



## O EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA BREVE ANÁLISE DO VOTO DO MIN. RIBEIRO DANTAS

*Thiago Oliveira Moreira<sup>1</sup>*

Em 15 de dezembro de 2016, a 5ª Turma do STJ, ao julgar por decisão unânime o Recurso Especial (REsp.) nº 1.640.084-SP, adotou o entendimento do Min. Ribeiro Dantas (Relator), no sentido de que o crime de desacato é inconvenional.

O julgado em comento pode ser considerado de extrema relevância no que tange à concretização do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) no âmbito da Jurisdição brasileira. Apesar do entendimento não ser inédito, é inegável o avanço do STJ, através de sua 5ª Turma, em exercitar de modo explícito o controle de convencionalidade.

Diante do potencial impacto que a presente decisão pode causar, necessário se faz que algumas considerações sobre a mesma, ainda que breves, possam ser feitas e colocadas em debate acadêmico.

No que pertine aos fatos, conforme consta do relatório do acórdão, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) condenou um indivíduo pela prática, dentre outros, do delito de desacato, previsto no art. 331 do Código Penal.

O recorrente alegou que a previsão normativa do crime de desacato no ordenamento jurídi-

<sup>1</sup> Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Mestre em Direito pela UFRN e pela Universidade do País Basco (UPV/ES). Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra (FDUC/PT) e pela Universidade do País Basco (UPV/ES). Membro do Conselho Nacional da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI). Pesquisador na área de Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional.

co brasileiro viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)<sup>2</sup>. Dessa forma, o fato seria atípico e o crime não existiu. Para tanto, fundamentou sua pretensão no posicionamento da Relatoria para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A Subprocuradoria-Geral da República, de forma bastante elogiável, emitiu parecer favorável com relação ao argumento da incompatibilidade do delito de desacato para com o art. 13 da CADH, fundamentando sua posição com base no entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), na prevalência da CADH em caso de “colisão” com o direito interno e no reconhecimento do status supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos. Com efeito, para o Ministério Público Federal, resta inviabilizada a condenação por desacato em virtude da sua incompatibilidade com o art. 13 da CADH.

Adentrando especificamente no voto do Min. Ribeiro Dantas<sup>3</sup>, observa-se que foram trazidos os argumentos do TJSP para negar provimento à apelação. Em síntese, alegou a Corte paulista que a abolição de qualquer tipo penal somente poderia ocorrer por meio de lei; que o delito de desacato não é incompatível com a CADH; e, por fim, que a previsão do desacato insere-se na hipótese de responsabilidade ulterior, nos termos do item 2 do art. 13 da CADH.

Felizmente, o voto tratou de afastar os argumentos trazidos pelo TJSP. Lembrou o Min. Ribeiro Dantas que os artigos iniciais da CADH preceituam acerca da obrigação de respeitar os direitos e sobre o dever de adotar as disposições de direito interno, destacando que incumbe ao Estado adotar medidas legislativas ou de outra natureza para solucionar eventuais antinomias normativas, bem como para tornar efetivos os direitos e liberdades consagrados no Sistema Interamericano. Além disso, foram invocadas as normas de interpretação previstas no art. 29<sup>4</sup> da mencionada convenção internacional.

Logo após trazer à baila os dispositivos da CADH, o que já elogiável por si só, o Relator passou a lembrar de que o STJ e o Supremo Tribunal Federal já reconheceram o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, que a hipótese de conflito entre norma interna e a CADH acarreta na invalidação do direito estatal e não em sua revogação. Assim,

2 *Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão.* 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

3 Em que pese outras questões terem sido debatidas, esse escrito limita-se a abordar o tema do controle de convencionalidade

4 *Artigo 29. Normas de interpretação.* Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma Natureza.

vê-se que o magistrado, partindo das ideias expostas pela própria doutrina brasileira<sup>5</sup>, admite a sindicância de compatibilidade vertical entre a norma estatal e o DIDH.

Para além da referência à doutrina internacionalista, buscando fundamentar o dever dos juízes nacionais de exercerem o controle difuso de convencionalidade, o Min. Ribeiro Dantas colaciona o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), manifestado no Caso “Almonacid Arellano”. Trata-se do que a doutrina costuma chamar de Diálogo Interjurisdicional<sup>6</sup>. Muito embora o diálogo dos tribunais brasileiros com a Corte IDH não seja uma praxe (infelizmente), louva-se a iniciativa do voto ao buscar adimplir com as determinações da jurisdição interamericana.

Preocupado com uma eventual alegação de incompetência da 5ª Turma do STJ para declarar a invalidade da norma contida no art. 331 do CP, o Min. Ribeiro Dantas afirmou que há nítida diferença entre os controles de constitucionalidade e convencionalidade, assim como relembra que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia supralegal, em regra, no Brasil<sup>7</sup>. Dessa forma, com base no art. 105, III, ‘a’ da CF, cabe ao STJ julgar, em recurso especial, as causas decididas em última instância pelos Tribunais dos Estados, quando a decisão recorrida contrariar tratado.

De forma, ao meu sentir, equivocada, o Min. Ribeiro Dantas reconhece que apenas os tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo rito específico do § 3º do art. 5º da CF, conforme já decidido pelo (STF), são de hierarquia constitucional e, portanto, servem de parâmetro para controle de constitucionalidade, vez são equivalentes às Emendas Constitucionais. Assim, não há que se falar em usurpação de competência do STF e da necessidade de observância da cláusula da reserva de plenário. De toda forma, resta reconhecida a competência da 5ª Turma para o exercício do controle de convencionalidade, seja por determinação da Corte IDH ou por interpretação da Constituição Federal.

Ao passar à análise dos dispositivos em confronto, art. 13 da CADH e art. 331 do CP, o Relator destaca o posicionamento da CIDH, que atesta a prevalência do art. 13 da CADH, notadamente através do Relatório sobre a Compatibilidade de Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1995), bem como o Caso “Palamara Iribarne”, em que a Corte IDH condenou o Chile, afirmando que a imputação do crime de desacato violou o direito à liberdade de expressão. Além disso, robusteceu os seus argumentos ao referenciar a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão<sup>8</sup>.

Talvez um dos poucos pontos polêmicos da decisão em análise seja o fato do voto afirmar que “as recomendações da CIDH assumem força normativa interna”. O Min. Ribeiro

5 O Min. Ribeiro Dantas cita a seguinte obra: MAZZUOLI, Valério. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2ª ed. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

6 Sobre o tema, *vide*: MOREIRA, Thiago Oliveira. **O Necessário Diálogo Interjurisdicional entre a Jurisdição Brasileira e a Interamericana**. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Tribunais Internacionais e a Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 478 – 495.

7 Adotamos entendimento em sentido contrário, conforme disposto em: MOREIRA, Thiago Oliveira. **A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição Brasileira**. Natal: EDUFRN, 2015.

8 Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.liberdade.de.expressao.htm>. Acesso em 17/02/2017.

Dantas fundamenta a assertiva com base no Caso “Loayza Tamayo”, no princípio da boa-fé, assegurado pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, e na doutrina de André de Carvalho Ramos. Nesse ponto, há forte corrente em sentido contrário, cujos principais argumentos são a ausência de fundamento na CADH e a inexistência de previsão na Constituição.

Muito embora o Min. Ribeiro Dantas ainda destaque outros argumentos para fundamentar a invalidade do delito de desacato, convém fazer elogios ao “Diálogo das Cortes”. Muito embora não seja um precedente obrigatório para os tribunais brasileiros, o Relator cita a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Lewis v. City of New Orleans* (1974), em que foi declarada a inconstitucionalidade do delito de desacato.

Já próximo das conclusões finais do voto, o Min. Ribeiro Dantas observa que o afastamento da tipificação criminal do desacato não obstaculiza a eventual responsabilidade civil ou mesmo o enquadramento em outros tipos penais, na hipótese de abuso de expressão ofensiva ao funcionário público.

Em suma, a decisão em comento é um exemplo claro de exercício do controle de convencionalidade por parte do STJ e de reconhecimento do dever de aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Judiciário brasileiro.

A decisão da 5ª Turma do STJ já ressoa em outros órgãos jurisdicionais brasileiros. O juiz Fernando de Castro Faria (TJSC) absolveu sumariamente um acusado pelo delito de desacato<sup>9</sup>. Para tanto, fundamentou sua decisão<sup>10</sup> nos mesmos argumentos já ventilados (atipicidade do fato, superioridade normativa da CADH, inconvenção), bem como fez referência expressa a recente decisão do STJ, proferida no REsp. em comento, e a um precedente do próprio TJSC.

Não se pode deixar de mencionar que, aos idos de 2015, portanto, antes de fixado o entendimento da 5ª Turma do STJ, o juiz Alexandre de Moraes da Rosa prolatou sentença absolvendo um indivíduo acusado de ter praticado o delito de desacato<sup>11</sup>. O principal fundamento foi justamente a incompatibilidade entre o crime de desacato e a tutela a liberdade de expressão conferida pelo art. 13 da CADH.

Espera-se que esses bons exemplos de concretização do DIDH sejam seguidos por outros juízes e tribunais brasileiros, pois somente dessa, será possível falar em uma Jurisdição aberta ao Direito Internacional, ou seja, numa Jurisdição Cooperativa<sup>12</sup>.

Na qualidade de professor da disciplina Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>13</sup>, só me resta aplaudir o voto do Min. Ribeiro Dantas e torcer para que outros magistrados brasi-

9 Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/juiz-de-santa-catarina-reconhece-a-incompatibilidade-do-crime-de-desacato-com-a-convencao-americana-de-direitos-humanos-e-absolve-acusado/>. Acesso em 17/02/2017.

10 Disponível em: [https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2J0000CUE0000&processo.foro=91&uuiidCaptcha=sajcaptcha\\_927b3836ff2d4fd9a53d9511fdd6a7d6](https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2J0000CUE0000&processo.foro=91&uuiidCaptcha=sajcaptcha_927b3836ff2d4fd9a53d9511fdd6a7d6). Acesso em 17/02/2017.

11 Disponível em: [https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0N000MCYC0000&processo.foro=23&uuiidCaptcha=sajcaptcha\\_ececafff59c47c393394198feaa3884](https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0N000MCYC0000&processo.foro=23&uuiidCaptcha=sajcaptcha_ececafff59c47c393394198feaa3884). Acesso em: 17.02.2017

12 Para compreender o conceito de Jurisdição Cooperativa, *vide*: MOREIRA, Thiago Oliveira. **Implicações do Modelo Häberleano de Estado Cooperativo na Jurisdição**. In. FRIEDRICH, Tatyana Scheila; RAMINA, Larissa. Coleção Direito Internacional Multifacetado: convergências e divergências entre ordens jurídicas. v. 5. Curitiba: Juruá, 2015, p. 275 – 298.

13 Atualmente, vinculada ao Departamento de Direito Privado da UFRN.

leiros apliquem o disposto em tratados internacionais de direitos humanos, exercitem o controle de convencionalidade e estabeleçam um diálogo interjurisdicional, seja com outros tribunais domésticos e/ou com os órgãos de monitoramento e controle do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Por fim, são julgados como esse que me fazem ter esperança em uma futura interamericanização da magistratura brasileira, afinal, todo juiz nacional é um juiz interamericano.