

A NOVA PIRÂMIDE JURÍDICA FORMADA APÓS A DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 466.343-1/SP

Vanessa Capra Kloeckner Feracin¹

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de examinar o entendimento esposado pelo voto do Excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP que adotou o caráter supralegal como *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como tem o escopo de refletir sobre a mudança que tal entendimento gera na pirâmide jurídica de Kelsen.

Palavras-Chave: TRATADOS INTERNACIONAIS; DIREITOS HUMANOS; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; PIRÂMIDE JURÍDICA; HANS KELSEN

Resumen: Este artículo tiene por objeto examinar el juzgamiento del Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinario nº 466.343-1/SP que dió carácter supralegal a los tratados internacionales sobre derechos humanos y también se pretende reflexionar sobre los cambios que este entendimiento crea en la pirámide jurídica de Kelsen.

Palabras-Llave: TRATADOS INTERNACIONALES; DERECHOS HUMANOS; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; PIRÁMIDE JURÍDICA; HANS KELSEN

Abstract: This paper aims to examine the understanding by vote of the Dear Minister Gilmar Mendes in Extraordinary Appeal nº 466.343-1/SP that took the character supralegal as normative status of international treaties on human rights and have the scope to reflect on change that creates understanding of the legal pyramid Kelsen.

Key Words: INTERNATIONAL TREATIES; HUMAN RIGHTS; FEDERAL SUPREME COURT; PYRAMID; HANS KELSEN

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pela Unibrasil (Faculdades Integradas do Brasil). Pós-graduada em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Bacharel em Direito pela Univel (Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Cascavel). Graduada em Letras Português/Inglês pela Unioeste (Universidade Estadual do Oeste do Paraná). Assessora de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Introdução

Com o fim da II Guerra Mundial as normas jurídicas de proteção do indivíduo passaram a ocupar posição central na comunidade internacional que tem demonstrado seu grande interesse em protegê-los, cada vez de forma mais eficaz.

Na busca da proteção dos direitos humanos os Estados possuem a grande missão de encontrar meios de compatibilização entre seus ordenamentos jurídicos internos e os tratados internacionais de direitos humanos.

O Estado Brasileiro, atento a esta a tendência, posicionou-se sobre a questão quando o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP referente a antinomia existente entre o Pacto de São José da Costa Rica e o ordenamento jurídico interno.

Este é, pois, o objeto do presente estudo que pretende analisar o novo posicionamento proposto pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 466.343-1 em torno da hierarquia a ser dada aos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio.

Possui também a intenção de examinar se referido entendimento, que atribui caráter supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos, revolucionou a pirâmide jurídica kelseniana.

Para tanto, dividimos o presente artigo em três tópicos.

No primeiro tópico serão abordados os níveis de escalonamento das normas segundo a obra de Hans Kelsen. No segundo, faz-se uma pequena introdução sobre os tratados internacionais de direitos humanos apresentando as correntes doutrinárias que buscam a compatibilização de tais convenções internacionais com o ordenamento jurídico interno. Por fim, passa-se a análise do voto do Ministro Gilmar Mendes proferido no RE nº 466.343-1/SP que atribui caráter supralegal a tais tratados internacionais e apresenta alguns questionamentos que surgiram no decorrer deste estudo.

Oportuno registrar que o presente artigo tem a intenção apenas de trazer à tona alguns questionamentos sobre o assunto, sem a pretensão de finalizar a discussão.

1. A pirâmide jurídica proposta por Hans Kelsen

O que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas jurídicas? Por que uma determinada norma jurídica pertence a um determinado ordenamento jurídico?

Refletindo sobre tais questionamentos Hans Kelsen concluiu que o direito como ordenamento jurídico é um sistema de normas jurídicas.

No entanto, uma pluralidade de normas só forma uma unidade, um sistema, quando sua validade puder ser atribuída a uma única norma como fundamento dessa validade.

A esta única norma capaz de validar todo o sistema de normas, Kelsen nomina de “norma fundamental”.

Segundo o referido autor é a norma fundamental que constitui a unidade na pluralidade de todas as normas que integram um ordenamento, de modo que uma norma só pertence a determinado ordenamento porque sua validade pode ser imputada à norma fundamental.²

Entende-se por norma fundamental conforme a qual as normas do ordenamento jurídico são produzidas, devendo a norma fundamental ser o ponto de partida para a criação das demais leis.

Sendo assim, qualquer norma do ordenamento jurídico encontrará sua validade na norma fundamental de um Estado, ou seja, na sua Constituição, porém, se for questionado sobre qual o fundamento que valida a Constituição, se chegará, segundo Kelsen, a uma Constituição mais antiga, mas nem sempre historicamente a primeira. Nas palavras do autor:

Se se indagar, porém, sobre o fundamento da validade da Constituição, sobre a qual repousam todas as leis e os fundamentos de todas as leis e atos jurídicos, talvez se chegue a uma Constituição mais antiga e assim a uma historicamente primeira, promulgada por um único usurpador ou por um colégio formado de algum modo. E aqui, o que o primeiro órgão histórico da Constituição estabeleceu como sua vontade, com validade de norma, é a instituição básica de todo o conhecimento que extingue o ordenamento jurídico que repousa nessa Constituição.³

² KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito. Trad. J. Crettela Jr. E Agnes Cretella. 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 94.

³ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito. Trad. J. Crettela Jr. E Agnes Cretella. 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 97.

No entanto, há que se ressaltar que esta Constituição histórica não está necessariamente relacionada ao que se considera a primeira Constituição de um Estado, mas sim, aquela elaboração que não está prevista em nenhuma outra disposição normativa anterior, aquela cujos criadores não foram investidos de competência por nenhuma outra norma. Nas palavras de Kelsen, a primeira Constituição histórica é a que deriva da *revolução* na ordem jurídica, tendo em vista que inaugura uma nova ordem.

A título de exemplificação cita-se Fábio Ulhoa Coelho que afirma que a Constituição Imperial de 1824 não é a primeira Constituição histórica brasileira, devendo o Ato Institucional nº 5 de 1968 ser considerado nossa primeira Constituição histórica, pois a ordem jurídica por ele inaugurada ainda não foi substituída, haja vista que aquele texto fundamental foi elaborado sem qualquer disposição normativa anterior e seus editores não foram investidos de competência por nenhuma outra ordem jurídica, pois não há no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma norma outorgando poderes para o Presidente da República baixar tal norma excepcional.

O mesmo autor prossegue dizendo que:

O Ato Institucional nº 5 é ainda a primeira constituição histórica brasileira porque a ordem jurídica iniciada com a sua edição ainda não foi substituída. Todas as normas hoje vigentes se ligam, mediatamente, a esse ato de exceção, fonte última de sua validade. A Carta de 1988 tem seu fundamento na emenda à Carta de 1967 e esta foi totalmente reeditada em 1969, com base naquele ato excepcional. A norma hipotética fundamental pressuposta pela ciência do direito brasileiro, portanto, não poderia ser outra senão a prescrição de obediência ao editor do Ato Institucional nº 5.⁴

Portanto, as normas de um ordenamento jurídico positivo terão validade porque a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como válida, mas elas somente possuem valor enquanto esta ordem jurídica for eficaz. Desta forma, se a Constituição perde sua eficácia, a ordem jurídica que sobre ela se apóia perde sua validade.⁵

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Para entender Kelsen. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 15.

⁵ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 237.

Com base neste entendimento, Hans Kelsen afirma que *“a relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação.”*⁶

Em razão de tal afirmação pode-se representar a estrutura do sistema jurídico com a imagem de uma pirâmide, pois para o referido pensador a ordem jurídica não é um sistema de normas ordenadas lado a lado, no mesmo plano, mas sim, uma construção escalonada de diferentes níveis de normas jurídicas.

A unidade das normas ocorre em razão de sua dependência, umas das outras, pois como já dito, a validade de uma norma depende da validade da outra norma que deu origem àquela e assim sucessivamente, até chegar-se à norma fundamental.

Imaginando-se uma pirâmide teríamos na cúspide a norma fundamental ou a Constituição Federal que tornaria válida as normas infraconstitucionais. Estas, por sua vez, outorgam validade a outras normas sancionadas em conformidade com o previsto nas normas anteriores. E, por fim, na base da pirâmide estariam as normas particularizadas, como por exemplo, as ordens administrativas, as decisões judiciais e os contratos.

Pressupõe-se, portanto, que as normas dos níveis inferiores da pirâmide foram sancionadas de acordo com o prescrito nas leis gerais superiores.

Neste sentido, Nino afirma que se uma prescrição é sancionada sem seguir os requerimentos estabelecidos por normas válidas superiores do sistema, não é uma norma válida do sistema. Citando Kelsen diz que uma lei é válida se esta *“existe como tal”*, se tem *“força obrigatória”* e pertence ao sistema jurídico.⁷

No ordenamento jurídico brasileiro podemos visualizar a seguinte pirâmide jurídica: em seu topo temos a Constituição Federal e os tratados internacionais recepcionados no ordenamento jurídico conforme previsão do art. 5º, §3º da CF e abaixo deles todas as normas infraconstitucionais (lei complementar/ lei ordinária/ tratados internacionais de direitos humanos não recepcionados pelo quórum especial e tratados internacionais de direitos comuns, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções).

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 246/247.

⁷ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa: Barcelona, 1997, p. 263.

Essa estrutura mostra que as normas de um mesmo ordenamento mantêm uma relação hierárquica onde todas as leis infraconstitucionais e demais instrumentos normativos devem guardar perfeita sintonia com a Lei Maior, sobretudo com os valores por ela resguardados.

Nos casos em que não há perfeita harmonia entre a norma inferior com a norma superior cabe ao Supremo Tribunal Federal, por meio do denominado controle de constitucionalidade, decidir sobre a compatibilização entre as normas infraconstitucionais e a Constituição Federal.

Registre-se que também deve ocorrer a compatibilização entre a Constituição Federal e os tratados internacionais recepcionados pelo ordenamento jurídico interno de forma a observar a validade das normas conforme ensinado por Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito.

Em razão dos tratados internacionais integrarem a pirâmide jurídica kelseniana, passa-se a examinar as formas de compatibilização das normas quando houver conflitos entre as convenções internacionais e o direito brasileiro.

2. Conflito entre normas internas e os tratados internacionais de direitos humanos

A Constituição Federal de 1988 é considerada o marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. O valor da dignidade da pessoa humana vem a ser a base norteadora do ordenamento jurídico brasileiro. Os direitos e garantias fundamentais e a dignidade da pessoa humana formam os princípios constitucionais que servem como critério interpretativo de todas as normas do sistema jurídico brasileiro, passando a ser dotados de uma especial força expansiva.

Ao consagrar o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma proposto para a ordem internacional, a Constituição de 1988 avançou na comunidade internacional, pois o princípio do respeito aos direitos humanos invoca a abertura do sistema jurídico interno ao sistema internacional de proteção de tais direitos.

A partir deste momento, surge a necessidade de interpretar os antigos conceitos à luz do princípio da prevalência dos direitos humanos, posto que estes possuem *status* constitucional e têm aplicabilidade imediata, fazendo parte das cláusulas pétreas e, conseqüentemente, não podendo ser abolidos por meio de emenda à Constituição.

Assim a Constituição Brasileira concede um tratamento especial aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados, pois, diferentemente do que ocorre com os tratados internacionais comuns, os tratados internacionais de direitos humanos, em que o Brasil seja parte, passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados.

Essa situação se consolidou com a inclusão do §3º ao art. 5º da CF por meio da EC nº 45/04, a qual prevê 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.

É imperioso ainda ressaltar que, em virtude do caráter especial que possuem os tratados de direitos humanos, ao Estado que tenha ratificado determinado tratado dessa natureza não lhe é dado deixar de cumpri-lo sob o pretexto de supostas controvérsias de ordem constitucional ou interna, posto que seus tribunais devem interpretá-los, no plano do direito interno, de modo diferente que interpretariam os demais tratados internacionais.

Como bem afirma Piovesan, *“Não há como admitir que o Brasil ratifique tratados e se recuse a aceitar o aparato normativo internacional de garantia, implementação e fiscalização desses direitos.”*⁸

Neste mesmo sentido cite-se, Tamayo,

Os tratados de direitos humanos estão orientados mais que a estabelecer um equilíbrio de interesses entre Estados, a garantir o gozo de direitos e liberdades do ser humano, eles instrumentam uma garantia coletiva para o respeito dos direitos humanos e liberdades fundamentais (...). Por este motivo, ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro do qual eles, pelo bem comum, assumem obrigações, não em relação a outros Estados, mas aos indivíduos sob sua jurisdição⁹. [Tradução Livre].

⁸ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p.76.

⁹ “Los tratados de derechos humanos están orientados más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derecho y libertades del ser humanos, instrumentan una garantía colectiva para el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales. (...) Por esto, al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”. TAMAYO, Carolina Loayza. Aplicación de la normatividad protectora de los derechos humanos en el ordenamiento interno. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [S.L], v. 8, n. 31, p. 23-51, jul./set. 2000, p 25.

Para que as normas de direito internacional possam ser aplicadas no âmbito interno é necessário que exista uma norma de recepção que a transforme em norma de direito nacional. Só após a internalização é que se estabelecerão as relações de hierarquia com as demais normas internas.

No Brasil, ao se interpretar a Carta de 1988, afirma-se por posição consolidada no Supremo Tribunal Federal, que é obrigatória a incorporação interna das normas internacionais através de ato do Poder Legislativo e posterior ato do Poder Executivo.

Insta salientar o entendimento de Rosa,

A tese sufragada pelo Pretório Excelso foi do paralelismo dos ordenamentos, portanto, *dualista*, dando tratamento paritário entre as normas de Direito Internacional e as leis ordinárias, desde que inseridas no ordenamento por ato formal. O reconhecimento das normas de Direito Internacional demandaria, portanto, ato legislativo propiciador da ponte de entrada destas normas no ordenamento jurídico nacional. Sem ela, inexistente reconhecimento das normas internamente.¹⁰

Em última análise, para que o tratado de direitos humanos ratificado pelo Brasil produza efeitos no ordenamento jurídico interno, é necessária a edição de um ato normativo.

No entanto, com a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos, cuja intenção é complementar os dispositivos nacionais, é possível que tal ato gere um eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Interno e este é, para a doutrina, um dos maiores problemas gerados para proteção internacional de tais direitos.

Várias são as alternativas para a solução desta questão. A primeira delas poderia ser a de que a lei posterior revoga a lei anterior incompatível com ela, com base na natureza constitucional dos tratados de direitos humanos.

Outro critério possível é o da norma mais favorável à vítima, consagrado pelos próprios tratados internacionais de proteção dos direitos humanos (Convenção Americana de Direitos Humanos), e que também encontra apoio na prática e

¹⁰ ROSA, Alexandre Morais da. Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material. Florianópolis: Habitus, 2002, p. 92.

jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais, cabendo aos Tribunais nacionais a escolha da norma que assegura melhor proteção ao indivíduo.¹¹

Para outros autores o que prevalece é a norma constitucional apenas quando os tratados violarem disposição expressa da Constituição.

Há ainda os que sustentam que, em se tratando de direitos humanos não haveria conflitos, pois bastaria aplicar a Convenção Americana dos Direitos Humanos e harmonizar sua interpretação e aplicação com o resto do direito interno, como expoente deste pensamento cite-se Gordillo.¹²

Por fim, ressalte-se o entendimento de Tamayo para quem, em caso de conflito entre direito internacional e direito interno, aquele prevalece sobre este, tendo em vista que os Estados não podem invocar disposições existentes em seu próprio direito para não dar cumprimento às obrigações impostas pelos tratados.¹³

Assim, percebe-se que a doutrina tanto nacional como estrangeira, possui posicionamentos variados sobre o tema. Embora existentes diferentes posicionamentos a prática e a jurisprudência internacional têm demonstrado que esta questão tem sido melhor resolvida através da supremacia do direito internacional sobre o direito nacional fundado nos princípios do *pacta sunt servanda* e da boa fé, sendo estes considerados “*pedra angular onde descansa a vigência e eficácia do ordenamento jurídico internacional e dos Direitos Internacionais de Direitos Humanos*”.¹⁴ [Tradução Livre]

No Brasil, não há norma positivada para a solução dos conflitos entre tratados e leis infraconstitucionais, de modo que a doutrina e a jurisprudência utilizam de vários critérios de hermenêutica para solucionar tais antinomias.

O primeiro grupo teórico, chamado radical conservador, era o posicionamento majoritário adotado pelo Supremo Tribunal Federal e possui como representante Francisco Rezek.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 121.

¹² GORDILLO, Agustín. Derechos Humanos. San Pablo: Del Rey, [200-], p. III-4.

¹³ TAMAYO, Carolina Loayza. Aplicación de la normatividad protectora de los derechos humanos en el ordenamiento interno. Revista Brasileira de Ciências Criminais, [S.L.], v. 8, n. 31, p. 23-51, jul./set. 2000, p 32.

¹⁴ “... piedra angular donde descansa la vigencia y eficacia del ordenamiento jurídico internacional y del Derecho Internacional de Derechos Humanos.” TAMAYO, Carolina Loayza. Aplicación de la normatividad protectora de los derechos humanos en el ordenamiento interno. Revista Brasileira de Ciências Criminais, [S.L.], v. 8, n. 31, p. 23-51, jul./set. 2000, p 32.

Neste caso, tanto os tratados internacionais comuns como também os de direitos humanos somente serão recepcionados pelo ordenamento jurídico interno em nível infraconstitucional (lei ordinária) e serão condicionados a um processo formal de recepção, qual seja, a aprovação pelo Congresso Nacional do texto que constitui o tratado e que passará, após a publicação de Decreto-Legislativo no Diário Oficial da União, a ser lei ordinária.

Ressalta-se que após a EC nº 45/2004, os tratados internacionais de 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.

Outro grupo teórico diz respeito aos radicais progressistas, o qual possui seu expoente em Cançado Trindade e Flávia Piovesan. Para este grupo os tratados internacionais de direitos humanos são aceitos em nível constitucional, mesmo os recepcionados anteriormente a edição da EC nº 45/2004 e que forem aprovados pelo Congresso Nacional sem respeitar o critério especial de votação.

A próxima corrente entende que os tratados e convenções em matéria de direitos humanos possuem natureza supraconstitucional e tem como principal doutrinador Celso Albuquerque Mello.

Por fim há uma nova corrente apresentada pelo Supremo Tribunal Federal que atribui caráter supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos.

Para o presente trabalho dar-se-á maior atenção a esta última tese em razão da inovação trazida pelo Supremo Tribunal Federal quando do exame do Recurso Extraordinário nº 466.343-1.

3. O caráter supralegal atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos, segundo hodierno posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Recentemente, o Pretório Excelso foi instado a se manifestar sobre a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária.

O Recurso Extraordinário nº 466.343-1 foi interposto pelo Banco Bradesco S.A., com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, negando provimento ao recurso de

apelação nº 791031-0/7, entendeu pela inconstitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciante em contrato de alienação fiduciária em garantia, em face do que dispõe o art. 5º, LXVII da Constituição Federal.

Evidencia-se no presente caso a antinomia entre o art. 5º, LXVII da CF/88, o Decreto-lei nº 911/69 e o Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992.

O Relator, Ministro Cezar Peluso, negou provimento ao recurso por entender que a aplicação do art. 4º do DL nº 911/69 é inconstitucional, pois entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia não há afinidade ou conexão teórica sua equiparação destes dois modelos jurídicos.

Em que pese a importância do julgamento e do brilhantismo exarado em todos os votos, o presente trabalho examinará as lições expostas no voto do Ministro Gilmar Mendes, uma vez que são grande valia para as discussões promovidas na comunidade acadêmica em relação ao tema que ora se examina.

O ilustre Ministro Gilmar Ferreira Mendes acompanhou o voto do Relator, Ministro Cezar Peluso, no sentido de ser declarada a inconstitucionalidade da prisão civil nos casos de alienação fiduciária, todavia, acrescentou os seguintes fundamentos:

(...) os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel.¹⁵

A partir deste voto do Excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes, inúmeros questionamentos surgiram sobre o caráter supralegal atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos, como por exemplo, é possível admitir-se tal *status* normativo? Haveria base legal para se admitir este posicionamento? Tal entendimento

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-SP. Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 22 de novembro de 2006. **Informativo do STF nº 449**. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2008.

estaria criando um novo nível de escalonamento na pirâmide jurídica criada por Hans Kelsen?

Passa-se a examinar estas e outras indagações sobre este novo *status* normativo atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos.

O Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes quando da análise do RE nº 466.343-1-SP realizou um profundo estudo sobre a possibilidade da prisão civil do depositário infiel à luz dos tratados internacionais de direitos humanos, analisando as correntes doutrinárias existentes acerca do *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, indicando historicamente o entendimento do Supremo Tribunal Federal e demonstrando as razões que o levaram a aceitar o caráter supralegal de tais tratados internacionais.

Fundamenta seu entendimento no fato de estarmos vivendo em um Estado Constitucional Cooperativo. Neste modelo, o Estado Nacional “*se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais.*”¹⁶

Com tal posicionamento, o Ministro Gilmar Mendes reconhece que os tratados de direitos humanos não podem afrontar a supremacia da Constituição, porém, possuem um lugar especial reservado no ordenamento jurídico pátrio.

Nas palavras do Eminentíssimo Ministro “*equipará-los [os tratados internacionais de direitos humanos] à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.*”¹⁷

Com base nisto, afirma o Ministro que seria mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade dos tratados e convenções de direitos humanos, haja vista que esta tese prevê que tais tratados internacionais seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de superioridade em relação aos demais atos infraconstitucionais.

Vale lembrar que o legislador, buscando atender este caráter especial que os tratados de direitos humanos devem possuir no ordenamento jurídico interno, aprovou

¹⁶ HÄBERLE *apud* MENDES *in RE* nº 466.343-1-SP, voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, p. 14/15. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 maio 2009.

¹⁷ MENDES *in RE* nº 466.343-1-SP, voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, p. 21. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 maio 2009.

em 2004 a Emenda Constitucional nº 45 que introduziu um novo parágrafo ao artigo 5º da Constituição Federal.

Referida Emenda Constitucional inseriu o §3º ao art. 5º da CF/88 com a seguinte disposição “*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.*”

Sendo assim, a partir de 2004, os tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados respeitando o quórum especial terão *status* de norma constitucional.

Todavia, o voto proferido no RE nº 466.343-1/SP apresenta um novo nível de escalonamento das normas jurídicas, o caráter supralegal das normas, o qual se encontraria abaixo da Constituição Federal, porém, acima das leis infraconstitucionais.

Este entendimento gera uma verdadeira modificação na pirâmide jurídica de Kelsen que até então era formada apenas pela Constituição Federal no seu ápice e pelas leis infraconstitucionais em sua base.

A partir desta decisão a nova pirâmide jurídica pode ser assim representada: no seu cume permanece a Constituição Federal e os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados conforme previsto no art.5º, §3º da CF que terão *status* de Emenda Constitucional. No nível de escalonamento imediatamente inferior se encontram os tratados internacionais de direitos humanos, que possuem *status* supralegal. Por fim, na base da pirâmide, as normas infraconstitucionais, ou seja, leis ordinárias/complementares/tratados internacionais de direito comum, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

Estabelecida esta premissa, vale aqui suscitar uma importante reflexão.

No caso levado para análise do STF, observa-se que a norma superior (Constituição Federal) prevê em seu art. 5º, LXVII que não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Por sua vez, classificada como a norma imediatamente inferior pela tese defendida na referida decisão (Pacto de São José da Costa Rica) prevê em seu artigo 7º, item 7 que “*ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos*

de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

Além disto, temos outras normas infralegais como o Decreto-lei nº 911/69 e o art. 652 do CC/02 que dispõem que o depositário que não restituir o bem quando requerido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano.

Relembre-se que segundo Hans Kelsen a validade de uma norma depende da validade da outra norma que deu origem àquela e assim sucessivamente, até chegar-se à norma fundamental. Tal afirmação faz pressupor que as normas dos níveis inferiores da pirâmide foram sancionadas de acordo com o prescrito nas leis gerais superiores.

Todavia, no caso em exame, verifica-se que o tratado internacional de direitos humanos foi recepcionado sem observar a previsão constitucional que possibilita a prisão civil para o depositário infiel, de modo que, segundo Kelsen, esta norma internacional não teria validade no ordenamento jurídico interno.

Entretanto, conforme exposto pelo Excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes, os tratados internacionais de direitos humanos que assumem caráter de norma supralegal estão autorizados a afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida.

Deste modo, em razão de sua hierarquia intermediária de norma supralegal os tratados internacionais de direitos humanos possuem força para paralisar a eficácia jurídica de toda norma infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior à ratificação do tratado internacional.

Sendo assim, tal *status* normativo não autoriza os tratados internacionais de direitos humanos a revogarem norma expressamente prevista na Constituição Federal (art. 5º, LXVII), no entanto, retiram a eficácia das normas infraconstitucionais impossibilitando a aplicação de referido texto constitucional.

Sem dúvida, esta nova concepção sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos vai ao encontro da tendência mundial de reconhecimento de cooperação entre os povos e da premente necessidade de se dar ampla efetividade à proteção dos direitos humanos.

Diante de todo o exposto, vislumbra-se que vários são os questionamentos que merecem reflexão, como por exemplo:

Um tratado com força supralegal pode paralisar norma infraconstitucional que tem alicerce na própria Constituição Federal, como é o caso do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal? Neste caso não haveria a inconstitucionalidade do Pacto de San José da Costa Rica no item que proíbe a prisão civil por dívida, com exceção às dívidas de alimentos?

Sobre tal reflexão deve-se lembrar que o entendimento exarado no voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes deve ser analisado sob o ponto de vista da força normativa da Constituição, pois ele propõe uma interpretação da Lei Maior conforme os Tratados, o que não pode ser aceito, pois retira da Carta Constitucional sua força normativa e a coloca à disposição de instrumentos normativos infraconstitucionais.

Como bem pontua o prof. Marcos Maliska, no caso analisado pelo STF o dispositivo constitucional, por implicar em restrição de liberdade, está sujeito a reserva legal. *“Assim a eficácia jurídica do mesmo depende de uma lei infraconstitucional que o regulamente. Estando o tratado acima da lei, esse acabaria por paralisar os efeitos da legislação regulamentadora.”*¹⁸

No entanto, esta tese somente é possível nas hipóteses em que as normas constitucionais necessitam de complementação pela legislação infraconstitucional. Quando o texto do tratado for contrário ao da Constituição, estar-se-á diante de uma inconstitucionalidade, pois não se pode olvidar que a Constituição Federal encontra-se no ápice da pirâmide jurídica kelseniana.

Questiona-se ainda se o caráter supralegal atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos cria um novo nível de escalonamento na pirâmide jurídica?

Não há dúvidas que tal decisão revoluciona a pirâmide jurídica de Kelsen, pois como já dito, referido autor previu dois níveis de escalonamento, no cume a norma hipotética fundamental e em sua base as normas infraconstitucionais.

O caráter supralegal como novo nível de escalonamento na pirâmide jurídica gera inúmeras consequências práticas, dentre elas a necessidade de averiguar se toda lei

¹⁸ MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e cooperação normativa no plano internacional. Reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Texto produzido como atividade de pesquisa acadêmica realizado junto ao *NupConst* – Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da *Unibrasil*, em Curitiba, p. 8.

ordinária possui “dupla compatibilidade vertical”¹⁹, ou seja, para a lei infraconstitucional ser válida ela deverá ser compatível com a Constituição Federal e também com as normas de caráter supralegal, ou seja, os tratados de direitos humanos de modo que, havendo incompatibilidade com qualquer das normas superiores a lei ordinária terá sua eficácia paralisada.

Outra questão que merece reflexão diz respeito à possibilidade de o Supremo Tribunal Federal inovar a ordem jurídica interna, instituindo norma com *status* não previsto expressamente na Constituição Federal, como o é o caráter supralegal? Em dita situação não haveria afronta ao princípio da separação dos poderes, eis que o novo “instituto” foi criado sem o devido processo legislativo?

Veja-se que compete ao poder legislativo a elaboração das normas infraconstitucionais conforme previsão do art. 59 da Constituição Federal, não estando elencando em tal rol as de caráter supralegal, sendo esta uma construção doutrinária e jurisprudencial.

Desta feita, somente é possível aceitar tal criação do ponto de vista “*do conjunto da Constituição, que necessariamente envolve a noção do conceito ‘Estado Constitucional Cooperativo’ e o efeito simbólico, perante a comunidade internacional, do grau de vinculação dos documentos internacionais de direitos humanos no âmbito do direito interno do país.*”²⁰

Neste sentido, registre-se que a própria Constituição Federal possui dispositivos que indicam a intenção de cooperação internacional, pois da leitura sistemática do art. 4º da Constituição em conjunto com o art. 1º, I sinaliza-se para um novo conceito de soberania que deve ser compreendido em conjunto com princípios fundamentais da Constituição.

Tal entendimento é bem examinado pelo Professor Maliska²¹:

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. Controle de convencionalidade: STF revolucionou nossa pirâmide jurídica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2033, 24 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1241>>. Acesso em: 24 ab. 2009.

²⁰ MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e cooperação normativa no plano internacional. Reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Texto produzido como atividade de pesquisa acadêmica realizado junto ao *NupConst* – Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da *Unibrasil*, em Curitiba, p. 11.

²¹ MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e cooperação normativa no plano internacional. Reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Texto produzido como atividade de pesquisa acadêmica realizado junto ao *NupConst* – Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da *Unibrasil*, em Curitiba, p. 12.

Quando a Constituição dispõe que nas suas “relações internacionais a República Federativa do Brasil rege-se pelos seguintes princípios”, ela quer dizer que o Brasil submete a sua soberania a prevalência dos direitos humanos, a solução pacífica dos conflitos, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, e, mesmo, autoriza a integração supranacional com os países latino-americanos.

Portanto, a própria Constituição Federal prevê a possibilidade de uma cooperação externa, havendo a necessidade de compatibilização do ordenamento jurídico interno a este conceito de Estado Constitucional Cooperativo que possui como escopo o desenvolvimento do direito comum, onde a realização cooperativa dos direitos humanos é sua principal tarefa.

Neste sentido foi o posicionamento do Excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes em relação à prisão civil do depositário infiel, sendo oportuno citar o seguinte excerto de seu voto²²:

A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos.

Estes são, portanto, alguns dos questionamentos que merecem reflexão sobre o Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, sendo indubitável que inúmeros outros podem surgir de um estudo mais aprofundando do assunto.

Conclusão

O presente trabalho não teve o objetivo de criticar e nem festejar a decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, no entanto, possuiu apenas o intuito de expor os pontos abordados no referido julgamento e trazer à tona alguns questionamentos para reflexão sobre o tema, haja vista, a grande influência prática que exercerá nos futuros julgamentos sobre conflito de normas internas com normas previstas em tratados internacionais de direitos humanos.

²² MENDES *in RE* nº 466.343-1-SP, voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, p. 21. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 maio 2009.

Entretanto, mesmo sem a pretensão de se posicionar sobre tal julgamento, no mínimo duas conclusões podem ser retiradas de tal estudo.

A primeira delas diz respeito à mudança gerada na pirâmide jurídica kelseniana que passa a contar com mais um nível de escalonamento, o das normas supralegais, que se encontram abaixo da norma fundamental (Constituição Federal) e acima das leis infraconstitucionais.

E a outra conclusão que se verifica é que o Supremo Tribunal Federal, a partir deste julgamento, segue a tendência internacional em matéria de direitos humanos que proíbe expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, exceto para o caso do alimentante inadimplente.

Esta mudança de posicionamento, ainda que questionável, demonstra que a Suprema Corte brasileira tem buscado acompanhar as mudanças observadas na sociedade, atualizando sua jurisprudência, de modo a torná-la mais adequada às novas realidades voltando-se principalmente à proteção do ser humano em âmbitos supranacionais.

Referências Bibliográficas

- ANDRADE, Agenor. Manual de Direito Internacional Público. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, promulgada em 05 de outubro de 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-SP. Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 22 de novembro de 2006. **Íntegra do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2008.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. v. 1.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Para entender Kelsen. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio. Controle de convencionalidade: STF revolucionou nossa pirâmide jurídica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2033, 24 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1241>>. Acesso em: 24 ab. 2009.
- GORDILLO, Augustín. Derechos Humanos. San Pablo: Del Rey, [200-].

- HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito. Trad. J. Crettela Jr. E Agnes Cretella. 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e cooperação normativa no plano internacional. Reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Texto produzido como atividade de pesquisa acadêmica realizado junto ao *NupConst* – Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da *Unibrasil*, em Curitiba.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A opção do judiciário brasileiro em face dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos. Presidente Prudente, 2000, v. 2.
- MEDEIROS, Ana Letícia Barauna Duarte. *Direito Internacional de Direitos Humanos na América Latina*. Rio de Janeiro: Lamen Juris, 2007.
- MELLO, Celso de Albuquerque. Direito Constitucional Internacional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- NINO, Carlos Santiago. La constitución de la democracia deliberativa. Gedisa: Barcelona, 1997.
- NOGUEIRA DA SILVA, Paulo Napoleão. Direito Constitucional do Mercosul. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- _____. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- _____. Introdução ao sistema interamericano: a Convenção Americana de direitos humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.) O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/>>

[31/Documentos/Artigos/00000034-001_FlaviaPioveasn.pdf](#) > Acesso em 20 out. 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material. Florianópolis: Habitus, 2002.

REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. Poder Constituinte Supranacional: Esse novo personagem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 6. ed. rev.atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45 – tese a favor da incidência do “tempus regit actum”. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Paulo%20Ricardo%20Schier.pdf>>. Acessado em: 10 out. 2008.

SILVA, G. E. do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. Manual de Direito Internacional Público. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

TAMAYO, Carolina Loayza. Aplicación de la normatividad protectora de los derechos humanos en el ordenamiento interno. Revista Brasileira de Ciências Criminais, [S.L], v. 8, n. 31, p. 23-51, jul./set. 2000.