

# POSSIBILIDADE JURÍDICA DE INSTITUIÇÃO DE NORMAS PENAS INCRIMINADORAS PELA VIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

## LEGAL FEASIBILITY OF INCRIMINATING CRIMINAL PROVISIONS THROUGH INTERNATIONAL TREATIES

27

Valerio de Oliveira MAZZUOLI<sup>1</sup>  
Paulo QUEIROZ<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A posição do STF; 3. A posição da doutrina; 4. Nosso posicionamento; 5. Conclusão.

**Resumo:** Este estudo defende a possibilidade de criação de normas penais incriminadoras pela via dos tratados internacionais, contrariamente ao que tem reiteradamente decidido o Supremo Tribunal Federal. Entende-se que, por coerência ao *status* (no mínimo) supralegal que detêm os tratados de direitos humanos no Brasil, não há restrição jurídica em serem estabelecidas normas penais incriminadoras por meio de tratados internacionais.

**Abstract:** Diverging from the position of the Supreme Court of Brazil, this paper argues that is feasible to create incriminating criminal provisions through international treaties. The argument focuses on the logical consequence flowing from the acceptance that human rights treaties have at least supra-legal status in Brazil. Due to this prevalent theory, there is no legal restriction on the establishment of incriminating criminal provisions through international treaties.

**Palavras-chave:** Normas penais incriminadoras; tratados internacionais; aplicação ao direito interno

**Keywords:** Incriminating criminal provisions; international treaties; domestic implementation

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Advogado e Consultor Jurídico.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professor nos Cursos de Pós-Graduação do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Procurador Regional da República.

## 1. INTRODUÇÃO

A possibilidade de instituição de norma penal incriminadora por meio de tratados internacionais tem sido objeto de discussão doutrinária há algum tempo, não obstante inexistir no Brasil o necessário aprofundamento teórico sobre o tema. Um dos motivos para tanto é a aceitação, pela doutrina, especialmente a penalista, da jurisprudência já pacificada pelo Supremo Tribunal Federal.

A questão, porém, merece nova discussão, especialmente depois da mudança de orientação do STF no que tange à hierarquia dos tratados de direitos humanos no país, o que deveria levar (mais ainda não levou) o Pretório Excelso a rever o seu posicionamento anterior, por coerência ao que tem decidido em matéria de direitos humanos.

Este ensaio verificará a possibilidade jurídica da instituição de norma penal incriminadora pela via dos tratados internacionais, sugerindo mudança na jurisprudência do STF sobre o tema.

## 2. A POSIÇÃO DO STF

No julgamento do *RHC* 121.835/PE, sob a relatoria do Min. Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal, ratificando a sua jurisprudência, assentou que tratado internacional não pode estabelecer norma penal incriminadora, sob pena de violação ao princípio constitucional da reserva legal (CF, art. 5º, XXXIX), de modo que, internamente, só por meio de lei ordinária ou outro ato normativo de nível superior seria possível instituir-se normas penais. Discutiu-se, ali, se seria possível considerar configurado o crime de lavagem de dinheiro, que, como delito derivado, pressupõe a existência de um crime principal, no caso, o de organização criminosa, valendo-se, para tanto, da definição encontrada na Convenção de Palermo contra o Crime Organizado Transnacional (promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.015/2004).

Para o STF, não se pode dizer que “a ausência de lei formal definidora do delito de organização criminosa seria suprível pela invocação da Convenção de Palermo, o que bastaria para configurar, no plano da tipicidade penal – segundo sustentado pelo Ministério Público Federal –, a existência do delito de organização criminosa como infração penal antecedente, considerado o texto normativo da Lei nº 9.613/98 em sua primitiva redação”.<sup>3</sup> Complementou, ainda, que “em matéria penal, prevalece o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois – não é demasiado enfatizar – a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal”.<sup>4</sup>

Como se nota com total clareza, o STF entende que somente a *lei* pode ser fonte formal

3. STF, *RHC* 121.835/PE, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 13.10.2015.

4. Idem.

e direta de normas penais, não os tratados internacionais (ainda que de direitos humanos) em vigor no Estado.

### 3. A POSIÇÃO DA DOUTRINA

No âmbito da União europeia, Marinucci e Dolcini entendem que só o Parlamento Nacional (italiano), e não o europeu, pode criar normas incriminadoras, em virtude do princípio da legalidade.<sup>5</sup> Também Fiandaca e Musco consideram que a competência penal da União Europeia é indireta e só por meio de lei votada e aprovada pelo Poder Legislativo local seria possível criminalizar e penalizar novas condutas.<sup>6</sup>

Entre nós, Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini opinam que os tratados também não podem dispor sobre matéria penal, pois, conforme decidiu o STF (HC 96.007/SP, relator Min. Marco Aurélio): *a)* só se pode criar crime e pena por meio de uma lei formal (aprovada pelo Parlamento, segundo o procedimento legislativo constitucional; *b)* o decreto viola a garantia da *lex populi*, ou seja, lei aprovada pelo Parlamento (decreto não é lei); *c)* quando o Congresso aprova um tratado ele o referenda, porém tal ato não conota aprovação de lei; *d)* mesmo que o tratado tivesse validade para o efeito de criar crime no Brasil o crime organizado, mesmo assim, ele não contempla nenhum tipo de pena, e sem ameaça de pena não existe crime; *e)* o tratado foi feito para o crime transnacional, logo, só poderia ser aplicado para crimes internos por meio de analogia, contra o réu, o que é proibido.<sup>7</sup>

Assim, segundo a doutrina que se acaba de expor, com relação aos crimes de competência da justiça brasileira previstos em tratado internacional, praticados em território nacional, haveria necessidade de *lei* a definir o crime e cominar a pena, não sendo suficiente a previsão em convenção internacional.

Porém, quando o tratado descriminalizar ou despenalizar determinada conduta, incidirá independentemente de conversão em lei, inclusive porque, segundo o art. 5º, § 2º, da Constituição, os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Cabe lembrar que o princípio da legalidade constitui essencialmente uma garantia do cidadão oponível ao poder punitivo do Estado, razão pela qual a lei é, em princípio, essencial à criminalização e à penalização, não à descriminalização e à despenalização, que pode dar-se por outros meios (v.g., por portaria ou decisão judicial). Afinal, a função fundamental do sistema penal é prevenir reações públicas ou privadas arbitrárias.<sup>8</sup>

Além disso, quando o tratado for aprovado na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição, ou

5. MARINUCCI, Giorgio & DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale: parte generale*. Milano: Giuffrè, 2015, p. 48.

6. FIANDACA, Giovanni & MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*. Bologna: Zanichelli, 2015, p. 67.

7. GOMES, Luiz Flávio & BIANCHINI, Alice. *Curso de direito penal: parte geral*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 67-68.

8. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 10. ed. Bari: Laterza, 2011.

seja, por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, equiparar-se-á às emendas constitucionais, e, pois, incidirá automaticamente em todo o território nacional, não havendo necessidade de lei, exceto se existir omissão quanto a aspectos essenciais da conduta incriminada (assim, v.g., se a convenção não definir, com precisão, a infração penal ou não cominar as penas dos respectivos delitos).

#### 4. NOSSO POSICIONAMENTO

Parece-nos que a posição do STF no sentido da impossibilidade de o tratado internacional constituir fonte direta de direito penal contradiz o entendimento firmado por essa mesma Corte relativamente ao *status* dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, tal como exarado no julgamento do *RE 466.343-1/SP*, de 2008, quando entendeu que tais tratados têm nível (no mínimo) supralegal no país, isto é, estão acima da lei e abaixo da Constituição; já os tratados comuns, que versem sobre outros temas (v.g., comércio internacional) teriam *status* de lei ordinária.

Ainda que se considerasse que os tratados (comuns) têm nível de lei *ordinária*, ainda assim, por questão de coerência, deveria o STF reconhecer que poderiam instituir norma penal incriminadora, pois igualados às *leis*. Nem se diga, então, os instrumentos internacionais “supralegais” ou mesmo “constitucionais”, que têm mais legitimidade (para além de qualquer lei) para o estabelecimento daquilo que a sociedade internacional entendeu por bem uniformizar.

Independentemente, porém, da posição adotada quanto ao *status* dos tratados de direitos humanos no Brasil, se de norma constitucional ou supralegal, o certo é que, tendo o STF alocado tais instrumentos em nível *acima* de todas as leis nacionais, não há como raciocinar no sentido de que *apenas* a lei interna seria apta a criar norma penal incriminadora, pois a Constituição assim determinaria. Nada mais equivocado. Os tratados internacionais têm processo longo de negociação e celebração, ingressando na órbita interna por meio de procedimento complexo, muito mais difícil de se concretizar que o de elaboração das leis nacionais.

No julgamento *supra* o Ministro Gilmar Mendes, embora rejeitasse a tese de constitucionalidade ou supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, entendeu ineficaz a previsão do art. 5º, LXVII, *in fine*, da Constituição de 1988, que admitia a prisão civil do depositário infiel, com fundamento na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, ratificada em 1992, cujo artigo 7º (nº 7) veda a prisão civil por dívida, com exceção da prisão civil por inadimplemento de obrigação alimentar.

Ora, se os tratados estão acima da lei (ou lhe são equiparáveis, como entendia antes o Supremo) é porque podem figurar perfeitamente como norma penal incriminadora, à semelhança do que se passa com as convenções aprovadas na forma de emenda constitucional. Se a *lei* pode criar norma penal incriminadora, é óbvio que uma norma supralegal ou

equivalente à emenda constitucional poderá fazê-lo (ou autorizar que se o faça). Afinal, a doutrina penal sempre entendeu que os tratados não poderiam constituir norma incriminadora sob o argumento (equivocado) de que é um *decreto* do Poder Executivo que coloca o instrumento internacional em vigor no plano interno, após referendo do Congresso Nacional (CF, art. 49, I, e 84, IV e VIII). Assim, como não se estaria diante de *lei* em sentido formal, não poderiam tais tratados criar crimes e impor penas. Nada mais equivocado, uma vez que não é o *decreto* presidencial que coloca em vigor o tratado, senão o ato de *ratificação*, que é um ato internacional regulado pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Seja como for, esse era o argumento utilizado para dizer que os tratados (“aprovados” por decreto) não poderiam criar norma penal incriminadora. De mais a mais, essa visão tradicional que equiparava tratado internacional a decreto, está há muito superada, segundo decidiu, mais recentemente, o próprio STF.

A doutrina internacionalista atual considera, inclusive, que os tratados internacionais de direitos humanos (não os tratados comuns) têm sempre *status* constitucional (ou até supraconstitucional, para alguns autores), ainda que não aprovados na forma do art. 5º, § 2º, da Constituição. Veja-se, a propósito, o que já se escreveu a respeito:

Portanto, mesmo a posição de vanguarda do STF, expressa no voto-vista do Min. Gilmar Mendes acima referido, ainda é, a nosso ver, insuficiente. No nosso entender, os tratados internacionais *comuns* ratificados pelo Estado brasileiro é que se situam num nível hierárquico *intermediário*, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior (posto que não se encontrem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais). Quanto aos tratados de direitos humanos, como se observará no momento oportuno, entendemos que os mesmos ostentam *status* de norma constitucional, independentemente do seu eventual *quorum* qualificado de aprovação. A um resultado similar pode-se chegar aplicando o princípio – hoje cada vez mais difundido na jurisprudência interna de outros países, e consagrado em plenitude pelas instâncias internacionais – da supremacia do Direito Internacional e da prevalência de suas normas em relação à normatividade interna, seja anterior ou posterior.<sup>9</sup>

Nesse sentido, Flávia Piovesan orienta que a Constituição de 1988 abriu o catálogo aos direitos previstos em tratados internacionais, conferindo-lhes natureza de normas constitucionais:

A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais

9. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2015, pp. 415 e 915.

Seja como for, uma vez reconhecido, na pior das hipóteses, que um tratado de direitos humanos tem *status* de mera lei ordinária, resta superada a alegação de ofensa ao princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

A norma penal incriminadora pode, portanto, resultar diretamente de tratado internacional de direitos humanos ratificado e em vigor no país. A lei só será necessária se e quando houver necessidade de precisar-lhe os termos da criminalização e penalização.

É comum, aliás, que os tratados estabeleçam cláusulas genéricas e demandem regulamentação pelos países que os subscrevem, motivo pelo qual dificilmente serão autoaplicáveis, ao menos em relação à criminalização de condutas. Assim, v.g., a Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948 (art. V) dispõe expressamente que “as Partes Contratantes assumem o compromisso de tomar, de acordo com as respectivas Constituições, as medidas legislativas necessárias a assegurar a aplicação das disposições da presente Convenção e, sobretudo, a estabelecer sanções penais eficazes aplicáveis às pessoas culpadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no art. III”. A regulamentação da Convenção foi realizada pela Lei nº 2.889/56.

A questão fundamental não é, pois, saber se o tratado pode ou não dispor sobre matéria penal, o que nos parece perfeitamente possível, mas o modo como se deu a definição dos crimes e cominação das penas.

No momento atual por que passa a sociedade internacional, com atos de terrorismo sendo presenciados quase que todos os dias, é premente que a comunidade de Estados estabeleça, via tratados, normas penais incriminadoras aplicáveis no plano doméstico. De rigor, assim já fez o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998) quando estabeleceu a possibilidade de imposição da *pena* de prisão perpétua às pessoas condenadas por um dos crimes previstos no seu art. 5º (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão).

## 5. CONCLUSÃO

Como foi possível perceber ao longo deste ensaio, nenhum problema existe a que tratados internacionais criem normas penais incriminadoras. Apesar de incomum, nada há de estranho em uma norma internacional disciplinar matéria afeta a direito penal, especialmente se se tratar de norma internacional de direitos humanos, que tem, segundo o STF, *status* (no mínimo) supralegal no Brasil.

Tanto o preceito primário como o preceito secundário da norma penal incriminadora podem ser estabelecidos por tratados. Nem se diga que cada Estado tem o seu sistema criminal e

10. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.114.

que a imposição de pena depende da política legislativa de cada qual, notadamente se se leva em conta que atos como o *terrorismo* violam direitos de toda a sociedade internacional, merecendo reprimenda severa, para além de uniforme, do direito internacional público, nada impedindo, nesse sentido, que tratado internacional estabeleça eventual pena e o modo de seu cumprimento.

O direito penal, à luz do direito internacional público, não é direito *especial* e não tem qualquer *privilegio* exclusivo, ainda que a Constituição do Estado entenda diversamente, sabendo-se já que os textos constitucionais são simples *atos* perante o direito internacional público. Este não se preocupa com o que faz ou deixa de fazer a Constituição, senão com o que os Estados *consentiram* no plano internacional, dando a sua palavra de que irão cumprir o que foi acordado. Ora, se os Estados, no livre e pleno gozo de sua soberania, ratificam (aceitam expressamente) normas internacionais, é porque consentem em cumprir o que ali ficou estabelecido, tal como determina o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, segundo o qual uma parte “não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

Em suma, e por coerência ao nível *supralegal* dos tratados de direitos humanos no Brasil, deve o STF reconhecer que a tese da reserva legal há que dividir espaço com as normas implementadas por tratados internacionais, que valem – repita-se, segundo o próprio STF – *mais do que as leis* (podendo também ter “equivalência” de emenda constitucional, se aprovadas por maioria qualificada no Congresso Nacional e ratificadas pelo Executivo). Se as leis podem criar normas penais incriminadoras, tudo o que é *supralegal*, evidentemente, também pode. Não há argumentos contra essa observação; a coerência rechaça qualquer entendimento em contrário.

Portanto, o dever que tem o STF é, como se disse, de *coerência* com o que decidiu no *RE 466.343/SP*, quando alocou os tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada no Congresso Nacional no nível *supralegal*. Nesse sentido, haverá de reconhecer a possibilidade de tratados tipificarem crimes e estabelecerem penas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 10. ed. Bari: Laterza, 2011.
- FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*. Bologna: Zanichelli, 2015.
- GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Curso de direito penal: parte geral*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale: parte generale*. Milano: Giuffrè, 2015.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.