



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O PRINCÍPIO DA BANDEIRA NO DIREITO BRASILEIRO – A DERROGAÇÃO DO
CÓDIGO PENAL PELA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO
MAR

Laíla Antonia Olinda de Magalhães Nascimento Santos

Rio de Janeiro
2017

LAÍLA ANTONIA OLINDA DE MAGALHÃES NASCIMENTO SANTOS

O PRINCÍPIO DA BANDEIRA NO DIREITO BRASILEIRO – A DERROGAÇÃO DO
CÓDIGO PENAL PELA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO
MAR

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

O PRINCÍPIO DA BANDEIRA NO DIREITO BRASILEIRO – A DERROGAÇÃO DO CÓDIGO PENAL PELA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR

Laíla Antonia Olinda de Magalhães Nascimento Santos

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – as normas de Direito Internacional não se comportam da mesma forma que as normas de direito interno no ordenamento jurídico. Esse fato, aliado à importância que os tratados possuem, torna necessário um estudo adequado de qual a hierarquia que eles apresentam no mundo jurídico brasileiro e como se dará a solução de antinomias. Dessa forma, a essência desse trabalho é abordar de uma forma geral a hierarquia dos tratados, a compatibilização entre convenções e leis internas e, mais especificamente, a colisão entre a extraterritorialidade da lei penal em crimes cometidos a bordo de navio em mar territorial. O tema tem tratamento oposto no Código Penal e na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, ratificado pelo Brasil.

Palavras-chave – Direito Internacional Público. Direito Penal. Jurisdição. Extraterritorialidade.

Sumário – Introdução. 1. Hierarquia entre os tratados internacionais e as leis internas brasileiras: da omissão constitucional à divergência doutrinária e jurisprudencial. 2. Relação entre norma internacional internalizada e lei nacional: revogação ou suspensão de eficácia? 3. Compatibilização entre o sistema de extraterritorialidade da jurisdição em relação aos navios no Código Penal e na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a disciplina da extraterritorialidade para os crimes cometidos a bordo de navio estrangeiro em mar territorial no Código Penal brasileiro e na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Procura-se demonstrar que o princípio da bandeira foi estabelecido às avessas no Código Penal, o qual foi derogado com a promulgação da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

Com o fito de alcançar esse objetivo investiga-se a legislação nacional e internacional vigente quanto aos crimes cometidos a bordo de navios privados em mar territorial estrangeiro, num mundo em que a via marítima privada é expressiva, tanto para fins comerciais quanto para fins recreativos, e em que a jurisdição aplicável não é clara para os jurisdicionados e para os aplicadores do Direito.

O presente trabalho insere-se em meio a um mundo onde as relações entre Estados são cada vez mais relevantes. O Direito Internacional destina-se a reger tais relações e, portanto, sua correta e uniforme aplicação é imprescindível para a coexistência pacífica e ordenada entre tais Estados.

Com um fluxo expressivo de vasos mercantes privados, é comum que haja incidentes que ensejem reponsabilidade penal. Quando o crime se dá em alto-mar, não há discussão doutrinária ou jurisprudencial. Entretanto, a ocorrência de um crime em mar territorial pode ensejar dúvidas quanto ao direito aplicável, uma vez que há duas jurisdições potenciais: a do país de bandeira do navio e a do país costeiro.

Embora seja doutrinária, a discussão também tem relevante aspecto prático. Faz parte do devido processo legal, direito garantido na Constituição, o prévio conhecimento da lei aplicável e de suas consequências. O cidadão, assim, antes de cometer qualquer ato, deve ter condições de saber sobre qual jurisdição estará submetido e deve ter sua legítima expectativa preservada, o que é também decorrência do princípio da legalidade.

Dessa maneira, o tema é determinante tanto na seara internacional – definir qual Estado será responsável por julgar o delito – quanto na seara individual, ao proporcionar ao jurisdicionado um sistema pré-estabelecido de normas bem delineadas, de forma a permitir ele que pautar suas ações, sem que se frustrar o devido processo legal e o princípio da legalidade.

O primeiro capítulo do artigo investiga as categorias que uma norma internacional pode adquirir ao ingressar no ordenamento jurídico brasileiro, a depender do tema e da forma de ratificação.

O segundo capítulo busca revelar que a norma internacional, embora passe por um processo de internalização, não se torna uma norma interna propriamente dita, de modo que produz efeitos distintos daqueles das regras nacionais quando confrontadas com outras leis incompatíveis. Dessa maneira, indaga-se qual efeito elas produzem no ordenamento jurídico interno.

O terceiro capítulo, por fim, levando em consideração a categoria da norma internacional no Direito pátrio e os seus efeitos, objetiva harmonizar a disciplina incompatível do princípio da bandeira da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar quanto aos delitos cometidos a bordo de navios privados em mar territorial estrangeiro e a disciplina do Código Penal, inversa. Chega-se à conclusão que a Convenção das Nações Unidas é a atual regra vigente.

Para tanto, será utilizado o método hipotético-dedutivo. A hipótese estabelecida para análise é a de que “prima facie, utiliza-se o princípio da bandeira em casos de crimes cometidos a bordo de navios em mar territorial estrangeiro”, como estabelece o próprio artigo 27 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. A partir dela, analisar-se-á a legislação brasileira, investigando-se se é consonante com tal premissa.

Nesse ensejo, a abordagem da pesquisa será qualitativa, uma vez que se analisará a bibliografia nacional e internacional sobre o tema de modo a sustentar a tese.

1. HIERARQUIA ENTRE OS TRATADOS INTERNACIONAIS E AS LEIS INTERNAS BRASILEIRAS: DA OMISSÃO CONSTITUCIONAL À DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

A Constituição da República Federativa do Brasil¹ (CRFB) promulgada em 1988, em sua redação originária, não determinou qual seria o *status* que um tratado ratificado assumiria no ordenamento jurídico pátrio. O poder constituinte derivado somente pronunciou-se explicitamente sobre o tema quando do advento da Emenda Constitucional n. 45/09², ao estabelecer hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos que seguirem procedimento específico de aprovação no Congresso Nacional.

As demais convenções internacionais, entretanto, continuam a figurar em um vácuo normativo. Assim, cabe à doutrina e jurisprudência determinar como um tratado internacional comporta-se no ordenamento interno. Existem quatro orientações básicas sobre a hierarquia dos tratados, conforme ressalta Quixadá³: hierarquia supraconstitucional; constitucional; supralegal; e legal.

Mello⁴, partidário da primeira corrente, sustenta que o Direito Internacional deve ter primazia em relação ao direito interno. As normas internacionais seriam dirigidas aos Estados, que devem se sujeitar e adequar seu ordenamento interno, sob pena de se negar unidade ao

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

² BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

³ QUIXADÁ, Leticia Antonio. *O Supremo e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos: debate jurisprudencial em relação ao nível hierárquico-normativo dos tratados internacionais*. 2009. 74f. Trabalho monográfico (Pós Graduação em Direito) – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2009, p. 25. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/monografias_ver.php?idConteudo=148>. Acesso em: 07 out. 2016.

⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 115.

Direito. Se a ordem jurídica internacional fosse revogada pela ordem jurídica interna, seria sobrepor o sujeito de direito à própria ordem jurídica, o que seria negar a existência da dita ordem jurídica.

Piovesan⁵, por sua vez, interpreta que o art. 5º, §2º, da CRFB instaura no ordenamento jurídico o *status* constitucional para os tratados internacionais de direitos humanos. A partir da redação do artigo, Mazzuoli⁶ defende a existência de um “bloco de constitucionalidade”. O texto da norma determina que direitos e garantias expressos na Constituição não excluem direitos expressos em tratados. Ora, se os direitos expressos em tratados não estão excluídos, eles estão na verdade incluídos na Constituição, de forma a configurarem regra constitucional fora do texto da Lei Fundamental – o chamado bloco de constitucionalidade.

A interpretação do art. 5º, § 2º, da CRFB, contudo, nunca foi unânime doutrinária e jurisprudencialmente: havia autores, como Mello⁷, que defendem o caráter supraconstitucional dos tratados de direitos humanos – e de todos os demais tratados –, ao passo que não havia uniformidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema.

Para solucionar a controvérsia existente, a Emenda Constitucional n. 45/09 incluiu o §3º ao art. 5º da CRFB, consagrando expressamente o *status* constitucional aos tratados de direitos humanos, desde que eles seguissem o processo de aprovação de uma emenda constitucional. Contudo, a nova redação trouxe ainda mais discussões, uma vez que não estabeleceu a hierarquia de todos os tratados, mas sim um procedimento para que os tratados de direitos humanos assumissem hierarquia constitucional. Não definiu a Constituição, por exemplo, qual a posição de um tratado de direitos humanos internalizado sem o procedimento e estabeleceu uma possível “categoria de tratados”⁸. Mazzuoli⁹ sustenta que o § 3º deveria ter sido uma interpretação autêntica, mas não foi a intenção do legislador constitucional.

Também se encontra em Miranda¹⁰ um defensor da supralegalidade dos tratados. Segundo o doutrinador, por um princípio geral de Direito, não é permitido a ninguém vincular-se a uma pessoa e depois eximir-se dessa obrigação por ato unilateral. Assim, se um

⁵ PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/textos.htm>>. Acesso em: 07 out. 2016.

⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 838.

⁷ MELLO, op. cit., p. 115.

⁸ MAZZUOLI, op. cit., p. 845.

⁹ *Ibid.*, p. 842.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. Cascais: Princípios, 2012, p. 153 e 171.

Estado comprometeu-se perante a ordem internacional por meio de um tratado, não pode unilateralmente, por meio de lei interna, eximir-se desse acordo. Os tratados, por outro lado, estariam sujeitos à Constituição, pelo princípio da soberania e do Estado de Direito. Assim, para o autor, todos os tratados teriam *status* supralegal.

A corrente que defende que os tratados internacionais têm *status* infraconstitucional, mas supralegal, foi adotada pelo STF no julgamento do RHC 79.785/RJ¹¹, no qual determinou que a supremacia da Constituição não admite que prevaleça norma internacional contrária. O magistrado nacional teria sua jurisdição fundada na Lei Fundamental, de modo que o magistrado não pode “buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição¹²”. Ademais, a possibilidade de controle de constitucionalidade sobre os tratados – art. 102, III, “b”, CRFB – e o processo de internalização mais simples do que o de aprovação de emenda constitucional seriam outros argumentos a ressaltar o caráter infraconstitucional da norma internacional.

Ao mesmo tempo, o STF asseverou ainda que entender o tratado como norma infraconstitucional não significaria equipará-lo à lei ordinária. Reconheceu a Corte Constitucional caráter supralegal dessas convenções, ou seja, superior às demais normas de direito interno, mas inferiores à Constituição.

Contudo, essa posição é ultrapassada na jurisprudência da Corte. É adotada, de forma excepcional, somente no que tange aos tratados de direitos humanos internalizados antes da Emenda Constitucional n. 45/09, como estabelecido pelo RE 466.343/SP¹³.

A posição hodierna do STF¹⁴ é a de reconhecer aos tratados, de forma geral, o *status* de lei ordinária. Ao analisar conflito entre um tratado e uma lei interna, decidiu a Corte pela aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*. Nas palavras de Mazzuoli¹⁵:

[...] o STF preferiu ater-se à noção de que não há prevalência hierárquica entre tratados internacionais e leis internas e, sendo assim, um compromisso internacional poderia ver-se revogado, sem maiores consequências no plano do Direito interno, por legislação ordinária posterior.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 79.785. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=102661>>. Acesso em: 07 out. 2016.

¹² Vide nota 11.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 466.343. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343%2EENUME%2E+OU+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hvf5ssf>>. Acesso em: 07 out. 2016.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 80.004/SE. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2880004%2EENUME%2E+OU+80004%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zjv3yvk>>. Acesso em: 07 out. 2016.

¹⁵ MAZZUOLI, op. cit., p. 379.

A Corte Constitucional entendeu, assim, que os tratados internacionais possuem mesma hierarquia de uma lei interna, não sendo dotados de prevalência especial por serem frutos de negociações diplomáticas. Teriam o mesmo valor que uma norma aprovada pelo Congresso Nacional, e poderiam revogar-se mutuamente.

Além da hierarquia constitucional, supralegal e legal, também é possível que um tratado adquira *status* de lei complementar: quando versar sobre matéria tributária. O Código Tributário Nacional¹⁶, em seu art. 98, adotou a chamada teoria monista internacionalista, segundo a qual a norma internacional possui prevalência em relação ao direito interno.

Por conseguinte, tratado tributário prevaleceria sobre a norma interna anterior ou posterior. Como o CTN foi recepcionado como Lei Complementar pela Constituição de 1988, tratados internacionais de matéria tributária também teriam essa hierarquia.

Todavia, Mello¹⁷ ressalta que a jurisprudência do STF não aplica o artigo segundo sua literalidade. A Corte Suprema distingue os tratados-contrato dos tratados-normativos. Tratados-contrato são normalmente bilaterais e estipulam prestações e contraprestações recíprocas, segundo Mazzuoli¹⁸. Os tratados-normativos são aqueles semelhantes às leis internas, que determinam normas gerais e abstratas. Segundo a jurisprudência do STF, haveria prevalência do Direito Internacional somente em relação aos tratados-contrato, ao passo que os tratados-normativos poderiam ser revogados por lei interna, à semelhança dos tratados em geral.

Mazzuoli¹⁹ e Mello²⁰ criticam severamente a posição do STF, ressaltando que onde a lei não distingue, não caberia ao intérprete distinguir. Outrossim, a própria distinção entre tratado-contrato e tratado-lei estaria abandonada pelo Direito Internacional, não fazendo sentido que o STF a retomasse. Ademais, a redação do art. 98 do CTN não traz distinção alguma entre tipos de tratado.

Dessa maneira, o sistema atual de hierarquia de tratados, conforme aplicado pela jurisprudência, consiste em: hierarquia de lei ordinária para os tratados em geral, hierarquia constitucional para os tratados de direitos humanos aprovados segundo o quórum do art. 5º, § 3º, CRFB, supralegal para os tratados de direitos humanos aprovados antes do advento da Emenda Constitucional n. 45/09 e lei complementar para os tratados em matéria tributária.

¹⁶ BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172/Compilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

¹⁷ MELLO, op. cit., p. 118.

¹⁸ MAZZUOLI, op. cit., p. 404.

¹⁹ Ibid.

²⁰ MELLO, op. cit., p. 118.

2. RELAÇÃO ENTRE NORMA INTERNACIONAL INTERNALIZADA E LEI NACIONAL: REVOGAÇÃO OU SUSPENSÃO DE EFICÁCIA?

A partir da hierarquia estabelecida pela doutrina e, mormente, pela jurisprudência do STF, deve-se investigar a relação que se opera quando da antinomia entre norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro e norma nacional. A origem heterogênea das regras, segundo respeitável doutrina, poderia justificar um tratamento diferenciado, de forma a se afastar os três critérios básicos de solução de antinomias: critério hierárquico, cronológico e da especialidade.

Tradicionalmente, como já abordado, o STF considera os tratados internalizados como integrantes da estrutura legal brasileira, ora posicionando-os como equivalente a emendas constitucionais, ora como normas de caráter supralegal, ou ainda de *status* de lei ordinária ou complementar. A consequência, segundo a Corte Constitucional²¹, seria a total equiparação entre as normas internas e internalizadas, o que levaria à aplicação dos critérios básicos de solução de antinomias no ordenamento.

Dessa forma, para fins de melhor ilustrar a questão, suponha-se que uma lei ordinária determine que as placas de trânsito devam ter a cor amarela e letras pretas. Posteriormente, é internalizado tratado que assevere que a cor é vermelha e as letras são brancas. Há antinomia, pois, em tese, ambas as normas são vigentes, mas possuem regramentos opostos e inconciliáveis. Como em geral os tratados são internalizados como lei ordinária, não é possível solucionar a antinomia pela posição hierárquica no ordenamento jurídico. Assim, pelo critério cronológico, a lei posterior é a que prevalece, de modo que revoga a lei anterior. Também seria possível aplicar a regra da especialidade, segundo a qual, se uma lei tratar do mesmo tema de forma mais específica que uma lei geral sobre o tema, aquela deve prevalecer.

O entendimento do STF, dessa forma, equipara as leis nacionais e os tratados internalizados. O tratado substituiria a lei anterior incompatível, ao passo que lei posterior também poderia substituir o tratado. A substituição dar-se-ia pelo fenômeno da revogação.

Contudo, na visão de Miranda²², essa não seria a solução adequada. Ressalta o jurista que a Constituição é o fundamento de validade das normas e decisões produzidas

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 80.004/SE. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2880004%2EENUME%2E+OU+80004%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zjv3yvk>>. Acesso em: 07 out. 2016.

²² MIRANDA, op. cit., 183.

internamente pelo Estado. Os tratados, por não fundamentarem as leis internas, não atingem a sua validade, mas somente a sua produção de efeitos.

Por outro lado, as normas internacionais têm validade ditada pelas próprias regras de Direito Internacional, e não vinculada à Constituição de um país. A Carta Constitucional, em verdade, representa um limite à produção de efeitos dos tratados.

Portanto, a solução apontada pelo STF não aparenta ser a mais técnica. A solução para a incompatibilidade entre normas internacionais e normas internas deve se dar pelo plano da eficácia. Um tratado que ingresse no ordenamento jurídico nacional não revoga a lei interna que o antecede, mas, sim, suspende sua eficácia.

Conforme assevera Bulygin²³, a revogação opera-se no plano da validade. A norma revogadora estabelece um novo sistema jurídico, tornando a lei revogada inválida perante esse novo ordenamento. Entretanto, a relação entre norma interna e internacional não se dá, como visto, no plano da validade, mas no da eficácia.

Dessa maneira, caso tratado sobrevenha a uma lei nacional, ele não a revogará, mas suspenderá sua eficácia. É por esse motivo que, ao tratar de matéria tributária, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho²⁴ entendeu que a norma tributária anterior a tratado perde sua eficácia, mas a retoma se o tratado for denunciado:

[...] O art. 98 do CTN prescreve que os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha. Partindo dessa premissa, prevalecem os Tratados e as Convenções Internacionais sobre o direito interno, como anota o Professor LEANDRO PAULSEN, não obstante a norma tributária fale em revogação ou modificação da legislação interna, o que efetivamente ocorreria seria a mera suspensão da eficácia da norma tributária nacional, que poderá adquirir aptidão para produzir efeitos se e quando o tratado for denunciado (Direito Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, Porto Alegre, LAEL, 2011, pp. 881/887). [...]

Embora o julgamento tenha se referido às leis tributárias, o raciocínio é aplicável para qualquer outra matéria, uma vez que se baseia nas regras gerais de Direito. Assim, pode-se afirmar que, apesar da vedação geral do art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro²⁵, o fenômeno da ripristinação é possível quando se tratar de lei nacional anterior a tratado denunciado posteriormente.

²³ BULYGIN apud MOUSSALEM, Tarek Moyses. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2007, p. 192.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 1.304.157 – PA. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201200105642&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> >. Acesso em: 02 mar. 2017.

²⁵ BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm >. Acesso em: 19 mar. 2017.

É importante notar que é razoável que um tratado suspenda a eficácia de uma lei nacional anterior, que retoma sua eficácia uma vez que ele seja denunciado. Contudo, é de se causar estranheza que uma convenção internacional possa ter sua eficácia suspensa pela mera edição de lei interna incompatível. Segundo Mello²⁶, tal fato, primeiramente, traria insegurança jurídica à ordem internacional, uma vez que tratados assinados não teriam mais valor, pois bastaria mera norma interna para revogá-lo. Em segundo lugar, seria burla ao sistema de denúncia dos tratados, procedimento próprio para um Estado se desvincular de regra internacional que pactuou cumprir. Por fim, a recusa de aplicação de um tratado internacional ratificado pode gerar responsabilização do Estado no plano internacional. Todavia, as críticas não foram acolhidas pelos Tribunais Superiores.

Por conseguinte, em que pese a posição do STF, não parece adequado sustentar que a solução para tratados internacionais e leis internas incompatíveis dê-se pela revogação, uma vez que a colisão entre eles ocorre no plano da eficácia. Já que, segundo os Tribunais Superiores, as normas internacionais e as normas internas têm – em regra – hierarquia de lei ordinária, a lei nacional ou a convenção posterior suspenderá a eficácia do regramento anterior, o qual poderá voltar a vigor pelo fenômeno da repristinação.

3. COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE O SISTEMA DE EXTRATERRITORIALIDADE DA JURISDIÇÃO EM RELAÇÃO AOS NAVIOS NO CÓDIGO PENAL E NA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR

A partir dos dois conceitos previamente abordados por este trabalho – hierarquia entre tratados e leis nacionais e solução em casos de antinomias – passa-se a investigar como se dará a compatibilização entre a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM, ou Convenção de Montego Bay²⁷) e o Código Penal²⁸. Ambos têm regramentos incompatíveis no que tange à disciplina da extraterritorialidade da lei penal em crimes cometidos a bordo de navios em mar territorial.

Como o mar é uma área de intensa utilização para os mais diversos fins, tornou-se necessário estabelecer qual jurisdição seria aplicável quando um crime fosse cometido a bordo de um navio. Quando um delito ocorre em um navio em alto mar, a jurisdição

²⁶ MELLO, op. cit., p. 119.

²⁷ BRASIL. Decreto n. 99.165, de 12 de março de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99165impressao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

²⁸ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

competente é a do país de bandeira da embarcação, o que é chamado de princípio do pavilhão, expressão de jurisdição marítima mais antiga, nas palavras de Gavounelli²⁹. Trata-se de uma dedução relativamente simples, uma vez que sobre o alto mar não incide jurisdição de Estado algum. Todavia, a mesma simplicidade não é encontrada quando há um crime em navio privado que navega em mar territorial de país costeiro, uma vez que há duas jurisdições potencialmente aplicáveis: a do país de bandeira e a do Estado costeiro³⁰.

O Código Penal brasileiro, nos seus arts. 5º, §2º e 7º, II, “c”, traz uma linha pela qual, em regra, é aplicada a lei do país costeiro e, em casos excepcionais, a lei do país de bandeira do vaso. O art. 5º, §2º, assevera que, se um crime for cometido em embarcação estrangeira que navega em mar territorial brasileiro, a lei aplicável será a brasileira. Na mesma linha, o art. 7º, II, “c”, determina que, se um crime for cometido em embarcação brasileira em mar territorial estrangeiro, a jurisdição aplicável, a princípio, é do país costeiro. Todavia, se o crime não for julgado nesse Estado e se cumpridos os demais requisitos do § 2º do mesmo artigo, será aplicada, excepcionalmente, a jurisdição brasileira.

A seu turno, a Convenção de Montego Bay, no art. 27, estabelece lógica diametralmente oposta. A Convenção aplica o princípio do pavilhão a todos os casos como regra geral, de modo que a jurisdição aplicável será a do país de bandeira do navio. O Estado costeiro será competente apenas em quatro casos excepcionais: consequências para o Estado costeiro, perturbação da ordem do Estado costeiro, assistência solicitada pelo funcionário diplomático ou consular do país de bandeira ou tráfico internacional de entorpecentes.

Assim, está caracterizado um quadro claro de conflito entre as duas fontes normativas. Cabe, da forma estudada nos dois capítulos anteriores, realizar a compatibilização.

Em primeiro lugar, é necessário investigar a posição hierárquica das duas normas. Os arts. 5º e 7º do Código Penal foram inseridos pela Lei n. 7.209/84³¹, que é uma lei ordinária. Por sua vez, a Convenção de Montego Bay, por ser um tratado que não versa sobre direitos humanos ou algum dos temas específicos delimitados pela jurisprudência, também tem força normativa de lei ordinária.

²⁹ GAVOUNELLI, Maria. *Functional Jurisdiction in the Law of the Sea*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 53.

³⁰ O regramento dos navios públicos (navios que pertencem a um Estado ou são por ele fretados para fins de uso das forças armadas ou para serviços públicos de natureza civil, na forma dos arts. 29 e 37 da Convenção de Montego Bay) é peculiar, regido pelo art. 32 da dita Convenção, de modo que não faz parte do objeto do presente trabalho.

³¹ BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

Quando há conflito entre um tratado e uma lei e ambos possuem o mesmo grau hierárquico deve-se, como visto, passar à análise do critério cronológico. A Lei n. 7.209/84 foi publicada em 1984. A seu turno, a Convenção de Montego Bay entrou em vigor no Brasil na forma do Decreto n. 1.530/95³² e do art. 308 (1) da própria Convenção, a partir do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação do tratado, em 1995. Tem-se, dessa forma, que a Convenção de Montego Bay é posterior à Lei n. 7.209/84, de modo que deve prevalecer sobre a lei nacional.

Portanto, a prevalência da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar é certa. Cabe analisar se será pelo instrumento da revogação, conforme entendimento do STF, ou pela suspensão da eficácia, conforme entendimento de Miranda e defendido por este trabalho.

Ao se adotar o posicionamento do STF³³, os arts. 5º, § 2º e 7º, II, “c”, do Código Penal foram revogados pela CNUDM. Assim, se a Convenção for denunciada pelo Brasil, o tema da extraterritorialidade da lei penal em casos de crimes cometidos a bordo de navios em mar territorial ficará completamente sem regulação no país. Isso inevitavelmente traria uma extrema insegurança jurídica e um verdadeiro vácuo normativo.

Por outro lado, segundo a premissa levantada por este artigo, os citados artigos do Código Penal estariam com sua eficácia suspensa. Logo, a Convenção de Montego Bay é a norma aplicável até que ela seja denunciada pelo Presidente. Caso isso eventualmente aconteça, os artigos do Código Penal voltam a ter plena eficácia, de modo que não haverá vácuo normativo ou mesmo insegurança jurídica sobre o tema.

De qualquer forma, valendo-se tanto da posição adotada pelo STF quanto da exposta neste artigo, o Código Penal, no que tange à extraterritorialidade da lei penal em relação a navios em mar territorial, não é aplicável no Brasil, já que é incompatível com a Convenção de Montego Bay, que lhe é posterior. Isso é extremamente relevante porque, na doutrina penalista brasileira, pouco se discorre sobre a compatibilização da Convenção com o Código Penal. Da mesma forma, a doutrina internacionalista brasileira, na maior parte das vezes, também não trata do tema.

A ausência de abordagem sobre a temática pode levar à aplicação do Código Penal, norma revogada ou com eficácia suspensa, no lugar da Convenção de Montego Bay. O princípio da bandeira, norma de Direito Internacional estabelecida na CNUDM, pode ter sua

³² BRASIL. Decreto n. 1.530, de 22 de junho de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1530.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

³³ Vide nota 14.

aplicação denegada por simples desconhecimento dos juízes. Isso também violaria o princípio da legalidade, estabelecido no art. 1º do Código Penal e art. 5º, XXXIX, da CRFB, uma vez que o jurisdicionado tem direito a ser julgado pela lei vigente no ordenamento jurídico.

Cumpra salientar ainda que tão importante quanto a aplicação do direito correto é a aplicação correta do direito. A hermenêutica é o que dá vida aos comandos normativos. A aplicação errônea do direito correto é o mesmo que a aplicação de um terceiro direito. O Direito Internacional, para esse fim, estabelece Cortes Internacionais, cujo papel também é o de uniformizar a aplicação dos preceitos normativos. Dessa maneira, a interpretação do Direito deve se dar da maneira adequada. Os juízes nacionais devem ter o conhecimento de que o princípio da bandeira é a regra geral, mas, além disso, de quais são as exceções a essa regra geral: quais as hipóteses e como elas são interpretadas pelos órgãos competentes. No caso específico da CNUDM, as exceções à aplicação do princípio da bandeira são cláusulas gerais, sujeitas a uma maior amplitude interpretativa. Por isso, é necessário guiar-se pelo norte mostrado pelo Direito Internacional.

Ademais, como já salientado, a não aplicação da Convenção de Montego Bay, ratificada pelo Brasil e vigente tanto nacional quanto internacionalmente, pode levar à responsabilização do país perante as Cortes Internacionais. Se o Brasil não pretende aplicar a CNUDM, a forma de fazê-lo é pela denúncia do tratado que, pela posição defendida por este trabalho, restauraria a eficácia do Código Penal. A não aplicação de norma em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, seja interna ou internacional, não é uma opção.

CONCLUSÃO

As normas internacionais, ao serem ratificadas, ingressam no ordenamento jurídico pátrio. A Constituição, contudo, somente definiu a hierarquia de uma espécie de tratado: os que versam sobre direitos humanos e forem aprovados segundo procedimento específico no Congresso Nacional. Assim, quanto aos demais, a doutrina divide-se em quatro orientações básicas.

A primeira defende que os tratados têm hierarquia supraconstitucional, em virtude do princípio da primazia do Direito Internacional. A segunda orientação sustenta que eles teriam *status* constitucional, por interpretar que o art. 5º, §2º, CRFB traz um bloco de constitucionalidade para o ordenamento jurídico nacional. A terceira corrente doutrinária afirma que os tratados possuem hierarquia supralegal, por se subordinarem à Constituição,

mas serem mais elevados que as demais normas internas, de modo que não poderiam ser revogados unilateralmente pelos Estados. O Supremo Tribunal Federal adotou essa corrente para os tratados de direitos humanos aprovados antes da EC 45/2004 no RE 466.343/SP. Por fim, a quarta orientação, adotada pelo STF para os tratados em geral, dispõe que eles possuem *status* legal. A depender da matéria, poderá ser lei complementar, como as normas sobre matéria tributária, de acordo com o art. 98 do CTN; ou lei ordinária, nos demais casos.

Embora a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal seja a de considerar os tratados em princípio como lei ordinária, segundo precedente firmado no RE 80.004/SE, essa orientação não é imune a críticas. Trata-se, em verdade, de desrespeito a princípios do Direito Internacional. Segundo a orientação seguida hoje pelo Brasil, é possível deixar de aplicar um tratado, fruto de negociações entre Estados, por um ato unilateral. O respeito ao Direito Internacional, basilar para seu efetivo funcionamento, fica ameaçado.

A partir desse entendimento do STF, o próprio Tribunal estabeleceu que, em caso de contradição entre norma interna e tratado, a questão resolver-se-ia pelos critérios normais de revogação. Contudo, a revogação trabalha no plano da validade da norma, o que não parece mais correto. Na verdade, como o tratado e a lei interna possuem fundamentos de validade distintos – um é o Direito Internacional e o outro é a Constituição – o mais técnico seria resolver a antinomia por meio do plano da eficácia. Como o fundamento de validade das normas é distinto, não há como uma atingir a outra. O único plano em que se encontram no ordenamento jurídico é o plano da eficácia. Assim, a norma mais recente suspenderia a eficácia da norma mais antiga.

Com base nessa premissa, é possível solucionar a incompatibilidade entre a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e o Código Penal, cujo tratamento sobre a extraterritorialidade da norma penal é distinto. Segundo o art. 5º, § 2º, e art. 7º, II, “c”, do Código Penal, em relação a crimes cometidos a bordo de navio em mar territorial, aplica-se a lei do país costeiro e, em casos excepcionais, a lei do país de bandeira do vaso. Por outro lado, a Convenção de Montego Bay, no art. 27, estabelece lógica diametralmente oposta. Segundo ela, aplica-se a jurisdição do país de pavilhão do navio. O Estado costeiro será competente apenas em quatro casos excepcionais: consequências para o Estado costeiro, perturbação da ordem do Estado costeiro, assistência solicitada pelo funcionário diplomático ou consular do país de bandeira ou tráfico internacional de entorpecentes.

Como as duas normas são hierarquicamente iguais, com valor de lei ordinária, cabe analisar o critério cronológico. Os arts. 5º e 7º do Código Penal foram introduzidos em 1984,

ao passo que a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar entrou em vigor em 1995, na forma do Decreto n. 1.530/95. Assim, como lei posterior prevalece sobre lei anterior, tem-se que o Código Penal teve sua eficácia suspensa a partir de 1995.

A compatibilização entre os dois institutos deve ser feita para que seja possível a aplicação da lei efetivamente vigente no ordenamento jurídico aos casos concretos, de forma a respeitar o princípio da legalidade, garantia dos cidadãos, e o próprio Direito Internacional, uma vez que o Brasil pode ser responsabilizado por não o aplicar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172 Compilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. Decreto n. 1.530, de 22 de junho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1530.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. Decreto n. 99.165, de 12 de março de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99165impressao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 1.304.157 – PA. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201200105642&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 79.785. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=102661>. Acesso em: 07 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 466.343. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343%2ENUME%2E+OU+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hvf5ssf>>. Acesso em: 07 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 80.004/SE. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2880004%2ENUME%2E+OU+80004%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zjv3yvk>>. Acesso em: 07 out. 2016.

GAVOUNELLI, Maria. *Functional Jurisdiction in the Law of the Sea*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. Cascais: Princípia, 2012.

MOUSSALEM, Tarek Moyses. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2007.

PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/textos.htm>>. Acesso em: 07 out. 2016.

QUIXADÁ, Leticia Antonio. *O Supremo e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos: debate jurisprudencial em relação ao nível hierárquico-normativo dos tratados internacionais*. 2009. 74 f. Trabalho monográfico (Pós Graduação em Direito) – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2009, p. 25. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/monografias_ver.php?idConteudo=148>. Acesso em: 07 out. 2016.