

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: NOVOS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS APÓS O HC 379.269/MS E A SUPERAÇÃO DA TEMÁTICA DO DESACATO

CONVENTIONALITY CONTROL IN SUPERIOR COURT OF JUSTICE: JURISPRUDENCE AFTER HC 379.269/MS AND THE OVERRULING OF DISRESPECT CRIME THEME

Jorge Luis Chaves de Assunção Lima¹

Data de Submissão: 20/08/2021

Data de Aceite: 09/11/2021

Resumo: O presente artigo busca apresentar os resultados obtidos após pesquisa analítica crítica de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça envolvendo controle difuso de convencionalidade, publicados posteriormente aos notáveis julgados que envolviam a convencionalidade do desacato. A relevância da análise se dá por duas justificativas principais: novos tópicos envolvendo o tema foram discutidos nos julgados analisados, sendo verificadas algumas rupturas e novas compreensões, ainda não discutidas no ambiente acadêmico brasileiro. A partir de breve análise qualitativa dos 4 principais novos acórdãos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, pretendeu-se dar luz aos novos padrões interpretativos do Tribunal da Cidadania em relação à temática. Ao longo das análises, foram identificadas interessantes conjunturas, como: 1- A participação ativa do Ministério Público Federal; 2- A dispersão jurisprudencial criada entre a 1ª e 3ª Seção do Tribunal; 3- Os avanços interpretativos na 3ª Seção, caso comparados com o conteúdo do HC 379.269, de 2017.

1 Graduando em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro. Monitor de Direito Internacional Público e membro do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional (GPDI/UFRJ). E-mail: jlcalima@ufrj.br

Palavras-chave: Controle de convencionalidade. Superior Tribunal de Justiça. Relações entre Direito Internacional e Direito Interno. Direitos Humanos.

Abstract: This article intends to present the results obtained after analytical research of the Brazilian Superior Court of (Common) Justice (STJ) rulings involving the diffuse conventionality control subsequent to the notable judgments involving the conventionality of officer disrespect crime. The relevance of the analysis is given by two main reasons: new topics involving the control of conventionality were discussed in the analyzed judgments and some ruptures and new understandings were verified, not yet discussed in the Brazilian academic environment. Thus, from a brief qualitative analysis of the 4 new cases judged by the Superior Court of Justice, here it was intended to illuminate the new interpretative standards of the STJ in relation to the subject. The result was the identification of the following paradigms and occurrences: 1- The essential role of the Brazilian Federal Public Ministry; 2- The jurisprudential dispersion created between the 1st and 3rd Section of the Court; 3- Interpretive advances in the 3rd Section, if compared with the content of HC 379.269, of 2017.

Keywords: Conventionality control; Brazilian Superior Court of Justice; Relations Between International Law and Municipal Law; Human Rights.

1. INTRODUÇÃO

O controle de convencionalidade no Superior Tribunal de Justiça é tema que está na ordem do dia do tribunal. O primeiro acórdão que fazia referência direta ao tema é o Recurso Especial 1.640.084, que após gerar esperança aos entusiastas da convencionalização de nosso sistema jurídico, logo foi suprimido pelo Habeas Corpus 379.269. Até o presente momento, os estudos que se debruçam sobre o controle de convencionalidade na alçada do STJ referem-se massivamente ao já superado tema que envolve a convencionalidade do desacato, questão pacificada pela ADPF 496. Contudo, existem novos casos em voga, que contornam novas temáticas e trazem novos paradigmas interpretativos a serem analisados.

Se inegavelmente 8 dos 14 acórdãos do Tribunal da Cidadania que envolvem controle difuso de convencionalidade dizem respeito ao tipo penal do desacato, existem outros 6 julgados — 3 publicados recentemente, no ano de 2021 — que abordam os mais diversos temas, como: internalização de norma de *jus cogens*, direitos dos povos indígenas, competência do STJ para exercer controle de convencionalidade e pessoas privadas de liberdade.

Desse modo, o que se objetiva no presente artigo é, a partir da análise crítica dos recentes julgados, fornecer luz ao debate que envolve o controle de convencionalidade no maior tribunal superior de nosso país, a fim de avaliar continuidades ou rupturas interpretativas após os emblemáticos julgados relativos ao tema do desacato, já exaustivamente analisados. Se, ao analisar a convencionalidade do artigo 331 do Código Penal, o Tribunal havia promovido um “desserviço e retrocesso” (GUERRA, 2018, p. 20) em relação ao controle de convencionalidade difuso no plano interno, o que esperar a partir da análise dos novos casos?

A metodologia utilizada no artigo será a análise crítica comentada de casos recentes — e ainda não discutidos — envolvendo o controle de convencionalidade no Superior Tribunal de Justiça. Desse modo, em primeiro lugar descreveremos brevemente o conceito de controle de convencionalidade em sua forma difusa para, então, adentrar na análise dos julgados recentes. Os acórdãos abordados neste artigo serão os se-

guintes²: Recurso Especial 1.798.903/RJ, Acórdão relatado pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca; Agravo Interno no Recurso Especial 1.704.452/SC, de relatoria do Ministro Og Fernandes; Recurso Especial 1.641.107/PA, de relatoria do Desembargador Federal convocado Manoel Erhardt; Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 136.961/RJ, também de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Por óbvio, caso todos os acórdãos fossem abordados profundamente, cada um deles forneceria material analítico suficiente para promover artigos de análise individual; contudo, o objetivo do presente trabalho é distinto, pois examina apenas o mérito relativo ao controle de convencionalidade, a fim de buscar um padrão valorativo utilizado pelo Tribunal da Cidadania.

2. AFINAL, O QUE É CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE?

Ainda que neste trabalho não se tenha como objetivo definir controle de convencionalidade — o que já foi feito por juristas altamente renomados —, é importante assentar o conceito, que atravessa toda a sua produção. Segundo Valério Mazzuoli (2013, p.3) controle de convencionalidade diz respeito à possibilidade de existir um controle normativo de normas domésticas a partir da verificação de sua compatibilidade com normas internacionais internalizadas, tácita ou expressamente, por um determinado Estado.

O controle difuso de convencionalidade seria uma das diversas modalidades de controle convencional possíveis, sendo aquele que é aplicado no plano interno dos Estados. Na alçada Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o controle de convencionalidade se solidifica — dado que já a Corte já havia se posicionado em relação ao tema tanto na

2 Um importante adendo: os outros dois julgados restantes não abordados aqui são o Agravo Regimental no Recurso Especial 1.684.232 e o Agravo Regimental no Recurso Especial 1.577.745. O primeiro apenas repete o conteúdo do acórdão 1.798.903, citado no artigo; o segundo, julgado da Quinta Turma, reconhece a possibilidade de se fazer controle de convencionalidade em sede de Recurso Especial, mas o Agravo é desprovido pois o apelante deixou de apontar o dispositivo supralegal violado.

Opinião Consultiva nº 14 quanto no caso *Barrios Altos Vs. Peru* — a partir do caso *Almonacid Arellano e Outros Vs. Chile*, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou a inconvenção da Lei de Anistia chilena por conta de seu desalinhamento com dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos:

119. Leis de anistia com as características descritas (par. 116 supra) conduzem à desproteção das vítimas e à perpetuação da impunidade dos crimes de lesa humanidade, razão pela qual são **manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana e indubitavelmente afetam direitos nela consagrados. Isso constitui, per se, uma violação da Convenção e gera responsabilidade internacional do Estado. Consequentemente, dada sua natureza, o Decreto Lei nº 2.191 carece de efeitos jurídicos e não pode seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos que constituem este caso**, nem para a identificação e a punição dos responsáveis, nem pode ter igual ou similar impacto a respeito de outros casos de violação dos direitos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Chile. (CORTE IDH, 2006, p. 51, grifo nosso)

Após o emblemático julgamento, o controle de convencionalidade solidificou-se cada vez mais, a partir do desenvolvimento progressivo da jurisprudência da Corte IDH (LEGALE, 2020). No Brasil, a sustentação normativa do controle de convencionalidade está pautada no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, consignado ao entendimento solidificado pelo RE 466.343, julgado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2008, que consagrou importante paradigma em nosso ordenamento jurídico: tratados internacionais de direitos humanos internalizados na ordem brasileira, que não tenham passado pelo rito descrito no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, possuem caráter supralegal e infraconstitucional. A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, solidificada em nosso ordenamento jurídico, legitima a anulação de disposições normativas infraconvencionais, obrigando todos os poderes do Estado, por constituir obrigação adquirida pela República Federativa do Brasil de modo conjunto (BRASIL, 2007).

3. RECURSO ESPECIAL 1.798.903/RJ: SOBERANIA, NORMA DE *JUS COGENS* E A IMPRESCRITIBILIDADE DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE.

O caso envolve recurso interposto pelo Ministério Público Federal, em desfavor de acusados pelo suposto envolvimento com o atentado à bomba do Riocentro, ocorrido na noite de 30 de abril de 1981. A tese dos Procuradores, acatada em primeira instância e rechaçada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, era a de que os crimes cometidos naquela noite caracterizariam crime contra a humanidade, o que violaria normas imperativas de direito internacional público — prescrições inderrogáveis, que não demandam internalização pelos Estados (MAZZUOLI, 2021, p. 82) — decorrentes da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968. Tal raciocínio, que resume a tese em questão, está na decisão de recebimento da denúncia em 1ª instância por parte da juíza Ana Paula Vieira de Carvalho:

Passados 50 anos do golpe militar de 1964, já não se ignora mais que a prática de tortura e homicídios contra dissidentes políticos naquele período fazia parte de uma política de Estado, conhecida, desejada e coordenada pela mais alta cúpula governamental.

Os fatos narrados na denúncia encontram-se, em tese, dentro deste contexto, na medida em que, segundo a tese ministerial, a ser submetida ao contraditório, o atentado a bomba descrito fazia parte de uma série de outros quarenta atentados a bomba semelhantes ocorridos no período de um ano e meio, direcionados à população civil, com o objetivo de retardar a reabertura política que naquele momento já se desenhava.

[...]

Admitida a tese de que se está diante de um crime contra humanidade, deve-se reconhecer, também, a imprescritibilidade destes fatos. Vejamos.

Muito embora o Brasil não tenha ratificado a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, aprovada pela Assembleia

Geral da ONU em 1968 – pois estava no auge da ditadura militar nesta época –, **entende a doutrina estarmos diante, na verdade, de verdadeiro princípio geral de direito internacional, incorporado aos costumes internacionais.**

[...]

A força desse princípio, absorvido como verdadeiro costume internacional, permitiu fosse inserido em novos instrumentos internacionais, sendo de destacar-se sua previsão no Estatuto de Roma, que trata do Tribunal Penal Internacional. **O reconhecimento da imprescritibilidade de crimes de lesa-humanidade como um princípio geral de direito internacional, incorporado aos costumes internacionais, foi explicitamente realizado pela Corte Interamericana de Direitos, no “Caso Almonacid Arellano”**

[...]

Não bastasse a natureza de costume internacional conferida à imprescritibilidade destes crimes, **considero estarmos diante de verdadeiro ius cogens, que não pode ser ignorado pelos Estados** (BRASIL, 2019, p. 21-22, grifo nosso)

Contudo, a decisão foi reformada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em sede de Habeas Corpus relatado pelo Desembargador Ivan Athié. A decisão do relator pode ser considerada um tanto quanto controversa, por confundir a jurisprudência de tribunais internacionais com decisão de tribunal alienígena ao invés de fonte legítima do direito internacional público — que pode gerar obrigações e, por força normativa, acabar por criar normas inderrogáveis de direito internacional — e comparar normas de direito internacional com normas de direito comparado:

Mesmo se nada disso existisse, a prescrição também impede a perseguição criminal. Anote-se a total impertinência da tese esposada pela decisão que recebeu a denúncia, com base em entendimento do Tribunal de Nuremberg. Não se aplica aqui no Brasil decisão de tribunal alienígena, como norma cogente. Serve, claro, como conclusão a ser pensada, meditada, mas não com a amplitude vista pela D. Juíza.

À toda evidência, e como se não bastasse aqui não ser lei decisão de tribunal de fora, os atos atrabiliários – e assim se enquadram os praticados no caso Riocentro, no âmbito, na intenção, na vontade, e também no resultado, estão abissalmente distantes de atos de extermínio de seres humanos considerados inferiores, e dos demais atos analisados pelo tribunal referido na decisão de 1º grau, enfim não há como estender-se a nós como norma cogente qualquer decisão estrangeira, senão, por absurdo, teríamos de admitir a incidência no Brasil da legislação alienígena, e não só a repressiva, mas também a permissiva. Não pode, em resumo, e por exemplo, aqui ser adotada a Lei de Talião, também as adúlteras não podem ser chicoteadas como permitido em alguns países, não cabe pena de morte a adversários políticos, assim como, ao contrário de alguns países, que até permitem ao pai tirar e com violência a vida de filho em caso de apostasia, aqui pode sim, e sem qualquer consequência (sic), renunciar-se a qualquer religião. (BRASIL, 2019, p. 25)

Após a concessão do Habeas Corpus no TRF-2, foi impetrado Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça, demandando a requalificação de crime contra a humanidade a partir do reconhecimento da incidência de norma internacional de *jus cogens*, o que levaria à extinção da prescrição. O caso foi levado para julgamento da Terceira Seção — colegiado que reúne os Ministros da Quinta e Sexta Turma do STJ —, por tratar de tema importantíssimo para o sistema de justiça brasileiro. Por fim, o que se extraiu do julgamento, em que venceu voto-vista divergente proferido pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca — vencidos Rogério Schietti Cruz e Sebastião Reis Júnior — foi o conhecimento parcial do recurso e negativa de seu provimento.

As abordagens que discutem o mérito do controle de convencionalidade no caso em questão podem ser divididas em dois blocos: o primeiro está nas discussões referentes à convencionalidade da Lei de Anistia; o segundo está na possibilidade ou não de internalização de norma de *jus cogens* internacional.

Em relação à convencionalidade da Lei de Anistia, o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça foi a simples escolha por factualmente não

entrar no mérito da questão (BRASIL, 2019, p. 138), posto que, apesar da EC 26/1985 e da Lei 6.683/1979 já terem sido declaradas recepcionadas pelo ordenamento constitucional vigente, nos termos da ADPF 153, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou a inconvenção da Lei de Anistia brasileira no caso Gomes Lund e outros (“Guerilha do Araguaia”) Vs. Brasil:

As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, **carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso**, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. (Corte IDH, 2010, p. 113, grifo nosso)

No entanto, a despeito da clara declaração de inconvenção, a sentença ainda não foi internalizada no plano interno em sua completude, tendo em vista que, apesar das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos serem dotadas de autoexecutoriedade no plano estatal, não existem mecanismos internos em nosso ordenamento jurídico que efetivem a anulação dos efeitos de uma lei por conta de exigência normativa supralegal. Em vista disso, foi protocolada a ainda pendente de julgamento ADPF 320, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que se pleiteia o cumprimento integral da sentença, a partir da tese de que a omissão do Estado brasileiro em cumprir o disposto na decisão caracteriza ofensa a princípio fundamental de nossa República. Por conta da pendência de julgamento, a análise do mérito relativa ao controle de convencionalidade nessa primeira questão foi deixada de lado.

Já o tópico correspondente ao controle de convencionalidade por força de norma cogente teve seu mérito examinado (BRASIL, op. cit., p. 139-156). Em primeiro plano, é importante que se faça um adendo: ainda que conste na ementa do julgado que o Supremo Tribunal Federal havia limitado a força de norma cogente no plano interno na Extradicação

1.362/DF, não foi esse o entendimento do voto condutor do acórdão. O Ministro Relator do Recurso Especial no STJ inclusive deixou claro para seus pares que se tratava de entendimento minoritário da Corte (Idem, p. 148). Além disso, importante citar que, ainda antes de entrar no mérito da questão e sem afastar sua análise, o relator afirmou que o mais produtivo seria se o próprio Supremo Tribunal Federal se pronunciasse em relação ao tema da internalização de norma de *jus cogens* (Ibidem).

No tocante à força vinculante de norma inderrogável de direito internacional, o entendimento majoritário foi o de que, em respeito à ordem constitucional vigente, era inviável imputar prática delituosa por força de norma internacional, por conta da incidência normativa disposta no artigo 5º da CRFB, inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988). Ainda que essa interpretação possa ter sido a mais adequada caso falemos de força de tratado com status supralegal, talvez não faça sentido usar o mesmo entendimento quando se trata de norma costumeira inderrogável, que possui autoexecutoriedade e obrigação de cumprimento no plano interno. É nesse sentido que entende Mazzuoli:

Dizer que o *jus cogens* é “norma imperativa de Direito Internacional geral” não significa dizer que os seus preceitos são somente obrigatórios, uma vez que mesmo aqueles derivados do *jus dispositivum* também o são, **mas quer significar que são insusceptíveis de derrogação pela vontade das partes**. Em princípio, toda norma jurídica é obrigatória, mas nem todas são imperativas, como é o caso do *jus cogens*. **Portanto, o que diferencia a norma de *jus cogens* das demais normas jurídicas é exatamente esse aspecto: a impossibilidade de derrogação pela vontade das partes**. Assim, a imperatividade das normas de *jus cogens* passa a encontrar o seu fundamento de validade em sua inderrogabilidade. (*op. cit.*, p. 113, grifo nosso)

A despeito do entendimento supracitado, a Terceira Seção estabeleceu que os efeitos legais de norma de *jus cogens* não podem se presumir, sob pena de se “revelar verdadeira afronta à própria soberania estatal e à supremacia da Constituição da República” (BRASIL, *op. cit.*, p. 151).

A arguição aqui levantada pelo relator é exatamente aquela chamada de retrocesso por Sidney Guerra (*op. cit.*, p. 20): “invocar a soberania estatal para adotar posicionamento que não leva em consideração o atual estágio da proteção dos Direitos humanos, seja em razão das regras ou dos princípios [...] corresponde a um desserviço e retrocesso prestado pelo Tribunal da Cidadania”. O que se percebe em relação a essa temática é a continuidade limitadora do, já duramente criticado (GUERRA; MARCOS, 2018), entendimento proferido nos termos do HC 379.269.

Além do tópico relativo à internalização de norma cogente, outro debate interessante foi citado no acórdão, a fim de dirimir possíveis interpretações difusas (BRASIL, 2019, p. 145): a incidência das tipificações presentes no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, internalizado pelo Decreto 4.388 de 2002. O Ministro Relator considerou pertinente analisar as possibilidades de tipificação delituosa de crimes lesa-humanidade, previstos no artigo 7º do Estatuto do TPI, assim como sua imprescritibilidade, prevista no artigo 29.

No entendimento do Ministro Rogério Schietti — voto vencido — o reconhecimento constitucional de submissão à jurisdição do TPI obrigaria o Brasil a internalizar tanto a tipificação convencionalmente prevista quanto sua imprescritibilidade. Contudo, a Terceira Seção novamente levou em conta as limitações positivadas pelo artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição, entendendo que tratados internacionais internalizados não poderiam criar tipos penais. Nessa perspectiva, tipificações penais demandam obrigatoriamente a criação de disposição normativa interna para surtir efeitos em nosso sistema jurídico, pois ainda que reconhecido o caráter supralegal do tratado, deveria incidir o que foi disposto constitucionalmente. Importante citar que seria forçoso afirmar que a submissão jurisdicional ao TPI — prevista no § 4º do artigo 5º da CRFB — é suficiente para elevar as disposições de seu Estatuto ao status de norma que integra efetivamente o bloco de constitucionalidade, dado que não se confunde o reconhecimento de competência para julgar com a internalização de tipificação lá prevista.

Além disso, em voto-vogal complementar ao entendimento vencedor, a Ministra Laurita Vaz (*Idem*, 2019, p. 175) considerou que, caso reconhecida a incidência de tipificação por força do Estatuto de Roma para

crimes cometidos no ano de 1981, haveria claro desrespeito ao princípio constitucional da irretroatividade da lei penal — *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* (Batista, 2011, p. 66-67). A consideração é relevante, dado que seria problemático imputar delito por força de norma que sequer existia factualmente no plano internacional até o ano de 1998, ao menos na alçada do TPI.

Encontrar as respostas corretas para o caso em questão é tarefa mais difícil do que parece, principalmente ao considerarmos novos institutos pouco considerados pela hermenêutica jurídica, como a incidência direta das normas de direito internacional no plano interno. Se, de um lado, a norma cogente talvez tenha amplitude normativa suficiente para imputar tipos penais costumeiramente, o constitucionalmente reconhecido princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege scripta* também deve ser levado em conta, especialmente se levarmos a cabo as premissas de que, no Estado Democrático de Direito, garantias são destinadas inclusive aos ofensores dos bens mais caros à sociedade e tratados internacionais estão positivados para conferir garantias, não as mitigar.

4. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 1.704.452/SC E RECURSO ESPECIAL 1.641.107/PA: CONSULTA PRÉVIA DE POVOS INDÍGENAS E A LIMITAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA 1ª SEÇÃO.

A estreia do controle jurisdicional de convencionalidade na 1ª Seção — competente para julgar demandas envolvendo direito público — foi discutida pela Segunda Turma do Tribunal da Cidadania em sede de Agravo em Recurso Especial decidido monocraticamente pelo Ministro Og Fernandes. O mérito da questão, trazida para o Superior Tribunal de Justiça pelo Ministério Público Federal, envolvia a instalação de empreendimento graneleiro em área que supostamente afetaria o interesse de comunidades indígenas locais.

Nos termos do art. 6º da Convenção 169 da OIT, internalizada pelo Decreto 5051 de 2004, povos indígenas devem ser consultados pre-

viamente caso exista qualquer medida legislativa ou administrativa que envolva seus interesses diretamente:

Artigo 6^a

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

[...]

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas (BRASIL, 2004).

O Ministro Og Fernandes negou o pedido, repetindo a tese vencedora em 2^a instância, entendendo que a manifestação de entidade representativa de povos indígenas por força da Convenção era “meramente facultativa” (BRASIL, 2019, p. 2) e que a FUNAI havia sido provocada, mas não se manifestou em prazo razoável. Em relação ao controle de convencionalidade, foi inaugurada uma tese um tanto quanto problemática: Og Fernandes entendeu que normas supraleais, provenientes de tratados internacionais de direitos humanos, não deveriam ser analisadas pelo Tribunal da Cidadania, mas sim pelo Supremo Tribunal Federal:

No que tange à consulta das comunidades indígenas à luz da Convenção 169/OIT, cabe preliminarmente, ponderar sobre o cabimento do presente feito. Não se desconhece a existência de julgados desta Corte reconhecendo sua competência para apreciar os recursos fundados na violação de tratados de caráter supraleal (nesse sentido, por exemplo, o REsp 1.640.084/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 1º/2/2017). Entretanto, tem a Corte Suprema sinalizado que os tratados internacionais sobre direitos humanos, ainda que não submetidos ao rito do art. 5º, § 3º, da CF/1988, integram

o que se denomina de “bloco de constitucionalidade”, ganhando caráter supralegal.

[...]

Nesse plano, compreendo descaber a análise, por esta Corte, de violação da norma convencional veiculadora de direitos humanos. Ademais, ao paralisar a eficácia da norma legal, o tratado supralegal, parece-me, aproxima-se ontologicamente muito mais de disposição constitucional que de legislação federal. (BRASIL, 2019, p. 2)

O entendimento foi revisado pelo plenário em sede de Agravo Interno e, no dia 10 de março de 2020, a 2ª Turma reforçou o precedente por unanimidade. A decisão merece ressalvas, pois ainda que reconhecida a integração de tratados de direitos humanos ao bloco de constitucionalidade sem que passem pelo rito constitucional da EC/45 de 2004, nos termos do § 2º do artigo 5º da CRFB (Carvalho, 2016, p. 169), o caráter supralegal da norma, estabelecido nos termos do RE 466.343/STF, não exclui de modo algum a competência jurisdicional constitucionalmente direcionada ao STJ, tendo em vista que o poder constituinte definiu “contrariar tratado” lato sensu, independente de seu status normativo no ordenamento brasileiro:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - **julgar, em recurso especial**, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

[...]

a) **contrariar tratado** ou lei federal, ou negar-lhes vigência (BRASIL, *op. cit.*, grifo nosso)

Apesar das controvérsias possíveis, também foi com base nesse entendimento que a 1ª Turma afastou o instituto do controle de convencionalidade no Recurso Especial 1.641.107/PA, julgado em 15 de junho de 2021. O caso, levado ao Tribunal da Cidadania pela Centrais Elétricas Brasileira S/A (Eletrobras) envolvia Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Federal e abrangia litígio relativo à ausência de consulta prévia a povos indígenas locais ao longo do procedimento le-

gislativo do Decreto 788/2005, que autorizou a construção da Usina de Belo Monte. A decisão, agora proferida pela 1ª turma por unanimidade, também afastou a aplicação do controle difuso de convencionalidade, replicando o entendimento da 2ª Turma:

74. Verifico ainda, que este STJ já reconheceu a supralocalidade da Convenção 169/OIT, em precedente recente da egrégia Segunda Turma, aduzindo que o controle de convencionalidade, nesse caso, seria atribuição do Supremo Tribunal Federal [após isso, cita a ementa do Resp 1.704.452] (BRASIL, 2021, p. 41)

As decisões em comento acabaram por criar uma delicada dispersão jurisprudencial entre a 1ª Seção, especializada em direito público e a 3ª, que cuida de matéria penal e processual penal. Enquanto a Terceira Seção admite o exercício do controle difuso de convencionalidade de forma reiterada na alçada do Tribunal, as duas turmas da 1ª Seção afastaram essa possibilidade nos precedentes citados.

5. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS 136.961/RJ: NOVOS PARADIGMAS PARA O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

O Agravo em comento trata de decisão amplamente comentada em meios midiáticos e diz respeito ao cumprimento de medida provisional proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no dia 22 de novembro de 2018, em que, por conta das condições desumanas constatadas no Instituto Plácido de Sá Carvalho, localizado no Complexo Penitenciário de Bangu, cada dia de privação de liberdade ali cumprido deveria ser computado em dobro:

4. O Estado deverá arbitrar os meios para que, no prazo de seis meses a contar da presente decisão, se compute em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam

acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente resolução. (Corte IDH, 2018, p. 24-25)

A decisão foi acatada em primeira instância pelo juízo da Execução Penal; contudo, valorando os parâmetros iniciais para contagem a partir da data em que foi proferida a medida, entendimento que foi reforçado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (STJ, 2021, p. 3). O caso foi levado ao Tribunal da Cidadania, em julgado histórico proferido pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que entendeu os efeitos da decisão proferida pela Corte IDH como retroativos para todo o tempo cumprido pelos apenados beneficiados com a contagem, em respeito ao princípio da interpretação pro persona, amplamente consagrado (NETTO, 2017) no Sistema Interamericano de Direitos Humanos:

Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pudesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena.

Nesse ponto, vale asseverar que, por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, o Estado-parte da CIDH pode ampliar a proteção dos direitos humanos, por meio do princípio pro personae, interpretando a sentença da Corte IDH da maneira mais favorável possível aquele que vê seus direitos violados. (BRASIL, 2021, p. 5)

Por unanimidade, o entendimento foi mantido na Quinta Turma, em sede de Agravo Regimental movido pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Se, na 1ª Seção, o controle de convencionalidade parece “respirar por aparelhos”, na 3ª ele está vivo e em desenvolvimento progressivo. Uma importante e alentadora consideração a ser feita em relação à internalização de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos é o avanço percebido ao compararmos o entendimento do HC 379.269 de 2017. Se lá havia se consagrado o juízo de que a existência de decisão da Corte IDH não seria suficiente para surtir efeitos jurídicos no

plano jurídico interno, por força da soberania estatal (BRASIL, 2017, p. 45-46), agora, no entendimento da 5ª Turma, foi possível perceber interpretação que busca uma relação dialógica entre o plano internacional e interno, sem qualquer tipo de dúvida no que tange a obrigatoriedade de cumprimento de decisão da Corte.

Partir de entendimento conservador para o pleno reconhecimento de medida provisional da Corte IDH por unanimidade em uma das turmas da Seção, com efeitos expandidos pelo princípio da interpretação pro-persona, é inegavelmente uma tremenda revisão de paradigmas, talvez influenciada pelas diversas críticas publicadas em periódicos científicos.

6. OCORRÊNCIAS IDENTIFICADAS APÓS A ANÁLISE DOS JULGADOS

Ao longo da pesquisa que resultou na exposição dos tópicos anteriores, foram identificados importantes padrões e fenômenos que ainda não haviam sido apontados na alçada do Superior Tribunal de Justiça. Seguem adiante os principais, assim como algumas proposições de análise.

6.1. DESTAQUE PARA A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Tanto no Recurso Especial 1.798.903/RJ, que envolvia a convencionalização de norma de *jus cogens*, quanto nos recursos 1.704.452/SC e 1.641.107/PA, que envolviam a consulta prévia a povos indígenas por força da Convenção 169 da OIT, foi destacável a atuação do Ministério Público Federal, lançando mão de teses que buscavam o controle de convencionalidade na alçada do Superior Tribunal de Justiça. Não é de hoje que se reivindica o papel do Ministério Público como essencial para a construção de um Estado que cumpra devidamente suas obrigações adquiridas no plano internacional (HEEMANN, 2019); no entanto, a constatação empírica dessa construção no âmbito do controle difuso

no plano interno é inédita e essencial para o avanço do cumprimento das normas internalizadas em nosso plano jurídico.

A função institucional do Ministério Público, que possui amplo rol elencado pelo legislador constituinte, visa garantir essencialmente a defesa da coletividade em uma república marcada pelo patrimonialismo, mandonismo, racismo, corrupção, desigualdade e violência (SCHWARCZ, 2019). Esse papel desafiador muitas vezes não encontra sustentação normativa no plano do direito interno, mas pode basear-se em normas de direito internacional — internalizadas ou cogentes. A solidificação do diálogo de fontes favorece a sociedade, ao mesmo tempo que auxilia o Ministério Público a cumprir suas funções institucionais, em uma relação dialógica que depende da ampliação de teses convencionais em nossos organismos de controle.

6.2. DISPERSÃO JURISPRUDENCIAL ENTRE A 1ª E 3ª SEÇÃO

A dispersão jurisprudencial não é fenômeno incomum em nosso sistema de justiça, sendo criticado inclusive por Ministros do próprio Superior Tribunal de Justiça (SALOMÃO, 2017). Por óbvio, entendimentos díspares gerados por conta da matéria tratada pelas Seções do tribunal são habituais, dadas as especialidades de cada norma por elas ponderada. No entanto, quando se trata de matéria dialógica e normativamente equitativa para todo o Tribunal, como é o caso do cabimento ou não do exercício de controle difuso de convencionalidade, a dispersão pode ser prejudicial.

Para além do fato da disparidade entre os entendimentos criar insegurança jurídica, torna-se de difícil compreensão qualquer tipo de previsão em relação ao futuro do controle de convencionalidade no STJ. Desse modo, podemos esperar, futuramente, a análise da matéria por parte da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a uniformização jurisprudencial é sua competência, nos termos do inciso IV do artigo 16 de seu Regimento Interno.

6.3. AVANÇOS NOTÓRIOS NA 3ª SEÇÃO

Como citado anteriormente, parece que houve certo amadurecimento por parte dos Ministros que compõem a 3ª Seção — especificamente na Quinta Turma — caso façamos uma análise comparativa da tese acatada no HC 379.269, de 2017, e no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 136.961, de 2021. Entre poucos julgamentos, saímos da tese que poderia abrir margem jurisprudencial para o não cumprimento de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos para o devido cumprimento de medida provisional proferida pela Corte, deferido por unanimidade. Estaríamos diante da superação de uma interpretação restritiva no âmbito da Seção que julga matéria penal?

7. CONCLUSÃO

Inegavelmente ainda há muito para avançar quando discutimos a amplitude do controle de convencionalidade e a cada vez maior convencionalização do ordenamento jurídico interno na contemporaneidade. O que se pretendeu, ao promover uma análise crítica dos julgados, foi apresentar aspectos que devem ser analisados com rigor à luz da teoria do diálogo de fontes e internalização de normas e tratados internacionais, a fim de construir o conhecido constrangimento epistemológico (STRECK, 2020 p. 61-66) em relação às deficiências decisórias e questões em aberto para a ciência do direito.

O recente crescimento do instituto do controle difuso de convencionalidade no âmbito do Superior Tribunal de Justiça — que, até 2016, não havia proferido nenhuma decisão colegiada e apenas 4 monocráticas (hoje mais de 200) a respeito da temática — é indício de que estamos em progressivo desenvolvimento para a cada vez maior convencionalização jurisdicional do sistema de justiça brasileiro. A tese transconstitucionalista de Marcelo Neves (2009; 2014) já foi utilizada para analisar o tímido diálogo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal, mas muito provavelmente, no ano da publicação do referido artigo, não poderíamos imaginar que em tão pouco tempo esta-

ríamos a presenciar teses convencionais tão bem estruturadas no plano interno, em tribunais da justiça comum.

Esse artigo promoveu a função de produzir mais perguntas do que respostas, mas o que seria isso se não a maior função da produção acadêmica? Nas palavras de Jaspers (2011, p. 24), ao discorrer acerca do objeto essencial da epistemologia: “os fenômenos devem ser explorados ao infinito”. O papel do Ministério Público Federal e a dispersão jurisprudencial corrente até o momento de submissão desse texto, assim como o estudo aprofundado das decisões aqui comentadas e das decisões monocráticas que apenas fazem crescer, são matérias que se insurgem para análise daqueles que nutrem interesse pelos direitos humanos e, igualmente, contribuem para a construção de um sistema de justiça cada vez mais convencionalizado, mirando sempre a conquista do “Estado Convencional de Direito”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto 5051 de 19 de abril de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 136.961/RJ**. Relator do Acórdão: Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 15 de junho de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2069460&num_registro=202002844693&data=20210621&peticao_numero=202100442356&formato=PDF . Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 379.269**. Relator do Acórdão: Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, 24 de maio de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603035423&dt_publicacao=30/06/2017 . Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus 136.961/RJ**. Relator do Acórdão: Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 28 de abril de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=125604537&tipo_documento=documento&num_registro=202002844693&data=20210430&formato=PDF . Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.641.107/PA**. Relator do Acórdão: Manoel Erhardt (Desembargador Federal convocado). Brasília, 15 de junho de 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/>

SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603146082&dt_publicacao=30/06/2021 . Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.704.452/SC**. Relator do Acórdão: Og Fernandes. Brasília, 19 de março de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702708531&dt_publicacao=19/03/2020 . Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.798.903/RJ**. Relator do Acórdão: Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 30 de outubro de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502567234&dt_publicacao=30/10/2019 . Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 229.096/RS**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 16 de agosto de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=520131>

CARVALHO, F. **O bloco de constitucionalidade brasileiro**. Tese (doutorado) - Universidade de Fortaleza. Programa de Doutorado em Direito Constitucional, Fortaleza, 2016.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. **Sentença de 26 de Setembro de 2006**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em 19 ago. 2021.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. **Sentença de 24 de Novembro de 2010**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 19 ago. 2021.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Medidas Provisórias a respeito do Brasil: assunto do Instituto Penal Plácido De Sá Carvalho. Resolução de 22 de Novembro de 2018. Disponível em: ht-

[tps://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf). Acesso em 19 ago. 2021.

GUERRA, GR; MARCOS, HJB. O drible continental: a margem de apreciação nacional na decisão de convencionalidade do crime de desacato pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 63, n. 2, p. 169-189, 2018.

GUERRA, S. Avanços e Retrocessos sobre o controle de convencionalidade na ordem jurídica brasileira: uma análise do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado**, v. 2, n. 2, p. 72-92, 2018.

HEEMANN, T. **O exercício do controle de convencionalidade pelo membro do Ministério Público**. Escola Superior do Ministério Público do Paraná, p. 1-21, 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/36133211/O_Exerc%C3%ADcio_do_Controle_de_Convencionalidade_pelo_Membro_do_Minist%C3%A9rio_P%C3%ABlico.pdf. Acesso em: 19 ago. 2021.

JASPERS, K. **Introdução ao pensamento filosófico**. Editora Cultrix, 2003.

LEGALE, S. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional**. 2ª edição, revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MAZZUOLI, V. **Curso de Direito Internacional Público**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MAZZUOLI, V. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis no Brasil**. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, p. 417-434, 2013.

NETTO, CCB. **Princípio pro-persona: conceito, aplicação e análise de casos da corte interamericana de direitos humanos**. 2017. 140 f. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

NEVES, M. **Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina.** Revista de informação legislativa, v. 51, n. 201, p. 193-214, 2014.

NEVES, M. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SALOMÃO, LF. Conversa Sobre Processo 004 BLOCO 3/4. Youtube. 15 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=N7LjhSMSUd4> apud CONJUR. **Para Salomão, “dispersão da jurisprudência é absolutamente contraproducente”.** Revista Consultor Jurídico. 19 ago. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-19/dispersao-jurisprudencia-contraproducente-salomao>. Acesso em: 19 ago. 2021.

SCHWARCZ, LM. **Sobre o autoritarismo brasileiro.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

STRECK, L. **Dicionário de hermenêutica: cinquenta temas fundamentais da Teoria do Direito a luz da Crítica Hermenêutica do Direito.** Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2020.