

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E VIOLAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE COMBATE À CORRUPÇÃO PELAS LEIS PENAS BRASILEIRAS

CONTROL OF CONVENTIONALITY AND VIOLATION OF INTERNATIONAL TRATIES AGAINST CORRUPTION BY BRAZILIAN CRIMINAL LAWS

Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro

Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de São Paulo. Pró-Reitor de Graduação e Professor Titular do Centro Universitário Eurípedes de Marília. Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília.

gustavomqv@hotmail.com

Emerson Ademir Borges de Oliveira

Pós-Doutorado pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Coordenador-Adjunto do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e Professor Titular da Universidade de Marília. Advogado e parecerista.

emerson@unimar.br

Eitel Santiago de Brito Pereira

Subprocurador Geral da República, Professor da Universidade Federal da Paraíba. Membro da Academia Paraibana de Letras (APL) e da Academia Paraibana de Letras Jurídicas. Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Doutorando em Direito na Universidade de Marília.

eitelpereira@hotmail.com

Resumo

O Brasil comprometeu-se a combater a corrupção e punir os corruptos, assinando tratados internacionais, nos quais se obrigou a definir delitos de malversação de recursos públicos, a criar regras processuais eficientes para investigar, processar

e punir os criminosos. Incorporou o nosso Estado, no seu ordenamento, os mandamentos de criminalização e os preceitos processuais recomendados na Convenção das Nações Unidas contra a corrupção e na Convenção de Palermo? Se o fez, vem a nova legislação sendo aplicada com a efetiva punição dos infratores? O trabalho tenta responder essas questões valendo-se de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, com a utilização dos métodos dedutivo, indutivo e hipotético-dedutivo. Conclui, no final, que a legislação penal e processual brasileira modernizou-se, mas a sua não aplicação, em muitas hipóteses, contraria os referidos pactos internacionais, dando ensejo ao controle de convencionalidade. **Palavras-chave:** Leis Penais Anticorrupção Não Aplicadas. Ofensa aos Tratados Internacionais. Controle de Convencionalidade.

Abstract

Brazil committed to fighting corruption and punishing the corrupt by signing international treaties, in which it was obliged to define crimes of misuse of public resources, and to create efficient procedural rules to investigate, prosecute and punish criminals. Has our State incorporated into its legal system the criminalization commandments and procedural precepts recommended in the United Nations Convention against corruption and the Palermo Convention? If so, is the new legislation being applied with the effective punishment of offenders? The work attempts to answer these questions using doctrinal and jurisprudential research, using deductive, inductive and hypothetical-deductive methods. In the end, it concludes that Brazilian criminal and procedural legislation has modernized, but its non-application, in many cases, contravenes the aforementioned international pacts, giving rise to control of conventionality.

Keywords: *Unapplied Anti-Corruption penal Laws. Offense to International Treaties. Conventionality Control.*

1 INTRODUÇÃO

Segundo dados da Transparência Internacional, divulgados em 2022, o Brasil ficou em 94º lugar, entre 180 países, no índice de percepção da corrupção, obtendo a nota 38, em uma escala de zero a cem (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2023).

Em outubro de 2023, o Grupo de Trabalho Antissuborno da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, após avaliar o cumprimento, por parte da República Federativa do Brasil, das disposições da Convenção Antissuborno da OCDE, diagnosticou que o país padece de um estado crônico de impunidade: os casos de corrupção transnacional permanecem sem decisão definitiva, malgrado quase uma década de tramitação processual; os respectivos processos são anulados pelos Tribunais Superiores (STF, STJ e TSE) ou fulminados pela prescrição, de modo que, segundo aquele órgão, nenhum acusado por delitos de corrupção transnacional está condenado criminalmente de forma definitiva (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2023).

O quadro caótico de combate à corrupção no País, constatado pela Transparência Internacional, revela-se paradoxal, na exata medida em que o Brasil aderiu a tratados internacionais de direitos humanos anticorrupção, com o propósito de estabelecer um compromisso com a comunidade internacional de punir, eficazmente, em sua ordem interna, agentes envolvidos em antirrepublicanos comportamentos de malversação de recursos do Erário.

A República Federativa do Brasil, por intermédio do Decreto n. 5.687, de 31/01/2006, promulgou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31/10/2003 e subscrita por nosso Estado em 09/12/2003. O mencionado pacto complementa a Convenção das Nações Unidas contra o crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n. 5.015, de 12/03/2004, conhecida como Convenção de Palermo, adotada em Nova York em 15/11/2000. Além disso, o Estado brasileiro também promulgou

a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, por meio do Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002.

Examina-se, no presente trabalho, se a República Federativa do Brasil, em seu ordenamento interno, incorporou os mandamentos de criminalização e os preceitos processuais sugeridos pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e pela Convenção de Palermo. Avalia-se, por outro lado, se a legislação criminal vem sendo aplicada com a efetiva punição dos infratores. Assim, tenta o trabalho responder a essas questões. Com tal propósito, recorre a pesquisas doutrinárias e utiliza os métodos dedutivo, indutivo e hipotético-dedutivo. No final, concluímos que a legislação penal e processual brasileira modernizou-se, mas ainda pode ser aperfeiçoada. Ademais, parece-nos que a não aplicação das leis criminais, em muitas hipóteses, contraria os referidos pactos internacionais, dando ensejo ao controle de convencionalidade.

2 MANDAMENTOS DE CRIMINALIZAÇÃO E OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAS POSITIVAS

Os mandamentos de criminalização, também chamados de mandados de penalização, podem ser definidos como ordens, determinadas pelo legislador constituinte, dirigidas, verticalmente, ao legislador ordinário, determinando que este defina certos comportamentos humanos considerados significativamente reprováveis como crimes, com a respectiva cominação de penas mais rigorosas em seus preceitos secundários.

Longe de serem simples recomendações ou sugestões de penalização de determinados comportamentos, os mandados são, na verdade, ordens potestativas e vinculantes, emitidas pelo Poder Constituinte, com fundamento no princípio da supremacia da Constituição. Ordens, convém frisar, endereçadas ao legislador ordinário, para que as condutas censuráveis sejam tipificadas como infrações penais.

Ordens obrigatórias, cuja inobservância caracteriza uma situação de anormalidade omissiva. Em outras palavras, “[...] os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral.” (PONTE, 2008, p. 152).

Ilustrativamente, ao prever que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, enuncia um mandamento expresse de criminalização, impondo ao legislador ordinário que tipifique comportamentos criminosos que configuram racismo, estabelecendo um regime punitivo diferenciado para tais infrações, impondo severas reprimendas aos infratores, impedindo que se lhes conceda liberdade provisória com fiança e ordenando que se evite a ocorrência da extinção da punibilidade das agentes por força da prescrição.

Dessa forma, os mandamentos de criminalização constituem “[...] uma das faces da proteção dos direitos fundamentais, criando um novo papel para as sanções penais e para a relação entre o Direito Penal e a Constituição.” (MORAES, 2014, p. 59).

Embora sejam usualmente identificados a partir do texto constitucional, os mandamentos de penalização também podem ser previstos tratados internacionais que recomendem aos países subscritores a tipificação de determinadas condutas atentatórias aos direitos humanos em sua legislação, a qual deve cominar penas suficientemente satisfatórias para tutelar a moralidade pública, evitando, por força do efeito dissuasório das leis, os comportamentos criminosos que afetam a probidade nas relações sociais.

A supremacia da Constituição reveste-se de eficácia normativa. Por causa disso, dirige e limita a liberdade de conformação da legislação ordinária. Da mesma forma, as convenções internacionais de direitos humanos também têm superioridade normativa em relação à legislação interna de cada país. Por isso,

os mandados de criminalização, previstos em documentos internacionais, longe de representar meras recomendações, possuem inquestionável coercibilidade, impondo a alteração da ordem jurídica nacional, para acolhê-los.

Por reconhecer a força dos mandamentos de criminalização expressos em tratados internacionais de direitos humanos, a doutrina (RAMOS, 2006, p.1) ensina que:

O Direito Internacional dos direitos humanos possui uma relação dual com o Direito Penal e Processual Penal. Ao mesmo tempo em que pugna pela proporcionalidade, legalidade estrita, anterioridade das penas, zelo às garantias dos acusados (devido processo legal, presunção de inocência etc.) e outros, é cada vez mais evidente a existência de uma faceta punitiva, que ordena aos Estados que tipifiquem e punam criminalmente os autores de violações de direitos humanos. (...). Assim, vários tratados internacionais de direitos humanos possuem dispositivos que exigem dos Estados a criminalização de determinadas condutas ofensivas aos direitos neles mencionados.

Em decorrência, conclui:

Além disso, não é de hoje que as instâncias judiciais e quase-judiciais de defesa de direitos humanos extraem, pela via hermenêutica, dos textos internacionais um dever de investigar e punir criminalmente aqueles que violaram os direitos humanos. Obviamente, este dever exige também que o Estado tipifique penalmente a conduta impugnada para que possa investigar e punir (decorrência lógica) (RAMOS, 2006, p.2).

De nada adiantaria que as Constituições e os Tratados Internacionais estabelecessem a necessidade de tipificação penal, em abstrato, de delitos que violam gravemente direitos fundamentais, se não determinassem, por outro lado, a implementação de garantias instrumentais e procedimentais para a investigação dessas infrações, o processo e a punição dos infratores. Tudo isso com a observância

dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, pois “o Direito Penal não encontra atuação sem o processo” (MONTAGNA, 2016, p. 316), sem o *due process of law*.

Estudiosos (FISCHER; PEREIRA, 2019, p. 108) esquadrinham a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em Washington, Estados Unidos, e da Corte Europeia de Direitos Humanos, sediada em Estrasburgo, na França. Nas pesquisas, identificam a existência de um instituto denominado obrigações processuais penais positivas, que poderiam ser conceituadas como “[...] um dever imposto aos Estados Partes de conduzir procedimento investigativo eficiente e processo penal apto a assegurar o acerto dos fatos ilícitos e a punição dos eventuais autores, sob pena de violação concreta dos dispositivos das convenções regionais de direitos humanos.”

Cuida-se, a propósito, de “nítida vertente processual da obrigação penal de proteção dos direitos humanos garantidos pela Convenção”, que determina aos Estados membros que conduzam procedimentos de investigação e de instrução processual eficientes, para assegurar a efetiva punição dos infratores responsáveis pela violação do direito humano fundamental de viver numa sociedade orientada pela valorização da honestidade nas relações sociais.

Explicam os doutrinadores (FISCHER; PEREIRA, 2008, p. 97) que as obrigações processuais positivas possuem uma dupla projeção, pois estabelecem a necessidade da conjugação de esforços das autoridades para esclarecer os crimes de corrupção e para punir os criminosos.

É necessário obtemperar que as obrigações processuais penais positivas não se confundem com a abusiva pretensão de condenar a qualquer preço, desrespeitando até os direitos ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa etc., os quais são reconhecidos em mercê das pessoas investigadas.

Percebemos, pois, que não basta definir, na legislação interna, os delitos que afrontem direitos humanos, obedecendo, destarte, aos mandados de criminalização, expressos nas normas constitucionais domésticas ou nas convenções internacionais. É necessário igualmente fixar normas procedimentais que assegurem

a apuração das condutas perniciosas, para fins de responsabilização e punição dos infratores. Em sede doutrinária, chama-se esse dever imposto aos Estados de obrigações processuais penais positivas. Isso porque são:

[...] obrigações estatais de penalizar condutas lesivas aos direitos humanos, tanto para prevenir a sua ocorrência, mediante tipos penais adequados que permitam dissuadir a prática de crimes, que são as chamadas obrigações substanciais, com projeção primordial para o plano legislativo”, assim como para “uma vez constatados [tais crimes], investigar e punir os atos ilícitos de modo efetivo, que se constituem nas chamadas obrigações processuais positivas. (FISCHER; PEREIRA, 2019, p. 96-97).

Assim, os mandados de criminalização e as obrigações processuais penais positivas são institutos indissociáveis e complementares entre si, que impõem aos Estados partes, respectivamente, obrigações de natureza penal e processual penal na tutela dos direitos humanos (FISCHER; PEREIRA, 2019, p. 118):

[...] as obrigações indicadas anteriormente [mandados de criminalização], de natureza substancial, não esgotam a tutela penal dos direitos e interesses previstos convencionalmente”, tratando-se, por sua vez, as obrigações processuais penais positivas de exigências que “complementam as imposições penais de tipo primário, consistentes na necessidade de os países estipularem dispositivos penais adaptados à salvaguarda dos direitos fundamentais e à dissuasão dos interesses lesivos.

Definidos os conceitos de mandamentos de criminalização e obrigações processuais penais positivas, impende, doravante, avaliar se tais determinações, contidas na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e na Convenção de Palermo, foram efetivamente implementadas na legislação criminal brasileira.

3 OS TRATADOS INTERNACIONAIS ANTICORRUPÇÃO E A LEGISLAÇÃO CRIMINAL BRASILEIRA

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (GRECO FILHO; RASSI, 2015), promulgada internamente pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, em seu artigo 15, prescreveu duas ordens de criminalização expressas: a primeira, na alínea “a”, de criminalizar a corrupção ativa (Art. 15, “a”); a segunda, na alínea “b”, de incriminar a corrupção passiva (Art. 15, “b”), com a consequente imposição de sanções que tenham em conta a gravidade desses delitos (Art. 30. 1). Sem prejuízo, também logrou determinar, nos artigos seguintes, a penalização do peculato (Art. 17), do tráfico de influências (Art. 18), do abuso de funções (Art. 19), do enriquecimento ilícito (Art. 20), do suborno no setor privado (Art. 21), da lavagem de dinheiro (Art. 23.1), da obstrução da justiça (Art. 25) e, por fim, a responsabilização criminal (Art. 26:1) da pessoa jurídica pela prática dos crimes de corrupção.

Podemos afirmar que o legislador brasileiro se esforçou para acolher os mandamentos estabelecidos nas Convenções referidas. Tipificou como crimes a corrupção ativa (Art. 333, Código Penal), a corrupção passiva (Art. 317, Código Penal), o peculato (Art. 312, Código Penal), o tráfico de influência (Art. 332, Código Penal), o abuso de funções (Lei nº 13.869/2019), a lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/1998) e a obstrução da justiça.

Com relação à última infração, a nossa legislação não a prevê como delito autônomo. Porém, supre a falta definindo outros ilícitos penais que representam comportamentos capazes de obstruir, ou embaraçar, a Justiça. São exemplos os delitos de coação no curso do processo, de fraude processual e de exploração de prestígio (artigos. 344, 347 e 357, do Código Penal).

Modernizou-se o ordenamento brasileiro para proteger, na esfera pública, a honestidade dos atos e negócios jurídicos. Por conta disso, além da criminalização de comportamentos lesivos ao patrimônio público, surgiu a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, cuja redação original foi alterada pela Lei nº 14.230, de 2021,

dispondo sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa mencionados no § 4º do artigo 37 da Constituição da República.

Definiu o legislador como atos de improbidade várias condutas dolosas (art. 9º e seus incisos; art. 10 e seus incisos; e art. 11 e seus incisos). A Constituição de 1988 já inaugurara novos mecanismos de combate à corrupção, empoderando, com esse propósito, o Ministério Público. Deu-lhe autonomia e independência. Entregou-lhe a atribuição para instaurar inquéritos e promover ações penais, para punir delinquentes, e de ações civis, para responsabilizar infratores, sempre visando proteger o patrimônio público, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos (arts. 127/130-A, da Constituição).

As improbidades inserem-se no âmbito do Direito Administrativo sancionatório. Caracterizam-se como ilícitos administrativos. Entretanto, grande parte das condutas ímprobas configuram, simultaneamente, ilícitos civis e crimes. Por isso, o ressarcimento integral do dano patrimonial causado e a imposição de sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas, previstas na legislação específica, não afastam a aplicação, isolada ou cumulativa, aos infratores, das severas cominações relacionadas na Lei nº 8.429/92 (art. 12, incisos e §§).

É inegável que a Lei nº 8.429/1992 (§§ 1º e 2º do art. 3º, art. 8-A e parágrafo único) e a Lei nº 12.846/2013 autorizam a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, estabelecendo que são obrigadas a reparar os danos causados à administração pública nacional, ou estrangeira, e impondo-lhes multas.

Quem examina os diplomas mencionados e a legislação penal vigente conclui que o nosso Estado atendeu às recomendações contidas na Constituição Federal (art. 37, § 4º) e nos tratados internacionais citados, uma vez que prevê a imposição de punições graves, de natureza criminal, administrativa e civil, a quem perpetra ilícitos contra a administração e o patrimônio público.

Há quem entenda que se deveria criminalizar também o enriquecimento ilícito na vida privada. Existem até, com tal objetivo, projetos tramitando no Congresso Nacional. Parece-nos, contudo, desnecessária a criação de outras normas, por força dos motivos doravante expostos.

O Código Civil brasileiro garante ao prejudicado o direito de obter, de quem praticou um ato ilícito, a reparação dos danos sofridos (arts. 927 e seguintes). Ao beneficiário de um enriquecimento sem justa causa, impõe o dever de restituir ao prejudicado o indevidamente auferido, com atualização monetária do respectivo valor (arts. 884 e seguintes).

Assim, mesmo quando não configuram crimes, os atos imorais da vida privada, inclusive o enriquecimento ilícito, geram consequências no âmbito civil, desestimulando tais comportamentos.

De resto, quando há, na vida privada, fraudes, falsidades e subtrações patrimoniais não consentidas, o Código Penal define delitos para enquadrar aqueles comportamentos perniciosos (art. 155 e seguintes; arts. 184 e seguintes, por exemplo).

Sustentamos que o Estado brasileiro vem internalizando, em seu ordenamento, as sugestões de combate à corrupção inseridas nos Tratados internacionais. Lembramos, para comprovar a nossa assertiva, o conteúdo da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que deu o conceito de organização criminosa, trouxe regras processuais de investigação criminal inovadoras e criou eficientes mecanismos de obtenção de prova.

Destacamos, também, o conteúdo da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispôs o citado diploma sobre o sigilo das operações de instituições financeiras. Porém, afastando obstáculos às investigações criminais, autorizou que se decreta a quebra do sigilo quando for necessária para apurar graves infrações. Entre estas, elencou as relacionadas à corrupção; as que causam lesões ao patrimônio público e ao sistema financeiro; as que implicam em lavagem de dinheiro ou em ocultação de bens, direitos e valores e as perpetradas por organizações criminosas.

Surge, nos meios acadêmicos e na própria imprensa um questionamento. É necessário modificar a legislação visando agravar sanções para os comportamentos de corrupção, com a finalidade de acabar com a impunidade de delinquentes poderosos?

A alteração da legislação com tal propósito talvez seja necessária, mas não será suficiente para eliminar a exagerada malversação de recursos que ocorre no Brasil. A situação atual decorre principalmente de outras causas, das quais falaremos noutro momento do nosso trabalho.

4 SUGESTÕES DO APRIMORAMENTO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Como vimos, o Brasil incorporou, em parte, no seu ordenamento, normas que permitem ampliar o combate à corrupção, pois definem ilícitos penais, administrativos e civis, criam eficazes mecanismos de investigação e apuração de responsabilidades, permitindo, em tese, a punição dos infratores.

Apesar disso, ainda há espaço para aprimorar a legislação e atender melhor às recomendações inseridas nos pactos internacionais assinados pelo Estado brasileiro.

Do nosso ponto de vista, seria conveniente, por exemplo, que a República Federativa do Brasil modificasse a legislação para considerar hediondos os delitos de corrupção e outros que afetam os valores referentes à honestidade e à probidade nas relações sociais, nas esferas da vida pública e privada.

Se alteração se fizesse, nas hipóteses de corrupção e violação patrimonial seriam aplicadas as restrições da Lei nº 8.072/1990. Consideradas hediondas, as infrações tornar-se-iam insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança.

Por outro lado, a sociedade ficaria satisfeita se os apenados pelo cometimento daqueles ilícitos tivessem que expiar suas culpas no regime inicial fechado; ou se surgissem alterações legais que dificultassem, acrescentando outros requisitos, as possibilidades deles – os condenados pelas aludidas práticas delituosas – obterem a progressão de suas reprimendas para os regimes semiaberto e aberto.

Parece-nos, outrossim, conveniente que o Estado crie normas, impedindo que, na hipótese das infrações examinadas, se autorize a substituição de reprimendas privativas de liberdade por sanções restritivas de direito. Também seria importante que se criassem mais dificuldades para que os apenados por aquelas

infrações fossem beneficiados com o livramento condicional. Maior rigor sempre deve ser imposto aos reincidentes, pois é a forma de desestimular, no regime democrático, a reiteração de condutas delituosas dessa espécie.

Convém, neste passo, registrar um ponto que nos parece importante. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção foi acolhida pelo Brasil através do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Porém, o nosso País não se vinculou à Corte Internacional de Justiça para solucionar eventuais controvérsias e omissões na adoção de providências destinadas a acolher, em nosso ordenamento, todas as recomendações contidas no referido Pacto.

Alguns doutrinadores criticam a resistência da Nação brasileira. Compreendem que a submissão do País à Corte Internacional de Justiça seria a panaceia para remediar os males da corrupção exagerada e da impunidade existentes no Brasil. (ROBICHEZ; MONTES, 2016, p. 54).

Discordamos da opinião deles. Do nosso ponto de vista, a submissão do País às Cortes Internacionais de Justiça deve ser avaliada com cautela, pois pode, em tese, atingir a integridade de nossa soberania, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, I, da Constituição).

A soberania é o atributo revelador da superioridade do poder do Estado em relação a quaisquer poderes, no plano interno. É, simultaneamente, a qualidade que confere independência ao Estado, colocando-o, no plano externo, numa situação de igualdade em relação a outras nações (JELLINEK, 2004, p.354-355).

Nenhuma das grandes Nações independentes se submete às Cortes Internacionais de Justiça para solucionar as mazelas da corrupção e da impunidade. Por que, então, deveria o Brasil se submeter àqueles órgãos?

É certo que o §4 do art. 5º da Constituição faculta o País submeter-se à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Mas, a submissão, esclarece o dispositivo, depende da adesão do nosso povo, o que nunca aconteceu. E até pode ser impossível, caso se verifique que implica em violação da nossa soberania.

Desse modo, entendemos que o combate à corrupção e à impunidade existentes no Brasil pode ser feito com o aprimoramento do funcionamento das instituições, sem necessidade de o País aderir ao Tribunal Penal Internacional.

Apesar de caracterizadas as violações do nosso Estado às Convenções Internacionais de Direitos Humanos, em face do crescimento da corrupção e da impunidade dos infratores, ninguém garante que a nossa adesão ao Tribunal Penal Internacional resolveria o problema. Talvez até piorasse, se a pirataria internacional, amplamente praticada pelos Estados mais poderosos, passasse a influenciar na composição daquela corte.

A competência do Tribunal Penal Internacional aparece no artigo 62.3, que reza:

A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados-Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial (Organização dos Estados Americanos, 1969, n/p).

O referido preceito não autoriza a Corte Internacional a impor à República Federativa do Brasil a observância de prescrições contidas noutros pactos internacionais. Circunscreve-se apenas a assuntos atinentes à interpretação e aplicação das disposições expressamente estipuladas pela Convenção Americana de Direitos Humanos, chamada de Pacto de São José da Costa Rica.

5 HIERARQUIA DS NORMAS: CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE

Chamado a resolver um conflito restaurando a paz na vida em sociedade, enfrenta o Juiz ou o Tribunal o desafio de esquadrihar o conjunto de regras, normas, costumes e princípios vigentes, para descobrir quais as fontes do Direito aplicáveis e, desse modo, partir para a composição do litígio.

No momento em que se esforçam para solucionar a lide, os juristas percebem a existência dessa hierarquia de fontes. Por isso, usam o conteúdo dos preceitos normativos superiores que prevalecem sobre os inferiores.

O sistema hierárquico representa uma importante ferramenta “para o mapeamento das competências estatais” (FERRAZ JR, 2003, p. 235-238). Serve para se selecionar os preceitos válidos e aplicáveis ao deslinde de uma contenda jurídica.

Dir-se-ia, com outras palavras, que, em face da hierarquia de fontes, a norma legal, ou consuetudinária, ou proveniente de tratado firmado com outras Potências somente vale se for compatível com a disposição normativa superior do ordenamento (compatibilidade vertical) e se o assunto nela tratado estiver reservado ao seu campo de atribuição (compatibilidade horizontal).

A Constituição é fruto da manifestação da prerrogativa natural que o povo tem de organizar a sociedade. Nela estão definidas as outras fontes jurígenas. Por esta razão, a doutrina assevera, sem discrepâncias de relevo, que as normas constitucionais têm supremacia, porque se encontram no vértice da hierarquia sistêmica formando o manancial de onde surge todo o Direito da Nação.

Por força da supremacia da Constituição, precisam as demais fontes do Direito se harmonizar com as regras da Carta Magna, para que tenham validade e eficácia. Se isso não se verifica, instiga-se a instauração do controle de constitucionalidade por qualquer órgão da Judicatura.

Em nosso País, pertence ao Judiciário a competência para declarar a invalidade da legislação contrária aos princípios e normas constitucionais. Constatado o defeito, os órgãos judiciais deixam de aplicar as regras incompatíveis com a Carta Magna (controle difuso – ver art. 97 da Constituição). Quando a arguição de inconstitucionalidade é levada diretamente ao conhecimento do STF, o órgão máximo do Judiciário, principal responsável pela guarda da Constituição, se considera procedente a ação, atesta o vício, nulificando o preceito contaminado através de decisão dotada de eficácia geral e de efeito vinculante. Nesta hipótese, extirpa a disposição contaminada do ordenamento (controle concentrado – ver art. 102, incisos I, a, e III, a/c, e §§ 1º e 2º; e art. 103, incisos I/IX e §§ 1º/3º, da Constituição).

Em face do que foi exposto, a doutrina sustenta que as fontes do Direito se inserem num sistema hierárquico, no qual as normas da Constituição se localizam

no degrau mais elevado. Com relação às Emendas à Carta, desde que elaboradas com rigorosa observância das disposições e restrições contidas no artigo 60 (incisos e §§) da Constituição, situam-se no mesmo plano hierárquico das normas constitucionais. Em nível logo abaixo, aparecem as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos autônomos, as resoluções da Câmara dos Deputados e do Senado e os decretos-legislativos do Congresso Nacional. Em seguida, no patamar inferior, encontram-se os atos administrativos, as sentenças judiciais e os contratos (TRINDADE, 2010, p.67-68).

Com pertinência aos tratados, formados pelo acordo das vontades soberanas dos Estados signatários, aparecem no âmbito de organizações internacionais, mas se destinam a ter repercussão nas ordens internas das Nações. Naturalmente geram encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Devem, por isso mesmo, ser ratificados pelo Legislativo, como expressamente determina o artigo 49, inciso I, da Constituição. Se o Congresso os ratifica, os preceitos neles contidos se incorporam à ordem jurídica do País como se fossem preceitos de uma lei (FERRAZ JR, 2003, p. 240).

Em sede jurisprudencial, o STF defende a existência de tripla hierarquia dos tratados internacionais (RE 466.343, 2008). Se a convenção internacional fala de direitos humanos e é aprovada, em dois turnos de cada Casa do Parlamento, por três quintos dos votos dos respectivos membros, a sua posição na hierarquia das fontes será equivalente à da Emenda (art. 5º, § 3º, da Constituição). Situa-se neste nível a Convenção sobre os direitos de pessoas com deficiência. Porém, se a convenção sobre direitos humanos é aprovada pelo procedimento ordinário (art. 47 da Constituição), desfruta de posição supralegal, ficando acima das leis, mas abaixo da Constituição, a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica. Por fim, as convenções internacionais, que não versam sobre direitos humanos, ingressam no ordenamento jurídico brasileiro com força de lei ordinária, inclusive porque o STF não admite que tratado internacional discipline tema reservado à lei complementar. (KLUSKA, 2015).

Da exposição feita, nota-se que:

[...] ao ocorrer um conflito entre uma norma de direito internacional e uma norma infraconstitucional, os tribunais e juízes nacionais poderão aplicar dois tipos de controles: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade, que poderá ser realizado tanto pela via difusa quanto pela via concentrada.

Assim, a norma interna de natureza infraconstitucional terá validade se conseguir passar por esses dois dispositivos de controle: o primeiro tem a finalidade de verificar se a lei infraconstitucional é compatível com a Constituição e o segundo serve para averiguar se há violação de direitos consagrados em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país. (GUERRA, 2018, p. 475).

6 CONCLUSÃO

Se, por um lado, pode-se afirmar que a legislação criminal brasileira acatou, parcialmente, os mandamentos de criminalização, tipificando crimes e criando regras processuais eficientes para investigar, processar e punir criminosos envolvidos em ilícitos penais lesivos ao patrimônio público, deve-se, por outra banda, reconhecer que há espaço para aprimorar a legislação. Sugestões nesse sentido fizemos na terceira parte do nosso artigo.

Quanto à submissão do nosso País a jurisdição de Cortes Internacionais, entendemos que pode afrontar a nossa soberania. Por isso, não nos parece uma solução conveniente a preservação da independência nacional.

Do nosso ponto de vista, para que se transforme o atual quadro caótico de corrupção e improbidade, o que falta em nosso País é conseguir que o Congresso Nacional exerça, plenamente, as suas atribuições de controlar a cúpula do Judiciário, exigindo que os Tribunais Superiores funcionem de maneira isenta, sem partidarismos, com eficiência e efetividade, assegurando a razoável duração do processo, garantindo os meios para a celeridade almejada, aplicando com rigor a legislação existente às pessoas físicas e jurídicas envolvidas em atos de corrupção (art. 5º, LXXVIII da Constituição).

Ademais, em nossa compreensão, existem no Brasil instrumentos jurídicos que, se fossem utilizados com respeito a critérios de imparcialidade, qualidade e eficiência nos Tribunais Superiores, não haveria tanta corrupção e impunidade no Brasil. Veja-se, por exemplo, a pouca utilização, no âmbito do STF, dos mecanismos de controle de convencionalidade difuso ou concentrado (GUERRA, 2018, p. 491).

O combate a corrupção, afastando da política os envolvidos, no passado, na malversação de recursos públicos é direito fundamental assegurado em convenções internacionais subscritas pela República Federativa do Brasil. E nossa Lei Maior esclarece que os direitos e garantias enunciados na Constituição têm aplicação imediata. Além disso, não são exaustivos, eis que há outros resultantes do regime e dos princípios acolhidos na Carta Magna, ou contidos em preceitos de tratados internacionais subscritos pelo Brasil (art. 5º, §§ 1º e 2º).

Lembramos que o STF já exerceu o controle de convencionalidade no julgamento do Habeas Corpus 87.585. Cuidava-se da prisão de paciente que, apesar de intimado na condição de depositário, não apresentara o bem que estava em seu poder, tornando-se depositário infiel. Entendeu o Pretório que a prisão civil do depositário infiel não era mais possível. O nosso País assinara o Pacto de São José da Costa Rica, restringindo, assim, a prisão civil apenas à hipótese do responsável por inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar, não mais legitimando a segregação do depositário infiel. Na ocasião, destacou-se a “*supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil*” (Informativo 531/STF e MENDES, 2011, p. 80-81).

Poderia o augusto Pretório, provocado por quem tem legitimação, exercer o controle de convencionalidade, impedindo que voltassem a participar da vida pública pessoas envolvidas com corrupção. Lamentavelmente, tem feito o contrário, apegando-se a formalidades para reconduzir ao cenário político personalidades extremamente desgastadas porque praticaram, no passado, atos de corrupção. E, punindo, sem a observância do devido processo legal, pessoas que se opuseram aos infratores.

Revela, destarte, o órgão de cúpula do Judiciário nacional um comportamento abusivo, que vem ensejando pedidos de impeachment de alguns dos seus Ministros no Senado Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 nov. 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 14 nov. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Brasília, DF, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 14 nov. 2023.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Roteiro de Direito Constitucional**. 3. ed. Brasília: Editora Gran Cursos, 2010.

FELICIANO, Yuri Rangel Sales. A (a)tipicidade da corrupção privada no Brasil: instrumentalização dos programas de criminal compliance em alternativa à responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**, v. 11, p. 71–97, jul./set. 2022.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

GUERRA, Sidney. O supremo tribunal federal e o controle de convencionalidade:

um estudo em comemoração aos 30 anos da Constituição de 1988. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 04, n. 53, 2018, p. 467-496.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KLUSKA, Flávia Ortega. **O STF adota a “tripla hierarquia dos tratados internacionais”?** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/o-stf-adota-a-tripla-hierarquia-dos-tratados-internacionais/321803352>. Acesso em: 20 dez. 2023.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022a. E-book.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022b. E-book.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva; TEBET, Mário Antonio de Campos. **Aspectos penais da improbidade administrativa: uma forma de crime organizado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1349–1357. (Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, v. 7).

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTAGNA, Mariangela. I diritti minimi della vittima. In: GAITO, Alfredo. **I principi europei del processo penale**. Napoli: Dike, 2016.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v. 5, p. 43-68, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. 31 outubro 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 13 nov. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**. 15 novembro 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 13 nov. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana de Direitos Humanos**, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 14 nov. 2023.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

RASSI, João Daniel; GRECO FILHO, Vicente. **O Combate à Corrupção e Comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas: Lei Nº 12.846, 1º de Agosto de 2013**. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book.

RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 62, p. 9-55, set./out. 2006.

ROBICHEZ, Juliette; MONTES, André Lamartin. A Corte Internacional de Justiça e o Brasil: uma necessária reconciliação. **Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)**, Bogotá, v. 9, p. 51-80, 2016.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Índice de Percepção da Corrupção**. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 5 dez. 2023.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Brazil: Phase 4 report**. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/brazil-phase-4-report.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2023.

Submetido em 26.ago.2024

Aprovado em 11.set.2024