

RDIET, Brasília, V. 15, nº 2, p. 490–538, Jul-Dez, 2020

NORMAS COGENTES, *PERO NO MUCHO*. O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DAS REGRAS IMPERATIVAS DE DIREITO INTERNACIONAL NA EXTRADIÇÃO 1362.

*JUS COGES, BUT NOT SO MUCH: THE CONSTITUTIONAL
TREATMENT OF INTERNATIONAL LAW MANDATORY RULES
IN EXTRADITION 1362.*

Breno Baía Magalhães*

Thaís Perez de Amorim**

RESUMO: Inserto na área do Direito Constitucional Internacional, nosso trabalho pretende explorar como nossa Suprema Corte, ao lidar com tema das normas imperativas de direito internacional, caracteriza sua substância ou natureza, como e de onde se extrai o conteúdo dessa regra imperativa e quais são os efeitos práticos ou processuais dessa caracterização, especialmente seu processo de recepção a partir do julgamento da Ext 1362 (2016). Utilizamos como marco teórico a tripartição de Criddle e Fox-Decent (2009) sobre as teorias explicativas da imperatividade do direito cogente e a leitura de Ryngaert e Siccama (2018) sobre a metodologia empregada por cortes nacionais para a identificação de normas costumeiras. O artigo conclui que o STF caracteriza normas imperativas de direito internacional de natureza costumeira, o que significa que o positivismo seria a teoria capaz de explicá-las em nosso contexto nacional e que um processo formal de incorporação não é necessário para que sejam operacionalizadas no plano interno. Por fim, os ministros demonstraram reservas em acolher a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos que contrariem sua posição interpretativa da Constituição de 1988.

Palavras-Chave: *Jus Cogens*; Supremo Tribunal Federal; normas costumeiras; Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos;

Artigo recebido em 05 de fevereiro de 2020.

Artigo aceito em 29 de dezembro de 2020.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professor de Direito Constitucional e Internacional da Universidade Federal do Pará. Menção honrosa no prêmio CAPES de tese 2016. E-mail: brenobaiaimag@gmail.com.

** Estudante de Bacharelado em Direito na Universidade Federal do Pará, cursando atualmente o 8º semestre. E-mail: thaissamorimjuridico@gmail.com.

ABSTRACT: Inserted in the area of International Constitutional Law, our article intends to explore how our supreme court, when dealing with the theme of imperative rules of international law, characterizes its substance or nature, how and from where the content of this imperative rule is extracted and what are its practical effects, especially its reception process as stated in the Ext 1362 (2016) ruling. We use as a theoretical framework the tripartition of Criddle and Fox-Decent (2009) on explanatory theories of the imperativity of cogent law and the reading of Ryngaert and Siccama (2018) on the methodology used by national courts to identify customary norms. The article concludes that our Supreme Court characterizes imperative norms as customary international law, which means that positivism would be the theory capable of explaining them in our national context and that a formal process of incorporation is not necessary for them to be operationalized at the national level. Finally, the justices expressed reservations about upholding the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in cases that contradict their interpretative position of the 1988 Constitution.

Keywords: *Jus Cogens*; Federal Court of Justice; customary norms; Human rights; Inter-American Court of Human Rights.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. BREVES LINHAS SOBRE O *JUS COGENS* E SUAS TEORIAS EXPLICATIVAS; 3. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO E SÍNTESES DOS VOTOS PROFERIDOS NO JULGAMENTO DA EXTRADIÇÃO 1362; 3.1. RESUMO DOS PRINCIPAIS VOTOS DOS MINISTROS DO STF SOBRE A TEMÁTICA DAS NORMAS IMPERATIVAS; 4. A NATUREZA DAS NORMAS COGENTES NO DIREITO BRASILEIRO: ESBOÇO DOGMÁTICO E JURISPRUDENCIAL; 4.1. O *JUS COGENS* COMO FONTE DO DIREITO INTERNACIONAL E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO BRASILEIRO; 4.1.1. O BRASIL COMO UM PAÍS DUALISTA CLÁSSICO; 4.1.2. UMA FONTE DE NATUREZA COSTUMEIRA; 4.2. O VOTO DE FACHIN: UMA NORMA COSTUMEIRA DE GRAU DE INCIDÊNCIA VARIÁVEL; 4.3. LUIZ FUX: NORMAS COGENTES SÃO COSTUMEIRAS, MAS PODEM NÃO ESTAR SOLIDIFICADAS NA COMUNIDADE INTERNACIONAL; 4.4. AFINAL DE CONTAS, COMO AS NORMAS DE *JUS COGENS* SE RELACIONAM COM O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO?; 5. VAMOS FALAR SOBRE O ELEFANTE NA SALA DE ESTAR? A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE ANISTIA E CRIMES CONTRA A HUMANIDADE; 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO¹

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 (CVDT) positivou, pela primeira vez, a ideia de um direito imperativo no campo do direito internacional em seus arts. 53 e 64². O conceito de normas cogentes já havia sido aventado por Alfred Verdross na década de 30, mas não havia encontrado guarida convencional até então. Não obstante a vasta literatura sobre o tema produzida no Brasil, pouco se discutiu em nossa doutrina sobre as relações daquelas regras e o direito brasileiro.

É bem verdade que não se trata de um conceito de direito internacional geralmente referenciado explicitamente em normas constitucionais³, muito provavelmente por ser, relativamente, recente⁴ e cercado de controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias. No entanto, a mesma prudência daquelas pessoas encarregadas de estipular o *design* da Constituição não é compartilhada pelas Cortes internas, que têm feito referências ostensivas às normas peremptórias na última década, como demonstra o estudo de Miron.

A pouca atenção dada pela dogmática internacionalista sobre como normas *jus cogens* interagem com o direito constitucional pode ser explicada, igualmente, pela escassa referência ao tema na jurisprudência do Supremo

¹ **Agradecimentos.** Agradecemos as gentis contribuições feitas por Bruna Nowak e Thiago Moreira. Se o trabalho está próximo do aceitável, é porque vocês nos mostraram o caminho certo a ser trilhado.

² MOREIRA, Thiago Oliveira. **O Direito Internacional e as Normas de Jus Cogens: Uma Questão Filosófica.** Revista FIDES, v. 3, p. 24-42, 2012, p. 34.

³ Ainda que o art. 8º da Constituição Portuguesa estipule que “as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português” possa sugerir uma abertura maior do que aquela prevista, por exemplo pela Constituição brasileira, a inserção das normas cogentes dentro da expressão “direito geral comum” se faz por interpretação. RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado: **"O Direito Internacional, o Direito Comunitário e a nossa Constituição: Que Rumo?"**, in AAVV, Estudos em Comemoração dos Cinco Anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p 943.

⁴ MIRON, Alina. **International Jus Cogens in National Law. Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law.** In: <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e321>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

Tribunal Federal (STF). Ou seja, como nossa corte não havia enfrentado o tema profundamente, a academia não se ocupou em desenvolver questionamentos que pudessem auxiliá-la.

Dessa forma, o objeto do artigo se concentrará na substância, conteúdo e efeitos processuais do *jus cogens* no Brasil. Isso quer dizer que não será nossa intenção reconstruir o debate no campo internacional ou em remontar as origens históricas do instituto. Encarado como inserto na área do Direito Constitucional Internacional, portanto, das normas encartadas na Constituição que tratam sobre direito internacional, nosso trabalho pretende explorar como nossa Suprema Corte, ao lidar com o tema das normas imperativas de direito internacional, caracteriza sua substância ou natureza, como e de onde se extrai o conteúdo dessa regra imperativa e quais são os efeitos práticos ou processuais dessa caracterização, especialmente seu processo de recepção.

A oportunidade para tratar do tema se apresenta a partir do julgamento da Extradução 1362 (2016), na qual o tópico das normas de *jus cogens* surgiu como ponto central para o deslinde do caso. Portanto, o trabalho terá por objeto principal um precedente do STF para extrair, a partir do conteúdo decisório, indícios para a reconstrução dos elementos expostos acima de forma mais abrangente e universalizada. Pela natureza do trabalho e em função da dificuldade em extrair uma compreensão coerente da corte por conta de seu processo decisório agregativo de votos singulares, antecipamos ao leitor, na tentativa de justificar, a significativa parcela de descrição da primeira parte do artigo e a reprodução, nota de rodapé, de trechos literais dos votos.

Utilizamos como marco teórico a tripartição de Criddle e Fox-Decent⁵ sobre as teorias explicativas da imperatividade do direito cogente (o

⁵ CRIDDLE, Evan J.; FOX-DECENT, Evan. **A fiduciary theory of jus cogens**. Yale J. Int'l L., v. 34, p. 331, 2009.

positivismo, o jusnaturalismo e as teorias de ordem pública), a fim de enquadrar a leitura do STF em alguma delas. Em seguida, com base na leitura de Ryngaert e Siccamá⁶ sobre a metodologia empregada por cortes nacionais para a identificação de normas costumeiras, os votos dos ministros do STF serão analisados para identificar quais indícios foram elencados para determinar que uma regra seria um costume internacional e o que lhe daria a qualidade de norma imperativa. Por fim, uma seção será dedicada ao argumento de seleção estratégica de normas internacionais feita pela Corte Suprema.

O artigo conclui que o STF, em sua maioria, caracteriza normas imperativas de direito internacional de natureza costumeira, o que significa que o positivismo seria a teoria capaz de explicá-las em nosso contexto nacional. Tendo em vista que normas de *jus cogens* são costumes, os ministros não lhes atribuíram um processo formal de incorporação para que sejam operacionalizadas no plano interno. Por serem regras que decorrem de costumes, os ministros se ocuparam em identificar os elementos que compõem essa fonte de direito internacional para aferir seu grau de obrigatoriedade. Contudo, nenhum ministro demonstrou como uma fonte costumeira internacional, por si só obrigatória, torna-se cogente, ou seja, sujeita ao regime da inderrogabilidade. Por fim, os ministros demonstraram reservas em acolher a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em casos que contrariem sua própria posição interpretativa da Constituição de 1988.

2. BREVES LINHAS SOBRE O *JUS COGENS* E SUAS TEORIAS EXPLICATIVAS

⁶ RYNGAERT, Cedric MJ; SICCAMÁ, Duco W. Hora. **Ascertaining Customary International Law: An Inquiry Into the Methods Used by Domestic Courts**. Netherlands International Law Review, Vol 65, 2018, p. 01-25

Higgins⁷ chama nossa atenção para um grave problema no trato com o Direito Internacional: sua identificação. O problema da identificação não se limita apenas sobre o que certas normas do direito internacional estabelecem em termos de seu conteúdo, mas diz respeito, igualmente, às dificuldades em como identificá-las em primeiro lugar. É difícil saber onde encontrar regras seguras do direito internacional geral⁸ e, quando as achamos, ainda precisamos lidar com sua indeterminação material.

Se o diagnóstico de Higgins estava voltado aos costumes, primordialmente, podemos tomá-lo de empréstimo para problematizar a identificação das normas peremptórias. Se ainda temos dúvidas quanto ao ferramental a ser utilizado para localizarmos tais normas, não é fora do comum compartilharmos dúvidas quanto ao conteúdo de tais regras particulares quando reconhecidas como tal. Muito embora haja definição conceitual disposta pela CVDT e informação sobre as consequências jurídicas decorrentes de seu regime⁹, grassam dúvidas sobre quais regras fariam parte desse seletor, restrito e não exaustivo rol de normas.

Dúvidas sobre a localização e identificação de regras peremptórias podem ser sanadas a partir da prática e manifestação dos Estados. Para o caso do artigo, decisões judiciais oriundas de nossa Suprema Corte, órgãos estatais, podem servir de especial indício da prática estatal¹⁰. Na medida em que as

⁷ HIGGINS R. **Problems and Process: International Law and How We Use it**. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 17.

⁸ Para os fins deste trabalho, serão consideradas regras do direito internacional geral aquelas que são criadas e vinculam vários Estados, em contraposição a um direito internacional particular a dois ou a uma pequena quantidade de Estados que se vinculam por acordos internacionais negociados.

⁹ NASSER, Salem Hikmat. **Jus cogens: ainda esse desconhecido**. Revista Direito GV, v. 1, no 2, pp. 161-178, jun./dez. 2005, 164-165.

¹⁰ Ao afirmarmos que cortes são agentes importantes para a identificação de normas imperativas, por serem órgãos estatais, não estamos sugerindo que serão elas quem determina sua força cogente. Portanto, não vamos entrar na discussão se a inderrogabilidade é reconhecida

cortes lançam mão de critérios metodológicos para suscitar a aplicação de uma norma imperativa, será possível inferir deles a natureza daquela e, além disso, seus conteúdos e consequências práticas.

Não é nossa pretensão realizar uma investigação histórica ou conceitual do *jus cogens*, especialmente dado o objetivo do artigo de contextualizar sua manifestação no ordenamento jurídico brasileiro, tal como disposto na introdução. Nessa esteira, nos furtaremos de expor sua origem histórica e contornos conceituais¹¹, para nos deter em pontos de sua natureza de maior importância para a discussão deste trabalho.

O termo “*jus cogens*” foi usado pela primeira vez em texto jurídico internacional definitivo na CVDT (1969)¹². Seu conceito não indica que estejamos diante de regras novas de direito internacional; pelo contrário, sugere a atribuição a normas pré-existentes de uma qualidade particular e superior que lhes foram reconhecidas pelos Estados¹³. No mínimo, para a criação de regras cogentes, dois passos são necessários: a) o estabelecimento de uma proposição como uma regra do direito internacional e b) a aceitação daquela regra como peremptória pela comunidade internacional de estados. Sem embargo do texto da CVDT, a CDI não acredita que uma unanimidade seja exigida para a aceitação e reconhecimento de tais regras (A/CN.4/L.936, *Conclusion 7.2*, p. 143).

ou constituída pela Corte. É bem verdade que sua atuação será determinante, especialmente quando uma Corte Suprema identificar uma obrigação internacional para responsabilizar o Estado que esteja baseada naquelas regras. Agradecemos a Thiago Oliveira Moreira pela sugestão.

¹¹ Para uma compreensão histórica do tema, cf.

¹² FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas de Direito Internacional Público: Jus Cogens**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 31.

¹³ SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6. ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 126.

As diferentes teorias que fundamentam as metodologias de identificação das normas cogentes afetam seu conteúdo¹⁴, daí a importância de enquadrar a decisão do STF na Exatidão 1362 em um contexto teórico mais amplo para, em seguida, compreender o conteúdo da norma cogente e suas consequências práticas. Em razão de sua natureza peremptória, as normas cogentes suscitam importantes questionamentos quanto a sua base normativa, ou seja, de onde extraem sua força e como se relacionam com a soberania dos Estados¹⁵.

Tradicionalmente, três teorias procuram explicar a natureza das normas cogentes.

Teorias positivistas: normas internacionais apenas alcançam status peremptório por meio do mesmo processo de criação do direito internacional ordinário, ou seja, os estados consentem com as normas peremptórias ao codificá-las em tratados, aceitando-as como direito costumeiro, ou empregando em princípios domésticos de direito interno. A norma *jus cogens*, em verdade, seria um costume que alcançou tal status por meio da prática estatal e *opinio juris*. Shelton¹⁶ sugere que a CVDT tenha se aproximado de uma visão voluntarista, na medida em que seu art. 53 requer o estabelecimento e posterior acordo comum da comunidade internacional, ou seja, exclui a reivindicação por apenas um conjunto de Estados, mas, ao mesmo tempo, cria um rigoroso critério ao demandar a identificação no consentimento. Tal leitura, especialmente, a partir da tese de Shelton diminuiria, de forma significativa, a

¹⁴ SHELTON, Dinah. **Normative Hierarchy in International Law**. The American Journal of International Law, Vol. 100, No. 2 (Apr., 2006), p. 303.

¹⁵ CRIDDLE, Evan J.; FOX-DECENT, Evan. **A fiduciary theory of jus cogens**. Yale J. Int'l L., v. 34, p. 331-332, 2009.

¹⁶ SHELTON, Dinah. **Normative Hierarchy in International Law**. The American Journal of International Law, Vol. 100, No. 2 (Apr., 2006), p. 300.

possibilidade de falarmos em uma norma cogentes regional¹⁷. Portanto, a criação de tais normas permanece na órbita de poder dos Estados.

Teorias do direito natural: de acordo com tal abordagem, a força imperativa do jus cogens adviria da sua autoridade moral. A natureza cogente decorreria de padrões não escritos de comportamento como sua fonte primária e as fontes podem ser religiosas, filosóficas ou seculares¹⁸. Portanto, a única via para distinguir tais regras seria a sua substância, e não o seu consenso estatal.

Por fim, *teorias da ordem pública* sustentam que normas cogentes seriam normas essenciais à integridade do direito internacional como um sistema e servem para promover interesses da comunidade internacional como um todo e preservar os valores fundamentais do direito internacional contra a fragmentação¹⁹. O que diferenciaria essa teoria seria sua posição intermediária em relação às duas anteriores: a criação da regra cogente seria uma produção conjunta, a partir da atuação coerente e concorrente dos Estados, mas sua vinculação independeria de maiores manifestações de vontade individualizada por parte dos sujeitos de Direito Internacional.

Em maio de 2019, a CDI apresentou o terceiro relatório sobre normas peremptórias do Direito Internacional Geral (A/CN.4/L.936). O relatório, encabeçado pelo Relator Especial, Dire Tladi, encapsula as conclusões adotadas pela comissão e os comentários correspondentes. As conclusões repetem a definição da CVDI (conclusão 02) e solucionam dúvidas quanto à estrutura hierárquica das normas de Direito internacional, ao atestar que normas cogentes refletem e protegem valores fundamentais da comunidade

¹⁷ Agradeço o alerta feito por Buna Nowak sobre o ponto.

¹⁸ PARKER, Karen e NEYLON, Lyn Beth. **Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights**. Hastings International and Comparative Law Review, vol 12, n° 2, 1989, p 419.

¹⁹ CRIDDLE, Evan J.; FOX-DECENT, Evan. **A fiduciary theory of jus cogens**. Yale J. Int'l L., v. 34, p. 339-349, 2009.

internacional e são superiores as outras regras de direito internacional (conclusão 03).

3. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO E SÍNTESES DOS VOTOS PROFERIDOS NO JULGAMENTO DA EXTRADIÇÃO 1362

O Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido de extradição de Salvador Siciliano, requerido pelo governo da Argentina na Extradicação 1362, em 2016. Salvador fora acusado de sequestrar, torturar e assassinar militantes políticos de esquerda entre 1973 e 1975, época em que vigorava regime ditatorial no Estado requerente. O Estado argentino baseou seu pedido na imprescritibilidade dos crimes por ele cometidos, por serem considerados de lesa-humanidade pelo direito constitucional da Argentina.

No país vizinho, Salvador Siciliano era investigado pelos crimes de associação ilícita, sequestros cometidos com violência, ameaças e homicídios, crimes que são correspondentes, no Direito brasileiro, aos crimes previstos nos artigos 288, parágrafo único (associação criminosa armada), 148 (sequestro e cárcere privado) e 121 (homicídio), todos do Código Penal.

O relator originário, Edson Fachin, votou pelo deferimento da extradição, tendo em vista a imprescritibilidade dos crimes de que se tratava o caso e por serem considerados como crimes de lesa-humanidade pelo governo e pelas leis da Argentina, país de origem do investigado. Fachin argumentou que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade era uma norma cogente que vinculava o Brasil a não impedir a persecução dos Estados que caracterizam alguns crimes como imprescritíveis e, por tal razão, afastava o art. III, c²⁰ do tratado de extradição entre Brasil e Argentina e o art. 77 VI do Estatuto do

²⁰ Não será concedida a extradição: c) quando a ação ou a pena já estiver prescrita, segundo as leis do Estado requerente ou requerido;”.

Estrangeiro²¹, muito embora tenha reconhecido a prescrição dos crimes do extraditando no território brasileiro, caso a lei brasileira fosse aplicável. Em síntese, o ministro argumentou que o Estado brasileiro não poderia submeter o pedido da Argentina a uma regra brasileira (prescritibilidade), especialmente quando o Estado requerente segue uma norma *jus cogens*. Ademais disso, Fachin atestou o cumprimento de outros requisitos legais para o deferimento da extradição, tais como a dupla tipicidade, a ausência de crime político e a gravidade da pena.

O ministro Zavascki, abrindo divergência e sagrando-se vencedor, argumentou que os crimes cometidos já teriam sido prescritos de acordo com o Código Penal brasileiro, o que acarretaria no não enquadramento da dupla punibilidade exigida pelo, à época vigente, Estatuto do Estrangeiro. A divergência considerou de menos importância a qualificação argentina dos crimes imputados como de lesa-humanidade, especialmente porque o Brasil não ratificou a Convenção da ONU sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e apenas a lei interna brasileira poderia dispor sobre o regime de prescritibilidade da pretensão estatal punitiva. Ponderou ademais que, ainda que existisse uma norma internacional cogente estabelecendo a imprescritibilidade, ela não seria aplicável no Brasil por não estar reproduzida no direito interno.

Nesse contexto, seguiram a divergência os ministros Luiz Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Marco Aurélio. Assim, por maioria de votos²², o Plenário do STF indeferiu o pedido de extradição, determinando a imediata expedição de alvará de soltura em nome de Salvador Siciliano.

²¹ Art. 77. Não se concederá a extradição quando: VI - estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;

²² Vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Rosa Weber.

3.1. Resumo dos Principais Votos dos Ministros do STF sobre a temática das normas imperativas

Voto vencido do Ministro Edson Fachin

O ministro, relator originário, considera, ao enquadrar a situação trazida perante o tribunal, que o caso seria excepcional, capaz, portanto, de afastar, por distinção, a regra do STF fixada na Extradução 974 (2009), que postulava o não deferimento de extradições em razão do fato da prescrição de acordo com a lei brasileira, resguardadas as hipóteses de crimes permanentes. Ao caracterizar o crime imputado ao extraditando como de lesa-humanidade, as regras do tratado bilateral Brasil-Argentina cederiam lugar ao regime da imprescritibilidade. Como a comunidade internacional já se manifestara, o regime prescricional não poderia ser analisado apenas pelo viés da lei brasileira.

A lei brasileira não poderia, sob pena de violar o art. 27 da CVDT, obstar o Estado argentino de processar supostos crimes contra a humanidade. Acrescentou o ministro que o fato de o Brasil não ter ratificado a Convenção sobre a Imprescritibilidade da ONU não seria suficiente para assentar a incompatibilidade da imprescritibilidade dos crimes internacionais com o Direito brasileiro, pois o tema estaria situado no âmbito do direito internacional, o que o tornaria imune às caracterizações do legislador nacional.

Para que seja, no entanto, aplicável ao Brasil, tal regra da imprescritibilidade teria de ser pensada como cogente. Ao citar precedentes da Corte IDH, o ministro sugere que o tribunal internacional reconheceria a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade e que os Estados são responsáveis por investigar e punir os responsáveis por tais atos ilícitos. Para o

ministro, tal obrigação decorreria de normas costumeiras de direito internacional. Afirma que o STF já reconheceu o costume como fonte do direito internacional, mas não fixou os critérios para seu reconhecimento. Pondera que o costume é originado por prática geral aceita como direito, e que devemos compreender uma rede de precedentes de vários órgãos atribuíveis a diferentes Estado como base da prática geral.

Como exemplo da prática geral, cita um caso mexicano e um caso da Suprema Corte do Chile, ambos Estados que não fazem parte da Convenção da ONU sobre imprescritibilidade. Ao tratar da aceitação da prática como direito (*opinio juris*), cita que o art. 7º do Estatuto de Roma (2002) buscou inspiração na Segunda Convenção de Haia sobre as Leis e os Costumes da Guerra Terrestre de 1899, com passagens pelas Cartas de Nuremberg e de Tóquio e em resoluções da ONU (Resolução 3(I) de 1946, a Resolução 95(I) de 1946 e a Resolução 177 (II) de 1947) e, principalmente, na Convenção sobre a Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e de Crimes contra a Humanidade (1968), tudo para sugerir que os crimes contra a humanidade não estavam, em todas as ocasiões, relacionados a situações de conflito internacional armado. Cita como fundamentos adicionais, a Minuta de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional do Estado (A/56/10), o Relatório sobre a Fragmentação do Direito Internacional da Comissão de Direito Internacional, o caso Alemanha v. Itália, da Corte Internacional de Justiça (CIJ) para aferir a cogência da proibição dos crimes contra a humanidade e precedentes da Corte IDH.

O ministro, então, arremata que “do caráter cogente dessa norma que exsurge a afastabilidade das justificativas usualmente apresentadas pelos Estados para deixar de investigar os crimes contra a humanidade”. Para afirmar o ponto, citou Comentário Geral do Comitê de Direitos Humanos da ONU, a

decisão do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (caso *Furundžija*), o caso *Simón* na Corte Suprema Argentina, Chile (Casos Miguel Ángel Sandoval e Lecaros Carrasco), Peru (Caso Santiago Martín Rivas) e Colômbia (Sentença C-578/02). No Uruguai, a Suprema Corte de Justiça, e o caso *Nibia Sabalsagaray Curutchet*. Em todos esses julgados, extrai-se uma norma imperativa de Direito internacional que, de um lado, define crimes contra a humanidade e, de outro, reconhece não lhes ser aplicável as limitações legais opostas para impedir perseguição penal. Portanto, sugere Fachin o afastamento o Artigo III, "c", do Tratado de Extradução entre o Brasil e a Argentina, por força do disposto no art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Em confirmação de voto, Fachin afirma que não está analisando a legislação brasileira, pois nela não haveria dúvidas sobre a prescritibilidade do crime, o requisito da dupla punibilidade foi analisado pela perspectiva internacional²³.

Voto vencedor do Min. Teori Zavascki

O ministro indeferiu a extradicação sugerindo a prescrição dos crimes cometidos, de acordo com a legislação criminal brasileira e com decisões do STF sobre casos argentinos semelhantes (Extradicações 974 e 1299). O ministro

²³ Seguem excertos dos debates: O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – O requisito anterior, Ministro Teori, é que, pela legislação da Argentina, e, portanto, pela ordem jurídica do Estado requerente, os delitos são reputados imprescritíveis. O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Certo. O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - E, portanto, aquilo que está, segundo a ordem jurídica do Estado requerido, que é o Brasil, prescrito, considerando que, pelo Estado requerente, não há prescrição, e essa ausência de prescrição no Estado requerente é consentânea com a imprescritibilidade de Direito Internacional, que tentei demonstrar que não só é norma costumeira, mas é jus cogens, essas duas ... (...) Qual é a percepção que trago? Não estou a afirmar, em momento algum, que esse tipo de delito, praticado na década de 70, não estaria prescrito no Brasil. Isso não está em questão.

relembrou o voto de Celso de Mello na ADPF 153 para afirmar que tais crimes, não obstante caracterizados como de lesa humanidade, são prescritíveis para o direito brasileiro, pois nosso país não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade da ONU, nem aderiu a ela e apenas lei interna poderia dispor sobre o regime da prescritibilidade da pretensão estatal de punir. Ademais, tratados não podem versar sobre temas relativos a direito penal no Brasil (HC 96.007). Em conclusão, Zavascki sugere que, em razão desses precedentes, ainda que houvesse uma norma de direito internacional de caráter cogente sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, tal norma não seria aplicável enquanto não fosse reproduzida no direito interno.

Voto Concorrente do Ministro Luiz Fux

Fux inicia o voto fazendo alusão aos precedentes citados por Zavascki e corroborando sua leitura deles e, especialmente, suas conclusões. Porém, afirma que pretende fazer uma busca pela incidência de normas de *jus cogens* em matéria penal. Sobre o ponto, relembra trecho de voto de Celso de Mello na ADPF 153, para corroborar a regra da irretroatividade da regra da imprescritibilidade e o postulado da legalidade, o qual exige lei formal para alterações sobre o regime prescricional brasileiro.

O Ministro sugere cautela para os sistemas de *civil law* no reconhecimento de fontes de direito internacional não escritas, especialmente quando conflitarem com a configuração sistêmica do direito penal constitucional. Ademais, ao citar o art. 53 da CVDT, Fux sugere que se distinga a cogência da criminalização (existente) e a cogência da imprescritibilidade (não cristalizada) no direito internacional.

Para o ministro, as leis internas e tratados internacionais caracterizando crimes como contrários à humanidade poderiam ser indícios de sua cogência, contudo, sugere que não há o mesmo reconhecimento da imperatividade da regra sobre a imprescritibilidade desses crimes na sociedade internacional.

Por fim, o ministro sustenta a supremacia das normas da Constituição sobre todas as demais normas juridicamente relevantes, isso quer dizer que as normas constitucionais não podem ser afastadas por tratados ou decisões de cortes internacionais sobre direitos humanos. Além de os tratados serem dotados de status supralegal (RE 349.703), portanto, situados abaixo da Constituição, as decisões fundadas nesses tratados devem passar por uma filtragem constitucional pelo STF para que tenham sua validade verificada no Brasil. A imprescritibilidade, embora voltada a proteger as vítimas, amplia os poderes persecutórios do Estado em matéria penal, não sendo norma de direitos humanos em sua forma pura e pode suprimir garantias em nome de uma resposta penal forte e exemplar.

Voto Concorrente do Ministro Gilmar Mendes

Para Gilmar Mendes, o direito interno argentino e a caracterização do crime como imprescritível não vinculam o Brasil. Ademais, em função da Convenção sobre Terrorismo de 1971, os temas sobre extradição dependem, exclusivamente, do Estado sob cuja jurisdição se encontrem o extraditando. Ou seja, é o próprio direito internacional quem permite aos Estados lidar, de forma discricionária, sobre o tema da prescrição.

A garantia da prescritibilidade é um direito fundamental de quem esteja no território brasileiro, seja nacional ou estrangeiro e o compromisso com os

direitos do extraditando também é reconhecido pela Corte IDH (Wong Ho Wing vs. Peru) e pela Corte Europeia de Direitos Humanos (Trabelsi v. Bélgica).

Porém, o ministro reconhece que ao avaliar o enquadramento dos fatos à luz do direito argentino teria o potencial de colocar o STF em rota de colisão com a jurisprudência da Corte IDH, em função de maciça jurisprudência sobre crimes contra a humanidade. O Ministro cita o caso *Almonacid Arellano v Chile*, para salientar que o nexo da prescritibilidade com a ocorrência de uma guerra não seria mais necessário. Lembrou, igualmente, da condenação do Brasil no caso *Gomes Lund* (2010) e de seu comprometimento para com o cumprimento das sentenças da corte de São José. Todavia, na visão do ministro, os precedentes, embora relevantes, não são idênticos, em causa de pedir e pedido, ao caso da extradição em julgamento pelo STF, mas apenas semelhantes. Os precedentes, nessas hipóteses, têm força persuasiva e não vinculam o caso da extradição.

Para afastar o caso *Gomes Lund* (2010), afirma que naquele caso, a Corte IDH lidou com desaparecimentos forçados, e, para esses casos, o STF tem jurisprudência em extradição, afastando a prescrição sem localização da vítima. Tal afastamento de precedentes da Corte IDH não significaria, para Mendes, que as cortes não possam manter um diálogo. Citou o caso do Estado alemão nos julgados *Solange I* e *II*, envolvendo o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. Portanto, considera o ministro, não há decisão tomada pela Corte IDH que vincule o STF e não há decisão específica sobre o caso.

Por fim, para Mendes, crimes contra a humanidade não eram normas *jus cogens* na época dos fatos para o Brasil, pois Nuremberg não seria um paradigma interessante para debater o ponto, o que explicaria a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI) de forma permanente.

4. A NATUREZA DAS NORMAS COGENTES NO DIREITO BRASILEIRO: ESBOÇO DOGMÁTICO E JURISPRUDENCIAL

O debate sobre a natureza das normas cogentes não é estranho ao público acadêmico brasileiro, contudo, a literatura não dispensou muitas páginas para explicar como se estabelecem as relações entre normas cogentes e o direito brasileiro, ao contrário, por exemplo, do que ocorre com as questões que emergem da relação entre tratados e o direito interno, tema fartamente e explorado por internacionalistas e constitucionalistas.

Foi publicada, no curso dos debates constituintes, coletânea coordenada por Jacob Dolinger²⁴ que visava discutir propostas e sugestões de pesquisadores sobre o Direito Internacional para a vindoura Constituição. Nenhum dos artigos tratou das normas cogentes, seu futuro e possível regime constitucional, enquanto, por outro lado, o direito dos tratados foi contemplado em dois artigos, seguido de tópicos relativos à nacionalidade, estatuto do estrangeiro, direito sucessório e imunidade estatal.

Algumas obras específicas, já na vigência da atual constituição, abordaram o tema da relação entre direito constitucional e internacional, mas, igualmente, sem aprofundar ou mencionar como normas cogentes deveriam ser recepcionadas pelo ordenamento jurídico nacional. Mello²⁵, muito embora tenha feito menções esparsas ao *jus cogens* ao longo de seu texto, não se debruçou sobre sua relação com as normas constitucionais.

Não preocupado apenas com o aspecto da positividade normativa constitucional, Magalhães²⁶ analisou a jurisprudência do STF produzida sob a

²⁴ DOLINGER, Jacob (org.). **A nova Constituição e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

²⁵ MELLO, Celso A. **Direito constitucional internacional: uma introdução**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

²⁶ MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

Constituição de 1988 até a data de publicação de sua obra, mas nenhuma menção à norma cogente, ou mesmo ao costume, foi feita. Couto²⁷, Yamamoto²⁸ não trataram da relação entre direito interno e internacional com base em normas cogentes, muito embora focassem aquele objeto como tema central de seus livros. Friederich²⁹, muito embora tenha reservado espaço ao Brasil em seu estudo sobre *jus cogens*, a menção a nosso país serviu apenas para expor sua concordância e apoio ao termo tal como desenvolvido pela CVDT, não obstante a demora política em ratificá-la³⁰.

Da mesma sorte seguem os manuais e cursos sobre direito internacional no Brasil. Sem a intenção de esgotá-los para o assunto em tela, Rezek³¹ aborda o tema das normas cogentes dentro do direito dos tratados, mas não se refere a sua relação com o direito brasileiro e, é válido ressaltar, sem informar sua natureza ou teoria explicativa. O teórico apenas afirma de forma vaga que “a doutrina diverge, por último, quanto à natureza e ao conteúdo do *jus cogens*”. O paraense Adherbal Mattos³² dispensa poucas linhas ao tema, limitando-se a reproduzir o texto da CVDT (1969). Moreira³³ atribui às normas cogentes uma posição hierárquica, no mínimo, constitucional e postula pela obrigatoriedade de sua aplicação efetiva por parte do STF, mas não discorre sobre formas de incorporação.

²⁷ COUTO, Estêvão Ferreira. **A relação entre o interno e o internacional: concepções cambiantes de soberania, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

²⁸ YAMAMOTO, Toru. **Direito Internacional e Direito Interno**. Porto Alegre: SAFE, 2000.

²⁹ FRIEDRICH, T. S. **As Normas Imperativas do Direito Internacional Público - Jus Cogens**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2004, p. 65-67.

³⁰ A CVDT foi incorporada ao direito brasileiro em 2009 (Decreto Executivo 7030/09), portanto alguns anos antes da publicação do livro citado neste parágrafo.

³¹ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 115-117.

³² MATTOS, Adherbal Meira. **Direito internacional público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 128.

³³ MOREIRA, Thiago Oliveira. **O Direito Internacional e as Normas de Jus Cogens: Uma Questão Filosófica**. Revista FIDES, v. 3, p. 36.

Há uma exceção entre os textos consultados. Accioly *et al*³⁴, em provável atualização feita por Paulo Casella, consideram que as normas de *jus cogens* inserem, no âmbito de fundamento do Direito Internacional, “preceitos derivados do direito natural”, mas que o Estado brasileiro não teria manifestado sua aceitação ou não, ao conceito de normas imperativas, antes de sua adesão à CVDT (1969) e afirmam expressamente que a aceitação e existência daquelas normas “independe (m) de recepção ou ratificação no ordenamento interno” e, por fim, que iriam além de normas costumeiras, “para atingir patamar mais estável dos princípios gerais do direito internacional no contexto pós-moderno”.

Portanto, os autores acima nos respondem a importantes questionamentos sobre essas normas: estão fundadas em um direito natural pós-moderno, submetem o Estado independentemente de sua vontade (e, portanto, de ratificação formal) e se caracterizam como princípios do direito internacional. Em termos analíticos, a conceituação acima precisa se justificar como uma explicação da prática jurisprudencial brasileira para que seja cientificamente adequada, independentemente de nossa aderência, ou não, a ela. Contudo, como demonstraremos, essa não foi, de longe, a visão do STF sobre elas.

4.1. O *jus cogens* como fonte do direito internacional e sua relação com o direito brasileiro

Os quatro votos utilizados neste estudo, dos 11 proferidos, se justificam pela diversidade e inovação dos argumentos desenvolvidos, diferenciando-se daqueles propostos pelos ministros não citados, que se limitaram a reproduzi-los ou simplesmente não discutiram o tema sob as mesmas premissas. Dessa

³⁴ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO, Geraldo Eulálio do Nascimento; e CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 19^a edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 135-144.

feita, selecionamos um voto divergente (Fachin) e três votos vencedores (Zavascki, Fux e Mendes). Neste momento, buscaremos identificar de que modo os ministros caracterizam uma norma *jus cogens* no direito internacional.

4.1.1. O Brasil como um país dualista clássico

É bem verdade que o relator para o acórdão, Teori Zavascki, não dedicou muitas páginas de seu enxuto voto ao problema do *jus cogens* como norma de direito internacional e como ela se relacionaria com o direito brasileiro. Todavia, nos parece que o ministro caracteriza as normas *jus cogens* como uma fonte de direito internacional de natureza negocial, a qual poderá ser, ou não, aceita por um Estado, a depender de sua vontade e consentimento para com ela³⁵. Para Zavascki, portanto, uma norma de direito internacional cogente não prescinde de uma necessária reprodução interna para vincular um Estado. Contudo, não há mais informações ou indícios capazes de suportar nossa hipótese sobre a leitura do voto do ministro.

Outra forma de ler o voto de Zavascki, a que nos parece possível de ser feita, seria a de que ele estaria, em verdade, advogando que o Brasil, para fins de normas cogentes, se enquadraria em um dualismo extremo clássico, de modelagem inglesa, pois, ainda que se estivesse diante de norma obrigatória e inderrogável no âmbito do direito internacional, sua aplicação para os órgãos internos só ocorreria caso o direito brasileiro transformasse tais atos em lei interna. Ou seja, diferentemente da leitura acima, Zavascki não estaria negando a inderrogabilidade de uma regra cogente, mas apenas afirmando que ela não vincularia os órgãos brasileiros internos, como o Judiciário, sem que ela

³⁵ Nas palavras do ministro: 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.

passasse por algum processo formal de incorporação. Em suma, o Brasil ainda se responsabilizaria por zelar pela não violação de uma regra cogente no âmbito internacional, mas seus órgãos internos não estariam sob a mesma obrigação sem uma correspondente incorporação.

Como consequência desta possível segunda leitura de seu voto, contudo, o ministro parece demonstrar que nosso Estado se relacionaria de formas diversas a depender da fonte de Direito Internacional em análise. Na ADI 1480, por exemplo, os ministros decidiram que o Brasil seria um país dualista moderado, pois, muito embora o tratado opere, *per se*, como fonte do direito internacional, uma ordem de execução sempre será necessária após sua ratificação (o Decreto Executivo)³⁶. Por outro lado, no caso de fontes de direito internacional não formais e não escritas, como a particular norma imperativa em disputa na Ext. 1362, o Estado brasileiro apenas estaria obrigado, muito embora tão somente no plano interno, quando houver sua reprodução. Em síntese, para tratados, o Brasil seria dualista moderado, mas dualista clássico ou extremado com relação a costumes e normas cogentes.

Tal interpretação cria um problema para o direito constitucional internacional: como justificar que nosso ordenamento exige um critério mais rigoroso para a aplicação interna de uma norma cogente sobre direitos humanos, do que o exigido para um acordo internacional transacionando entre Estados sobre Direito Cambiário? Nosso argumento a seguir pode ser absurdo e, talvez, frágil tendo em vista que o Brasil faz parte de tratados que condenam a prática da tortura, mas o que o ministro está sugerindo é que o Brasil não estaria obrigado a proibir a tortura internamente enquanto não criasse uma lei

³⁶ MAGALHÃES, Breno Baía. **O sincretismo teórico na apropriação das teorias monista e dualista e sua questionável utilidade como critério para a classificação do modelo brasileiro de incorporação de normas internacionais.** Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 87.

específica condenando tal prática, caso não fizesse parte de nenhum acordo internacional vedando-a.

O ministro não explicou, ademais, o que era preciso para cumprir com o requisito da reprodução no direito interno: um decreto do executivo, uma lei em sentido formal ou uma Emenda Constitucional? Tendo em vista que nem todas as normas cogentes estão positivadas em tratados, o voto do ministro não esclareceu qual seria a tipologia normativa exigida para hipóteses de normas cogentes não escritas.

Se o ministro, por exemplo, sugerir a edição de uma lei em sentido formal, criará uma exigência mais gravosa que aquela demanda para acordos internacionais escritos, mas de natureza menos importante ou valorosa, como acordos de natureza comercial, por exemplo. Se exigir um decreto executivo como ordem de execução, isso pode abrir espaço para a necessidade de uma aprovação congressual prévia e, por fim, se exigir uma PEC, com base no art. 5º, § 3º, considerará que normas cogentes serão capazes de alterar formalmente a Constituição brasileira, ainda que não disponham materialmente sobre direitos humanos.

4.1.2. Uma fonte de natureza costumeira

Fachin e Fux, muito embora tenham divergindo no resultado do caso e na caracterização das regras internacionais em debate, convergiram na ideia de que normas imperativas de direito internacional possuem natureza costumeira, portanto, fontes obrigatórias, desde que cumpram com o duplo requisito exigido para os costumes internacionais: prática reiterada e reconhecimento de sua obrigatoriedade (*opinio juris*). Portanto, uma teoria positivista explicaria a natureza do *jus cogens* no Brasil.

Com base nessa perspectiva, o Brasil estaria vinculado à norma cogente, independentemente de qualquer procedimento formal de incorporação, mas sua aplicação dependeria da identificação dos elementos constitutivos dos costumes por parte do STF, o tribunal competente para o reconhecimento de um costume internacional que obriga o Estado brasileiro, ainda que um costume tão importante que assumiu feições de norma cogente. Como nos informa Alina Miron³⁷ essa parece ser a tendência de muitos Estados, tais como: Itália, África do Sul, Estados Unidos e Canadá.

O último ponto é importante e merece algumas palavras adicionais. Nas linhas de Pereira³⁸, estamos falando de um costume transvertido de norma imperativa. Ou seja, a diferença é de natureza da norma, não necessariamente sobre sua hierarquia normativa³⁹. O costume vincula o Estado da mesma forma que uma norma cogente, com a diferença que a última não pode ser negociada, sem que seja substituída por outra de igual natureza. Isso quer dizer que a caracterização dos crimes contra a humanidade e de sua imprescritibilidade, ou não, como normas cogentes precisa ser explicada e justificada, pois mesmo que os ministros assim não a considerassem, uma norma costumeira seria suficiente para obrigar o Estado brasileiro da mesma forma.

A diferença entre uma norma de *jus cogens* e outra costumeira está no fato de a primeira ser aceita e reconhecida como norma que não admite

³⁷ MIRON, Alina. **International Jus Cogens in National Law**. **Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law**. In: <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e321>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

³⁸ PEREIRA, L.C.R. *Costume internacional: gênese do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 122.

³⁹ Isso não significa que estejamos afastando ou negando às normas cogentes uma posição hierarquia superior aos costumes. Nosso argumento serve, neste momento, para afirmar que, independentemente, do critério hierárquico, costumes são obrigatórios e vinculam o Estado e não diferem das normas de *jus cogens* no critério vinculatividade. Agradecemos a sugestão de Bruna Nowak no ponto.

derrogação, e não no fato de sua obrigatoriedade⁴⁰. Ambas são obrigatórias e atestar a natureza costumeira seria suficiente ao STF para sustentar a vinculação do Brasil. É importante afirmar que, para que haja obrigatoriedade de uma norma costumeira, uma universalidade completa não é necessária⁴¹. A caracterização da norma imperativa de direito internacional como uma norma costumeira acompanha, ademais, as conclusões da CDI sobre normas peremptórias no Direito Internacional (A/CN.4/L.936, p. 143, *Conclusion* 05).

Permanecem severas dúvidas sobre os critérios que, por exemplo, a CIJ lança mão para identificar costumes internacionais em sua prática jurisprudencial. A CIJ emprega, indistintamente e de forma casuística, uma metodologia indutiva e dedutiva⁴². Tais dúvidas metodológicas demonstram, por exemplo, que aquela corte pode desempenhar um papel mais relevante que os próprios elementos que compõem o costume, pois dependerá apenas dela o juízo sobre sua existência e quais seriam seus contornos materiais. Dito em outras palavras, por ter de decidir conflitos que possam surgir a partir de uma norma costumeira contestada, a própria decisão da CIJ servirá como o fiel da balança, siga ela, ou não, uma metodologia rigorosa para sua caracterização. Tal

⁴⁰ NASSER, Salem Hikmat. **Jus cogens: ainda esse desconhecido**. Revista Direito GV, v. 1, no 2, pp. 161-178, jun./dez. 2005, p. 167.

⁴¹ PARKER, Karen e NEYLON, Lyn Beth. **Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights**. *Hastings International and Comparative Law Review*, vol 12, nº 2, 1989, p. 417.

⁴² Para o propósito de determinar a existência de regras de direito internacional costumeiro pela CIJ, o método indutivo pode ser definido como a inferência de uma regra geral a partir de um padrão de ocorrências ou exemplos individuais empiricamente observáveis da prática do Estado e de sua opinião juris. A indução é um processo que vai do específico ao geral. O método dedutivo, por outro lado, pode ser definido como inferência, por meio de raciocínio jurídico, de uma regra específica a partir de uma regra ou princípio existente e geralmente aceito. A dedução é um processo que vai do geral ao específico. TALMON, S., **Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion**. *European Journal of International Law* Vol. 26, 2015, p. 417.

processo vacilante de identificação de normas costumeiras, portanto, não seria diferente quando é feito no âmbito de cortes nacionais⁴³.

4.2. O Voto de Fachin: uma norma costumeira de grau de incidência variável

Após assentar a natureza costumeira da norma cogente que determina a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e a consequente obrigação dos Estados em investigá-los e puni-los, o ministro afirma que a prática reiterada e a *opinio juris* podem ser aferidas ou identificadas a partir de precedentes de vários órgãos internacionais e cortes internas. Como consequência, as normas cogentes serviriam para afastar limitações legais internas. No caso, todas aquelas que impediriam a persecução penal de crimes contra a humanidade, daí porque não seria aplicada a norma convencionada no tratado de extradição entre Brasil e Argentina, bem como as regras do atualmente revogado Estatuto do Estrangeiro que preveem a prescritibilidade de crimes como causa impeditiva da extradição.

Porém, é válido ressaltar: a norma imperativa que estabelece a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade e que obriga os Estados a investigá-los não cria uma obrigação internacional geral dessa mesma natureza ao Estado brasileiro, mas lhe obriga apenas a não obstaculizar a persecução criminal daqueles crimes nos Estados que assim o caracterizarem em seu direito interno⁴⁴. Em inúmeras oportunidades, Fachin salientou que, caso cometido no Brasil, o crime estaria prescrito, mas o Estado brasileiro, em razão de sua

⁴³ RYNGAERT, Cedric MJ; SICCAM, Duco W Hora. **Ascertaining Customary International Law: An Inquiry Into the Methods Used by Domestic Courts**. *Netherlands International Law Review*, Vol 65, 2018, p. 02.

⁴⁴ Além dos visíveis problemas de coerência, o argumento ainda contraria, no mínimo, no concernente aos crimes de tortura, a regra da jurisdição universal. Agradecemos a Bruna Nowak pela sugestão. Cf. Arts. 5.2 e 5.3 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e 6º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

posição interna e particular sobre o tema, não poderia impedir Estados que caracterizam certas condutas como crimes contra a humanidade de proceder à perseguição criminal de investigados de cometerem tais delitos internacionais⁴⁵.

As críticas de Zavascki, que se assemelham as de Nowak⁴⁶ no ponto, ao voto de Fachin são muito pertinentes quanto aos efeitos de uma norma imperativa de direito internacional no direito interno, pois, pensemos: seria coerente sugerir que uma regra de direito internacional cogente pudesse obrigar a Argentina, mas não o Brasil da mesma forma?⁴⁷ Se o conteúdo

⁴⁵ Com a palavra, o ministro Edson Fachin: Qual é a percepção que trago? Não estou a afirmar, em momento algum, que esse tipo de delito, praticado na década de 70, não estaria prescrito no Brasil. Isso não está em questão. O que estou aqui sugerindo, na reflexão da internalização dos tratados internacionais como normas supralegais, e a compreensão de que, nessa superlegalidade, há uma imprescritibilidade, e, tendo em vista que, no Estado requerente da extradição, há uma definição da imprescritibilidade, o limite que se coloca eventualmente dentro do Brasil pela legislação penal comum entendi como inoponível ao pedido extradicional. (...). Portanto, o que estou a dizer, e tentei explicitar claramente, que nós estamos a decidir essa matéria exclusivamente num pedido específico de extradição de um país que expressamente reconheceu a imprescritibilidade, reconhecimento esse que é consentâneo com a júri internacional. E, de lá, retirei norma, portanto, jus cogens, para dizer que a regra da dupla punibilidade, e, portanto, a eventual regra de prescrição em território brasileiro, não poderia levar submeter a Argentina a uma regra brasileira, em função precisamente da regra de Direito Internacional.

⁴⁶ NOWAK, Bruna. **O (quase) diálogo do STF com o Direito Internacional: o debate sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade no julgamento da Extradição 1.362**. In: MENEZES, Wagner.. (Org.). Tribunais internacionais e a relação entre o direito internacional e o direito interno. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 108-120.

⁴⁷ O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu tenho dúvida sobre isto: ou há norma de direito internacional, que é cogente e, portanto, ela revoga a norma nacional, ou, pelo menos, paralisa a eficácia e, portanto, não há limitação na Lei nacional; ou há limitação na Lei nacional e, no meu entender, nós teríamos que observar essa limitação. Essa é a minha dúvida. Quer dizer, Vossa Excelência está dizendo que, do ponto de vista do Direito interno, mesmo que haja uma norma cogente internacional, ela não paralisa nem revoga o Direito interno pela prescritibilidade. O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) – O requisito anterior, Ministro Teori, é que, pela legislação da Argentina, e, portanto, pela ordem jurídica do Estado requerente, os delitos são reputados imprescritíveis. O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Certo. O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - E, portanto, aquilo que está, segundo a ordem jurídica do Estado requerido, que é o Brasil, prescrito, considerando que, pelo Estado requerente, não há prescrição, e essa ausência de prescrição no Estado requerente é consentânea com a imprescritibilidade de Direito Internacional, que tentei demonstrar que não só é norma costumeira, mas é jus cogens, essas duas ... O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mas por que ela é jus cogens e não é jus cogens para o Direito interno. O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Mas o que há no

material ou substantivo da norma indica a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade, como poderia Fachin sugerir que o Brasil não estaria vinculado a essa regra por conta da decisão do STF na ADPF 153? A argumentação de Fachin parece falha, mas sua interpretação é mais complexa do que parece transparecer em uma leitura inicial e há, tal como o voto de Zavascki, pelo menos duas maneiras de compreendê-la.

O ministro Fachin reconhece uma norma cogente de natureza costumeira que, em seu conteúdo material ou substantivo, demanda que crimes contra a humanidade sejam investigados e seus responsáveis punidos, não sendo possível incidir sobre tais crimes o regime da prescrição. A partir dessa premissa, podemos sugerir duas leituras possíveis de seu voto.

1ª) a norma cogente que determina a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade possui uma natureza ampla e geral, não acomodando exceções oriundas de consensos políticos/jurídicos da comunidade local, portanto, todos e quaisquer crimes contra a humanidade, não importando onde tenham sido cometidos e quem os tenha cometido, deverão ser julgados a qualquer tempo;

Ou 2ª) em sua matéria ou substância, a regra internacional imperativa não exigiria uma obrigação direta no sentido de impor que todo e qualquer crime contra a humanidade seja imprescritível, sendo possível acolher

Direito interno, nós, obviamente - eu não estava na Corte -, mas esta Corte, de algum modo, apreciou, sob certa medida, a legislação e emitiu um dado pronunciamento, que diz respeito a um período importante da vida nacional. E isso não está aqui em questão (...) O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - O que, para mim, gera uma profunda dúvida é dizer que nós temos uma norma de Direito internacional de caráter cogente, mas que ela não é cogente para o Brasil, para o Direito interno. Se nós temos uma norma de caráter internacional cogente, ela é cogente para as pessoas de todas as nações, ou, pelo menos, para o Brasil, será cogente. O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Não, mas o problema a que eu estou a me referir é o Estatuto do Estrangeiro. Eu estou aplicando o afastamento da prescrição ao Estatuto do Estrangeiro e a um estrangeiro. Não posso aplicar o Estatuto do Estrangeiro à Lei brasileira.

consensos políticos/jurídicos internos que atinjam seus nacionais (na figura de leis de anistia pactuadas, por exemplo), contudo nenhum Estado, mesmo aqueles que tenham alcançado aquele consenso, poderá opor limites ao exercício dessa competência a outro que pretenda cumprir com a matéria decorrente daquela fonte do direito internacional, especialmente, se não for um nacional beneficiário daquele consenso interno, mas sim um estrangeiro ou migrante.

Muito embora o 1ª argumento seja mais coerente com a doutrina das normas de *jus cogens*, nos parece que o voto de Fachin atrai mais fortemente, não apenas a 2ª hipótese explicativa, mas com ela, igualmente, problemas estruturais para sua tese de norma cogente enquanto norma costumeira.

Em sendo uma regra costumeira, Fachin precisava demonstrar prática reiterada e *opinio juris*, o que fez colacionando diverso, rico e plural conjunto de fontes do direito internacional. No entanto, em seu voto, considera que a jurisprudência de cortes internas seria um importante indício para a identificação de uma *opinio juris* sobre uma determinada questão⁴⁸. Como o ministro não nega o valor e importância do precedente formulado pela corte na ADPF 153⁴⁹, pois imagina estar fazendo na Ext 1362 uma distinção, seria possível utilizar o julgado sobre a recepção de nossa lei de anistia como um exemplo de não sedimentação do costume internacional, passo necessário para

⁴⁸ Cf. a 21ª página do voto de Fachin.

⁴⁹ Isso porque a própria Corte, naquele julgamento, reconheceu o distinguishing relativamente ao entendimento fixado na extradição e o que viria a posteriormente ser o que prevaleceu na ADPF 153. Ademais, não se deve imaginar que os efeitos da lei nacional possam ter uma aplicação extraterritorial. (...). Seria, portanto, nitidamente atentatório ao princípio da igualdade entre os Estados e da não intervenção que os efeitos da anistia concedida no Brasil pudessem atingir as ofensas aos bens jurídicos que a lei brasileira não pode dispor, ante os estritos limites da extraterritorialidade prevista no art. 7º do Código Penal. Não está em questão, nesta Extradição, o conceito sobre anistia esposado pelo e. Ministro Marco Aurélio, nem está em pauta o que já foi decidido em outro feito, de controle concentrado. Aqui, o alcance é outro. Para reforçar o argumento, conferir a página 11 do voto da Min. Rosa Weber que reconheceu que, ao votar com Fachin, não se comprometia com a revisão da Lei de Anistia.

sua posterior transfiguração em norma cogente. O Brasil, por meio de sua lei de anistia e por meio de decisão da Suprema Corte, estaria a oferecer um relevante indício à sociedade internacional de que crimes contra a humanidade podem ser alcançados pela prescrição.

Em sendo uma norma costumeira, o Estado brasileiro poderia ser enquadrado como um objetor persistente, por exemplo⁵⁰. O Estado brasileiro não estaria negando a solidificação do costume para os outros Estados, mas, tendo em vista que sempre manifestou posição contrária a seu conteúdo, por ele não estaria alcançado. Entretanto, essa hipótese interpretativa da leitura do voto de Fachin encontraria dificuldade em justificar a natureza de norma cogente “como norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo”, tal como disposto na CVDT, além de encontrar protestos de teóricos que argumentam pela incompatibilidade da tese do objetor persistente às normas cogentes⁵¹. Se as normas imperativas de direito internacional foram criadas, inicialmente, como uma via de limitação ao poder de firmar tratados, hoje a ideia está direcionada, exatamente, para a limitação da vontade de objetores persistentes sobre a emergência de uma regra de direito internacional costumeiro, ainda que essa extrapolação fora do direito dos tratados apresente um impacto tímido na prática⁵².

⁵⁰ De acordo com a tese do Objeto Persistente, caso um Estado, expressamente, se posicionar contrário à existência de uma norma costumeira ainda em fase de formação e mantiver sua objeção a ela quando ela se cristalizar, esse Estado não estará obrigado pelo Costume. BRANT, L. N. C. ; BIAZATTI, B. O. **A Formação do Costume Internacional na Atualidade**. Themis: Revista da Esmec, v. 15, p. 125-169, 2017, p. 150-151.

⁵¹ FRIEDRICH, T. S. **As Normas Imperativas do Direito Internacional Público - Jus Cogens**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2004, p. 73 e PARKER, Karen e NEYLON, Lyn Beth. **Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights**. Hastings International and Comparative Law Review, vol 12, nº 2, 1989, p. 418.

⁵² SHELTON, Dinah. **Normative Hierarchy in International Law**. The American Journal of International Law, Vol. 100, No. 2 (Apr., 2006), p 304-305.

O que Fachin parece estar sugerindo, sem que nos ocupemos de posições mais profundas sobre a natureza dessas normas, é que os Estados podem negociar sua posição quanto ao conteúdo ou substância de normas cogentes. Os consensos políticos/jurídicos internos serviriam como uma justificativa para um *opt-out* de uma regra cogente, ou para que o Estado justifique, no mínimo, sua aplicação em escalas diferentes. Se a segunda leitura parece a que mais se aproxima do que fora defendido por Fachin, ela expressa a ideia de que seria mantida a abrangência *erga omnes* da norma da imprescritibilidade (aspecto procedimental), mas ela acomodaria uma maleabilidade no conteúdo (aspecto substancial). Em suma: a norma continuaria cogente para o Estado brasileiro, *pero no mucho*.

4.3 Luiz Fux: normas cogentes são costumeiras, mas podem não estar solidificadas na comunidade internacional

Como Fachin, Fux parece caracterizar normas cogentes como um costume internacional. Segundo o exposto na seção C, o ministro não nega que a tipificação de crimes contra a humanidade sejam normas cogentes, seu problema é com a imprescritibilidade da lei penal internacional nesses casos⁵³. E, para dirimir qualquer dúvida sobre a viabilidade da extradição, o ministro sugere que normas constitucionais de países de *civil law* se sobrepõem a qualquer fonte internacional não escrita. Para corroborar sua hipótese de não cristalização do costume, o ministro sugere não haver *opinio juris* sobre a

⁵³ Nas palavras de Fux: é crucial que se faça a distinção, de um lado, a cogência da criminalização, que se verifica; e, de outro lado, a cogência da imprescritibilidade, que não se encontra definitivamente cristalizada no Direito Internacional.

imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade no âmbito da sociedade internacional⁵⁴.

Como indícios da ausência de obrigatoriedade da regra internacional, o ministro Fux apontou: 1) a pequena quantidade de assinaturas à Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade da ONU (53 assinaturas); 2) haveria uma compreensão de precaução em relação ao princípio da não-retroatividade da lei penal, a qual demonstraria falta de consciência costumeira da imprescritibilidade); 3) países democratas europeus se mostraram mais refratários à ideia da imprescritibilidade nos debates sobre a Convenção da ONU citada em 1; 4) inexistência de *opinio juris*, pois o art. 29 do Estatuto de Roma não previu a retroatividade da imprescritibilidade presente, por exemplo, na Convenção da ONU de 1968. É válido ressaltar que os 04 indícios coletados por Fux foram extraídos de três artigos acadêmicos: Van Den Wyngaert⁵⁵, R. Ratner & J.S. Abrams⁵⁶ e Velloso⁵⁷.

Fux está sendo coerente com sua escolha. Se a norma cogente é uma fonte de natureza costumeira, é preciso sugerir que haja uma prática reiterada e uma opinião sobre sua força obrigatória, e para tanto, é necessário ao intérprete coletar indícios da prática reiterada e dos elementos subjetivos do costume. No

⁵⁴ Ainda Fux: Noutro prisma, malogram as teses da cogência da imprescritibilidade, quando se constata que a própria elaboração das normas Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional revela a inexistência de *opinio juris* a justificar a inclusão da imprescritibilidade no plano do jus cogens internacional.

⁵⁵ VAN DEN WYNGAERT, Christine; DUGARD, John. **Non-applicability of Limitations in the Rome Statute of the International criminal Court, A Commentary**. Oxford, 2002, pp. 873- 888.

⁵⁶ RATNER & J.S. ABRAMS. **Accountability for Human Rights Atrocities**. In: International Law, Beyond the Nuremberg Legacy. Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 26.

⁵⁷ VELLOSO, Ana Flávia Penna. **A imprescritibilidade dos crimes internacionais**. In: III Anuário Brasileiro de Direito Internacional, Vol. 1, 2008, p. 14. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27118.pdf>. Acesso em: 29/09/2016.

entanto, talvez o ministro tenha pecado na escolha dos alicerces que sustentam seu argumento, posicionando-o alguns pontos atrás de Fachin nesse quesito.

Ao escolher escorar-se apenas em textos acadêmicos, principalmente, do final da década de 90 e início de 2000, o ministro acabou fazendo uma seleção, impossível dizer se deliberada ou não, desatualizada e pouco representativa dos principais debates mais recentes sobre a *opinio juris* da comunidade internacional acerca da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade⁵⁸. Fachin, por outro lado, lançou mão de inúmeros casos julgados por cortes nacionais, órgãos internacionais de monitoramento de tratados de direitos humanos editados após o período de publicação dos textos referenciados por Fux e que lhe contradizem no ponto⁵⁹.

Portanto, o problema identificado no argumento de Fux não é o fato de ter tratado norma cogente como um costume, mas sim os critérios criados para identificar seus elementos constitutivos. Não é o caso de considerar que a adesão dos Estados a um tratado não seja um importante elemento no cálculo de uma possível *opinio juris*, mas sim fazê-lo por meio de textos acadêmicos publicados há quase 20 anos. Se Fachin escolheu ir diretamente às fontes mais recentes de manifestação estatal, Fux preferiu selecionar textos que convergiam com sua interpretação sobre o tema, uma vez que é possível encontrar textos acadêmicos mais atuais que contrariavam sua leitura e que foram solenemente omitidos.

⁵⁸ Whereas a rule providing for the non-applicability of statutory limitations in the previous period from 1964 to 1990 still had not been entirely crystallized, in the period from 1990 to 2006, such a rule certainly has now emerged. KOK, R. A. **Statutory limitations in international criminal law**. T.M.C. Asser Press: The Hague, 2007, p. 324.

⁵⁹ Ver tópico X e tabela 1.

4.4. Afinal de contas, como as normas de *jus cogens* se relacionam com o direito constitucional brasileiro?

Infelizmente, como é típico de nossa Suprema Corte, falou-se muito, mas se disse muito pouco sobre questões de extrema importância para nosso direito constitucional. Ou, para ser mais justo, falaram-se coisas importantes, mas o fez por meio de vozes dissonantes. Dessa forma, será muito mais difícil para o jurista responder aos problemas identificados na introdução e na Seção Y deste trabalho.

Se pudéssemos atribuir ao STF uma tese explicativa da natureza das normas cogentes do direito internacional, essa seria a de natureza *positivista*. Em nenhum momento, os ministros flertaram com argumentos de natureza jusnaturalista ou de ordem pública. Os ministros não focaram, por exemplo, no valor moral transcendente das regras em disputa ou realçaram a importância dessas regras para a manutenção da sociedade internacional. Ambos os ministros não deixaram clara a linha que diferencia uma norma costumeira de uma norma cogente, ou seja, o que uma norma costumeira precisa cumprir para que seja caracterizada como cogente. Isso não quer dizer, contudo, que tenha ficado muito evidente qual seria a base da natureza consensual das normas cogentes, pois Fux e Fachin atribuíram a elas uma base costumeira, enquanto o voto vencedor e, portanto, condutor das demais manifestações da corte, lhes ofereceu uma base dispositiva.

Ryngaert e Siccamà⁶⁰ identificam cinco categorias metodológicas utilizadas pelas cortes internas para identificar costumes internacionais. As categorias foram criadas a partir de pesquisa empírica em 240 decisões judiciais

⁶⁰ RYNGAERT, Cedric MJ; SICCAMÀ, Duco W. Hora. **Ascertaining Customary International Law: An Inquiry Into the Methods Used by Domestic Courts**. Netherlands International Law Review, Vol 65, 2018, p. 04.

no âmbito de 20 Estados: a) recurso a tratados multilaterais; b) instrumentos dotados de autoridade, mas não vinculantes; c) a doutrina; d) prática judicial internacional e, excepcionalmente, e) a condução de uma análise extensa da prática estatal e da correspondente *opinio juris*.

Fux e Fachin parecem se enquadrar, perfeitamente, no primeiro dos critérios acima. Fux considera a não ratificação da Convenção da ONU como um critério de identificação negativo, a supor, imaginamos, que aquele tratado cristalizaria uma norma costumeira. O baixo número de ratificações ao tratado serviu como um *proxie* para que Fux dispensasse uma maior busca na prática estatal e na *opinio juris* dos Estados, sugerindo que outras vias de as analisar não fossem possíveis ou necessárias. A preocupação principal com a citação de tratados como forma preferencial de identificação de costumes também pode ser explicada pelo fato de que cortes nacionais, quando citam direito internacional, buscam tratados como a fonte básica para extrair informações mais seguras⁶¹.

Fachin recorreu a inúmeros instrumentos dotados de autoridade, mas não vinculantes, como manifestações da CDI e Resoluções da Assembleia Geral, por exemplo. Tais hipóteses são interessantes, pois podem servir como instâncias de criação ou solidificação dessas regras costumeiras, pois as decisões da corte nacional servirão, posteriormente, para o computo da prática estatal por parte de outros órgãos, internacionais ou não ⁶². Isso quer dizer que

⁶¹ SANDHOLTZ, Wayne, **How Domestic Courts Use International Law**, Vol, 38, nº 02 Fordham International Law Journal, p. 595-636, 2015, 635.

⁶² RYNGAERT, Cedric MJ; SICCAMA, Duco W Hora. **Ascertaining Customary International Law: An Inquiry Into the Methods Used by Domestic Courts**. Netherlands International Law Review, Vol 65, 2018, p. 14.

nossa Suprema Corte pode contribuir para o endurecimento das regras de *soft law*⁶³.

Ambos os ministros lançaram mão de fontes doutrinárias para identificar uma norma costumeira. Fux, como visto acima, pesou na mão da terceirização na identificação de normas costumeiras, dando a entender que os autores citados teriam a expertise e a certeza necessárias para a identificação de normas costumeiras. Contudo, na linha de nossa argumentação, a terceirização, por parte de ambos os ministros, pode ocultar debates acadêmicos quando apenas alguns trabalhos são citados em detrimento de outros com posições opostas aos colacionados.

Fachin utilizou inúmeras decisões judiciais internacionais como base para a identificação de um costume, o que pode ser explicado pela natural expertise desses órgãos na condução do direito internacional⁶⁴. No entanto, como exposto na análise do voto de Fachin, se criticamos a terceirização à doutrina feita por Fux, aqui podemos sugerir o mesmo para tribunais internacionais, ao supor que o trabalho de identificação dos elementos do costume fora realizado a contento pelo órgão internacional citado. É válido ressaltar que para a CDI as decisões de cortes internacionais, inclusive aquelas exaradas pela CIJ, são consideradas meios subsidiários para determinar o caráter peremptório de normas do direito internacional geral (A/CN.4/L.936, *conclusion* 09, p. 143).

⁶³ A regra de *soft law* é uma categoria residual de direito internacional, pois definida em oposição a categorias mais claras e não em seus próprios termos. Assim, o *soft law* é mais comumente definido por incluir obrigações políticas e não juridicamente vinculativas. O foco dessa definição está no fato de se assemelhar a uma obrigação jurídica de alguma maneira, mas, no entanto, ainda ficar aquém do necessário para vincular formalmente os Estados. Cf GUZMAN, Andrew T.; MEYER, Timothy L. **International soft law**. *Journal of Legal Analysis*, v. 2, n. 1, p. 171-225, 2010.

⁶⁴ RYNGAERT, Cedric MJ; SICCAM, Duco W. **Ascertaining Customary International Law: An Inquiry Into the Methods Used by Domestic Courts**. *Netherlands International Law Review*, Vol 65, 2018, p. 17.

Nenhum deles desenvolveu, no entanto, uma metodologia clara e consistente para a identificação do costume ou realizaram uma extensa e segura análise sobre a prática estatal e de sua *opinio juris*. Ou seja, o recurso aos tratados, documentos não vinculantes, doutrinas e cortes internacionais não são uma evidência forte ou básica sobre a identificação dos dois elementos básicos constitutivos do costume. Leis internas e manifestações oriundas de autoridades políticas dos Estados sobre como eles vêm desenvolvendo tal medida na prática interna ou internacional não fizeram parte das investigações dos ministros em seus votos⁶⁵. Muito embora, é válido ressaltar, Estados ofereçam poucos indícios para servir de guia na identificação segura de tais normas⁶⁶.

De mais a mais, os ministros não demonstraram o que faz uma norma costumeira, obrigatória por si mesma, vestir a roupagem de *jus cogens*. Nas palavras de Nasser (2005, p. 163), os ministros não demonstraram qual seria e onde estaria o “*plus* de importância” dessa norma costumeira. Na esteira da conclusão 06.2 da CDI em seu relatório sobre normas imperativas, para identificar uma norma peremptória é necessário trazer evidências de que ela é aceita e reconhecida como uma regra cuja derrogação está proibida e que só outra da mesma qualidade poderá fazê-lo.

A caracterização da base normativa da norma cogente pode nos ajudar a pensar as consequências práticas de sua incorporação. Para Zavascki, por ser uma norma dispositiva, ela depende de sua transformação formal para regular

⁶⁵ A partir da conclusão 08 do relatório sobre normas peremptórias da CDI, tais formas de evidência incluem, mas não estão limitadas a: declarações públicas feitas em nome dos Estados; publicações oficiais; opiniões jurídicas do governo; correspondência diplomática; atos legislativos e administrativos; decisões dos tribunais nacionais; disposições de tratados; e resoluções adotadas por uma organização internacional ou em conferência intergovernamental (tradução livre).

⁶⁶ SAUL, Matthew. **Identifying Jus Cogens Norms: The Interaction of Scholars and International Judges**. Asian Journal of International Law, p. 26–54, 201, p. 26.

aplicabilidade no direito brasileiro. Fux e Fachin não se ocuparam do tema, por essa razão, vamos inferir que normas costumeiras, sejam de natureza cogente ou não, vinculam o Estado brasileiro sem a necessidade quaisquer manifestações dos poderes políticos no sentido de sua incorporação ao direito brasileiro.

A partir deste momento, reconhecemos que nosso argumento será mais especulativo, em função da pequena quantidade de indícios capazes de nos trazer segurança quanto a sua conclusão, no entanto, nos parece que a discussão sobre regras cogentes na Extradicação 1362 se reveste de caráter retórico.

Bastava aos ministros identificar a regra como costumeira para que obrigasse o Estado brasileiro, portanto, sua roupagem cogente seria dispensável. No entanto, Fachin parece recorrer ao conceito para contornar um problema de não vinculação evidente à regra por meio de tratados e para criar um precedente “cavalo de troia”.

Ao sugerir que o Brasil estava submetido a uma norma costumeira de natureza cogente, o fato de o Estado não ter subscrito à Convenção da ONU sobre imprescritibilidade de crimes contra a humanidade deixaria de ser um grande problema, pois a cogência, supostamente, demonstraria que sua renitência em cumprir a regra internacional não poderia se justificar pela não manifestação de vontade em fazer parte de um acordo internacional⁶⁷. Ainda que tenha decidido não o ratificar, o Brasil estaria submetido a uma norma inderrogável, portanto, imune ao capricho negocial do Estado. Dessa forma, a

⁶⁷ Uma hipótese também aventada por Nowak. NOWAK, Bruna. **O (quase) diálogo do STF com o Direito Internacional: o debate sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade no julgamento da Extradicação 1.362**. In: MENEZES, Wagner.. (Org.). Tribunais internacionais e a relação entre o direito internacional e o direito interno. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 108-120.

cogência da norma internacional serviria ao cumprimento de outras consequências jurídicas e políticas não expressa no voto de Fachin, como a sublimação da necessidade de expressa vinculação a um tratado, deslegitimar atos legislativos contrários a ela (regras do Estatuto do Estrangeiro, no caso) e, o mais importante, lançar a pecha de invalidade às leis de anistia brasileiras.

Não obstante tenha se ocupado em tentar demonstrar que seu voto não significava a revogação da ADPF 153, caso fosse vencedor, o precedente de Fachin criaria um cavalo de troia para a corte quando do julgamento dos Embargos de Declaração aquela decisão ou quando do julgamento da ADPF 320 (que aguarda julgamento há 05 anos)⁶⁸. A Ext 1362 serviria de base para que ministros da corte, cuja composição diferirá parcialmente daquela que julgou o caso de 2010, contrários à anistia pudessem reabrir a discussão sobre sua legitimidade agora à luz de decisão do próprio Supremo que teria identificado que o Brasil estaria sujeito a uma obrigação internacional inegociável de investigação criminal pelo cometimento de crimes imprescritíveis.

5. VAMOS FALAR SOBRE O ELEFANTE NA SALA DE ESTAR? A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE ANISTIA E CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Com a exceção parcial de Fachin – explicaremos melhor o ponto mais adiante -, os ministros que compuseram a maioria da corte no caso não se aprofundaram em um tema crucial para seu deslinde: a caudalosa jurisprudência da Corte IDH sobre a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade, a

⁶⁸ A ação demanda, basicamente, que o Estado brasileiro cumpra a decisão da Corte IDH no caso Gomes Lund (2010), que determinou a ineficácia da lei de anistia e condenou o Estado a investigar criminalmente as possíveis graves violações de direitos humanos.

invalidade internacional de leis de anistia e a obrigação de investigação desses crimes por parte dos Estados que ratificaram a CADH.

Deisy Ventura⁶⁹, por exemplo, intitula a relação do STF com o direito internacional de positivismo *à la carte*, porquanto nossa Corte Suprema apenas suscita a produção normativa internacional que considera que esteja de acordo com as normas constitucionais, ou seja, no final das contas, o tribunal estaria a aplicar as normas constitucionais ou o direito internacional lido a partir de sua própria lente. O positivismo seletivo do tribunal, por exemplo, foi determinante para a decisão de indeferir o pleito extradicional.

Ou seja, caso a corte não aceitasse a tese da cogência da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, e que, portanto, como o Brasil não faz parte do tratado da ONU, não poderia atender ao requisito da dupla tipicidade; ainda permaneceria o argumento da submissão do Estado brasileiro à interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) feita pela Corte IDH⁷⁰.

Ventura, ao analisar a decisão do STF na ADPF 153, identificou que nos votos dos ministros que discutiram o tema da possível imprescritibilidade dos crimes da ditadura e a existência da definição de crimes contra a humanidade no direito brasileiro (especialmente o de Celso de Mello) focaram nas normas internacionais que estavam fora do *menu* brasileiro e ignoraram a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (que trouxe a noção de crime internacional contra a

⁶⁹ VENTURA, Deisy. A **interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional**. Revista Anistia Política e Justiça de Transição, nº 04, jul. / dez., Brasília, p. 196-227, 2010, p. 204-209.

⁷⁰ MOREIRA, Thiago Oliveira. **O Necessário Diálogo Interjurisdicional entre a Jurisdição Brasileira e a Interamericana**. In: MENEZES, Wagner (Org.). Tribunais Internacionais e a Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 488-489.

humanidade para o direito brasileiro positivo)⁷¹ e as Convenções de Genebra (impossibilidade de tortura e execuções extrajudiciais em caso de conflitos armados)⁷². Na Extradução 1362, por sua vez, o STF tinha em suas mãos uma enorme seleção de pratos à sua disposição na seção “jurisprudência internacional da Corte IDH”.

Celso de Mello e Fux sustentaram que apenas lei interna em sentido formal poderia lidar ou dispor sobre os regimes de prescrição penal, porquanto o constitucionalismo democrático de 1988 teria adotado o postulado da legalidade em sentido formal para assuntos materiais concernentes ao direito criminal (reserva de parlamento). Para reforçar seus argumentos, afirmam que a legalidade em matéria penal estaria prevista, igualmente, no art. 9º, da CADH e 15º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Por fim, ressaltaram que os postulados do Estatuto do Tribunal Penal Internacional que preveem a imprescritibilidade dos crimes contra humanidade apenas ganharão força vinculante caso veiculados por lei em sentido formal.

Dois Cavalos de Tróia enfraquecem a construção argumentativa dos ministros, pois os órgãos incumbidos de interpretar os tratados citados e que vinculam o Brasil estão longe de concordar com as conclusões acerca da interpretação dos dispositivos citados.

Em primeiro lugar, o Comitê de Direitos Humanos (CDH) nos Comentários Gerais de nº 20 e 31 diverge da interpretação do PIDCP feita pelos ministros. No último parágrafo do CG nº 20⁷³, o CDH expressa preocupação com as anistias

⁷¹ Promulgada pelo Decreto n. 30.822/52.

⁷² Para a autora, a aplicação das convenções estaria justificada pelo Estado de luta armada instaurada e de supressão ao que denominou de guerra subversiva pelo AI nº 14.

⁷³ Comitê de Direitos Humanos, General Comment No. 20, 30/09/92, § 15. The Committee has noted that some States have granted amnesty in respect of acts of torture. Amnesties are generally incompatible with the duty of States to investigate such acts; to guarantee freedom from such acts within their jurisdiction; and to ensure that they do not occur in the future. States

atribuídas aos que cometeram torturas e acrescenta que as anistias são incompatíveis com os deveres dos Estados de investigar tais atos e que, portanto, os Estados não poderiam privar aos indivíduos o direito a um efetivo recurso jurídico para sanar a violação. Anos mais tarde, nos CG nº 31⁷⁴, o CDH afirmou que os crimes de tortura, tratamentos degradantes, execuções extrajudiciais e desaparecimentos forçados são considerados como crimes contra a humanidade (quando cometidos como parte de ataques generalizados e sistemáticos em uma população) e, como tais, os Estados não poderão conceder medidas para excluir a responsabilização dos agentes que cometeram tais violações. A obrigação dos Estados determina o afastamento de quaisquer impedimentos à responsabilização jurídica, incluindo prazos de prescrição curtos. E, ainda que se argumente que nos comentários o comitê tenha condenado as prescrições de prazo curto, a jurisprudência quase judicial contra o Panamá do órgão foi mais enfática ao exigir a abolição das leis de prescrição nos casos de graves violações de direitos humanos⁷⁵. O relator especial para execuções sumárias recomendou que o Brasil, com base em suas obrigações sob o PIDCP, abolisse os regimes legais de prescrições aplicáveis aos crimes intencionais contra a vida.⁷⁶

may not deprive individuals of the right to an effective remedy, including compensation and such full rehabilitation as may be possible.

⁷⁴ CDH, GC nº 31, 26/04/04, § 18 (Furthermore, no official status justifies persons who may be accused of responsibility for such violations being held immune from legal responsibility. Other impediments to the establishment of legal responsibility should also be removed, such as the deference of obedience to superior orders or unreasonably short periods of statutory limitation in cases where such limitations are applicable).

⁷⁵ HESSBRUEGGE, Jan Arno. **Justice delayed, not denied: statutory limitations and human rights crimes**. Georgetown Journal of International Law, Vol. 43, nº 02, p. 335-386, 2012, 361.

⁷⁶ Special **Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Mission to Brazil**, §§ 65, 96, Human Rights Council, U.N. Doc. A/HRC/II/2/Add.2 (Mar. 23, 2009). 96. The period of prescription (statutory period of limitation) for intentional crimes against life should be abolished.

Não bastassem as manifestações do Comitê de Direitos Humanos e do Conselho de Direitos Humanos sobre o art. 9 do PIDCP, De Baets⁷⁷ extrai do próprio artigo 15, § 2º⁷⁸ do PIDCP o germe da previsão da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade em 1966, e reproduzida pelo estatuto do TPI.

Por último, os ministros citam a CADH como documento internacional que, supostamente, daria lastro para sua conclusão de que a legalidade criminal prevista na convenção afastaria a estipulação da imprescritibilidade de crimes contra humanidade que não estivessem veiculados por lei em sentido formal, porém a Corte IDH postula que a CADH veda, cabalmente, a possibilidade de leis que obstem a investigação e responsabilização de agentes que cometeram crimes contra a humanidade⁷⁹.

Em *Almonacid Arellano* (2006), a Corte IDH aproveitou a oportunidade para agregar a sua fundamentação acerca da incompatibilidade das leis de anistia com a CADH os argumentos de irretroatividade das leis criminais ausentes em *Barrios Altos* (2001).

O assassinato como crime de lesa humanidade estaria, para a Corte IDH, previsto pelo direito internacional desde o começo do século XX e alcançando seu maior desenvolvimento em meados do século passado. As seguintes normativas internacionais foram citadas pela Corte IDH (Convenção de Haia sobre Leis e Costumes de Guerras Terrestres, Convenção IV; Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e as Resoluções 2583 de 1969 e 3074 de 1973, da Assembleia Geral da ONU). Concluiu que os crimes contra a

⁷⁷ DE BAETS, Antoon. **Historical Imprescriptibility**. Storia della Storiografia, Vol. 59-60, 2011, p. 129.

⁷⁸ Nenhuma disposição do presente Pacto impedirá o julgamento ou a condenação de qualquer indivíduo por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, eram considerados delituosos de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações.

⁷⁹ Caso *Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo, § 41; Caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*, § 110 e Caso de la Masacre de La Rochela, § 294.

humanidade independeriam da quantidade dos atos cometidos (o que poderia incluir um único assassinato), desde que fossem produzidos dentro de um contexto específico de ataques generalizados ou sistematizados contra setores da sociedade civil⁸⁰.

Dessa forma, as violações de direitos humanos cometidas no período em que o país estava sob o domínio de governo autoritário (contexto específico de ataque generalizado e especializado) constituiriam crimes contra a humanidade, o que justificaria sua imprescritibilidade.

A negação da imprescritibilidade dos crimes cometidos em situações excepcionais, que seriam, exatamente, aquelas que dão ensejo ao cometimento de crimes contra a humanidade (em nosso caso, ataques sistemáticos aos direitos humanos de argentinos subjugados durante sua ditadura), além de ser interpretação amiga da impunidade, relega a norma internacional à completa inoperatividade: a imprescritibilidade é a maneira de assegurar que os responsáveis por tais crimes sejam julgados em qualquer tempo, especialmente se, à época do cometimento do crime, as contingências políticas e sociais do país não eram propícias para a condução dos processos criminais⁸¹. Como alertara o Min. Ayres Britto em discussões na ADPF 153, como sugerir a prescrição de crimes que nem sequer poderiam ser alvo de inquéritos policiais em razão da lei de anistia?⁸²

⁸⁰ Almonacid Arellano, §§ 93-99. O mesmo conjunto de normas internacionais e justificativas foi incorporado ao parecer do PGR na ADPF 320.

⁸¹ Deisy Ventura defende argumento semelhante. Jan Hessbruegge afirma que o CDH adota a tese de que os crimes contra a humanidade cometidos em ditaduras militares são imprescritíveis, também, porque as vítimas não podem mover nenhum tipo de recurso efetivo para trazer os responsáveis à justiça.

⁸² Nilo Batista, crítico ferrenho da imprescritibilidade, sustenta a passividade e a posição preguiçosa do legislador que recorre à imprescritibilidade de crimes. BATISTA, Nilo. Nota Introdutória. In.: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert (Org.). **Justiça de transição no Brasil: Direito, responsabilização e verdade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16. No caso da anistia, uma vez mais, é temerário falar em passividade

Diferentemente do julgamento na ADPF 153, os ministros não apenas ignoraram a jurisprudência da Corte de São José, mas deram indícios de que o Brasil não estaria vinculado a ela. Portanto, além de recusarem olhar o vasto *menu* da cantina internacionalista, anteciparam que os sabores daqueles pratos não lhes apeteciam. Zavascki não se deu ao trabalho de citar decisões da Corte IDH, mas Fux e Mendes adotaram estratégias diferentes para afastar as construções jurisprudenciais interamericanas, respectivamente, absorção sob a condição de filtragem e *distinguishing* de precedentes internacionais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo concluiu que o STF, em sua maioria, caracteriza normas imperativas de direito internacional de natureza costumeira, o que significa que o positivismo seria a teoria capaz de explicá-las em nosso contexto nacional. Tendo em vista que normas de *jus cogens* são costumes, os ministros não lhes atribuíram um processo formal de incorporação para que sejam operacionalizadas no plano interno. Por serem regras que decorrem de costumes, os ministros se ocuparam em identificar os elementos que compõem essa fonte de direito internacional para aferir seu grau de obrigatoriedade. Contudo, nenhum ministro demonstrou como uma fonte costumeira internacional, por si só obrigatória, torna-se cogente, ou seja, sujeita ao regime da inderrogabilidade. Por fim, os ministros demonstraram reservas em acolher a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em

ou preguiça, pois as ações penais que foram propostas no Judiciário, que poderiam suspender a prescrição, simplesmente não prosseguiram por conta da lei de anistia. Apesar de tratar do tema com justificativas políticas difusas, não podemos deixar de levar em consideração o paradigma da existência da imprescritibilidade de crimes pela CF/88 e pelo estatuto de Roma, reconhecido pela CF/88 (art. 5º, § 4). O mesmo argumento, por exemplo, foi defendido pela Ministra Rosa Weber na Extradução em análise.

casos que contrariem sua própria posição interpretativa da Constituição de 1988.

O objetivo do trabalho não foi o de exaurir o tema das normas *jus cogens* em si, no entanto, em função da carência da bibliografia brasileira sobre o tema, pesquisas posteriores poderão focar nas implicações de normas imperativas em nosso constitucionalismo. E o foco desse estudo poderia servir de base para os apontamentos sobre a incorporação do *jus cogens* no ordenamento brasileiro e os impasses de se considerar que as normas imperativas são normas costumeiras.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO, Geraldo Eulálio do Nascimento; e CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 19^a edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

BATISTA, Nilo. **Nota Introdutória**. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert (Org.). *Justiça de transição no Brasil: Direito, responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 07-17.

BRANT, L. N. C. ; BIAZATTI, B. O. . **A Formação do Costume Internacional na Atualidade**. Themis: Revista da Esmec, v. 15, p. 125-169, 2017.

COUTO, Estêvão Ferreira. **A relação entre o interno e o internacional: concepções cambiantes de soberania, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

CRIDDLE, Evan J.; FOX-DECENT, Evan. **A fiduciary theory of jus cogens**. Yale J. Int'l L., v. 34, p. 331, 2009.

DE BAETS, Antoon. **Historical Imprescriptibility**. *Storia della Storiografia*, Vol. 59-60, 2011, p. 128-149.

DOLINGER, Jacob (org.). **A nova Constituição e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

FRIEDRICH, T. S. **As Normas Imperativas do Direito Internacional Público - Jus Cogens**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2004.

GUZMAN, Andrew T.; MEYER, Timothy L. **International soft law**. Journal of Legal Analysis, v. 2, n. 1, p. 171-225, 2010.

HESSBRUEGGE, Jan Arno. **Justice delayed, not denied: statutory limitations and human rights crimes**. Georgetown Journal of International Law, Vol. 43, nº 02, p. 335-386, 2012.

HIGGINS R. **Problems and Process: International Law and How We Use it**. Oxford: Oxford University Press, 1998.

KOK, R. A.. **Statutory limitations in international criminal law**. T.M.C. Asser Press: The Hague, 2007.

MAGALHÃES, Breno Baía. **O sincretismo teórico na apropriação das teorias monista e dualista e sua questionável utilidade como critério para a classificação do modelo brasileiro de incorporação de normas internacionais**. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 87.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MATTOS, Adherbal Meira. **Direito internacional público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MELLO, Celso A. **Direito constitucional internacional: uma introdução**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **O Necessário Diálogo Interjurisdicional entre a Jurisdição Brasileira e a Interamericana**. In.: MENEZES, Wagner (Org.). Tribunais

Internacionais e a Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 478 – 495.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **O Direito Internacional e as Normas de Jus Cogens: Uma Questão Filosófica**. Revista FIDES, v. 3, p. 24-42, 2012.

MIRON, Alina. **International Jus Cogens in National Law**. Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law. In: <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e321>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

NASSER, Salem Hikmat. **Jus cogens: ainda esse desconhecido**. Revista Direito GV, v. 1, no 2, pp. 161-178, jun./dez. 2005.

NOWAK, Bruna. **O (quase) diálogo do STF com o Direito Internacional: o debate sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade no julgamento da Extradicação 1.362**. In: MENEZES, Wagner.. (Org.). Tribunais internacionais e a relação entre o direito internacional e o direito interno. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 108-120.

PARKER, Karen e NEYLON, Lyn Beth. **Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights**. Hastings International and Comparative Law Review, vol 12, nº 2, 1989, p. 411-463.

PEREIRA, L.C.R. Costume internacional: gênese do Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RATNER & J.S. ABRAMS. **Accountability for Human Rights Atrocities**. In: International Law, Beyond the Nuremberg Legacy. Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 26.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado: **"O Direito Internacional, o Direito Comunitário e a nossa Constituição: Que Rumo?"**, in AAVV, Estudos em

Comemoração dos Cinco Anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 939-963.

RYNGAERT, Cedric MJ; SICCAM, Duco W Hora. **Ascertaining Customary International Law: An Inquiry Into the Methods Used by Domestic Courts.** Netherlands International Law Review, Vol 65, 2018, p. 01-25.

SANDHOLTZ, Wayne, **How Domestic Courts Use International Law**, Vol, 38, nº 02 Fordham International Law Journal, p. 595-636, 2015.

SAUL, Matthew. **Identifying Jus Cogens Norms: The Interaction of Scholars and International Judges.** Asian Journal of International Law, p. 26-54, 2014.

SHAW, Malcolm N. **International Law.** 6. ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SHELTON, Dinah. **Normative Hierarchy in International Law.** The American Journal of International Law, Vol. 100, No. 2 (Apr., 2006), p. 291-323.

TALMON, S., Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion. European Journal of International Law Vol. 26, 2015, p. 417.

VAN DEN WYNGAERT, Christine; DUGARD, John. **Non-applicability of Limitations in the Rome Statute of the International criminal Court, A Commentary.** Oxford, 2002, pp. 873- 888.

VELLOSO, Ana Flávia Penna. **A imprescritibilidade dos crimes internacionais.** In: III Anuário Brasileiro de Direito Internacional, Vol. 1, 2008, p. 14. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27118.pdf>. Acesso em: 29/09/2019.

VENTURA, Deisy. **A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional.** Revista Anistia Política e Justiça de Transição, nº 04, jul. / dez., Brasília, p. 196-227, 2010.

YAMAMOTO, Toru. **Direito Internacional e Direito Interno.** Porto Alegre: SAFE, 2000.