

## **1. Introdução.**

O controle difuso da convencionalidade das leis e dos atos normativos é uma técnica judicial que analisa a compatibilização vertical do ordenamento infraconstitucional com as normas internacionais de direitos humanos incorporadas pelo direito pátrio.

A novidade que se verifica diz respeito à análise judicial, no processo coletivo, de *parametricidade* vertical das leis ou dos atos normativos do Poder Público não só tendo como norma-paradigma de controle a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas também os tratados internacionais, notadamente os tratados que tutelam os direitos humanos e que foram ratificados pelo Brasil e, portanto, em vigor no país.

## **2. A Interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos.**

A interpretação e a hermenêutica jurídica são fenômenos inconfundíveis (CUNHA, 2012, p.199). A interpretação de qualquer norma jurídica é uma atividade intelectual que tem por finalidade precípua tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, naturalmente particulares e concretas (MENDES *et al* 2009, p.77).

Tercio Sampaio afirma que interpretar é “selecionar possibilidades comunicativas da complexidade discursiva”. Para o autor, a interpretação jurídica, como tarefa dogmática, ocorre num amplo espectro de possibilidades. Envolve o direito como um fenômeno complexo, na perspectiva da decidibilidade de conflitos (SAMPAIO, 2011, p.226).

Lado outro, Carlos Maximiliano afirma que “a hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito” (MAXIMILIANO, 2002, p.28).

Dirley da Cunha ressalta ainda que “a hermenêutica fornece as ferramentas teóricas que serão manejadas pelo intérprete na busca da compreensão das disposições normativas” (CUNHA, 2012, p. 200).

A hermenêutica, portanto, é o domínio da ciência jurídica que se ocupa em formular e sistematizar os princípios que subsidiarão a interpretação, enquanto a interpretação é a atividade prática que se dispõe a determinar o sentido e o alcance dos enunciados normativos (CUNHA, 2012, p.200).

A doutrina hermenêutica, segundo Tercio Sampaio, por ser um “discurso do poder de violência simbólica” (SAMPAIO, 2011, p.251), afinal a hipótese do legislador racional não é isenta de uma tomada de posição ideológica, a qual se baseia no modo como se atribui

relevância aos valores principais do sistema normativo, “não se constrói como uma teoria descritiva (zetética) que explica como é o sentido do direito, mas como uma teoria dogmática que expressa como deve-ser (dever-ser ideal) ele interpretado”(SAMPAIO, 2011, p.247).

Assim, há uma relação mútua de dependência entre a hermenêutica e a interpretação jurídica, na medida em que sem a hermenêutica não se interpreta, e sem a interpretação a hermenêutica se torna inútil e desnecessária (MENDES *et al* 2009, pp.78-79).

Mas, a tarefa prática de explorar os textos normativos é atribuída à interpretação jurídica, não a hermenêutica (CUNHA, 2012, p.200).

E por interpretação jurídica deve-se entender a atividade prática de revelar/atribuir o sentido e o alcance das disposições normativas, com a finalidade de aplica-las a situações concretas, pois interpretar é determinar o conteúdo e significado dos textos visando solucionar o caso concreto. A interpretação, portanto, envolve duas atividades – uma voltada a desvendar/construir o sentido do enunciado normativo e outra destinada a concretizar o enunciado – e, nesse sentido, apresenta-se também como uma técnica de redução da natural distância que existe entre a generalidade dos textos normativos e a singularidade do caso concreto (CUNHA, 2012, p.200).

Karl Larenz assevera que a aplicação da disposição normativa ao caso concreto, isto é, a sua concretização, é “aspecto imanente à interpretação”, que não se realiza abstratamente, pois é de rigor “a exigência, na atividade de interpretação jurídica, de um *ir-e-vir* ou um *balançar de olhos* entre o texto da norma e a realidade”. Assim, afirma este autor, que somente com a “concretização da norma ou sua aplicação ao caso concreto, é que é possível revelar, por completo, o seu conteúdo e alcance” (LARENZ, 1978, p.335).

A interpretação, portanto, não se limita apenas a descobrir o significado e conteúdo do texto normativo, mas também a concretizá-lo, afinal todo texto normativo, por mais claro que se apresente, precisa ser interpretado, circunstância que revela o caráter imprescindível da interpretação, em especial no momento da aplicação do texto normativo ao caso concreto a que este venha a fundamentar.

Neste raciocínio, procede-se o desenvolvimento da atividade interpretativa em relação às normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

Bruna Pinotti Oliveira e Rafael Lazari afirmam que os tratados de direitos humanos “possuem normas muito amplas, com baixíssima densidade normativa, que geralmente adotam a forma de princípios, razão pela qual sempre que forem aplicadas exigirão atividade de interpretação”. Os autores esclarecem que o processo de interpretação das normas de direitos humanos se assemelha ao das normas de direitos fundamentais, razão pela qual “o critério<sup>1</sup> que

---

<sup>1</sup> Isto é, exame da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot), em sua tríplice configuração: adequação (Geeignetheit) , necessidade (Erforderlichkeit) e proporcionalidade em sentido estrito. Ver: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 9ªed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 566.

permitirá a solução de colisões será o da razoabilidade-proporcionalidade” (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p.95).

As normas que tutelam direitos humanos possuem força cogente absoluta e força não-cogente, ou relativa. Normas de força cogente (*jus cogens*) são objetos de tratados internacionais e não podem ter seu conteúdo eficaz suspenso em nenhuma hipótese. Por outro lado, as normas não cogentes (*soft law*) emanam de posicionamentos de organismos internacionais e acabam por influenciar e sofisticar a aplicação dos direitos humanos nos Estados signatários (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p.95).

Denomina-se *jus cogens* – direito cogente, lei coercitiva ou lei imperativa – estas normas peremptórias que não podem em hipótese alguma ser derogadas pelos Estados. Neste sentido, é possível identificar como *jus cogens* todas as normas que são consideradas inderrogáveis em termos de suspensão dos direitos humanos, mas não somente elas, podendo a jurisprudência dos órgãos reconhecer outras como tais (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p.95).

Destarte, o reconhecimento de normas *jus cogens* no sistema internacional não pode ser ignorado por nenhum Estado-Parte. Para Bruna Pinotti Oliveira e Rafael Lazari, “um Estado não pode se eximir de atender a estas normas, o que limita sua liberdade de contratar, fazendo reservas aos tratados internacionais”. O descumprimento da aplicabilidade imediata das normas cogentes no direito interno implica em limitações à autonomia contratual dos Estados no campo internacional (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p.95).

As normas de força cogente possuem nítida dimensão coletiva. O direito humanitário, o direito à vida, à integridade pessoal, à proibição da escravidão e da servidão, o princípio da legalidade e da retroatividade, a liberdade de consciência e religião, os direitos políticos e os direitos à autodeterminação dos povos são exemplos de algumas normas de direito cogente tanto no âmbito internacional quanto no interamericano que se aplicam peremptoriamente aos atos jurídicos de todos os entes estrangeiros.

O art. 53 da Convenção de Viena (1969) prevê que “é nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral”<sup>2</sup>. Para os fins da Convenção, é vedada a derrogação de norma de *jus cogens* quando da interpretação dos tratados internacionais, sob pena de nulidade dos atos jurídicos que contrariarem as normas cogentes.

---

2 BRASIL. Congresso Nacional. Decreto 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 dez. 2009. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2019.

Danielle Annoni afirma que tais normas imperativas são reconhecidas e assentidas pela comunidade internacional, e como tal só podem ser modificadas por norma ulterior de Direito internacional geral da mesma natureza e que preserve seu núcleo essencial (ANNONI, 2004, p.84).

As normas de *hard law*, por outro lado, não possuem conteúdo juridicamente vinculante. Entretanto, devido a um compromisso internacional específico celebrado entre entes internacionais foi concedido a estas normas eficácia vinculante. Também denominadas de normas convencionais de direitos humanos, as normas de *hard law* operam de modo obrigatório e podem ser juridicamente exigidas em relação aos Estados que se tornaram signatários do tratado que as prevê. Segundo Bruna Pinotti Oliveira e Rafael Lazari, hierarquicamente tais normas estão acima das normas não-cogentes (*soft law*), mas abaixo das normas cogentes de *jus cogens*, “podendo ser por elas tidas como nulas” (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p.96).

Assim, verifica-se que as normas não-cogentes (*soft law*) não são juridicamente vinculantes<sup>3</sup>. Tais normas “trazem apenas obrigações pouco constringentes, mas acabam empregados na prática como referências para pautar largamente as relações sociais no que diz respeito a proteção dos direitos humanos” (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p.96). Destarte, servem de parâmetro interpretativo na aplicação das normas de proteção dos direitos humanos.

Em se tratando de normas internacionais de direitos humanos, há expressa vedação à sua interpretação deturpada, no âmbito dos instrumentos normativos internacionais, que visem aplicar a norma segundo conveniências do intérprete. É defeso que a interpretação dos tratados internacionais objetivem distorcer as “finalidades da organização” e impedir “o exercício de direitos humanos fundamentais”. “Seja na aplicação destes tratados no âmbito internacional, seja no âmbito interno, nunca se poderá perder o verdadeiro sentido por trás da norma, que é a proteção plena da dignidade da pessoa humana e a garantia da paz entre os povos” (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p.98).

O artigo XXX da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH/1948) prevê que nenhuma disposição da Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Vale destacar que dentro de um documento de *soft law* pode restar conhecida uma norma de *jus cogens*, caso em que será tida como tal independente da natureza do documento. Ver: OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. Manual de Direitos Humanos. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 96.

<sup>4</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Diário Oficial

O art. 5º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP/1966) prevê que:

1 - nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas; 2 – não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais *reconhecidos* ou *vigentes* em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau<sup>5</sup>.

O art. 47 do PIDCP/1966 também prevê que “nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada em detrimento do direito inerente a todos os povos de desfrutar e utilizar plena e livremente suas riquezas e seus recursos naturais”<sup>6</sup>.

O art. 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) estabelece que:

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;
- (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<sup>7</sup>.

Para solucionar os conflitos interpretativos existentes e a aplicação do direito ao caso concreto conflituoso, a doutrina elaborou duas teorias sobre a incorporação dos tratados no ordenamento jurídico de um Estado-Parte, quais sejam, a teoria monista (KELSEN, 1998, p.515) e a teoria dualista (TRIEPEL, 1964, p.247).

Pela teoria monista defende-se a coexistência, no mesmo sistema jurídico, do direito interno e do direito internacional, dispensando-se o processo de incorporação normativa, uma vez que é inaceitável a existência de conflito entre as normas. E, segundo a teoria dualista, há

---

[da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 out. 1945. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2019.

<sup>5</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Decreto no 592, de 6 de julho de 1992.. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 06 jul. 1992. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2019.

<sup>6</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Decreto no 592, de 6 de julho de 1992.. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 06 jul. 1992. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2019.

<sup>7</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Promulgação. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 06 nov. 1992. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2019

autonomia e independência entre o direito interno e o direito internacional como “duas ordens jurídicas distintas” (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p.95). Compreende-se que a norma internacionalmente ratificada pelo Estado-Parte deverá ser submetida a processo de aprovação perante o Legislativo para que incorpore-se no Direito Positivo no âmbito nacional.

Adota-se no Brasil a teoria dualista. Bruna Pinotti Oliveira e Rafael Lazari afirmam que “para que uma norma internacional passe a valer no ordenamento interno precisa ser incorporada e, caso com ele entre em conflito, será necessário efetuar um exercício hermenêutico para decidir qual será aplicada” (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p.100).

Segundo Paulo Henrique Portela, o princípio da primazia dos direitos humanos<sup>8</sup> nas relações internacionais implica que “o Brasil deve incorporar os tratados quanto ao tema ao ordenamento jurídico interno brasileiro e respeitá-los”. Implica, também, segundo o autor, que “as normas voltadas a proteção da dignidade em caráter universal devem ser aplicadas no Brasil em caráter prioritário em relação a outras normas” (PORTELA, 2009, pp.99-101).

Todavia, a aplicabilidade de documentos internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro exige a observância de um procedimento complexo de incorporação dos tratados internacionais ao direito pátrio (art. 5º, §3º da CR/88). Muito embora, o Brasil adote o princípio da primazia da norma mais favorável em algumas de suas decisões, o faz com ressalvas, “respeitando a questão hierárquica da incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos” (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p.103).

As controvérsias correlatas a apreciação dos conflitos normativos, por fim, devem ser debatidas e solucionadas pelas comunidades nacionais, impedindo que o juiz internacional interfira e as aprecie, notadamente porque os fatores culturais internos sopesam na interpretação das normas internacionais ao caso concreto. A teoria da margem de apreciação é “baseada, assim, na subsidiariedade da jurisdição internacional e ponderada pelo princípio da proporcionalidade” (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p.101).

David Feldman aduz que “uma margem de apreciação, ou área de julgamento discricionário é permitida aos Estados quando estes julgarem existir uma necessidade social e a natureza de uma resposta apropriada” (FELDMAN, 2002, p.57 *apud* CORRÊA, 2013, p.64).

Sobre o tema, Paloma Morais Corrêa esclarece que a noção de uma “margem de apreciação baseia-se no fato de que as autoridades nacionais estão numa posição melhor do que

---

<sup>8</sup> O Brasil, embora adote o critério da primazia da norma mais favorável em algumas de suas decisões, o faz com reservas, respeitando a questão hierárquica da incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Ver: OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. Manual de Direitos Humanos. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 100.

um tribunal internacional para julgar o que é necessário de acordo com as condições locais”. A autora afirma ainda que a teoria da margem de apreciação oferece uma maneira de mediar a tensão entre a soberania estatal em relação às instituições internacionais e a necessidade de universalização dos patamares de direitos humanos (CORRÊA, 2013, pp.104-105).

Portanto, resta comprovado que os tratados de direitos humanos contêm normas de conceitos indeterminados e amplos, razão pela qual exigem profícua atividade interpretativa no contexto fático apresentado. Contudo, as categorias normativas no direito internacional apesar de estabelecerem o substrato normativo-textual de interpretação, impedem que tal interpretação distorça a finalidade protetiva da norma para aplicá-la segundo conveniências do intérprete.

Desse modo, o Direito Brasileiro, adotando a teoria dualista para solucionar os conflitos existentes no processo de incorporação dos tratados no ordenamento jurídico, embora utilize do critério da primazia da norma mais favorável em algumas de suas decisões, o faz com reservas, respeitando a questão hierárquica da incorporação dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.

### **3. A Incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.**

O sistema internacional de proteção aos direitos humanos tem como pressuposto que “certos direitos são tão caros e tão fundamentais à sociedade internacional que devem ser por ela protegidos e garantidos em todo o globo” (FERNANDES, 2017, p.289).

Desde a promulgação da Constituição da República de 1988, surgiram diversas interpretações que consagraram um tratamento diferenciado aos tratados relativos a direitos humanos, em razão do disposto em seu art. 5º, § 2º, o qual afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Essa disposição constitucional deu ensejo a uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial - também observada no direito comparado<sup>9</sup> - sobre o status normativo dos

---

<sup>9</sup> Cfr.: BIDART CAMPOS, German J.. Teoría General de los Derechos Humanos. Buenos Aires: Astrea; 1991, p. 357. “Si para nuestro tema atendemos al derecho internacional de los derechos humanos (tratados, pactos, convenciones, etc., con un plexo global, o con normativa sobre un fragmento o parcialidad) decimos que en tal supuesto el derecho internacional contractual está por encima de la Constitución. Si lo que queremos es optimizar los derechos humanos, y si conciliarlo con tal propósito interpretamos que las vertientes del constitucionalismo moderno y del social se han enrolado - cada una en su situación histórica - en líneas de derecho interno inspiradas en un ideal análogo, que ahora se ve acompañado internacionalmente, nada tenemos que objetar (de lege ferenda) a la ubicación prioritaria del derecho internacional de los derechos humanos respecto de la Constitución. Es cosa que cada Estado ha de decir por sí, pero si esa decisión conduce a erigir a los tratados sobre derechos humanos en instancia prelatoria respecto de la Constitución, el principio de su supremacía - aun debilitado - no queda escarnecido en su tésis, porque es sabido que desde que lo plasmó el constitucionalismo clásico se ha enderezado - en común con todo el plexo de derechos y garantías - a resguardar a la persona humana en su convivencia política”.

tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual pode ser sistematizada em quatro correntes principais, a saber:

a) a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos (MELLO, 1999, pp.25-26);

b) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais (CANÇADO TRINDADE, 1998, pp.88-89);

c) a tendência que reconhece o status de lei ordinária a esse tipo de documento internacional<sup>10</sup>;

d) por fim, a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos<sup>11</sup>.

Antes do advento da Emenda Constitucional nº. 45/2004, o STF posicionou-se de acordo com a corrente que propugnava o recebimento de tratados, de qualquer tema, como legislação ordinária<sup>12</sup>.

Entretanto, a EC nº. 45/2004 (Reforma do Poder Judiciário) determinou que os Tratados Internacionais de direitos humanos, que seguissem o mesmo procedimento de aprovação das Emendas Constitucionais, deveriam ser incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro como normas constitucionais.

Nesses termos, o art. 5º, §3º da CR/88 dispõe que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais.

Consignou-se, assim, duas posições sobre os Tratados internacionais: a) tratados internacionais que não são de direitos humanos continuariam a ser recepcionados como lei ordinária; b) já os tratados internacionais de direitos humanos que se sujeitassem ao

---

<sup>10</sup> RE nº 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 29.12.1977.

<sup>11</sup> Art. 25 da Constituição da Alemanha; art. 55 da Constituição da França; art. 28 da Constituição da Grécia.

<sup>12</sup> Nos termos da ADI 1480, o STF entendeu que para a incorporação de um Tratado Internacional no ordenamento jurídico brasileiro eram necessários: 1ª fase) compete privativamente ao Presidente da República celebrar todos os tratados, convenções e atos internacionais (CR, art. 84, VIII); 2ª fase) é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (CR, art. 49, I). A deliberação do Parlamento será realizada através da aprovação de um decreto legislativo (pelo Congresso Nacional) devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado; 3ª fase) Tem-se a edição de um Decreto do Presidente da República (Decreto Executivo) promulgando o ato ou tratado internacional devidamente aprovado pelo Congresso Nacional. É nesse momento que adquire executoriedade interna (plano interno) a norma inserida pelo ato ou tratado internacional, podendo, inclusive, conforme entendimento do STF, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. A tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais foi reafirmada em julgados posteriores (RE nº 206.482-3/SP, Rel. Min. Mauricio Corrêa, julgado em 27.5.1998, DJ 5.9.2003; HC nº 81.319-4/GO, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24.4.2002, DJ 19. 8. 2005)24 e mantém-se firme na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.



procedimento previsto no art. 5º, §3º da CR/88 seriam recepcionados como normas constitucionais, equivalente a emendas constitucionais<sup>13</sup>.

Bruna Pinotti Oliveira e Rafael de Lazari aduzem que para um tratado internacional ingressar no ordenamento jurídico brasileiro deve ser observado “um procedimento complexo, que exige o cumprimento de quatro fases, nada obstante pequenas variações doutrinárias de números de etapas e nomenclaturas: negociação, assinatura, aprovação parlamentar e promulgação do texto” (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, pp.103-104).

No Brasil, compete à União “manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais”, nos termos do art. 21, I da CR/88. O agente nas relações internacionais com competência privativa para negociar é o Presidente da República, que manterá relações com o respectivo Estado estrangeiro e celebrará tratados, convenções e atos internacionais, que precisam de referendo do Congresso Nacional, conforme dispõe o art. 84, VII e VIII da CR/88.

O momento seguinte é o da assinatura – ou autenticação – do tratado por esta autoridade competente. Contudo, a exigibilidade dos tratados depende de atos posteriores. A colaboração entre os Poderes Executivo e Legislativo é indispensável para a conclusão de um tratado no ordenamento jurídico brasileiro, já que muito embora a competência seja do Presidente da República, cabe ao Congresso Nacional, por meio de um Decreto Legislativo, autorizar a ratificação (aceite definitivo) do ato internacional. Nos termos do art. 49, I, da Constituição Federal “é da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio” (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p.104)

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal defrontou-se com nova problemática. Quais sejam: os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que não se sujeitaram ao procedimento expresso no art. 5º, §3º da CR/88 seriam recepcionados como normas constitucionais? Se já existentes, quais seriam os seus *status* hierárquicos? Seriam somente leis ordinárias?

É certo que qualquer discussão nesse âmbito pressupõe o exame da relação hierárquico-normativa entre os tratados internacionais e a Constituição vigente.

A posição assente no STF, nos termos do RE nº. 466.343<sup>14</sup>, com tese vencedora do Min. Gilmar Mendes, propugnou pela característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos que não foram incorporados pelo crivo do procedimental do art. 5º, §3º da CR/88.

---

<sup>13</sup> Em Agosto de 2009, tem-se a promulgação pelo Poder Executivo do Decreto nº. 6.949/2009 (Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

<sup>14</sup> RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ. 03/12/2008.

Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição da República de 1988, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Entendeu-se que os tratados internacionais de direitos humanos que não submeteram-se ao crivo procedimental do art. 5º, §3º da CR/88 não poderiam adentrar como leis ordinárias por serem de direitos humanos, afinal não mais caberiam frente a nova assertiva acrescentada pela EC nº. 45/04. Mas também, não seriam normas constitucionais por não terem sido aprovados nos mesmos moldes das emendas constitucionais. Segundo o Min. Gilmar Mendes, tais tratados deveriam, então, ser incorporados no ordenamento pátrio como normas supralegais. Nesse sentido, estariam acima das leis ordinárias e abaixo das normas constitucionais.

Cria-se, assim, uma necessidade de dupla compatibilidade das leis ordinárias<sup>15</sup>.

Portanto, à luz desse posicionamento, três hipóteses passam a ser formuladas sobre a recepção de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro: (a) tratados internacionais de direitos humanos, conforme o art. 5º, §3º da CR/88 são incorporados como normas constitucionais; (b) tratados internacionais de direitos humanos que não sujeitaram-se ao crivo procedimental do art. 5º, §3º da CR/88 são incorporados como normas supralegais, e; (c) tratados internacionais incorporados como lei ordinária (FERNANDES, 2017, p.566).

Essa posição, assente no STF nos termos do RE nº. 466.343, gerou uma série de consequências em nosso ordenamento. Uma delas, obviamente, é a da (questionável) modificação hierárquica desse ordenamento, com a assunção de mais uma espécie normativa, que, conforme visto, foi desenvolvida (estranhamente, por falta de titularidade sobre tal!) pelo STF. Outra que poderíamos citar foi a do cancelamento da Súmula nº. 619 do STF (“A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”), bem como a da definição de que a modalidade de prisão civil do depositário infiel prevista no art. 5º, LXVII não mais seria cabível (FERNANDES, 2017, p.566).

---

<sup>15</sup> “Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916. Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel. De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes status de emenda constitucional.” Voto do Min. Gilmar Mendes. RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso.

Não obstante, é necessário verificar a compatibilidade constitucional entre a norma supralegal e a Constituição da República. Doutro modo, direito assegurado por esta e que compatibiliza-se em termos estruturais com os princípios constitucionais não pode ser derogado por uma norma supralegal, mas apenas por outra norma constitucional, com a qual deva obrigatoriamente conviver de forma harmônica.

#### **4. O controle difuso de convencionalidade no processo coletivo brasileiro.**

O STF posicionou-se no RE n.º. 466.343 admitindo tripla hierarquia normativa no ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com o entendimento jurisprudencial, (a) se versar sobre direitos humanos, e for aprovado pelo procedimento de emenda constitucional, nos moldes do art. 5º, §3º da CR/88, o status do tratado internacional será de norma constitucional; (b) se versar sobre direitos humanos, mas não for aprovado pelo procedimento de emenda (hipótese do art. 5º, §2º da Constituição), o status do tratado internacional será de norma supralegal, isto é, abaixo da Constituição, mas acima do ordenamento infraconstitucional; (c) se não versar sobre direitos humanos, o tratado internacional terá o status de lei ordinária, conforme entendimento esposado no STF antes da EC. n.º 45/04.

No *Habeas Corpus* 87.585/TO, julgado pelo Tribunal Pleno do STF, Dj. 03.12.2008, fls. 341, o Ministro Celso de Melo aduz:

[*verbis*] proponho que se reconheça natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, submetendo, em consequência, as normas que integram o ordenamento positivo interno e que dispõem sobre a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos a um duplo controle de ordem jurídica: o controle de constitucionalidade e, também, o controle de convencionalidade, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico”<sup>16</sup>.

O controle de convencionalidade é uma técnica de compatibilização entre as normas de direito interno e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado-Parte e em vigor no

---

16 HC 87.585/TO, Tribunal Pleno do STF, Dj. 03.12.2008. O que se nota com total clareza no voto do ilustre Ministro é que o seu novo entendimento – que revogara sua própria orientação anterior, que era no sentido de atribuir aos tratados de direitos humanos status de lei ordinária (v. HC 77.631-5/SC, DJU 158-E, de 19.08.1998, Seção I, p. 35) – aceita agora a tese do “diálogo das fontes” e a aplicação do princípio internacional pro homine. Referido princípio é um dos mais notáveis frutos da pós-modernidade jurídica, que representa a fluidez e a dinâmica que devem existir no âmago da questão relativa aos conflitos normativos. O que fez o Min. Celso de Mello no HC 87.585-8/TO – para negar aplicação das leis que impõem prisão civil de depositário infiel – foi controlar a convencionalidade de tais normas em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966). Referido controle ficou claro quando reconheceu o Ministro que “existe evidente incompatibilidade material superveniente entre referidas cláusulas normativas [que impõem a prisão civil] e o Pacto de São José da Costa Rica”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 140.

país. “Trata-se de um controle de validade das normas nacionais, tendo por parâmetro não o texto constitucional, mas os compromissos internacionais assumidos em matéria de proteção aos direitos humanos” (FERNANDES, 2017, p.1598).

Leonardo Martins e Tiago Moreira afirmam que “temos uma nova relação de compatibilidade (ou adequação) de normas de um ordenamento jurídico, pois a Constituição do Estado (nacional) deixa de ser exclusiva norma-parâmetro dotada de supremacia” (MARTINS; MOREIRA, 2012, p.296-297).

Há uma dupla compatibilização vertical de leis e atos normativos que sujeitam-se ao crivo da Constituição da República e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Assim, “toda lei ordinária, doravante, para ser válida, deve (então) contar com dupla compatibilidade vertical material” (FERNANDES, 2017, p. 1598), ou seja, deve ser compatível com a Constituição brasileira bem como com os tratados de direitos humanos em vigor no país. “Se a lei (de baixo) entrar em conflito (isto é: se for antagônica) com qualquer norma de valor superior (Constituição ou tratados) ela não vale (não conta com eficácia prática)” (MAZZUOLI, 2011, p.15). A norma superior irradia uma espécie de “eficácia paralisante” da norma inferior.

Para Valério Mazzuoli todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro e em vigor têm índole e nível de normas constitucionais, quer seja uma hierarquia somente material, o que ele denomina de “*status* de norma constitucional”, quer seja tal hierarquia material e formal, denominado de “*equivalência* de emenda constitucional”. Não importa o *quorum* de aprovação do tratado. Cuidando-se de documento relacionado com os direitos humanos, todos possuem, segundo o autor, no mínimo, *status* constitucional, por força do art. 5.º, § 2.º, da CF (MAZZUOLI, 2011, p.13).

os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil são também (assim como a Constituição) paradigma de controle da produção normativa doméstica. É o que se denomina de controle de convencionalidade das leis, o qual pode se dar tanto na via de ação (controle concentrado) quanto pela via de exceção (controle difuso), como veremos logo mais (MAZZUOLI, 2011, p.142).

O autor defende que para que haja o controle pela via de ação, ou seja, controle concentrado, devem os tratados de direitos humanos ser aprovados pela sistemática do art. 5.º, § 3.º, da Constituição da República, devendo ser *equivalentes* às emendas constitucionais, e para que haja o controle pela via de exceção, isto é, controle difuso, “basta que sejam esses tratados ratificados e estarem em vigor no plano interno, pois, por força do art. 5.º, § 2.º, da mesma Carta, já têm eles *status* de norma constitucional” (MAZZUOLI, 2011, p.13).

Os demais tratados internacionais, não relacionados com os direitos humanos, possuem *status* de supralegalidade. Com isso, o sistema brasileiro de controle da produção normativa doméstica também conta (especialmente depois da EC 45/04)

com um controle jurisdicional da convencionalidade das leis (para além do clássico controle de constitucionalidade) e ainda com um controle de suprallegalidade<sup>17</sup> das normas infraconstitucionais (MAZZUOLI, 2011, p.14)

Valério Mazzuoli categoriza quatro modalidades de controle: de legalidade, de suprallegalidade, de convencionalidade (difuso e concentrado) e de constitucionalidade (difuso e concentrado).

Assim, segundo entendimento deste autor, a produção normativa brasileira conta com um duplo limite vertical material: *a*) a Constituição e os tratados de direitos humanos (1.º limite) e *b*) os tratados internacionais comuns (2.º limite) em vigor no país. No caso do primeiro limite, relativo aos tratados de direitos humanos, estes podem ter sido ou não aprovados com o *quorum* qualificado que o art. 5.º, § 3.º, previsto na Constituição da República. Caso não tenham sido aprovados com essa maioria qualificada, seu *status* será de norma (somente) materialmente constitucional, o que lhes garante serem paradigma apenas do *controle difuso de convencionalidade*; caso tenham sido aprovados (e entrado em vigor no plano interno, após sua ratificação) pela sistemática do art. 5.º, § 3.º, tais tratados serão materialmente e formalmente constitucionais, e assim servirão também de paradigma do *controle concentrado de convencionalidade* (MAZZUOLI, 2011, p.142).

Quanto aos tratados internacionais comuns, Valério Mazzuoli entende que eles servem de paradigma do *controle de suprallegalidade das normas infraconstitucionais*, de sorte que a incompatibilidade destas com os preceitos contidos naqueles invalida a disposição legislativa em causa, em benefício da aplicação do tratado. Assim, o controle difuso de convencionalidade não se confunde com o controle de legalidade, entre um decreto e uma lei, v.g., nem com o controle de constitucionalidade, que ocorre quando há antinomia entre uma lei e a Constituição da República (MAZZUOLI, 2011, p.20).

Desse modo, é assente na jurisprudência do STF, que os juízes e tribunais do país, a requerimento das partes ou *ex officio* realizem o controle difuso de convencionalidade. Uma vez que todos os tratados de direitos humanos em vigor no país “guardam nível materialmente constitucional, constitui obrigação do Judiciário, inclusive do STF, *e.g.*, quando decide em um Recurso Extraordinário, um *Habeas Corpus*, invalidar as leis internas” que afrontam as normas internacionais de direitos humanos que o Brasil assentiu na órbita internacional, sempre quando

---

<sup>17</sup> A Constituição (no caso do direito brasileiro atual) deixou de ser o único paradigma de controle das normas do direito interno. Além do texto constitucional, também são paradigma de controle da produção normativa doméstica os tratados internacionais de direitos humanos (controles difuso e concentrado de convencionalidade), bem assim os instrumentos internacionais comuns (controle de suprallegalidade). Ver: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 14-20.

menos benéficas que o tratado de direitos humanos em causa, em atenção ao princípio da primazia dos direitos humanos (FERNANDES, 2017, p.1598).

Destarte, a utilização da técnica do controle difuso de convencionalidade no processo coletivo requer algumas imperativas ponderações lógico-jurídicas.

Ricardo de Barros Leonel pontua que

Não é possível compreender fenômenos ocorrentes no processo coletivo sem o afastamento de conceitos tradicionais que são válidos, perfeitos e pertinentes, mas para outros ramos do pensamento jurídico. Não será viável ter adequada percepção dos institutos e precisa solução para problemas ocorrentes na tutela coletiva, nem conferir-lhe o mais amplo alcance de efeitos concretos, sem abandonar concepções preestabelecidas e inflexíveis sedimentadas na dogmática tradicional (LEONEL, 2017, p.538).

As normas internacionais de direitos humanos, sejam cogentes ou não cogentes, possuem ampla discursividade material-coletiva. O direito à vida, direito à liberdade de pensamento, expressão, informação e religião, o direito à igualdade e a proteção às minorias e grupos vulneráveis, os direitos humanos penais, o direito de acesso à justiça, dentre outros<sup>18</sup>, são direitos coletivos tutelados materialmente nas normas internacionais que incorporaram-se ao ordenamento jurídico brasileiro e integram o bloco de normas-parâmetro para controle judicial de compatibilidade das normas infraconstitucionais aos tratados internacionais de direitos humanos.

As demandas coletivas não são espécie de processo objetivo, sem partes, em que não há relação jurídica material e/ou subjacente deduzida pelo autor em juízo. A relação existe, mas tem contornos transindividuais. O pedido na demanda coletiva não é de declaração de *inconveniência* de determinado ato normativo. Caso isso viesse a ocorrer estaria sendo usurpada a competência exclusiva do STF. Ao contrário, Ricardo de Barros Leonel afirma que o autor propõe a demanda narrando um conflito transindividual em que se viu descumprida

---

<sup>18</sup> Ainda, são exemplos desses instrumentos já incorporados ao direito brasileiro: a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1999), a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Referentes à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil (2000), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados (2000) e, ainda, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como *Convenção de Mérida* (2003). Isso tudo sem falar nos tratados sobre direitos sociais (v.g., as convenções da OIT) e em matéria ambiental, também incorporados ao direito brasileiro e em vigor no país.

norma internacional de direitos humanos já incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, “formulando pedidos de condenação, cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, desconstituição de determinado ato ou contrato etc” (LEONEL, 2017, p.539).

Por vezes um dos fundamentos do pedido é o reconhecimento da inconvenção em caráter incidental de norma que deu ensejo ao ato concreto impugnado e lesivo aos direitos humanos. Não há como o demandante eximir-se desta situação ao elaborar a causa de pedir e não poderá o magistrado abster-se de analisar a questão prejudicial da convencionalidade da lei para julgar a ação e para condenar, determinar o cumprimento da obrigação e demais providências.

Assim, o reconhecimento incidental da inconvenção é pressuposto ao acolhimento da demanda coletiva. A decisão do juiz quanto a inconvenção da norma, formulada *incidenter tantum*, é pressuposto imperativo, prejudicial ao deslinde do mérito da demanda (LEONEL, 2017, p.539).

Como pontuado acima, o controle difuso de convencionalidade tem como parâmetro um tratado internacional que verse sobre direitos humanos, quando não houve a observância do critério procedimental, com maioria qualificada, nos termos do art. 5º, §3º da CR/88. O *status de norma-parâmetro* será de norma materialmente constitucional, dada a previsão do §2º do art. 5º da CR/88, o que garante às normas de direitos humanos serem consideradas norma-paradigma apenas do *controle difuso de convencionalidade*.

Esse exercício que o juiz doravante deverá fazer na aplicação ou inaplicação de uma lei infraconstitucional deve “basear-se no *diálogo das fontes*, uma vez que para se chegar à justiça da decisão deverá o magistrado compreender a lógica (*logos*) da dupla compatibilidade vertical material, a fim de dar ao caso concreto a melhor solução” (MAZZUOLI, 2017, p.141).

Essa tese foi aceita pelo Min. Celso de Mello em antológico voto (HC 87.585-8/TO136) lido no plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 12 de março de 2008, no qual reconheceu o valor constitucional dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, independentemente da aprovação legislativa qualificada (pelo § 3.º do art. 5.º da Constituição).

Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, ao diálogo entre essas mesmas fontes), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> V. STF, HC 87.585-8/TO, Voto-vista do Min. Celso de Mello, de 12.03.2008, p. 19.

Finalmente, adverte-se que está pacificado no STF o entendimento pelo qual é possível a ação coletiva em que a alegação de inconveniência de norma esteja na causa de pedir, e não no pedido, permitindo, assim, o controle da convencionalidade do ato<sup>20</sup>.

Tereza Cristina Thibau e Thaís Viana concluem que, no que concerne à disciplina da coisa julgada, não se pode considerar que o permissivo legal de formação da coisa julgada sobre questões prejudiciais decididas incidentalmente, estaria apto a possibilitar a formação de coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* no caso de decisão em controle difuso de constitucionalidade no âmbito de ações coletivas.

Assim, ainda que se preencham, em referidos casos, todos os requisitos do art.503, §1º, do CPC/15, a formação de coisa julgada com tais efeitos em relação ao controle difuso de constitucionalidade importaria flagrante afronta aos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito, haja vista que viabilizaria que fosse definitivamente retirada determinada norma do ordenamento jurídico, ou ainda declarada sua constitucionalidade em caráter definitivo, sem a observância do devido processo legal e constitucional (vale dizer, ações em controle concentrado de constitucionalidade). Não se está a dizer, contudo, que passaria a ser vedado o controle difuso de constitucionalidade em ações coletivas. Pelo contrário, não se vislumbra qualquer prejuízo à realização desse controle, desde que, produzida porventura a coisa julgada sobre a decisão a seu respeito, não se aplique sobre ela os efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, sob pena de se violar a ordem constitucional (THIBAU; VIANA, 2017, p.22).

O Juiz competente para julgar o litígio coletivo tem competência para proceder ao controle difuso de convencionalidade. Entretanto, tal controle deverá ser suscitado como questão preliminar no caso concreto. Ricardo de Barros Leonel afirma que a convencionalidade “do ato normativo envolvido na discussão das partes na demanda figura como questão prévia, prejudicial ao exame do mérito, e será necessariamente conhecida e decidida pelo magistrado incidentalmente” (LEONEL, 2017, p.536).

Ricardo de Barros Leonel ainda esclarece que

na ação coletiva com reconhecimento incidental de inconstitucionalidade apenas certos atos serão atingidos, aqueles subsumidos à relação jurídica supraindividual discutida no feito, e a partir do momento da identificação dos efeitos lesivos tratados na impugnação. Não ocorrerá, da norma, como se ela jamais houvesse produzido efeito algum, mas só a declaração de inviabilidade com relação àquela moldura fática, histórica e concreta (abrangente, em virtude do caráter coletivo da demanda) delimitada pela inicial. Ademais, sendo a inconstitucionalidade incidental questão prejudicial, não estará abrangida pela coisa julgada material, mas só pela eficácia preclusiva, podendo ser reapreciada em diversa demanda (LEONEL, 2017, p.541).

Os escopos do processo, a necessidade de pacificação com justiça, a economia processual e a primazia dos direitos humanos recomendam a realização do controle incidental-difuso da convencionalidade de normas nas demandas coletivas, afinal o equacionamento dos

---

<sup>20</sup> STF, Plenário, RE 424.993, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12.9.2007, DJU 19.10.2007. No mesmo sentido: STF, Plenário, RE 511.961, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.6.2009, DJe 13.11.2009.



conflitos de grandes dimensões exige o acesso da coletividade envolvida à ordem jurídica justa e humanizada.

## 5. Conclusão

A promulgação da Constituição da República de 1988 foi um marco significativo para o início do processo de redemocratização do Estado brasileiro e de institucionalização dos direitos humanos no país.

Mas se é certo que a promulgação do texto constitucional significou a abertura do nosso sistema jurídico à institucionalização dos direitos humanos fundamentais, também não é menos certo que todo esse processo desenvolveu-se concomitantemente com a intensa ratificação, pelo Brasil, de inúmeros tratados internacionais globais e regionais protetivos dos direitos da pessoa humana, os quais perfazem uma gama de normas diretamente aplicáveis pelo Judiciário e que agregam e sofisticam a aplicação de vários novos direitos e garantias constitucionais, sejam individuais ou coletivos, do nosso ordenamento jurídico interno.

Em suma, todos os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito brasileiro formam o *corpus juris* convencional dos direitos humanos de que o Estado é parte. Tais normas servem como paradigma ao controle de convencionalidade das normas infraconstitucionais: *a)* tratados de direitos humanos internalizados com *quórum* qualificado, *equivalentes* às emendas constitucionais, são paradigma do controle *concentrado* de convencionalidade, cabendo, *v.g.*, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no STF a fim de invalidar norma infraconstitucional com eles incompatível; *b)* tratados de direitos humanos que têm somente *status* de norma constitucional, não sendo *equivalentes* às emendas constitucionais, dada a não aprovação pela maioria qualificada do art. 5.º, § 3.º são paradigma apenas do *controle difuso de convencionalidade*, o qual pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal num caso concreto, inclusive no processo coletivo, como foi demonstrado.

## Referências Bibliográficas

ANNONI, Danielle. *Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2004.

BIDART CAMPOS, German J.. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 out. 1945. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto no 592, de 6 de julho de 1992.. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo,

Brasília, DF, 06 jul. 1992. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Promulgação. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 06 nov. 1992. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2019

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Brasília, n° 113-118, 1998.

CORRÊA, Paloma Moraes. *Corte Interamericana de direitos humanos: opinião consultiva 4/84 – a margem de apreciação chega à América*. Revista de Direito Internacional. Brasília, v. 10, n.2, 2013

CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2012.

FELDMAN, David. *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*. 2ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 57 apud CORRÊA, Paloma Moraes. *Corte Interamericana de direitos humanos: opinião consultiva 4/84 – a margem de apreciação chega à América*. Revista de Direito Internacional. Brasília, v. 10, n.2, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9ªed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2017.

MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. *Controle de convencionalidade de atos do poder público: concorrência ou hierarquia em face do controle de constitucionalidade?* In: Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Ed.Fórum, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *O §2º do art. 5º da Constituição Federal*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. *Manual de Direitos Humanos*. Salvador: Juspodivm, 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. Salvador: Juspodivm, 2009.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; VIANA, Thaís Costa Teixeira. *Ações coletivas e controle difuso de constitucionalidade: ponderações à luz da nova sistemática de coisa julgada introduzida pelo código de processo civil de 2015*. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, Maranhão, v.3, n. 2, p. 110-131, Jul/Dez 2017

TRIEPEL, Karl Heinrich. *As relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional*. Trad. de Amílcar de Castro. Belo Horizonte: Del-Rey, 1964.