

EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL

VOTO – VISTA

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI: 1. Trata-se de pedido de extradição de Salvador Siciliano, nacional argentino, apresentado ao Ministério das Relações Exteriores (Nota Verbal 1.014/2014) pelo Governo da República Argentina, com base no Tratado de Extradicação firmado entre Brasil e Argentina, por força de ordem de prisão preventiva oriunda de juízo criminal de Buenos Aires, assim motivado em síntese: (a) *“participação ou organização de uma associação criminosa ilícita chamada ‘Triple A’ que operou entre os anos 1973 e 1975, cujo acionar para-policial se dedicou ao assassinato de toda militância de esquerda que tivesse uma atividade política pública, a eliminação dos comunistas e desafetos ao governo, mormente à ação de Lopez Rega”* (fl. 216); (b) *“ter cometido o sequestro de Mario Domingo Zidda, Antonio Mario Moses e Oscar Dalmacio Meza, por ocasião de atentar junto a um grupo de quinze pessoas aproximadamente, armadas, deslocando-se em vários carros, contra o salão do Partido Socialista dos Trabalhadores [...], produzindo danos no mesmo, em 30 de maio de 1974, às 00.30 horas. As vítimas em questão apareceram com várias feridas de impacto de arma de fogo em diversas partes do corpo que lhes provocaram a morte, nesse dia, às 9.20 horas [...].”* (fl. 216); (c) *ter cometido o sequestro de “três pessoas do sexo feminino, que foram posteriormente liberadas, prévios golpes e ameaças, na barreira de Talar de Pacheco [...].”* (fl. 216v.).

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

Em sua defesa, o extraditando sustentou que (a) *“o direito constitucional positivo brasileiro tem consagrado [...] o princípio da inextraditabilidade dos estrangeiros por crime político ou de opinião”* (fl. 544); (b) *“no caso em apreço, a exposição dos fatos delituosos atribuídos a Salvador Siciliano bem revela a conotação política que os revestiu”* (fl. 545); e (c)

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

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

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

Em 6.5.2016, o extraditando apresentou nova manifestação, na qual alega a prescrição dos delitos que ensejaram o pedido de extradição, pois (a) *“as tentativas de definições materiais de regras de jus cogens não aludem,*

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

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

2. Conforme pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,

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

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

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

EXT 1362 / DF

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

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

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

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

Isso significa que a cláusula de imprescritibilidade penal que resulta dessa Convenção das Nações Unidas não se aplica,

não obriga nem vincula, juridicamente, o Brasil, quer em sua esfera doméstica, quer no plano internacional.

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

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

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

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

Não se pode também desconhecer, considerado o princípio constitucional da *reserva absoluta de lei formal*, que o tema da prescrição subsume-se ao âmbito das normas de direito material, de natureza eminentemente penal, regendo-se, em consequência, pelo postulado da *reserva de Parlamento*, como adverte autorizado magistério doutrinário (FERNANDO GALVÃO, 'Direito Penal – Curso Completo – Parte Geral', p. 880/881, item n. 1, 2ª ed., 2007, Del Rey; DAMÁSIO E. DE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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