

REDESENHO DA PIRÂMIDE LEGISLATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Geraldo Manjinski Junior¹

RESUMO

A maioria dos países tem conferido às normas internacionais o mesmo *status* de normas constitucionais internas. O presente trabalho demonstra que, apesar do Brasil ter atendido em parte aos reclames mundiais com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que conferiu aos tratados internacionais atinentes a direitos humanos a mesma hierarquia de emenda constitucional, não o fez em relação aos demais tratados, os quais ainda têm hierarquia de lei infra-constitucional. Portanto, redesenhou-se a pirâmide legislativa no direito brasileiro, elevando-se a natureza jurídica das normas internacionais sobre direitos humanos ao patamar reclamado pelo Direito Internacional Público, mas não foi resolvido o problema das demais normas internacionais, que ainda têm a mesma hierarquia das leis internas infraconstitucionais. Assim, qualquer conflito legislativo interno tende a causar um verdadeiro dissabor internacional, com a 'denúncia indireta' ao tratado internacional devidamente firmado e ratificado pelos Estados-partes.

Palavras-chave: tratados internacionais, emenda constitucional, direitos humanos.

O direito brasileiro, após a Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/2004, está passando por profunda transformação no concernente aos tratados internacionais, principalmente no que se refere aos tratados que digam respeito aos direitos humanos.

Antes de analisarmos este novo tratamento, no entanto, algumas considerações preliminares fazem-se necessárias.

No passado, a autonomia do Direito Internacional Público foi alvo de muitas críticas e negações por parte de alguns doutrinadores e governos estatais.

Tais críticas tinham como motivação, principalmente, a necessidade de salvaguardar a soberania dos países como ordem suprema do poder político, em detrimento das normas internacionais.

Assim, o Direito Internacional Público passou por três fases onde, primeiramente, foi negada a sua existência, passando por uma fase

transitória, de pseudo-reconhecimento deste ramo, na qual o mesmo não poderia ser visto de modo independente à existência das normas estatais, e, finalmente, surgindo as teorias reconhecedoras, endossadas pelas inúmeras e consecutivas criações e transformações internacionais, que lhe deram a roupagem hoje existente (TRUYOL Y SERRA, 1962, p. 155).

Com o passar dos séculos e com as inúmeras ocorrências mundiais, houve uma significativa evolução, chegando a novas visões doutrinárias, dentre as quais se destacou a elaboração da teoria da norma fundamental de Hans Kelsen, pela qual o renomado doutrinador confirmou expressamente a supremacia do Direito Internacional Público sobre o direito interno, *in verbis*:

De acordo com o princípio de que a validade de um ordenamento jurídico possui determinada eficácia, ou melhor: determinada

¹Advogado, membro da Academia de Letras Jurídicas do Mercosul e professor universitário.

relação de correspondência, expressa-se somente o conteúdo de uma norma jurídica positiva, não do ordenamento estatal singular, mas do direito internacional. Esse legitima (...) um poder que se estabelece de fato e delega na esfera desse ordenamento coercitivo estabelecido, à medida que é realmente eficaz (KELSEN, 2006, p. 100).

Pela análise deste pensamento, pode-se, indubitavelmente, afirmar que o Direito Internacional Público hoje deve ser visto como um importantíssimo ramo jurídico, sem o qual nenhum Estado não consegue sobreviver.

Para se verificar o acerto desta afirmação, basta observar a consagração das regras internacionais consuetudinárias, acrescida da necessidade de cumprimento dos tratados e das decisões dos entes internacionais e também da necessidade da efetivação dos direitos humanos em todo o plano internacional.

Primeiramente, quanto à imperatividade das regras internacionais, precisa é a lição do internacionalista contemporâneo Francisco Rezek, que explana a imperatividade do direito consuetudinário, influente no Direito Internacional Público, o que faz nos seguintes termos:

Caso digno de destaque é o de certas regras consolidadas com vigor no século XX, tais a proscrição do uso da força e os princípios da não-intervenção e da autodeterminação, ou ainda um pouco antes, qual a condenação da escravatura. Nenhuma dessas normas aparece vestida daquela imperatividade, congênita até mesmo nas sociedades primitivas, do *pacta sunt servanda*, e melhor prova disso não há que seu advento tardio à consagração geral. Porém, no âmbito desses temas, a mobilidade do direito não é sinuosa: tem ela um sentido tão certo e irreversível quando o da evolução da sociedade internacional. Assim, o tráfico de escravos e a guerra de conquista, lícitos outrora, estão hoje condenados, sendo seguro que não voltarão, amanhã, à condição de licitude. Sem dúvida nos encontramos, aqui, em presença de normas internacionais não gravadas, desde o princípio, na consciência dos povos, mas tampouco mutáveis de modo pendular – como as que se referem à imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro

ou à extensão do mar territorial (REZEK, 2005, p. 3 e 4).

Se por um lado o direito consuetudinário internacional está inexoravelmente presente em todos os Estados, prescindindo, por óbvio, de eventuais regulamentações internacionais específicas (vejam-se os exemplos acima citados por Francisco Rezek a respeito do descabimento atual, em qualquer Estado, do tráfico de escravos e da guerra de conquista), por outro lado as obrigações bilaterais e multilaterais envolvendo os entes internacionais, dentre as quais se fazem presentes as regras atinentes aos direitos humanos, devem ser devidamente estabelecidas e delimitadas.

Exatamente nesta delimitação da valoração das normas internacionais é que residia o problema das normas postas do Direito Internacional Público em relação à sua aplicabilidade no direito brasileiro.

Para entender este raciocínio, basta notar que, ao passo que na grande maioria dos demais entes estatais mundiais o direito internacional aceito e aprovado pelas regras internas nacionais era visto como uma regra hierarquicamente superior às leis ordinárias, no Brasil tais normas tinham o mesmo grau hierárquico de leis ordinárias, de modo que uma não poderia conflitar com a outra, sob pena de lhes serem aplicadas as regras atinentes aos conflitos aparentes de normas.

Tal retrocesso brasileiro teve como nascente jurisprudencial o julgamento, no Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº 80.004, o qual expressamente afirmou que *“embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país”* (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 80004, 1977), o que contrariou inúmeras constituições federais de países vizinhos, nas quais é expresso que os tratados têm valor maior do que as leis internas.

Referido entendimento foi de encontro a situações já definidas, eis que o Direito

Internacional Público não é um corpo estranho no Estado, ou seja, não desembocou no direito pátrio como que por acaso, mas foi fruto de amplo debate, passando antes de ser admitido, por toda uma negociação internacional e um processo legislativo interno, de modo que os demais entes internacionais sempre confiavam no fato de que o Brasil honraria com seus compromissos internacionais porque expressamente firmou os pactos atinentes.

Vale dizer, o Brasil comprometia-se internacionalmente, inclusive concluindo os processos legislativos internos para validade dos tratados firmados, mas não os cumpria se tais tratados violassem sua legislação interna. Esquecia-se, no entanto, que o tratado, após passar por suas quatro fases (1. Negociação e assinatura; 2. Referendo congressual; 3. Ratificação; 4. Fase suplementar de promulgação e publicação no Diário Oficial) transformava-se, obrigatoriamente, em lei.

Havia violação, portanto, ao princípio do *'pacta sunt servanda'*, no qual o Brasil firmava os tratados, mas, se referido tratado violasse qualquer norma interna, o Brasil dava-se ao direito de não os cumprir mesmo sem os denunciar. O problema é que os demais países e entes internacionais confiavam que o Brasil os estaria cumprindo.

Isso ocorreu, como acima dito, até o surgimento da Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/2004, a qual acrescentou ao Artigo 5º da nossa Constituição Federal de 1988, um § 3º, que expressamente previu:

§ 3º. 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 (BRASIL CRFB/1988, Art. 5º, § 3º).

Assim, corrigiu-se em parte a distorção criada pelo entendimento no mencionado Recurso Extraordinário nº 80.004, atribuindo aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, desde que aprovados por quórum qualificado, natureza jurídica idêntica às emendas constitucionais.

Esta alteração, como dito, atendeu ao preconizado por inúmeros países, que nas suas Constituições, atentam para o dever de cumprir o avençado internacionalmente.

A título de exemplo deste acerto, nota-se que a Constituição da França, de 1958, estabelece que "*Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois...*"² (FRANCE CF/1958, Art. 55).

Do mesmo teor é a Constituição da Federação Russa de 1993 (RUSSIAN CF/1993, Art. 15, nº 4), dentre outros inúmeros países que apregoam a superioridade dos tratados em relação às demais leis vigentes em seus respectivos territórios.

Na América do Sul, a Constituição do Peru, promulgada em 1993, admite a incorporação de tratado internacional, desde que esse ato de direito das gentes seja "*aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución (...)*"³ (PERU CF/1993, Art. 57).

Dentre os Estados-membros do Mercosul, a Argentina dispôs na sua Constituição de 1853 (após a reforma de 1994) um valor aos tratados superior às demais leis, estabelecendo que "*Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*"⁴ (ARGENTINA CF/1994, Art. 75, nº 22).

Do mesmo modo, a Constituição do Paraguai, de 1992, no Artigo 137, incluiu os tratados internacionais devidamente ratificados após a Constituição e anterior às demais leis

² Tradução livre: "Os tratados ou acordos devidamente ratificados ou aprovados, após a publicação, terão autoridade superior à das leis(...)".

³ Tradução livre: "aprovado pelo mesmo procedimento que rege a reforma da Constituição".

⁴ Tradução livre: "...os tratados e as concordatas [referindo-se aos tratados firmados com a Santa Sé] têm hierarquia superior a das leis".

ditadas pelo Congresso, frisando, no Artigo 141, que “*Los tratados internacionales (...) forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el Artículo 137*”⁵ (PARAGUAY, CF/1992, Art. 141).

Os exemplos acima, retirados do comparativo do direito, demonstram que a inclusão do § 3º no Artigo 5º da Constituição Federal de 1988, pela Emenda Constitucional nº 45, veio atender em parte a tendência mundial de determinar nas Cartas Magnas a supremacia dos tratados em relação às demais leis internas dos Estados.

É cediço que, antes da preconizada Emenda Constitucional, muitas discussões pairavam na jurisprudência pátria sobre a necessidade de cumprimento dos tratados internacionais por parte do Brasil, principalmente no que se referia aos direitos humanos.

A mais tumultuada destas discussões, sem qualquer sombra de dúvida, foi a questão da prisão civil do depositário infiel e que, felizmente, gerou bons frutos.

Isto porque o Brasil, no dia 25 de setembro de 1992, aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, criada pelo Pacto de São José da Costa Rica, promulgada pelo Decreto nº 678, de 06/11/1992.

O problema é que a mencionada Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispunha, no seu artigo 7º, § 7º, que somente em uma única hipótese a pessoa poderia ser presa por dívida, ou seja, a prisão civil somente poderia ocorrer em casos de dívida alimentar.

Este dispositivo presente na Convenção, por óbvio, confrontava-se com a Constituição Federal de 1988, que permitia, no Artigo 5º, inciso LXVII, a prisão civil por dívida não cumprida, tanto decorrente de obrigação alimentar voluntária e inescusável, como também a prisão do depositário infiel, que se tratava tanto do depositário propriamente dito, cuja possibilidade de prisão encontrava-se no Artigo 652 do Código Civil

brasileiro, ao tratar do depositário remisso propriamente dito, bem como no Decreto-Lei 911/1969, que tratava do devedor que não pudesse pagar e nem devolver o objeto alienado mediante financiamento com garantia real sob a coisa.

Muitos debates sobre a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel ocorreram – já que expressa sua proibição no Pacto de São José da Costa Rica – sendo que o Supremo Tribunal Federal entendia que os tratados, ainda que ratificados pelo Brasil, não poderiam sobrepor-se à legislação infraconstitucional e nem a preceitos constitucionais, ainda que tratassem de direitos humanos e a novas garantias fundamentais atinentes ao indivíduo.

Com o advento da referida Emenda Constitucional nº 45/2004, a discussão sobre a prevalência dos tratados – notadamente daqueles que se referiam aos direitos humanos – reacendeu-se, de modo a alterar todo o entendimento a respeito do assunto.

Esta alteração ficou mais clara no recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal no dia 12/03/2008, do Habeas Corpus nº 87.585-8/TO (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 87.585-8, 2007), no qual a validade dos tratados internacionais serviu de fundo para este debate sobre a validade da prisão civil do depositário infiel.

Naquele recurso, oito dos nove ministros que votaram, entenderam que o tratado internacional que trate sobre direitos humanos, e do qual o Brasil seja signatário, tem total validade no direito interno, desde que não violem os direitos fundamentais e, portanto, concluíram que é incabível a prisão civil do depositário infiel. O julgamento do mencionado *Habeas Corpus* 87.585-8 ainda está pendente, eis que foi suspenso por pedido de vista do Ministro Menezes Direito. Mas a posição da maioria do Supremo Tribunal Federal já é conhecida, haja vista que oito do total de onze ministros

⁵ Tradução livre: “Os tratados internacionais (...) formam parte do ordenamento legal interno com a hierarquia que determina o artigo 137”.

entendem incabível a prisão civil do depositário infiel pela prevalência do Pacto de São José da Costa Rica, embora *in thesis* seja possível aos Ministros que já votaram reformular os seus votos.

Esta regra tem validade para os tratados sobre direitos humanos que tenham sido ratificados anteriormente à Constituição Federal de 1988, os quais têm pleno valor pelo fato de que foram atingidos pelo princípio da recepção, tal como ocorreu, por exemplo, com o Código Tributário Nacional que foi recepcionado como Lei Complementar.

Aplicam-se, também, aos tratados sobre direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004 e posteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988, uma vez que têm caráter materialmente constitucional com hierarquia jurídica transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade.

Já quanto aos tratados atinentes a direitos humanos posteriores à promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, deverão observar o *iter* procedimental previsto no § 3º do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988 para terem natureza constitucional.

CONCLUSÃO

Percebe-se que a grande maioria dos Estados mundiais admite e reconhece as normas internacionais como superiores às leis internas. Tal conclusão decorre do fato de que os tratados dos quais os países são signatários, são leis internacionais que estes mesmos países obrigaram-se a cumprir perante outros entes internacionais.

Este reconhecimento está presente nas Constituições da maioria dos países, conferindo aos tratados internacionais o *status* de norma constitucional, prevalecendo, inclusive, às leis ordinárias internas dos respectivos países.

Porém, o Brasil era um dos poucos países que não adotava esta regra, uma vez que equiparava os tratados internacionais às leis internas, entendendo que não havia hierarquia entre tais leis e os tratados. Tal posição cristalizou-se inclusive no Supremo Tribunal

Federal, onde imperou esta posição a partir do Recurso Extraordinário nº 80.004, julgado em 1977.

Tendo em vista o reconhecimento de superioridade da norma internacional no direito posto interno dos países, e a busca cada vez mais crescente e necessária do Brasil se adaptar à realidade mundial e firmar tratados com outros entes internacionais, adveio a Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/2004, que acresceu o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, elevando os tratados referentes a direitos humanos ao nível de normas constitucionais, desde que aprovados por quórum qualificado.

A evolução decorrente da Emenda Constitucional nº 45/2004 redesenhou a hierarquia das normas no direito brasileiro posto onde, ao lado da Constituição Federal e das emendas constitucionais encontram-se agora também os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário, desde que não confrontem com os demais direitos constitucionais estabelecidos.

Esta alteração afetou também a natureza hierárquica dos tratados ratificados sobre direitos humanos anteriores à Constituição Federal de 1988, os quais, da mesma forma, têm valor de norma constitucional, o que se dá pela aplicação do princípio da recepção.

Do mesmo modo, tratados de direitos humanos posteriores à Constituição, mas anteriores à Emenda Constitucional 45/2004, também têm valor de norma constitucional, eis que são materialmente constitucionais.

Este entendimento de aplicação dos tratados internacionais é embasado jurisprudencialmente em recente decisão do Supremo Tribunal Federal (HC 87.585-8), o qual aplicou ao direito interno brasileiro a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada em 1992, a qual proíbe a prisão civil por dívida – excetuando a dívida alimentar – e por ser tal norma materialmente constitucional, impossibilita a prisão civil por dívida em relação ao depositário infiel.

Finalmente conclui-se, a despeito desta significativa evolução, que o Brasil ainda está aquém da atualidade jurídica internacional, eis que somente conferiu a qualidade de norma constitucional aos tratados atinentes a direitos humanos. Porém, a realidade internacional impõe, para o correto cumprimento das obrigações do direito das gentes, que todos os tratados dos quais o Brasil seja signatário – e não somente os que versem sobre direito humanitário – tenham valor superior às demais leis infraconstitucionais.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA CF/1994. **Constitución Nacional de 1994 de La República de Argentina.** Informação disponível em <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/atribuciones.php>> acesso em 10/05/2008.

BRASIL CRFB/1988. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Artigo 5º, § 2º. Informação disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> acesso em 02/05/2008.

FRANCE CF/1958. **CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958.** Informação disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/constit.htm#Preambule>> acesso em 02/05/2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito.** Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 4ª ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PARAGUAY CF/1992. **Constitución Política de 1992 de La República de Paraguay.** Informação disponível em <http://www.senado.gov.py/constitucion_nacional.php> acesso em 02/05/2008.

PERU CF/1993. **Constitución Política del Perú.** Informação disponível em <<http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>> acesso em 02/05/2008.

REZEK, João Francisco. **Direito internacional público: curso elementar.** 10ª Ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

RUSSIAN CF/1993. **The Constitution of the Russian Federation.** 1993. Art. 15, nº 4. Informação disponível em <<http://www.departments.bucknell.edu/russian/const/ch1.html>> acesso em 02/05/2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 80004 / SE – SERGIPE. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Julgamento: 01/06/1977. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO. Publicação no Diário da Justiça de 29/12/1977. P.09433. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=80004&classe=RE>> acesso em 02/05/2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 87.585-8. Origem: Tocantins. Relator: Ministro Marco Aurélio de Melo. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento iniciado em 12/12/2007 e suspenso por pedido de vista do Ministro Menezes Direito. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=87585&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> acesso em 02/05/2008.

TRUYOL Y SERRA, António. **Noções Fundamentais de Direito Internacional Público.** Coimbra, Portugal: Arménio Amado, 1962.