

O DIÁLOGO DAS FONTES À LUZ DO PROCESSO DE EXTRADIÇÃO NO. 855

THE DIALOG OF SOURCES IN THE LIGHT OF THE
EXTRADITION No. 855

DIÁLOGO DE FUENTES EN EL MARCO DEL
PROCESO DE EXTRADICIÓN N. 855

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil e o diálogo de fontes; 3. O crime de terrorismo no direito brasileiro; 4. Análise do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Extradicação nº 855 ; 5. Conclusão; 7. Referências bibliográficas.

RESUMO:

Em 1945, com o fim da Segunda Guerra Mundial e o saldo nefasto deixado pelas atrocidades nela cometidas, os Estados se viram diante da necessidade de estabelecer direitos além de suas esferas constitucionais, vinculando-os a partir de compromissos internacionais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, elaborada a partir da Carta das Nações Unidas, marca o início dessa nova ordem jurídica internacional. Desse modo, os tratados internacionais de direitos humanos passaram a influenciar os ordenamentos jurídicos internos, fazendo surgir um novo movimento constitucional, em que as constituições contêm seu próprio rol de direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, dialogam com fontes do direito internacional, buscando dar maior proteção aos indivíduos. Nesse contexto, o presente artigo objetiva demonstrar a relevância do diálogo de fontes para o aprimoramento da proteção dos direitos humanos, especialmente nos casos de lacu-

Como citar este
artigo: LOPES, Ana
M., AMORA, Luís A.
O diálogo das fontes
à luz do processo de
extradição no. 855.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 24 p. 207-227

Data da submissão:
12/12/2015

Data da aprovação:
28/05/2016

1 Doutora e Mestre em
Direito Constitucional
- Universidade de
Fortaleza - CE - Brasil
2 Mestrando em
Direito Constitucional
Universidade de
Fortaleza - CE - Brasil

na legislativa, como no crime do terrorismo. Para tanto, escolheu-se analisar o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Extradicação nº 855, que concedeu o pedido realizado pelo Governo do Chile em razão de o extraditando ter cometido atos qualificados como terroristas pela legislação chilena. Com essa finalidade, foi realizada pesquisa na doutrina, na legislação e na jurisprudência nacional, internacional e comparada. No final, evidenciou-se que o Supremo Tribunal Federal fundou sua decisão em documentos internacionais e estrangeiros, acompanhando a tendência do constitucionalismo mundial contemporâneo que se abre para o diálogo de fontes como forma de enriquecer o aprimoramento dos ordenamentos jurídicos internos.

ABSTRACT:

In 1945, with the end of the Second World War and the disastrous balance left by the atrocities committed in it, the states were faced with the need to establish rights beyond its constitutional spheres, linking them from international commitments. The Universal Declaration of Human Rights, 1948, prepared on the basis of the UN Charter, marks the beginning of this new international legal order. Thus, international human rights treaties have come to influence the domestic legal systems, giving rise to a new constitutional motion, that constitutions contain their own list of fundamental rights and at the same time, dialogue with sources of international law, seeking to greater protection for individuals. In this context, this article aims to demonstrate the relevance of sources dialogue to improve the protection of human rights, especially in cases of legal loophole, as the terrorist crime. To this end, chose to analyze the judgment of the Supreme Court on extradition No. 855, which granted the request made by the Government of Chile because of the person claimed to have committed acts qualified as terrorist by Chilean law. To this end, research was conducted in doctrine, legislation and national case law, international and comparative. In the end, it was observed that the Supreme Court founded its decision on international and foreign documents, following the trend of the contemporary world constitutionalism that opens to the dialogue of sources to enrich the improvement of domestic legal systems.

RESUMEN:

En 1945, con el final de la Segunda Guerra Mundial y el desastroso balance dejado por las atrocidades cometidas en ella, los estados se vieron enfrentados con la necesidad de establecer derechos más allá de sus esferas constitucionales, vinculándolos a los compromisos internacionales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, elaborada a partir de la Carta de las Naciones Unidas, marca el comienzo de este nuevo orden jurídico internacional. Por lo tanto, los tratados internacionales de derechos humanos han llegado a influir en los sistemas jurídicos nacionales, dando lugar a un nuevo movimiento constitucional en las constituciones contienen su propia lista de derechos fundamentales y, al mismo tiempo, el diálogo con las fuentes del derecho internacional, buscando una mayor protección a los individuos. En este contexto, el presente trabajo tiene como objetivo demostrar la pertinencia de las fuentes de diálogo para la mejora de la protección de los derechos humanos, especialmente en los casos de vacío legislativo, como en el delito de terrorismo. Por lo tanto, optamos por analizar la sentencia del Tribunal Supremo brasileño en el marco de proceso de extradición n° 855, que accedió a la petición hecha por el Gobierno de Chile, debido a la persona que demandó tener actos cometidos calificados como terroristas por la ley chilena. Para este propósito, la investigación se llevó a cabo en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia nacional, internacional y comparado. Al final, se hizo evidente que el Tribunal Supremo fundó su decisión en los documentos internacionales y extranjeras, siguiendo la tendencia del constitucionalismo mundial contemporánea que se abre al diálogo fuentes para enriquecer la mejora de los sistemas jurídicos nacionales.

PALAVRAS-CHAVE:

Terrorismo; Extradicação n° 855; Diálogo de fontes; Transconstitucionalismo.

KEYWORDS:

Terrorism; Extradition No. 855; Dialog of sources; Transconstitucionalism.

PALABRAS CLAVE:

Terrorismo; Extradición n° 855; Diálogo de Fuentes; Transconstitu-

cionalismo.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, não há tipo penal específico para o crime de terrorismo, seja no Código Penal ou na legislação extravagante. Se de um lado está a Constituição Federal de 1988 e suas normas expressas de repúdio ao terrorismo, de outro está a ausência de tipificação exigida pela reserva legal para que alguém possa ser criminalmente punido pela prática de tais atos.

Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é demonstrar como o diálogo de fontes pode contribuir para conferir uma melhor proteção aos direitos humanos no Brasil, notadamente, nos casos de omissão legislativa. Para tal, foi analisado o julgamento da Extradicação nº 855 pelo Supremo Tribunal Federal, no qual se concedeu, com base em documentos internacionais e estrangeiros, a extradicação de um cidadão chileno pela prática de atos qualificados como terroristas pela legislação chilena, apesar do terrorismo não estar tipificado como crime no ordenamento jurídico brasileiro.

Desse modo, o texto inicia desenvolvendo a discussão sobre o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos, no intuito de evidenciar a mudança paradigmática do Estado brasileiro no âmbito da proteção desse tipo de direitos e sua abertura ao direito internacional. Nessa mesma linha, apresentam-se os aspectos conceituais do diálogo de fontes, apontando sua contribuição para os casos de omissões legislativas, como no caso do crime de terrorismo.

Seguidamente, desenvolvem-se os aspectos conceituais do crime de terrorismo assinalando a lacuna legislativa do ordenamento brasileiro, que cita o termo em diversas leis, mas não define quais condutas o caracterizam, deixando, portanto, de tipificá-lo.

Por fim, é analisado o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Extradicação nº 855, que concedeu a extradicação de cidadão chileno acusado de atos de terrorismo nos termos da legislação do Chile.

2. A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E O DIÁLOGO DE FONTES

O estudo da hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil deve partir da análise dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal

de 1988 (CF/88). Impende, entretanto, realizar antes um corte temporal, haja vista o § 3º ter sido incorporado apenas em 2004, por meio da Emenda Constitucional nº 45 (EC 45/2004) (LOPES; OLIVEIRA, on-line)

Antes da EC 45/2004, a CF/88 fazia apenas uma breve referência aos tratados internacionais de direitos humanos no § 2º do art. 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL 1988, on-line). Esse sucinto tratamento dedicado aos tratados de direitos humanos provocava acirradas discussões em torno do nível hierárquico desses documentos.

Assim, para parte da doutrina, a exemplo de Flavia Piovesan (2013, p. 56-57) e Antonio Augusto Cançado Trindade (2003, p. 623), esses tratados, na medida em que se tratavam sobre direitos humanos, possuíam nível constitucional, tendo em vista sua íntima ligação com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, considerado o núcleo básico e informador do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro,

É nesse contexto que se há de interpretar o disposto no art. 5º, § 2º do texto, que, de forma inédita, tece a interação entre o Direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos. Ao fim da extensa Declaração de Direitos enunciada pelo art. 5º, a Carta de 1988 estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição ‘não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’. À luz desse dispositivo constitucional, os direitos fundamentais podem ser organizados em três distintos grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional. (PIOVESAN, 2013, p. 57)

Contudo, para a maioria da doutrina e da jurisprudência brasileira, esses tratados possuíam apenas hierarquia de lei ordinária. Foi nessa linha que, em 1997, o Supremo Tribunal Federal (STF) pronunciou-se no

juízo do RE nº 80.004/SE. Nessa decisão, o STF afirmou que os tratados internacionais deviam ser incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro como equivalentes às leis ordinárias, devendo os casos de conflitos resolvidos pela regra geral destinada a solver antinomias normativas de mesma hierarquia (LOPES; OLIVEIRA, on-line).

Esse entendimento persistiu até a promulgação da EC 45/2004, que inseriu um novo parágrafo no art. 5º da Constituição (BRASIL 1988, on-line):

Art. 5º - [...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A incorporação desse parágrafo objetivou terminar com as discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos, ao exigir que fossem aprovados da mesma forma que as emendas constitucionais para terem nível constitucional. Essa reforma, entretanto, não foi bem recebida pela doutrina, pois gerou uma nova controvérsia em relação ao nível hierárquico dos tratados aprovados antes da promulgação da EC 45/2004, assim como dos aprovados depois, mas sem terem seguido o procedimento exigido, nessa Emenda para adquirirem status constitucional.

Vale dizer, seria mais adequado que a redação do aludido § 3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constituída de todos os tratados internacionais de direitos humanos de proteção dos direitos humanos ratificados, afirmando – tal como o fez o texto argentino – que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional (PIOVESAN, 2013, p. 61).

Essa nova controvérsia foi enfrentada pelo STF no julgamento do RE 466.343/SP, no qual o Ministro Gilmar Mendes (STF 2008, on-line), em voto paradigmático, afirmou que:

[...] a reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico [...] a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados já ratificados pelo

Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE n. 80.004/SE [...] Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

Todavia, o STF foi além da supralegalidade, ao afirmar que esses tratados paralisavam os efeitos das normas infraconstitucionais contrárias a eles.

[...] diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916. (STF, 2008, on-line).

Deve-se observar que a relevância dessa decisão não se restringe apenas à elevação desses tratados ao nível supralegal ou à concessão de efeitos paralisantes, mas representa uma abertura à atual tendência mundial de prestigiar documentos internacionais para proteger os direitos hu-

manos. Nesses termos, expressa-se Antônio Moreira Maués:

[...] a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção dos direitos humanos, a evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, os princípios do direito internacional sobre o cumprimento de obrigações internacionais não permitem mais a manutenção da tese da legalidade, servindo a supralegalidade como uma solução que compatibilizaria a jurisprudência do STF com essas mudanças, sem os problemas que seriam decorrentes da tese da constitucionalidade. Assim, os tratados de direitos humanos passam a paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com eles conflitante (MAUÉS, 2013, p. 32-33).

Trata-se, sem dúvida, de uma mudança paradigmática no Direito brasileiro, refletindo uma nova realidade constitucional, na qual a dignidade da pessoa humana assume a função de fundamento norteador do ordenamento jurídico nacional.

Além das inovações constitucionais, como importante fator para a ratificação desses tratados internacionais, acrescenta-se a necessidade do Estado brasileiro de reorganizar sua agenda internacional, de modo mais condizente com as transformações internas decorrentes do processo de democratização. Este esforço se conjuga com o objetivo de compor uma imagem mais positiva do Estado brasileiro no contexto internacional, como país respeitador e garantidor dos direitos humanos (PIOVESAN, 2013, p. 25).

Os avanços empreendidos desde então vêm se aperfeiçoando e diversificando, adquirindo novas formas e evidenciando a abertura do ordenamento jurídico ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, configurando o que a doutrina vem chamando diálogo de fontes.

Os problemas dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos ultrapassaram fronteiras, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas. [...]

Assim, um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional (no sentido estrito) ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo apren-

dizado recíproco. (NEVES, 2009, p. 120-121).

Walter Claudius Rothenburg considera o diálogo de fontes uma das características do neoconstitucionalismo:

A interlocução do Direito Constitucional interno e estrangeiro, e destes com o Direito internacional, traduz um “diálogo de fontes” que, em termos de Direito Constitucional, é referido como “interconstitucionalismo” (CANOTILHO, 2006, p. 266), “transconstitucionalismo” (NEVES, 2009, p. 242 e s.) ou “cross constitucionalismo” (TAVARES, 2009), e é apontado como uma das características do constitucionalismo contemporâneo (neoconstitucionalismo): a “tendência ‘expansiva’” do constitucionalismo, um “constitucionalismo transnacional” (ARAGON REYES, 2007, p. 38-39), “constitucionalismo supranacional” (PAGLIARINI, 2009, p. 126, com enfoque na experiência da União Europeia) ou – como tenho preferido dizer – um “constitucionalismo internacional”. Forma-se uma plataforma partilhada, com o “estabelecimento de uma espécie de ‘gramática’ jurídico-constitucional comum”, a partir da “aproximação cada vez maior entre as diversas ordens constitucionais nacionais”, como anota, com propriedade, Sarlet (2009, p. 167 e 168). (ROTHENBURG, 2013, p. 685).

Esse diálogo de fontes é denominado transconstitucionalismo por Marcelo Neves (2009), que o define como uma troca de experiências jurídicas capazes de auxiliar as cortes internacionais e nacionais no enfrentamento de problemáticas para as quais não há, muitas vezes, uma legislação expressa.

A fragmentação dos problemas constitucionais permaneceria desestruturada se cada ordem jurídica pretendesse enfrentá-los isoladamente a cada caso. Impõe-se, pois, um “diálogo” ou uma “conversação” transconstitucional. É evidente que o transconstitucionalismo não é capaz de levar a uma unidade constitucional do sistema jurídico mundial. Mas ele parece que tem sido a única forma eficaz de dar e estruturar respostas adequadas aos problemas constitucionais que emergem fragmentariamente no contexto da sociedade mundial hodierna (NEVES, 2009, p. 122).

Essa situação pode ser claramente vislumbrada no caso do terrorismo, que ainda hoje carece de legislação específica no ordenamento brasileiro³, revelando-se o diálogo de fontes meio adequado para a solução da controvérsia diante da omissão legislativa brasileira, conforme será

seguidamente exposto.

3. O CRIME DE TERRORISMO NO DIREITO BRASILEIRO

Constitui árduo desafio apresentar um conceito completo e definitivo do que é terrorismo. Ao longo da história, verifica-se que o vocábulo sofreu, e ainda sofre, mudanças em seu significado. Sua origem remete-se à Revolução Francesa, especificamente ao período revolucionário liderado por Maximilien Robespierre, compreendido entre 31 de maio de 1793 (queda dos girondinos) e 27 de julho de 1794 (queda de Robespierre), no qual se utilizou o medo e da intimidação para a defesa da ordem social. O “terrorismo”, segundo Guimarães (2007), expressava a utilização do terror para restaurar e impor a autoridade do novo Estado.

Pouco tempo depois, os revolucionários condenaram o próprio Robespierre à guilhotina, não pela prática do terror (afinal, as mesmas autoridades também o haviam cometido), mas por terrorismo. O terror, que inicialmente fora usado para defender a revolução, transformou-se em terrorismo, consistindo na prática abusiva de terror pelo Estado.

Ao final do Século XIX, com o surgimento dos movimentos anarquistas, o sentido da palavra terrorismo mudou, passando a designar práticas que almejavam desestruturar o Estado e incitar a sociedade contra órgãos estatais, por meio da propaganda. O terrorismo, que antes era praticado pelo Estado para a manutenção de sua ordem através do medo, voltou-se contra ele.

A definição de “terrorismo político” apresentada no Dicionário de Política por Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998, p. 1.252) qualifica-o como “o instrumento ao qual recorrem determinados grupos para derrubar um Governo acusado de manter-se por meio do terror”. A partir dela se pode inferir que o terrorismo busca a derrubada, por meio do terror, de um governo que também utiliza o terror, tratando-se de conceito extremamente abrangente.

Fato é que, diante da diversidade de formas de Estados e Governos, da amplitude de motivações (sejam elas jurídicas, políticas, ideológicas ou religiosas) e da inesgotável criação de novos meios de se realizarem atentados e atos de destruição, resta-se inacabada a conceituação de terrorismo. Talvez seja essa a causa pela qual, apesar da sua gravidade, não exista ainda no Brasil legislação expressa tipificando as hipóteses configuradoras do crime de terrorismo.

Contudo, parte minoritária da doutrina defende que o crime está já previsto no art. 20 da Lei de Segurança Nacional (Lei no 7170/83):

Art. 20 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo. (BRASIL, 1983, on-line) (grifo nosso).

Essa posição é criticada por autores como Prado e Carvalho (on-line) que afirmam que a expressão atos de terrorismo presente na Lei de Segurança Nacional “não passa de cláusula geral, vaga, imprecisa, que confere ao intérprete uma vasta margem de discricionariedade”, não sendo, portanto, suficiente para caracterizar um tipo penal, considerando que a CF/88, em seu art. 5º, XXXIX estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL 1988, on-line). Dessa norma, extraem-se dois princípios: a) somente a lei definirá se uma conduta é crime; e, b) só tem validade a pena prevista por lei antes da prática delituosa. Tais preceitos são chamados, respectivamente, de princípio da reserva legal e princípio da anterioridade, corolários do princípio da legalidade quando aplicada ao Direito Penal.

No ordenamento jurídico brasileiro, a lei deve, portanto, prever o tipo penal e fixar a respectiva pena antes do cometimento do fato, para que o agente possa ser penalmente responsabilizado.

Há, entretanto, quem defenda um terceiro requisito, a tipicidade. Nas palavras de Bastos e Martins (1989, p. 211):

Além da anterioridade da lei penal, da reserva da lei, há que se mencionar ainda a tipicidade. Com efeito, não basta que a lei acene com descrições abstratas ou esfumadas do fato delituoso. É preciso que o comportamento seja descrito em todas as suas minúcias, dando lugar a uma suficiente especificação do tipo de crime. Corolário deste princípio é a não-aceitação da analogia. Decorre ainda da tipicidade a correlação com uma pena determinada; porque se esta cominação for frouxa, sem determinação do quantum aplicado ao condenado, a tipicidade resulta ferida.

É nesse terceiro requisito que reside a controvérsia quanto à existência do crime de terrorismo no Brasil: sua ausência de tipificação. Além do dispositivo constante na Lei de Segurança Nacional, há, ainda, duas previsões expressas sobre o terrorismo na CF/88. Trata-se do repúdio ao terrorismo (art. 4º, VIII) e da sua classificação como crime, inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, XLIII). Há, também, uma referência expressa ao crime de terrorismo na Lei de Crimes Hediondos, no art. 2º da Lei nº 8.072/1990 (BRASIL, 1990, on-line), mas em nenhuma dessas normas o tipo penal que qualifica o terrorismo foi devidamente enunciado. A ausência de tipicidade não foi, portanto, superada, restando inócuos tais postulados normativos.

De qualquer forma, é inegável a assunção pelo Brasil do compromisso de combater o terrorismo, tanto é que ratificou, dentre outras, a Convenção Interamericana contra o Terrorismo (Decreto nº 5.639/2005) e a Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo em Delitos Contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, Quando Tiverem Eles Transcendência Internacional (Decreto nº 3.018/1999).

Essas convenções não só reforçam o compromisso brasileiro de repúdio ao terrorismo, mas delimitam condutas que, uma vez praticadas, ensejam punições a serem tomadas pelo Brasil. Desse modo, perante a ausência de tipificação pelo ordenamento jurídico brasileiro, elas se mostram fontes suficientemente válidas para serem usadas pelos tribunais brasileiros, sanando a inércia do legislador ao se omitir da árdua tarefa de definir os tipos penais que qualificam os atos de extremo poder ofensivo aos direitos humanos.

Assim, a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em 03 de junho de 2002, internalizada pelo Brasil através do Decreto nº 5.639/2005, dispõe em seu art. 2º um rol de atos terroristas. Esse rol mostra-se suficiente para que se afirme que o Brasil possui crime de terrorismo. A garantia da legalidade resta plenamente superada, uma vez que a determinação constitucional de repúdio ao terrorismo tem sua lacuna preenchida por normas de origem internacional, tendência dos ordenamentos constitucionais modernos e chamada de “transconstitucionalismo”.

Essa posição não é, entretanto, unânime. Assim, no dia 12 de junho de 2012, a Primeira Turma do Supremo Federal decidiu, no HC

96.007/SP, que a existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material, rejeitando a criação e crimes via o diálogo de fontes. Nesses termos, expressa-se Luiz Flávio Gomes (on-line):

[...] 3º) definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o Direito penal interno em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da *lex populi*) [...] Conclusão: os tratados e convenções configuram fontes diretas (imediatas) do Direito internacional penal (relações do indivíduo com o *ius puniendi* internacional, que pertence a organismos internacionais - TPI, v.g.), mas jamais podem servir de base normativa para o Direito penal interno (que cuida das relações do indivíduo com o *ius puniendi* do Estado brasileiro), porque o parlamento brasileiro, neste caso, só tem o poder de referendar (não o de criar a norma). A dimensão democrática do princípio da legalidade em matéria penal incriminatória exige que o parlamento brasileiro discuta e crie a norma. Isso não é a mesma coisa que referendar. Referendar não é criar *ex novo*.

Essa controvérsia demonstra que o diálogo de fontes tem, pelo menos para setor do Judiciário e da doutrina brasileira, limites, o que, no lugar de ser um indicativo para sua rejeição, deve servir para mostrar a necessidade de uma maior discussão a respeito dos contornos conceituais do instituto, de forma a melhor compatibilizar a proteção internacional dos direitos humanos, com as normas internas de cada Estado.

4. ANÁLISE DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA EXTRADIÇÃO Nº 855

A Extradicação nº 855, julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 26 de agosto de 2004, teve como relator o Ministro Celso de Mello. No polo ativo encontrava-se o Governo do Chile, enquanto na condição de extraditando estava Mauricio Fernandez⁴ Norambuena.

Trata-se de “leading case” na Corte Constitucional, uma vez que a decisão vem sendo reiteradamente citada nos pedidos posteriores de extradição que envolvem a prática de terrorismo⁵. O voto do Relator, vencedor do caso, foi unanimemente seguido pelos demais ministros quanto à extradição, havendo divergência no que concerne à comutação das penas.

Pode-se dividir o acórdão em 04 (quatro) questões principais: a) o repúdio ao terrorismo estabelecido no art. 4º, VIII da CF/88 e a equi-

paração de terrorismo aos crimes hediondos (art. 5º, XLIII da CF/88); b) a impossibilidade de aplicação do benefício presente no art. 5º, LII da CF/88 aos acusados de práticas terroristas, por não se tratar de crime político, conforme determina o art. 11 da Convenção Interamericana contra o Terrorismo, internalizada pelo Brasil através do Decreto nº 5.639/2005⁶, demonstrando-se a importância da cooperação internacional entre Estados na repressão ao terrorismo; c) a necessidade de comutação das penas de prisão perpétua a que foi condenado o extraditando por uma pena temporária máxima de 30 (trinta) anos, preservando-se o art. 5º, XLVII, “b” da CF/88; e, d) o condicionamento da imediata efetivação da entrega extraditacional à manifestação do Presidente da República, enquanto detentor exclusivo de tal prerrogativa, de acordo com a Lei nº 6.815/1980, em seu art. 89.

A decisão não adentrou na discussão sobre a existência ou não do tipo penal “terrorismo” no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o extraditando foi condenado no Chile pelos crimes de homicídio, extorsão mediante sequestro e formação de quadrilha, qualificados como delitos de natureza “terrorista” em face à legislação vigente naquele Estado.⁷

A relatoria do acórdão oriundo da Extradicação nº 855 coube ao Ministro Celso de Mello, cujo voto, no tocante ao deferimento do pleito extraditório, foi seguido por unanimidade pelos demais ministros do Supremo Tribunal Federal. Já em relação ao condicionamento da entrega do extraditando à comutação das penas de prisão perpétua em pena de prisão temporária de no máximo 30 (trinta) anos, o voto do Relator foi vencedor por maioria. Os votos vencidos foram os dos Ministros Carlos Velloso e Nelson Jobim, este então Presidente.

O Relator iniciou sua exposição de motivos confirmando que o pedido extraditacional encontrava-se revestido de base jurídica, por força do tratado de extradicação celebrado entre Brasil e Chile, internalizado no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 1.888/37. Em seguida, afastou a possibilidade de prescrição penal, tanto pela lei brasileira quanto pela lei chilena.

Superadas as questões iniciais, o Ministro abordou indiretamente a problemática da atipicidade do crime de terrorismo no Brasil. De acordo com ele (2004, p. 20):

É que os delitos de homicídio, extorsão mediante sequestro e formação de quadrilha armada, independentemente de sua qualificação como delitos de índole terrorista, encontram plena correspondência típica no Código Penal Brasileiro (arts. 121, 158 e 288, parágrafo único), cabendo esclarecer que, pela legislação penal comum chilena, o delito de homicídio também é punível com a pena de prisão perpétua (art. 391, 1º), enquanto que os crimes de extorsão mediante sequestro, sem morte da vítima (art. 433, 2º) e de formação de quadrilha (art. 293) comportam pena máxima de 20 (vinte) anos de prisão (art. 56).

Portanto, como o Código Penal brasileiro tipifica as condutas de homicídio, extorsão mediante sequestro e formação de quadrilha armada, entendeu o Ministro Celso de Mello ser esse fato suficiente para se discutir o deferimento do pleito extraditório, independentemente da qualificação feita pela legislação chilena como delitos de índole terrorista.

Ainda assim, o Ministro fez uso dos mandamentos constitucionais que ratificam o combate ao terrorismo⁸ para afastar a hipótese prevista no art. 5º, LII da CF/88, que excluem a possibilidade de extradição de estrangeiro quando este comete crime político ou de opinião.¹²

A utilização dos parâmetros constitucionais previstos nos arts. 4º, VIII, e 5º, XLIII, para afastar a hipótese de não extradição de estrangeiro em virtude do cometimento de crime político atesta o repúdio do STF quanto às práticas de índole terrorista, independentemente de tipificação legal pelo ordenamento jurídico brasileiro, reiterando o compromisso assumido pela República Federativa do Brasil constitucional e internacionalmente de combate ao terrorismo.

A referência internacional, inclusive, é feita pelo Relator diante de sua inquestionável relevância, referindo-se à assinatura, pelo Brasil, da Convenção Interamericana contra o Terrorismo¹³, que, em suas palavras (2004, p. 30):

Traduziu um gesto consequente do Estado brasileiro, a evidenciar fidelidade e respeito aos novos paradigmas constitucionais consagrados no texto da Lei Fundamental promulgada em 1988, cuja interpretação, presente esse contexto, legitima a asserção de que qualquer tratamento favorável ao autor de atos terroristas, notadamente em sede extraditacional, revela-se essencialmente incompatível com os valores que conformam a atividade do Poder Público, cujos agentes não podem demonstrar indife-

rença às gravíssimas consequências que derivam da prática criminosa do terrorismo, seja em âmbito nacional, seja no plano internacional.

A convenção afastou, expressamente, a possibilidade de se qualificar a prática de terrorismo enquanto ato de criminalidade política¹⁴, para evitar que o tratamento benigno atribuído aos crimes políticos em ordenamentos jurídicos diversos, caso do brasileiro, fosse-lhe alcançada.

Essa possibilidade benéfica de não extradição de estrangeiros por crimes políticos e de opinião justifica-se pelo intuito altruístico dos mesmos, característica não atribuída aos atos de índole terrorista, conforme manifestação doutrinária. Nas palavras de Bastos e Martins (1989, p. 253), “há uma tendência do direito em tratar mais benevolamente os crimes de natureza política. Reconhece-se que aí o infrator é movido por ideais nobres, quais sejam: os de influir nos destinos da coisa pública”.

Em seguida, os autores fazem uma ressalva quanto aos atos terroristas, ao afirmar que “dado o vulto assumido pelo terrorismo internacional, já assoma uma certa resistência a considerar-se como político todo crime praticado com este fundamento”. (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 254).

O Ministro Relator, além de fazer uso de uma fonte internacional para proceder ao afastamento do mandamento contido no art. 5º, LII da CF/88, apontou que ela representa uma tendência no que concerne ao direito comparado, citando o exemplo da Constituição Espanhola de 1978, que em seu art. 13.3 desqualifica os atos de terrorismo como crimes políticos.¹⁵

Há, portanto, a utilização não só de 01 (uma) fonte de direito, mas de 03 (três) delas, pois, além do ordenamento jurídico brasileiro, o Ministro fez uso de normas de direito internacional e de direito estrangeiro. O diálogo de fontes revelou-se o meio mais adequado para a elaboração da decisão, que respeitou as normas constitucionais de repúdio ao terrorismo e não permitiu que o extraditando se beneficiasse do tratamento concedido aos crimes políticos.

Apesar de não enfrentar a questão da tipificação do crime de terrorismo no ordenamento jurídico brasileiro, o Relator priorizou a intenção constitucional de combate ao terrorismo, deferindo o pedido de extradição utilizando-se de fontes internacionais.

O Supremo Tribunal Federal, ao recorrer ao diálogo de fontes,

evidencia acompanhar a atual tendência assumida pelos ordenamentos constitucionais de compartilhar experiências jurídicas, textos normativos e lições doutrinárias em prol da defesa dos direitos humanos, protegendo-se o fundamento maior da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

As atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial mostram que a proteção dos direitos humanos não deve limitar-se aos ordenamentos jurídicos de cada Estado, mas deve ir além das fronteiras geopolíticas. É essa constatação que, nas últimas décadas, tem deflagrado importantes mudanças nos ordenamentos jurídicos dos diferentes Estados, a exemplo do brasileiro.

Assim, no Brasil, a Emenda Constitucional 45/2004 trouxe uma importante mudança ao conceder nível constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados seguindo o mesmo procedimento para elaborar uma emenda constitucional. No caso de tratados de internacionais de direitos humanos aprovados sem atender essa exigência, o Supremo Tribunal Federal determinou possuírem hierarquia supralegal e efeitos paralisantes, mostrando quão relevantes são essas fontes para a atual organização normativa brasileira.

Houve abertura para o diálogo entre as cortes nacionais e internacionais, de forma a permitir a troca de experiências, legislações e jurisprudências para enfrentar casos difíceis, especialmente nos quais as legislações internas são insuficientes ou inexistentes, como no caso do crime de terrorismo, ainda não tipificado pela legislação brasileira diante de sua imprecisão e das constantes modificações históricas enfrentadas.

Para mostrar esse último fenômeno (o do diálogo de fontes), analisou-se, no presente texto, o julgamento da Extradicação nº 855, no qual o Supremo Tribunal Federal, embora não tendo discutido a existência ou não do tipo legal do crime de terrorismo no Brasil, utilizou-se da própria Convenção Interamericana contra o Terrorismo e da Constituição da Espanha para afastar a inaplicabilidade da exceção de extradição em razão de crime político, o que demonstra uma tendência cada vez maior no ordenamento jurídico brasileiro de utilização de fontes de direito estrangeiro e internacional na solução de problemáticas de ampla complexidade

que atingem os direitos humanos.

Tal decisão, além de recorrer a fontes de direito internacional e comparado para resolver a extradição, agiu de acordo com o compromisso do Estado brasileiro, tanto constitucional quanto internacional, de combate ao terrorismo, superando a omissão legislativa para garantir a devida punição do extraditando.

Assim, o Supremo Tribunal Federal mostrou-se aberto às novas tendências do constitucionalismo contemporâneo, confirmando a tendência de diálogo de fontes para superar a fragmentalidade de ordenamentos jurídicos nacionais e as omissões parlamentares, protegendo os postulados estabelecidos pela Constituição Federal brasileira, inclusive a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. 1358 p. (V. 1). Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília: DF, Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 5.639, de 26 de janeiro de 2005. Promulga a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em Barbados, em 3 de junho de 2002. Diário Oficial da União de 27/12/2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5639.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

BRASIL. Decreto nº 3.018, de 06 de abril de 1999. Promulga a Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos Contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, Quando Tiverem Eles Transcendência Internacional, concluída em Washington, em 2 de fevereiro de 1971. Diário Oficial da União de 07/04/1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3018.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

BRASIL. Lei nº 8.072/1990, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível, em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm Acesso em: 9 out. 2015.

BRASIL. Lei no 7170/83, de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm Acesso em 4 set. 2015.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. v. III. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> 06 de maio de 2009. Acesso em: 3 set. 2015

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. Tratamento penal do terrorismo. São Paulo: Quartier Latin, São Paulo, 2007.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. OLIVEIRA, Amanda Farias. A violação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=db10579cd6a91c59> Acesso em: 18 jun. 2015.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (org.). Eficácia nacional e internacional dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 27-50.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Erika Mendes de. Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual. Disponível em: <http://professor-regisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Delito%20pol%EDtico%20e%20terrorismo.pdf> Acesso em: 10 set. 2015.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da Lei de Anistia brasileira. Revista Direito GV, v. 18, p. 681-706,

2013. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n2/a13v9n2.pdf> >. Acesso em 28 mai. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 96.007 SP. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3390584>. Acesso em 25 ago. 2015.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 80.004/SE. 2007. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14777780/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-90751-sc-stf> Acesso em: 17 jun. 2015.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 466.343/SP. 1977. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf> Acesso em: 17 jun. 2015.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Extradicação nº 855, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Requerente: Governo do Chile. Extraditando: Mauricio Fernandez Norambuena ou Mauricio Fernández Norambuena ou Mauricio Hernández Norambuena. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário de Justiça. n. 125, de 01/07/2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325004>>. Acesso em 28 mai. 2015.

Notes

3 No 13 de agosto de 2015, foi aprovado o Projeto da Lei Antiterrorismo (PL 2016/15) na Câmara dos Deputados do Congresso Nacional. O Projeto encontra-se agora no Senado aguardando sua votação.

4 O acórdão aponta 04 (quatro) possíveis sobrenomes: Fernandez, Fernández, Hernandez ou Hernández.

5 Como exemplos, têm-se as extradicações de n.o 1.085, 1.008 e 994, além da Questão de Ordem para Prisão Preventiva nº 730/DF.

6 À época da decisão, o Brasil ainda não havia ratificado a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, o que somente veio a acontecer em 25 de outubro de 2005. Tal fato, no entanto, não impediu o Supremo Tribunal Federal de socorrer-se a tal norma para a elaboração de sua decisão, uma vez que esse diálogo de fontes não se restringe a tratados ratificados.

7 Qualificação feita pela Lei nº 18.314 da República do Chile, de 16 de maio de 1984 (arts. 1º e 2º).

8 Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...]

9 VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

10 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garan-

tindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

11 XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

12 Art. 5º [...] LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

13 A Convenção Interamericana de Combate ao Terrorismo foi internalizada no Brasil por meio do Decreto nº 5.639, em 26 de dezembro de 2005. Tal fato, no entanto, não impediu que o Supremo Tribunal Federal a utilizasse em seu julgado, o que demonstrou uma abertura da corte ao diálogo de fontes.

14 Artigo 11 - Inaplicabilidade da exceção por delito político - Para os propósitos de extradição ou assistência judiciária mútua, nenhum dos delitos estabelecidos nos instrumentos internacionais enumerados no Artigo 2 será considerado delito político ou delito conexo com um delito político ou um delito inspirado por motivos políticos. Por conseguinte, não se poderá negar um pedido de extradição ou de assistência judiciária mútua pela única razão de que se relaciona com um delito político ou com um delito conexo com um delito político ou um delito inspirado por motivos políticos.

15 “Artículo 13 [...]

16 3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.”

