleno, relator original min. Edson Fachin, relator p/ acórdão min. Teori Zavascki, julgamento 09-11-2016, DJe de 27-08-2018

18 Passagem de voto do Min. Lewandowski. Supremo Tribunal Federal, Extradição 1.362/DF, Pleno, relator original min. Edson Fachin, relator p/ acórdão min. Teori Zavascki, julgamento 09-11-2016, DJe de 27-08-2018

foi reiterado pelo STF em precedentes anteriores, citados no voto, nos quais o STF declarou prescritos crimes de homicídio em casos similares.¹⁹

Para o Min. Fux, no caso de introdução de regra de imprescritibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, esta não seria aplicável retroativamente. Além disso, seria exigida uma lei formal “afigurando-se insuficiente a previsão de tipos penais em tratados ou convenções internacionais, que ratificados pelo Brasil”.²⁰

O Min. Fux fez ainda sutil distinção entre, de um lado, a cogência da criminalização; e, de outro lado, a cogência da imprescritibilidade, a qual não se encontraria definitivamente cristalizada no Direito Internacional.

Este último ponto foi nota distintiva do seu voto. Citando Ratner e Abrams²¹, o voto apontou que o baixo nível de adesão à Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 1968 e à Convenção Europeia sobre os Crimes contra a Humanidade e os Crimes de Guerra, de 1974, demonstraria a falta de consistência costumeira da regra da imprescritibilidade, endossada pelos vários outros Ministros.

Concluiu o Min. Fux afirmando que “inexiste consenso sobre a aplicação atemporal da regra da imprescritibilidade, para fatos praticados quando inexistia previsão legal de sua aplicação”²².

Por outro lado, o Min. Fux endossou a superioridade das normas constitucionais sobre os tratados e ainda sobre as deliberações das Cortes Internacionais de direitos humanos. Em seu voto consta que “[a]s normas da Constituição da República não podem ser afastadas por meio ou a título de adesão a tratados, convenções ou decisões de Cortes Internacionais que cuidem de direitos humanos”²³.

Com isso, o Min. Fux condicionou o cumprimento interno dos tratados e das decisões internacionais ao respeito à Constituição, de acordo com a interpretação dada pelo STF²⁴. Assim, “as decisões fundadas nestes Tratados, ainda que proferidas pelas reconhecidas Cortes Internacionais voltadas à

19 STF, Ext. 974, Rel. para acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. 06/08/2009 e da Ext. 1.150, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 19/05/2011; Ext. 1.278 (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18/09/2012).

20 Passagem de voto do Min. Fux. Supremo Tribunal Federal, Extradicação 1.362/DF, Pleno, relator original min. Edson Fachin, relator p/ acórdão min. Teori Zavascki, julgamento 09-11-2016, DJe de 27-08-2018

21 RATNER, R. e ABRAMS J.S., 1997, p. 26,

22 Passagem de voto do Min. Fux. Supremo Tribunal Federal, Extradicação 1.362/DF, Pleno, relator original min. Edson Fachin, relator p/ acórdão min. Teori Zavascki, julgamento 09-11-2016, DJe de 27-08-2018

23 Passagem de voto do Min. Fux. Supremo Tribunal Federal, Extradicação 1.362/DF, Pleno, relator original min. Edson Fachin, relator p/ acórdão min. Teori Zavascki, julgamento 09-11-2016, DJe de 27-08-2018

24 Entendimento assentado no julgamento do RE 349.703, quanto ao caráter supralegal (e infra-constitucional) dos tratados que não foram aprovados pelo rito especial do art. 5º § 3º da CF. Ver STF, RE 349.703, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 03/12/2008.

proteção de direitos humanos, devem passar por filtragem constitucional para ter sua validade verificada, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal”²⁵.

Em um terceiro ponto de destaque do seu voto, consta o entendimento de que a regra da imprescritibilidade penal, ao eternizar o tempo do exercício do *jus puniendi* estatal, não configura uma “norma puramente protetora de direitos humanos”²⁶. Por isso, defendeu que a vítima tem direito à reparação cível (esta sim imprescritível), não podendo ter a mesma pretensão no plano penal.

1.7 VOTO DO MIN. GILMAR MENDES

O voto do Ministro Gilmar Mendes foi pelo indeferimento da extradição. Para o Ministro, a qualificação de crime contra a humanidade dada pela Argentina não vincula o Brasil. Pelo contrário, deve-se usar o Tratado de Extradicação que remete a existência ou não da punibilidade da conduta ao ordenamento do Estado requerido. Por isso, para o Ministro, não há conflito de normas (entre a de origem internacional e a de origem nacional), pois é o próprio tratado que permite o uso do ordenamento interno para se avaliar a dupla punibilidade.

Houve ainda discordância do Ministro sobre a possibilidade de se reconhecer a imprescritibilidade em desfavor do extraditando. Para o Ministro, “o país que recebe o pedido de extradição tem compromisso com os direitos do extraditando”. Por isso, a regra do *nullum crimen, nulla poena sine* seria uma “regra de ouro”, que abrange a prescrição²⁷.

Sobre a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos feita pela Corte IDH, o voto ressaltou que os casos lá discutidos não seriam contra o Brasil e, então, “[n]ão há decisão específica sobre o caso à qual estaríamos obrigados a seguir”. E, ainda, adicionou que não seria norma de *jus cogens* para o Brasil, na época dos fatos, a imprescritibilidade sobre o crime contra a humanidade.²⁸

25 Passagem de voto do Min. Fux. Supremo Tribunal Federal, Extradicação 1.362/DF, Pleno, relator original min. Edson Fachin, relator p/ acórdão min. Teori Zavascki, julgamento 09-11-2016, DJe de 27-08-2018

26 Passagem de voto do Min. Gilmar Mendes. Supremo Tribunal Federal, Extradicação 1.362/DF, Pleno, relator original min. Edson Fachin, relator p/ acórdão min. Teori Zavascki, julgamento 09-11-2016, DJe de 27-08-2018

27 Passagem de voto do Min. Gilmar Mendes. Supremo Tribunal Federal, Extradicação 1.362/DF, Pleno, relator original min. Edson Fachin, relator p/ acórdão min. Teori Zavascki, julgamento 09-11-2016, DJe de 27-08-2018

28 Passagem de voto do Min. Gilmar Mendes. Supremo Tribunal Federal, Extradicação 1.362/DF, Pleno, relator original min. Edson Fachin, relator p/ acórdão min. Teori Zavascki, julgamento 09-11-2016, DJe de 27-08-2018

1.8 O VOTO DO MIN. MARCO AURÉLIO: RISCO DE REVISÃO DA LEI DA ANISTIA

O Ministro Marco Aurélio foi o único a centrar seu voto fortemente no risco à revisão da posição do STF no que tange a Lei n. 6.683/79 (Lei da Anistia). Na ADPF n. 153, o STF considerou recepcionada pela CF/88 a Lei da Anistia. No que tange à ação de extradição, o voto do Ministro Marco Aurélio aderiu integralmente ao voto proferido pelo ministro Teori Zavascki quanto à prescrição, após entender que existiria obstáculo, pela Lei brasileira de Anistia, de se reconhecer a dupla punibilidade.

1.9 O VOTO DA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: O ESPÍRITO DA CONSTITUIÇÃO

O voto da Ministra Cármen Lúcia foi favorável à concessão da extradição. Para a Ministra, trata-se de *caso singular*, que não segue os demais precedentes do STF sobre a prescrição de delitos de acordo com a lei do Brasil (Estado Requerido).

No voto, ressaltou-se que os delitos praticados pelo extraditando não são subsumíveis nas “condições regulares de poder se aplicar aquela regra da dupla prescrição”²⁹. Com base nessa natureza especial dos crimes contra a humanidade, o espírito da Constituição de 1988 exige uma nova interpretação da exigência da dupla punibilidade e da prescrição. Por isso, a Ministra decidiu não aplicar a prescrição para tais casos.

1.10 O VOTO DO MIN. CELSO DE MELLO: A RESERVA DE LEI FORMAL

O voto do Min. Celso de Mello foi pelo indeferimento da extradição, baseado em três fundamentos: (i) não ratificação da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade; (ii) exigência de reserva constitucional de lei em sentido formal para regular a prescrição (“postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal”). Assim, 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”³⁰; (iv) eventual tratado e, em seguida, lei que estabelecesse a imprescritibilidade, não poderia retroagir seus efeitos para abranger os fatos

29 Passagem de voto da Ministra Cármen Lúcia. Supremo Tribunal Federal, Extradicação 1.362/DF, Pleno, relator original min. Edson Fachin, relator p/ acórdão min. Teori Zavascki, julgamento 09-11-2016, DJe de 27-08-2018

30 Passagem de voto do Min. Celso de Mello. Supremo Tribunal Federal, Extradicação 1.362/DF, Pleno, relator original min. Edson Fachin, relator p/ acórdão min. Teori Zavascki, julgamento 09-11-2016, DJe de 27-08-2018

passados; e (v) não há uso do direito interno para descumprir uma norma internacional, mas simplesmente se cumpre o Tratado de extradição com a Argentina.

Em todo o voto, não há menção ao uso do costume internacional, à qualidade de *jus cogens* de tal normatividade ou às deliberações oriundas do controle de convencionalidade de matriz internacional da Corte IDH (que interpretou a Convenção Americana de Direitos Humanos, este um tratado vinculante), que foram usados por outros Ministros justamente para rebater os argumentos acima expostos.

1.11 O VOTO REAJUSTADO DA MINISTRA ROSA WEBER: O MAL RADICAL (*RADICAL EVIL*)

A Ministra Rosa Weber, inicialmente, havia votado aderindo ao voto divergente do Min. Teori Zavaski (pelo indeferimento da extradição), fundamentada na existência de precedentes do STF no sentido de se reconhecer a prescrição – à luz do direito brasileiro – da pretensão punitiva em casos similares ao de Salvador Siciliano.

Após a leitura dos demais votos, a Ministra Rosa Weber reajustou seu voto, decidindo a favor da concessão da extradição. Para a Ministra Rosa Weber, as reiteradas violações dos direitos humanos retratadas no caso representam exemplo do que Kant considerou um “mal radical” (*radical evil*), o qual resulta em violações massivas dos direitos humanos³¹.

No voto, ressaltou-se que o Brasil não é signatário da Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa humanidade, porém incide no caso o comando art. 5º, XLIV, da Constituição Federal de 1988, o qual prevê que “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

Entende, de modo inovador a Ministra Rosa Weber, que o citado comando constitucional pode ser invocado para fundamentar a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade praticados durante as ditaduras militares.

Quanto à impossibilidade da lei penal mais grave (*lex gravior*) poder retroagir para prejudicar o extraditando (5º, inciso XL, da CF/88), a Ministra Rosa Weber observou que a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade tem natureza de norma costumeira, ou seja, a regra já existia antes dos fatos relatados na ação de extradição.

31 Citou no voto a obra de Carlos Santiago Nino. Conferir NINO, 1996. Passagem de voto da Ministra Rosa Weber. Supremo Tribunal Federal, Extradicação 1.362/DF, Pleno, relator original min. Edson Fachin, relator p/ acórdão min. Teori Zavaski, julgamento 09-11-2016, DJe de 27-08-2018.

Além disso, tal norma costumeira tem qualidade de *jus cogens*, “vale dizer, como super norma imperativa de direito internacional insuscetível de ser afastada pelo direito interno”³².

Sobre a eventual dúvida sobre alcance do direito internacional dos direitos humanos (e das deliberações da Corte IDH), a Ministra Rosa Weber apoia-se no diálogo, pugnando pelo respeito as normas constitucionais, mas “de maneira que se permita que as regras internacionais produzam seu efeito útil”³³.

O voto, então, reconheceu que os crimes de lesa-humanidade são normas de *jus cogens*, independentemente de o Estado ter aderido a tratados ou ter internalizado tais normas em seu ordenamento jurídico, e como tais são imprescritíveis. Para a Ministra Rosa Weber, existiria dois tipos de extradição: (i) as extradições requeridas por cometimento de crime contra a humanidade, nas quais não se pode utilizar a prescrição como motivo para o indeferimento da extradição (crimes imprescritíveis); e (ii) as extradições comuns, sujeitas a todas as demais regras, como a incidência de prescrição de acordo com a lei ordinária penal brasileira.

1.12 O VOTO DO MIN. DIAS TOFFOLI E O RESULTADO FINAL.

O Min. Dias Toffoli considerou que a punibilidade já estava extinta à luz da legislação brasileira, aderindo (sem outra fundamentação) ao voto do Ministro Teori Zavascki, indeferindo a extradição.

Ao final, a extradição foi indeferida por apertada maioria (6 x 5).³⁴

2. A CONTRIBUIÇÃO DE CAÑADO TRINDADE.

2.1 SOBRE O *JUS COGENS* E A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Para Cañado Trindade, a expansão jurisprudencial do conceito de *jus cogens* é característica do novo *jus gentium*, denominado por ele de “Direito Internacional para a Humanidade” (*International Law for Mankind*). Não se trata somente de um conceito do direito dos tratados, previsto no art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), mas é abrangente, com

32 Passagem de voto da Ministra Rosa Weber. Supremo Tribunal Federal, Extradição 1.362/DF, Pleno, relator original min. Edson Fachin, relator p/ acórdão min. Teori Zavascki, julgamento 09-11-2016, DJe de 27-08-2018.

33 Passagem de voto da Ministra Rosa Weber. Supremo Tribunal Federal, Extradição 1.362/DF, Pleno, relator original min. Edson Fachin, relator p/ acórdão min. Teori Zavascki, julgamento 09-11-2016, DJe de 27-08-2018.

34 Indeferiram a extradição os Ministros Teori Zavascki, Celso de Mello, Luiz Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator original), Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Rosa Weber, que reajustou seu voto. Supremo Tribunal Federal, Extradição 1.362/DF, Pleno, relator original min. Edson Fachin, relator p/ acórdão min. Teori Zavascki, julgamento 09-11-2016, DJe de 27-08-2018.

vínculo direto com a responsabilidade internacional do Estado, contaminando todo o *corpus juris* do Direito Internacional³⁵.

Há duas dimensões do *jus cogens*: a horizontal e a vertical. Na dimensão horizontal, as demais normas internacionais devem obediência às normas de qualidade de *jus cogens*. Na dimensão vertical, exige-se que o Direito nacional promova também o respeito ao *jus cogens*³⁶. Por isso, os argumentos expostos especialmente no voto do Ministro Teori Zavascki a respeito da necessidade de reprodução da norma internacional de *jus cogens* no direito interno é incompatível com o pensamento de Cançado Trindade, ao fragilizar a própria natureza imperativa de tal norma. Se é imperativa, vincula todo o Estado e não pode depender, paradoxalmente, de uma decisão livre do próprio Estado de editar norma interna de idêntico conteúdo.

Trata-se, então, de espinha dorsal do Direito Internacional, que protege os valores essenciais da comunidade internacional, gerando a imposição do dever do Estado de atuar para promover tais normas de *jus cogens*, evitando violar seu conteúdo com seu comportamento nas relações interestatais e também nos seus atos internos³⁷.

Outra consequência da “expansão jurisprudencial” do conceito de *jus cogens* exige que a sua descaracterização não possa ser feita tão somente pela doutrina ou ainda pelo baixo número de ratificações de determinado tratado, como se viu no voto do Min. Luiz Fux. Pelo contrário, as decisões internacionais têm um papel indispensável na densificação do conceito de *jus cogens*, fruto da própria aceitação, pelos Estados, da jurisdição de tais tribunais.

Já no voto do Min. Fachin, a exposição e aceitação da posição da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e outros tribunais internacionais dialoga com a obra de Cançado Trindade, pois o Direito Internacional para a Humanidade não comporta mais a existência de “interpretações nacionais” que fragmentam o Direito Internacional em um incontável número de visões nacionais.

Com o uso da visão nacional, cria-se a figura do “tratado internacional nacional” (ou, no caso, o paradoxal “Direito Internacional Nacional”), desnaturando a própria essência do Direito Internacional, que é a de estabelecer um corpo de regras vinculantes articuladamente interpretadas, como verdadeiro mecanismo regulatório de alcance global ou regional, a depender de suas próprias normas.

No caso da proteção dos direitos humanos, Cançado Trindade entendia que é justamente nessa temática que o conceito de *jus cogens* deve ser aplicado, criando uma *ordre public* internacional. No seu voto em separado no Caso

35 CANÇADO TRINDADE, 2005, p. 340.

36 CANÇADO TRINDADE, 2009, p. 66

37 CANÇADO TRINDADE, 2005, p. 341

Presídio Miguel Castro Castro vs. Peru da Corte IDH, esclareceu que “não é surpreendente que tenha sido precisamente no domínio da proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana que o conteúdo material do *jus cogens* está sendo definido”³⁸. No mesmo voto, Cançado Trindade sustentou a existência de uma *ordre public* humanizada (ou mesmo, verdadeiramente humanista), que seria aquela na qual o interesse geral coincide com a prevalência dos direitos humanos. Com isso, os direitos humanos constituem, na visão cançadiana, o fundamento básico da ordem jurídica tanto no plano internacional quanto nacional. Por fim, o voto sustentou que as normas preempatórias (*jus cogens*) do Direito Internacional comportam valores éticos que buscam beneficiar toda a humanidade³⁹.

No Caso *La Cantuta vs. Peru*, simbolicamente seu último voto como Juiz titular da Corte IDH, Cançado Trindade elogiou o esforço do Estado réu (Peru) em obter a extradição de indivíduo acusado de cometer graves violações de direitos humanos. Ficou estabelecido o dever, de acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos, de investigar, perseguir em juízo e punir tais indivíduos, levando a uma aproximação ou convergência entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional.

A posição da Ministra Cármen Lúcia (que defendeu um regime próprio aos crimes contra a humanidade) e da Ministra Rosa Weber (que chegou ao ponto de diferenciar dois regimes de extradição) estão em consonância com o voto de Cançado Trindade neste último caso (*La Cantuta vs. Peru*), tendo sido sustentado que o “regime jurídico verdadeiramente universal de proibição absoluta do uso da tortura, desaparecimentos forçados de pessoas, desaparecimentos forçados, execuções sumárias e extrajudiciais. Essa proibição pertence ao domínio *do jus cogens*. E estes crimes contra a humanidade (situados na confluência de confluência entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito penal internacional), (...) afeta não apenas as vítimas, mas também a humanidade como um todo”⁴⁰.

No que tange especificamente à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, a posição do Min. Lewandowski é amparada expressamente pela decisão da Corte IDH no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, que a considerou norma de *jus cogens*, a qual foi meramente reconhecida pela Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade (e

38 Voto em separado do Juiz Cançado Trindade. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso do Presídio Miguel Castro Castro, sentença de interpretação de 02 de agosto de 2008, parágrafo 154 do voto em separado.

39 Voto em separado do Juiz Cançado Trindade. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso do Presídio Miguel Castro Castro, sentença de interpretação de 02 de agosto de 2008, parágrafo 155 do voto em separado.

40 Voto em separado do Juiz Cançado Trindade. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *La Cantuta*, sentença de interpretação de 30 de novembro de 2007, parágrafo 54.

não criada pela primeira vez pela mencionada Convenção, como parece sugerir o voto do Min. Celso de Mello). Com isso, apesar do Chile não ter ratificado tal convenção, estava obrigado a reconhecer a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade⁴¹.

Para Cançado Trindade, em seu voto em separado no citado caso, a própria humanidade é, de certo modo, vitimizada pela prática dos crimes contra a humanidade, não podendo um Estado, de qualquer modo, impedir a punição de seus autores, sob pena de uma responsabilização internacional agravada⁴².

2.2 SOBRE A PREVALÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL E O CUMPRIMENTO DAS DELIBERAÇÕES DOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

A relação entre o Direito Internacional e o Direito brasileiro (e, especialmente, a Constituição de 1988) foi objeto de atenção nos votos dos Ministros acima expostos e também nos debates registrados. No voto do Min. Fux, ficou estabelecida a “filtragem constitucional”, ou seja, o direito internacional se subordina totalmente à Constituição interpretada pelo STF. No voto do Min. Barroso, houve a separação da incidência do *jus cogens* na cooperação jurídica internacional (extradição) e no direito interno (neste, não incidiria sem mediação nacional).

Também foi discutida, em especial no voto do Min. Gilmar Mendes, o papel da interpretação internacionalista dos direitos humanos, fruto da atividade dos tribunais internacionais.

Por outro lado, no voto do Min. Fachin, há expressa menção (e, única, em todo o acórdão) ao trabalho acadêmico de Cançado Trindade em prol do diálogo entre os tribunais. Na linha do diálogo, há interação e idêntica necessidade de proteção ao ser humano. Cançado Trindade sustenta que “no domínio da proteção dos direitos humanos interagem o direito internacional e o direito interno movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano. A primazia é da pessoa humana”⁴³.

Destaca-se, para Cançado Trindade, a primazia da norma mais favorável às vítimas, pois “não há mais a pretensão de primazia do direito interno ou do direito internacional, como ocorria na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas”⁴⁴.

41 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de mérito de 26 de setembro de 2006, em especial parágrafo 99.

42 Voto em separado do Juiz Cançado Trindade. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de mérito de 26 de setembro de 2006, em especial parágrafos 18 e 28.

43 CANÇADO TRINDADE, 1992, p. 34.

44 CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 434.

A lição canadiana do uso da primazia da norma mais favorável às vítimas é ampla e contribui, em primeiro lugar, para distensionar a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, reduzindo as possibilidades de conflitos normativos.

Em segundo lugar, auxilia na coordenação vertical (tratados e as normas internas) e horizontal (entre as próprias normas internacionais). Em terceiro lugar, reforça o espírito do Direito como um todo, que é assegurar a efetividade da proteção ao ser humano⁴⁵.

Para evitar, por outro lado, que se defenda (como se viu no voto do Min. Barroso), a separação entre as obrigações internas do Brasil e suas obrigações internacionais, Cançado Trindade, coerentemente, defende que é impossível admitir obrigações internacionais (como as contraídas pelo Brasil perante a Convenção Americana de Direitos Humanos) e, em seguida, negar-lhes vigência no plano do direito interno⁴⁶.

O cumprimento das deliberações internacionais foi sempre preocupação de Cançado Trindade, como se viu na sua Presidência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, durante a qual remeteu (com o apoio do colegiado de Juízes) diversos casos de descumprimento de sentenças da Corte IDH à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, cumprindo o disposto no art. 65 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em síntese, as jurisdições nacional e internacional **são complementares, interagindo** “na proteção dos direitos da pessoa humana e na luta contra a impunidade dos violadores de tais direitos”⁴⁷.

Além disso, Cançado Trindade defendeu o controle de convencionalidade, pelo qual se afere a compatibilidade de norma ou decisão interna com as normas internacionais⁴⁸, sempre à luz da prevalência dos direitos das vítimas. Consequentemente, deve ser realizado um “Diálogo das Cortes”, visando assegurar a prevalência da norma mais favorável à vítima.

No *Caso Siciliano* aqui estudado, as ideias de Cançado Trindade levariam à escolha da prevalência do costume internacional de imprescritibilidade, paralisando a eficácia do art. 3º do Acordo de Extradicação com a Argentina, bem como a não aplicação da Lei de Migração (Lei 13.445/2017) no que tange à dupla punibilidade.

45 CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 436

46 CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 437.

47 CANÇADO TRINDADE, 2010, p. 56

48 Voto separado de Cançado Trindade, Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso dos Trabajadores Cesados del Congreso versus Peru*. Sentença de Interpretação de 30 de novembro de 2007, parágrafos 6 e seguintes sobre o “controle de convencionalidade”.

2.3 SOBRE A CENTRALIDADE DOS DIREITOS DA VÍTIMA E O DEVER DE EXTRADITAR OS AUTORES DE GRAVES VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS.

Cançado Trindade defendeu, em sua longa trajetória, um olhar diferenciado e não formalista do Direito Internacional. Uma de suas principais críticas era a limitação de vários doutrinadores ao exame de fontes formais do Direito Internacionais, quando deveriam também debater “a questão bem mais difícil da fonte *material* do direito internacional contemporâneo”.

Para Cançado Trindade, trata-se de não reduzir o Direito Internacional a um mero instrumental a serviço do poder, pois seu destinatário final é o ser humano, devendo as normas internacionais atender às suas necessidades básicas, entre as quais se destaca a da realização da justiça.⁴⁹

Deve-se a Cançado Trindade o pioneirismo da insistência na formulação de um novo Direito Internacional, pautado no universalismo dos direitos humanos. Seria um novo *jus gentium* do século XXI ou Direito Internacional para a Humanidade. Seria fundado em uma *recta ratio*, com a meta de atender as aspirações e necessidades legítimas de toda a humanidade (*civitas maxima gentium*).⁵⁰

No novo *jus gentium* do século XXI, o ser humano emerge como sujeito de direitos e com capacidade processual para reivindicá-los no plano internacional, sem mediação do Estado. Cria-se “um novo e verdadeiro direito universal da humanidade”.⁵¹

O impacto do novo *jus gentium* no que tange aos crimes contra a humanidade é o reconhecimento da centralidade da vítima e a prevalência de seus direitos. A luta por justiça às vítimas é, no limite, a luta do Direito Internacional para a Humanidade.

No primeiro caso contra o Brasil na Corte IDH (*Caso Damião Ximenes*), o voto em separado do então Juiz Cançado Trindade estabeleceu, de modo emocionado, que “[o] ser humano não pode desistir da luta pela justiça enquanto mantiver a capacidade de indignação. Caso contrário, ele será privado não só da felicidade, mas também da busca do sentido da vida, por mais breve e efêmera que seja”⁵².

A centralidade da vítima “é da própria essência do Direito Internacional dos Direitos Humanos”, devendo orientar suas normas tanto na prevenção

49 CANÇADO TRINDADE, 2004, p. 28.

50 CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 6 e seguintes.

51 CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 19.

52 Voto em separado do Juiz Cançado Trindade. Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil*, parágrafo 14, 2006.

quanto na reparação das violações de direitos humanos⁵³. Por isso, em seu voto separado no Caso Damião Ximenes, Cançado Trindade qualificou de “lapidar” a imposição ao Estado brasileiro na sentença do dever de investigar, perseguir em juízo e punir os autores do homicídio de Damião (parágrafo 244 da sentença de mérito)⁵⁴.

Coerentemente, Cançado Trindade entende o processo extradicional como elemento importante para punir os autores de graves violações de direitos humanos, respeitando o direito à memória e à verdade judicial da vítima e seus familiares. Nesse sentido, apontou Cançado Trindade que “o segmento *aut judicare* - constante do princípio da jurisdição universal, *aut dedere aut judicare* - proíbe ademais atrasos indevidos”⁵⁵

Por isso, tais posições de Cançado Trindade dialogam com o voto do Min. Fachin e se chocam com a posição do Min. Fux, para quem a vítima não tem tal papel na seara penal e tem, sim, o direito (imprescritível) à indenização na esfera cível.

3. CANÇADO TRINDADE E A INSISTÊNCIA NO DIÁLOGO ENTRE AS CORTES

Os votos da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal na Extradicação n. 1.362 afastaram-se do pensamento de Cançado Trindade em pontos cruciais referentes à proteção do ser humano.

A divergência quanto à prevalência da norma interna, mesmo diante de norma internacional de *jus cogens* mostrou uma resistência ao novo Direito Internacional para a Humanidade. A desconsideração da interpretação universalista dos direitos humanos e a opção “soberanista” a favor da prevalência da interpretação nacional das normas internacionais de direitos humanos demonstraram a não aceitação da posição cançadiana favorável a um Direito Internacional não estatocêntrico, voltado ao atendimento de valores humanistas.

É claro que tal situação não é incontornável. Cançado Trindade foi um incansável defensor do diálogo e da comunhão do agir entre atores estatais e internacionais, enfatizando a centralidade dos direitos das vítimas e a interpretação universalista (internacionalista) dos direitos humanos. Manter acesa a chama da esperança na transformação de posições tradicionais e na redução do sofrimento das vítimas é tema constante na extensa bibliografia de Cançado Trindade.

53 CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 435.

54 Voto em separado do Juiz Cançado Trindade. Corte IDH, *Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil*, parágrafo 28, 2006.

55 CANÇADO TRINDADE, 2010, p. 56

Como o voto (vencido) do Min. Fachin demonstra, há espaço para crescimento da interpretação internacionalista dos direitos humanos no STF. Essa seria a convicção de Cançado Trindade e um tributo ao seu legado.

CONCLUSÃO

Cançado Trindade defendeu, em toda sua obra e também nas suas manifestações em Cortes internacionais o caráter contrafático do Direito Internacional, pelo qual este exerce uma função transformadora, a qual pode instituir uma nova ordem global *pro persona*.

O papel transformador do Direito Internacional para a Humanidade de Cançado Trindade permite verdadeiro diálogo entre os intérpretes das ordens jurídicas internacional e nacional, por intermédio da invocação de diplomas normativos e de deliberações internacionais na área dos direitos humanos.

O estudo dos votos da Extradicação n. 1.362 mostra o potencial imenso do uso da obra de Cançado Trindade para escrutinar e, eventualmente, servir de fundamento ou apoio a novos precedentes do STF que manejem normas internacionais de direitos humanos.

Sua obra tem apelo global e prega um Direito Internacional humanista, em absoluta consonância com os ideais constitucionais e com o Estado Democrático de Direito brasileiro. Oxalá os próximos anos sejam de utilização intensa do pensamento cançadiano no STF, o qual pode fornecer as balizas e programas para um futuro no qual haja uma transformação *pro persona* da realidade brasileira.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Extradicação 1.362/DF, Pleno, relator original min. Edson Fachin, relator p/ acórdão min. Teori Zavascki, julgamento 09-11-2016, DJe de 27-08-2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 349.703, Rel. original Min. Ilmar Galvão, Relator para acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento de 03-12-2008, DJE nº 104, divulgado em 04/06/2009

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto Cançado Trindade. International law for humankind: towards a new jus gentium (I): general course on public international law in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 316, 2005, pp. 9-439.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A evolução da proteção dos direitos humanos e o papel do Brasil, in CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto

(editor). *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*. San José/Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992, pp. 25-42.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 57, p. 37-68, jul./dez. 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Some Reflections on the Reassuring Expansion of the Material Content of jus cogens”, in VENTURINI, Gabriela y BARIATTI, Stefania, (orgs), *Liber Fausto Pocar – Diritti individuali e giustizia internazionale*. Milano : Giuffrè Editore, 2009, pp. 66-79.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial por um novo *jus gentium*, o direito internacional da humanidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 45, p. 17-36, 2004, pp. 17-36.

CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. 9ª ed, São Paulo: Saraivajur, 2022.

CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentença de mérito de 26 de setembro de 2006. Série C n. 154. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em 04 de maio de 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C n. 149. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf . Acesso em 04 de maio de 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso do Presídio Miguel Castro Castro vs. Peru. Sentença de interpretação de 02 de agosto de 2008. Série C n. 160. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf . Acesso em 04 de maio de 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso dos Trabajadores Cesados del Congreso versus Peru. Sentença de Interpretação de 30 de novembro de 2007. Série C n. 174. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_174_esp.pdf . Acesso em 04 de maio de 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso La Cantuta vs. Peru. Sentença de interpretação de 30 de novembro de 2007. Série C n. 173. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_173_esp.pdf. Acesso em 04 de maio de 2023.

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

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo e FEFERBAUM, Marina. *Metodologia da Pesquisa em Direito*. 2ª ed., São Paulo: Saraivajur, 2019.

RATNER, R. e ABRAMS J.S. *Accountability for Human Rights Atrocities. In: International Law, Beyond the Nuremberg Legacy*. Oxford, Clarendon Press, 1997.

Recebido em: 30/10/2022

Aprovado em: 05/05/2023