

Recebido em: 27/02/2020

Aprovado em: 20/05/2020

PRISÕES BRASILEIRAS SOB A ÓTICA DOS ATOS NORMATIVOS INTERNACIONAIS: O DEPOSITÁRIO INFIEL E O INFRATOR DO ISOLAMENTO SOCIAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

*BRAZILIAN PRISONS FROM THE POINTE OF VIEW OF
INTERNATIONAL NORMATIVE ACTS: THE INFIDELIAL
DEPOSITARY AND THE INFRACTOR OF SOCIAL
ISOLATION IN PANDEMIC TIME*

Rogério Piccino Braga

Pós-doutorado no Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra, Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Pós-graduado em Direito Municipal. Professor Universitário na Universidade Norte do Paraná - Unopar (Bandeirantes/PR) e na Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP/Jacarezinho. Advogado.

Leonardo Bocchi Costa

Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)

SUMÁRIO: Introdução; 1. A prisão civil como meio coercitivo para o adimplemento de obrigações; 2. Tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira e prisão civil de depositário infiel; 3. Jurisprudência do supremo tribunal federal e tratados internacionais de direitos humanos; 4. Consequências trazidas pela implementação da teoria do duplo estatuto e suas contradições jurídicas; Considerações finais; Referências bibliográficas..

RESUMO: O presente estudo tem como finalidade a análise acerca das consequências trazidas pela adoção da teoria do duplo estatuto dos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal, decisão que atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos não ratificados pelo rito da PEC o status normativo supralegal e declarou a ilegalidade da prisão civil de depositário infiel. Para isso, será discutida a natureza jurídica da prisão civil, buscando diferenciá-la da prisão processual e da prisão penal, tendo em vista suas características e disposições diferenciadas. Além disso, abordar-se-ão as teorias do status normativo dos tratados internacionais de direitos humanos, sendo elaborada uma análise histórica das decisões jurisprudenciais proferidas pelo STF nesse sentido. Por fim, realizar-se-á análise crítica acerca das consequências trazidas pela atribuição de status supralegal aos tratados de direitos humanos, com a consequente criação de mais um nicho normativo, bem como a adoção de método hermenêutico errôneo no que diz respeito à ocorrência de antinomia entre uma norma supralegal e a Constituição Federal. Além disso, as consequências trazidas pela adoção da teoria do duplo estatuto no combate à pandemia por coronavírus vivenciada pelo Estado brasileiro serão abordadas, com ênfase no Decreto 64.959/SP, que prevê a pena de prisão em caso de descumprimento do disposto no diploma em comento. Utilizaram-se como métodos de abordagem nesta pesquisa o método dedutivo, bem como o histórico-evolutivo, além de pesquisa bibliográfica indireta.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusula de abertura dos direitos fundamentais. Controle de convencionalidade. Pandemia por coronavírus. Prisão civil de depositário infiel. Tratados internacionais de direitos humanos.

ABSTRACT: This study aims to analyze the consequences brought by the adoption by the Federal Supreme Court of the theory of the double status of fundamental rights, a decision that attributes to international human rights treaties the normative status of supralegality and declared

that the civil imprisonment of unfaithful depositary is illegal. To this end, the legal nature of civil imprisonment will be discussed, seeking differentials between procedural and penal imprisonment, in view of their different characteristics and regulations. In addition, will be discussed the theories of the normative status of international human rights treaties, with a historical analysis of the jurisprudential decisions made by the STF. Finally, a critical analysis will be carried out on the consequences brought by the supralegal status for treaties of human rights, with the consequent creation of another normative niche, as well as the application of the misinterpretation method regarding the conflict between a supralegal norm and the Federal Constitution. In addition, the consequences brought by the adoption of the dual status theory in the fight against the coronavirus pandemic experienced by the Brazilian State will be addressed, with emphasis on Decree 64.959/SP, which provides for the prison sentence in case of non-compliance with the provisions of the text in question. Was used as methods of approach in this research the deductive method, as well as the historical-evolutionary, in addition to indirect bibliographic research.

KEYWORDS: Clause of opening of fundamental rights. Conventionality control. Coronavirus pandemic. Civil imprisonment of unfaithful depositary. International human rights treaties.

INTRODUÇÃO

A Súmula Vinculante 25, editada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, tinha como sua finalidade a cessação da controvérsia que tinha como epicentro a suposta ilegalidade da prisão civil de depositário infiel, já que, após ratificação pelo Congresso Nacional, o Pacto de São José da Costa Rica foi promulgado pelo então Presidente da República, Itamar Franco, por meio de decreto, em 1992. As divergências doutrinárias ocorriam por conta da previsão contida no supramencionado Pacto, em seu artigo 7º, dispositivo 7, segundo o qual ninguém poderia ser detido por dívida, a não ser em caso de obrigação alimentar (BRASIL, 1992). Todavia, apesar da disposição contida no tratado incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o Código Civil de 2002, em seu artigo 652, prevê que o depositário que não restituir o bem submetido a depósito “será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano” (BRASIL, 2002), além de ressarcir os prejuízos. Além disso, a Constituição Federal de 1988 preconiza em seu artigo 5º, inciso LXVII, que não haverá prisão civil por dívida, a não ser em caso de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a de depositário infiel (BRASIL, 1988).

De tal modo, apesar de o Pacto de São José da Costa Rica vedar a possibilidade de prisão civil de depositário infiel, o Código Civil brasileiro de 2002 e a Constituição Federal de 1988, esta que goza de status normativo de maior envergadura em um ordenamento jurídico, permitiam a prisão civil no caso sob análise. Estar-se-ia, de tal sorte, diante de uma situação de antinomia, ou seja, de incompatibilidade entre normas pertencente a um mesmo ordenamento jurídico, motivo pelo qual seriam necessários critérios jurídicos pré-determinados para a resolução do conflito normativo. Todavia, havia e há mais questões hermenêuticas envolvendo a situação da prisão civil de depositário infiel, como a hierarquia normativa atribuída no ordenamento jurídico brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista a cláusula de abertura dos direitos fundamentais positivada na Constituição Federal, em seu artigo 5º, § 2º, fato que aprofunda a discussão acerca do tema e dificulta a possibilidade de consenso entre as posições assumidas.

O presente estudo tem como finalidade, portanto, a abordagem acerca da prisão civil de depositário infiel, discorrendo acerca de sua natureza jurídica diversa da prisão penal e, principalmente, de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, à luz da teoria do ordenamento jurídico, dos posicionamentos doutrinários majoritários acerca do status normativo inerente aos tratados internacionais de direitos humanos, levando em consideração a cláusula de abertura dos direitos fundamentais, e, por fim, discutindo as nuances do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário 466.343, o qual representa o posicionamento atual do Pretório Excelso acerca da hierarquia normativa atribuída aos tratados internacionais de direitos humanos e, como consequência, o atual entendimento dos Ministros sobre a possibilidade de prisão civil no caso de depositário infiel. Por derradeiro, as consequências lógico-jurídicas da decisão jurisprudencial analisada na pandemia por coronavírus vivenciada pelo Estado brasileiro serão analisadas, quando abordar-se-á o Decreto nº 64.959/SP, editado pelo Governo do Estado de São Paulo, documento que passou a prever a pena de prisão em caso de descumprimento das políticas de prevenção ao COVID-19.

1 A PRISÃO CIVIL COMO MEIO COERCITIVO PARA O ADIMPLENTO DE OBRIGAÇÕES

A origem etimológica da palavra “*prisão*” remete ao termo francês *prison*, o qual deriva da expressão latina *prehensio onis*, que, por sua vez, “significa cárcere, cadeia, prisão, penitenciária, xadrez, ato de prender alguém, de agarrar, de segurar, capturar, apreensão” (AZEVEDO,

2000, p. 51). O ato de prender alguém significa, portanto, a apreensão, o cerceamento da liberdade de locomoção e o encarceramento do indivíduo (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 937) em estabelecimento prisional. Embora seja cabível a utilização do termo “prisão” de forma genérica, verifica-se, com efeito, que a prisão é um gênero que se divide em três espécies devidamente estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, a saber: a prisão processual, a prisão penal e a prisão civil.

A prisão processual diz respeito a situações que ocorrem no transcorrer da persecução penal em que se faz necessário o encarceramento do réu, antes mesmo que se alcance o trânsito em julgado (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 937) – frise-se que a regra para que a prisão ocorra em âmbito penal é que, previamente, seja alcançado o trânsito em julgado, em homenagem ao princípio da presunção de inocência, expressamente positivado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII –, decorrendo da eminente necessidade de se preservar a efetividade real da persecução penal. Tais situações se restringem, todavia, às hipóteses estritamente previstas em lei, “traduzidas no risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado” (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 937).

A prisão penal é também conhecida como prisão pena, já que sua finalidade é a aplicação de uma pena ao indivíduo condenado criminalmente em ação penal cujo trânsito em julgado foi alcançado, mostrando-se “verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva” (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 937). Por sua vez, a pena pode ser definida como “a sanção imposta pelo Estado, por meio de ação penal, ao criminoso como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes” (NUCCI, 2012, p. 323, grifo do autor). Por seu turno, o caráter preventivo da pena se fragmenta em quatro aspectos: o caráter preventivo geral negativo, que está relacionado ao poder coercitivo que a pena representa à sociedade como um todo; o caráter preventivo geral positivo, que tem como finalidade a demonstração e a reafirmação da eficiência do direito penal; o caráter preventivo especial negativo, que busca intimidar o autor do delito para que este não volte a praticar crimes, inclusive recolhendo-o ao cárcere para tal finalidade; e o caráter preventivo especial positivo, que se mostra como a proposta de ressocialização do condenado, a fim de que volte ao convívio em sociedade (NUCCI, 2012, p. 323). Pela explicação trazida por Guilherme Nucci, pode-se aduzir no sentido de a pena possuir caráter multifacetado, já que sua finalidade de existir não pode ser resumida em apenas um aspecto. Sobre as finalidades da pena e seu caráter multifacetado, Nucci discorre:

Na realidade, em nosso entendimento, a pena possui caráter multifacetado, implicando retribuição, o que continua a imperar no inconsciente coletivo da sociedade, bem como no próprio texto legal (art. 59, CP), além de significar prevenção geral positiva (reafirmação dos valores e da efetividade do direito penal) e negativa (intimidação à sociedade) e prevenção individual positiva (reeducação) e negativa (retirada do condenado do convívio social quando necessário) (NUCCI, 2012, p. 46)

Gozando de natureza jurídica eminentemente diversa da prisão penal, a prisão civil pode ser conceituada como “o ato de constrangimento pessoal, autorizado por lei, mediante segregação celular do devedor, para forçar o cumprimento de um determinado dever ou de uma determinada obrigação” (AZEVEDO, 2000, p. 51). Para que seja compreendida a finalidade da prisão civil, é mister um maior aprofundamento acerca do conceito de “obrigação”, que pode ser definida como uma relação jurídica de caráter transitório e de natureza pessoal e econômica, sendo necessário, portanto, que a prestação tenha um valor pecuniária, sendo suscetível de aferição monetária (DINIZ, 2007, p. 29). Portanto, a finalidade principal da prisão civil é o cumprimento de uma determinada obrigação, ou seja, o adimplemento de uma relação jurídica transitória e de natureza pessoal e econômica.

No ordenamento jurídico brasileiro, todavia, no que diz respeito à prisão civil por dívida, a regra é a sua proibição, devidamente positivada na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LXVII, segundo o qual “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (BRASIL, 1988). Portanto, a ordem constitucional brasileira, como regra, proíbe o emprego de prisão civil para o adimplemento de dívida, exceto nos casos de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. A obrigação alimentícia é relação jurídica que deriva da relação de parentesco, nos termos do artigo 1.694 do Código Civil, do dever de mútua assistência decorrente do casamento – em observância ao disposto nos artigos 1.566, III, e 1.704 do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002) – ou do poder familiar, segundo prevê o artigo 22 do ECA (BRASIL, 1990). A obrigação de alimentar alguém pode ser conceituada como o dever de efetuar prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si (CAHALI, 2002, p. 16).

A segunda hipótese em que há autorização pela Constituição Federal para a aplicação de prisão civil para o adimplemento da obrigação é a do depositário infiel, que é a parte de um contrato de depósito que não cumpre seu dever de guarda do objeto móvel que lhe foi confiado ou não o restituiu

na ocasião ajustada. O depósito é o contrato, cuja regulamentação se dá do artigo 627 ao 652 do Código Civil brasileiro, em que uma das partes (depositário) recebe da outra, denominada depositante, uma coisa móvel, para guardá-la, com a obrigação de restituí-la na ocasião ajustada ou quando lhe for reclamada (GONÇALVES, 2018, p. 387).

O artigo 652 do Código Civil brasileiro prevê que, independente da modalidade do depósito, o depositário infiel será compelido ao cumprimento da obrigação por meio de prisão civil não excedente a um ano, sem prejuízo do ressarcimento dos prejuízos. A disposição supramencionada corrobora a teoria de a prisão civil deter caráter coercitivo e não punitivo, já que, na hipótese de prisão civil do depositário infiel, “a lei não estabeleceu um prazo mínimo para sua duração, estando ele na própria vontade do depositário, que pode dela liberar-se desde o momento em que cumpra a obrigação de restituir” (GONÇALVES, 2018, p. 408). Sobre o caráter coercitivo da prisão civil, Suelem Aparecida Alves discorre:

A maioria dos doutrinadores, e uma parcela significativa da jurisprudência, considera a prisão civil como sendo diversa da penal, sobretudo porque, nesta, a prisão se apresenta, fundamentalmente, com caráter punitivo, em razão da prática de ato ilícito previsto em norma criminal. A prisão civil, todavia, não apresenta característica punitiva, mas de meio coercitivo, de pressão psicológica, regulada por normas civis para convencer o devedor de sua obrigação de pagar. (ALVES, 2015)

A teoria da prisão civil como método coercitivo para o adimplemento de obrigações e, de tal modo, de natureza diversa da prisão penal, que está diretamente ligada ao conceito de “pena”, é adotada, portanto, majoritariamente pela doutrina, já que o tempo em cárcere a que é submetido o devedor coincide sempre com o inadimplemento da obrigação. Isso porque caso haja o devido cumprimento da obrigação, o devedor é imediatamente liberado da prisão civil mediante decisão judicial. Ainda na mesma seara, o cumprimento integral da prisão civil não exime o devedor da responsabilidade do cumprimento da obrigação contraída, estando tal situação expressamente positivada na Lei de Alimentos, em seu artigo 19, § 1º (BRASIL, 1968), sendo tal regra aplicável, também, ao caso da prisão civil do depositário infiel.

2 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL

Para que possa ser compreendida a situação atual de ilegalidade da prisão civil de depositário infiel, faz-se necessária a abordagem de

uma temática diretamente ligada à letra da Constituição Federal de 1988, qual seja, o posicionamento hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Tal discussão faz-se relevante pela redação dada ao § 2º do artigo 5º da Carta Magna, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988). O dispositivo mencionado é conhecido como “cláusula de abertura dos direitos fundamentais”, que corresponde à possibilidade de recepção de direitos fundamentais, mesmo que não constantes no rol disposto no artigo 5º da Carta Maior, caso sejam decorrentes dos princípios e regimes adotados pela Constituição (abertura interna) ou de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte (abertura externa). Sobre a cláusula de abertura dos direitos fundamentais, Walter Claudius Rothenburg explica:

A abertura dos direitos fundamentais (CR, art. 5º, § 2) significa a possibilidade de recepção e desenvolvimento dos direitos fundamentais, e projeta-se *internamente*, para permitir extrair direitos fundamentais do regime e dos princípios constitucionais, bem como *externamente*, para autorizar extrair direitos fundamentais de normas internacionais, pela “prevalência dos direitos humanos” (CR, art. 4º, II). (ROTHENBURG, 2014, p. 149, grifo do autor)

A envergadura hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos ganha relevância quando se leva em consideração a natureza jurídica dos direitos fundamentais, os quais, por serem direitos diretamente ligados ao desenvolvimento do ser humano (ROTHENBURG, 2014, p. 44), ensejam hierarquia normativa privilegiada, de onde surge uma das suas características: a constitucionalização. Sua ligação com o desenvolvimento do ser humano diz respeito à gênese jurídica dos direitos fundamentais, os quais decorrem diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo tais direitos “uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões” (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 151). A envergadura constitucional dos direitos fundamentais está também relacionada à sua gênese, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que tal princípio é um dos pilares do Estado Democrático de Direito em que se instala a República brasileira, restando positivado no artigo 1º, III da Constituição Federal, forma de demonstrar o brusco rompimento com a ordem jurídica autoritária e ditatorial progressa.

Pelo fato de os direitos fundamentais deterem natureza jurídica intrinsecamente constitucional, a envergadura jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro ganha grande importância, uma vez que a cláusula de abertura dos direitos fundamentais garante a possibilidade de reconhecimento de direitos fundamentais advindos de tratados internacionais e, uma vez reconhecidos como direitos fundamentais, em princípio teriam a possibilidade de reconhecimento de sua envergadura constitucional. Apesar da cláusula de abertura dos direitos fundamentais, quatro teorias envolvendo a hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos ganharam envergadura na doutrina e jurisprudência, as quais serão abordadas por esta pesquisa para que seja possível visualizar os posicionamentos adotados pela jurisprudência do STF no decorrer dos anos.

2.1 TEORIAS DA HIERARQUIA NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

As teorias que versam acerca da envergadura hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos podem ser divididas em quatro conjecturas: as teorias da supraconstitucionalidade, da constitucionalidade, da supralegalidade e da infraconstitucionalidade. A doutrina majoritária da temática de direitos humanos encontra-se bem delimitada entre a teoria da supraconstitucionalidade e a da constitucionalidade, não sendo tais teorias, porém, aplicadas atualmente, ao menos em princípio, pela jurisprudência brasileira, com ênfase à jurisprudência do Pretório Excelso. Conforme demonstrar-se-á, as teorias mencionadas trazem um embate entre princípios decorrentes do regime constitucional, uma vez que a supremacia ou a equiparação dos tratados internacionais de direitos humanos às normas constitucionais privilegiaria o princípio da dignidade da pessoa humana em detrimento do princípio da supremacia da Constituição, ao passo que a teoria da supralegalidade e a da infraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos prejudicaria o princípio da dignidade da pessoa humana em favor da supremacia constitucional.

A teoria da supraconstitucionalidade baseia-se em basicamente dois argumentos: a ideia de supremacia do direito internacional sobre o direito pátrio e a impossibilidade de arguir normas de direito interno para justificar o descumprimento de tratados internacionais, conforme preconiza o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, da qual a República brasileira é parte (BRASIL, 2009). A ideia de primazia do direito internacional sobre o direito interno decorre da teoria kelseniana, segundo a qual a ordem jurídica interna é derivada da ordem jurídica

internacional, posição esta adotada pelos doutrinadores internacionalistas brasileiros, tanto publicistas como os privatistas (DOLINGER apud PIOVESAN, 2011, p. 111).

No que diz respeito à impossibilidade de arguição de normas de direito interno para o descumprimento de tratados internacionais, tal argumento é proveniente das disposições previstas na Convenção de Viena, tratado (do qual o Brasil é signatário) que regulamenta o Direito dos Tratados. Isso porque, conforme já mencionado, seu artigo 27 proíbe a arguição de direito interno para justificar descumprimentos aos tratados dos quais um país seja parte, motivo pelo qual todas as normas de um ordenamento jurídico interno seriam paralisadas pelo disposto em tratados dos quais um Estado seja parte, daí a superioridade do direito internacional sobre o direito interno, inclusive sobre a Constituição, o que tornaria, segundo tal conjectura, os tratados internacionais de direitos humanos hierarquicamente superiores à ordem constitucional de um Estado signatário da Convenção de Viena (SAGUÉS apud MARINONI, 2016, p. 1344), o que é o caso da República brasileira.

A teoria da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos decorre basicamente da cláusula de abertura dos direitos fundamentais, interpretada à luz do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Além disso, somem-se a essa interpretação características inerentes aos direitos fundamentais, como a constitucionalização e a indivisibilidade. Para que seja possível a compreensão acerca das características intrínsecas aos direitos fundamentais, há de ser pontuado, preliminarmente, que tais direitos são obrigatoriamente positivados em um ordenamento jurídico, ou seja, encontram-se limitados no tempo-espaço, vigendo, portanto, em determinado local e em determinado momento. Ocorre que tal positivação, por se estar tratando de direitos diretamente ligados ao desenvolvimento do ser humano, deve ocorrer no âmbito das normas de maior hierarquia no ordenamento jurídico, gozando, de tal forma, de regime jurídico qualificado, situação de onde decorre o princípio da constitucionalização dos direitos fundamentais, nos termos do que discorre o eminente doutrinador Walter Claudius Rothenburg:

[...] Essa positividade ocorre no âmbito das normas da maior hierarquia (superioridade), principalmente as constitucionais (de onde a constitucionalização dos direitos fundamentais), e também de normas de direito internacional (supraconstitucionalização). [...] Do ponto de vista formal, os direitos fundamentais devem ser contemplados por um regime jurídico qualificado, que, para ilustrar com a Constituição

brasileira de 1988, confere-lhes, por exemplo, um procedimento dificultado de reforma (rigidez constitucional: CR, art. 60) e toma-os como parâmetro de controle de constitucionalidade. (ROTHENBURG, 2014, p. 17)

No ordenamento jurídico brasileiro, além de gozar de regime jurídico privilegiado por integrar o texto constitucional, o que dificultaria reformas concernentes aos direitos fundamentais que compõem uma Constituição de caráter rígida, os direitos fundamentais fazem parte das chamadas cláusulas pétreas, nos termos do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Tal situação impede não somente a aprovação, mas também a deliberação acerca de PECs (Propostas de Emenda à Constituição) tendentes a abolir qualquer tipo de direitos e garantias individuais – cabendo pontuar que o adjetivo “individuais” diz respeito a uma imprecisão terminológica por parte do legislador, uma vez que, em observância ao princípio da indivisibilidade, todos os direitos fundamentais são integrantes das cláusulas pétreas, e não somente os decorrentes do princípio fundamental da liberdade ou também conhecidos como de primeira dimensão.

Após discorrer acerca da constitucionalização dos direitos fundamentais, merece atenção a cláusula de abertura dos direitos fundamentais, a qual, conforme já discutido, corresponde à possibilidade de reconhecimento de direitos fundamentais corolários do regime e dos princípios constitucionais, além dos derivados de tratados internacionais de direitos humanos. Tal cláusula, cujo verdadeiro conteúdo é cerne de extensa discussão doutrinária e jurisprudencial até hoje, ganha envergadura na discussão ao ser interpretada, pelos adeptos da teoria do status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, de acordo com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, segundo o qual há a necessidade de interpretação das normas constitucionais de modo a possibilitar maior aplicabilidade aos direitos, garantias e liberdades públicas, devendo-se, ainda, acolher a interpretação cuja aplicação garanta a maior e mais ampla proteção aos direitos humanos, como observância à “supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República” (MORAES, 2014, p. 16). Sobre a aplicação do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais junto à interpretação da cláusula de abertura dos direitos fundamentais, tem-se o seguinte:

Como observa Canotilho, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais “é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos

fundamentais — no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”. Está-se assim a conferir máxima efetividade aos princípios constitucionais, em especial ao princípio do art. 5º, § 2º, ao entender que os direitos constantes dos tratados internacionais passam a integrar o catálogo dos direitos constitucionalmente previstos. (CANOTILHO apud PIOVESAN, 2011, p. 128)

Somando-se à interpretação da cláusula de abertura dos direitos fundamentais à luz do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais – o que busca garantir o reconhecimento dos direitos constantes em tratados internacionais de direitos humanos como integrantes do catálogo de direitos fundamentais –, encontra-se o princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais. O princípio mencionado é utilizado, principalmente, para embasar juridicamente a necessidade de respeito e desenvolvimento de todas as dimensões dos direitos fundamentais, haja vista que os direitos sociais são discriminados em determinados Estados levando em consideração questões político-ideológicas, levando à conjectura de que direitos sociais não são igualmente exigíveis se comparados aos direitos individuais e transindividuais.

Todavia, tal princípio é claramente aplicável à questão da hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, já que, uma vez reconhecidos como direitos fundamentais, há flagrante violação ao princípio da indivisibilidade caso haja discriminação hierárquica entre os direitos fundamentais previstos no texto constitucional e os decorrentes de tratados internacionais, uma vez que a interpretação no sentido de que estes direitos deteriam status supralegal ou infraconstitucional deixaria à mercê do legislador ordinário direitos caros ao desenvolvimento humano, fato que aviltaria a característica indivisível dos direitos fundamentais, que devem ser igualmente aplicados, respeitados e desenvolvidos em todas as suas categorias e origens (seja do texto constitucional ou de tratados internacionais). Acerca do princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais, Walter Claudius Rothenburg comenta:

Pode-se compreender essa característica sob o ângulo de cada direito fundamental, que constitui uma unidade incindível em seu conteúdo elementar, bem como sob o ângulo dos diversos direitos fundamentais, no sentido de que não se podem aplicar apenas alguns dos direitos fundamentais reconhecidos e ignorar outros. [...] A indivisibilidade dos diversos direitos fundamentais indica a necessidade de respeito e desenvolvimento de todas as categorias (na verdade, dimensões) de

direitos fundamentais, sejam eles direitos de proteção (especialmente os clássicos direitos individuais ou liberdades públicas), sejam eles direitos a prestação (especialmente os direitos sociais) [...]. (ROTHENBURG, 2014, p. 14-15)

Nos termos do que dispõe a teoria da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, portanto, é plenamente plausível que se cogite de direitos fundamentais expressamente positivados no rol da Constituição Federal de 1988 e de direitos fundamentais que se encontram fora do mencionado rol, seja por decorrência de princípios constitucionais ou de tratados internacionais. Isso ocorre porque a fundamentalidade de um direito decorre de sua referência a posições jurídicas ligadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, e não de sua fonte de posituação em um ordenamento jurídico. Uma vez reconhecida sua fundamentalidade, um direito fundamental não pode ser deixado à disponibilidade do legislador ordinário, haja vista sua importância para o desenvolvimento do ser humano (BRANCO, 2012, p. 171) e do Estado Democrático de Direito.

A teoria do status supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos busca compatibilizar os princípios da dignidade da pessoa humana e o da supremacia da Constituição, submetendo as disposições de direito internacional que versam sobre direitos humanos à supremacia hierárquica da Carta Magna, mas, ao mesmo tempo, impedindo que tais dispositivos fiquem à disponibilidade do legislador ordinário, posicionando-se em nicho normativo hierarquicamente superior em relação às normas infraconstitucionais. Em sede de julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, o Ministro Gilmar Mendes proferiu seu voto defendendo a teoria em questão, ao discorrer que o status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Estado brasileiro “torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão” (STF, 2008).

Além de buscar harmonizar os princípios mencionados, a teoria da supralegalidade busca alcançar maior observância à disciplina internacional dos tratados, segundo a qual, uma vez ratificados, os tratados só podem deixar de ser aplicados mediante denúncia, e nunca com base em revogação por lei interna posterior. “Em suma, segundo esse entendimento, no ordenamento jurídico interno dos Estados-partes, os tratados internacionais de direitos humanos estariam acima das leis” (CASTILHO, 2018, p. 110). A presente corrente doutrinária busca submeter os tratados internacionais de direitos humanos somente ao poder normativo da Constituição Federal

no que diz respeito ao direito interno, buscando impedir a arguição a existência de leis ordinárias internas em sentido contrário para justificar o descumprimento de tratados internacionais de direitos humanos. Todavia, por estar submetida hierarquicamente à Constituição Federal, as normas constitucionais continuariam podendo ser utilizadas como justificativa para o descumprimento de uma disposição de direito internacional.

Por fim, a teoria do status infraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos é corolário da interpretação em conjunto de disposições constitucionais que buscam determinar o status normativo dos tratados internacionais como um todo. Ao firmar a competência do Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de tratado internacional, o artigo 102, III, b, da Constituição Federal determina que o estatuto dos tratados internacionais é infraconstitucional, haja vista que permite controle de constitucionalidade. Outrossim, o artigo 47 da Constituição cuida dos tratados internacionais da mesma maneira que a legislação ordinária ao determinar o quórum de aprovação por maioria simples tanto para lei ordinária quanto para o decreto legislativo (instrumento utilizado para a ratificação dos tratados pelo Congresso Nacional). Sem prejuízo do já exposto, o artigo 105, III, a, da Carta Magna confere mesmo regime jurídico aos tratados internacionais e leis infraconstitucionais ao definir um mesmo tipo de recurso (recurso especial) para impugnações de decisões que contrariem seus dispositivos ou lhes neguem vigência (RAMOS, 2014, p. 364).

3 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

No que tange à aplicação das teorias do status normativo dos tratados internacionais de direitos humanos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal modificou seu posicionamento algumas vezes no decorrer do último século. Em 1914, durante o julgamento do Pedido de Extradicação n. 7, o STF declarou estar em vigor e aplicável um tratado, mesmo havendo uma lei posterior contrário a ele. Já em 1943, em sede de julgamento da Apelação Cível n. 7.872, houve também o reconhecimento da superioridade hierárquica dos tratados em relação às normas infraconstitucionais, ao ser afirmado que lei não revoga tratado. Por fim, nesse sentido, em 1951, no caso da União Federal versus Rádio Internacional do Brasil, houve decisão unânime no sentido de que um tratado revogava as leis anteriores em sentido contrário (PIOVESAN, 2011, p. 131).

Todavia, a partir de 1977, em sede de julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, o Supremo Tribunal Federal reformou seu ponto de vista ao reconhecer que a Convenção de Genebra não se sobrepunha às leis ordinárias do ordenamento jurídico brasileiro (STF, 1977), restando aplicáveis as disposições internas que contrariavam a Convenção em questão. Havia, portanto, um descompasso entre os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e a sua postura de internalização dos tratados, passando a existir, portanto, sólida controvérsia doutrinária entre os que defendiam a equiparação dos tratados internacionais de direitos humanos às normas constitucionais “e aqueles que, encabeçados pelo STF, ao contrário, submetiam-nos à Constituição brasileira, encartando-os no mesmo patamar hierárquico da legislação ordinária” (TAVARES, 2012, p. 560). Quanto à diferenciação entre os tratados de direitos humanos e os tratados internacionais comuns, o Supremo Tribunal Federal, de 1988 a 2008, decidiu a favor da tese de que os tratados internacionais de direitos humanos e os demais tratados teriam a mesma hierarquia, sendo considerados equivalentes à legislação infraconstitucional (RAMOS, 2014, p. 372).

3.1 PRISÃO DE DEPOSITÁRIO INFIEL E JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) 466.343

Até o ano de 2008, portanto, o posicionamento do STF era pacífico no sentido de atribuir status infraconstitucional aos tratados internacionais, fossem concernentes a direitos humanos ou não. A mudança em tal posicionamento foi ensejada pelo advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual estatui o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual, os tratados e convenções internacionais concernentes a 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, 1988). O dispositivo incorporado ao texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45 prevê, conforme se depreende de sumária interpretação, a equiparação formal dos tratados de direitos humanos às normas constitucionais, desde que aprovados nos termos do rito da Proposta de Emenda à Constituição (PEC).

O parágrafo inserido na ordem constitucional demonstra o desejo do legislador de não deixar à disposição das normas ordinárias o disposto em tratados internacionais de direitos humanos, concedendo-lhes hierarquia normativa privilegiada, de modo que os tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo Congresso Nacional conforme

ao rito da Proposta de Emenda à Constituição serão incorporados ao texto constitucional, gozando de idêntica hierarquia e integrando o bloco constitucional para todas as finalidades. Ocorre que a finalidade do legislador de proteção aos direitos fundamentais oriundos da abertura constitucional não restava refletida na jurisprudência pátria, já que o Supremo Tribunal Federal atribuía a quaisquer tratados internacionais internalizados pelo Estado brasileiro, mesmo após a vigência da EC 45/2004, hierarquia normativa infraconstitucionais, de modo que os tratados internacionais eram equivalentes à legislação ordinária pátria.

A necessária mudança no entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal ocorreu no ano de 2008, em sede de julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, o qual questionava a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, tendo em vista a vigência do Pacto de São José da Costa Rica. O novo posicionamento majoritário do STF foi capitaneado pelo Ministro Gilmar Mendes, o qual buscou retomar a visão de Sepúlveda Pertence (em seu voto no HC 79.785-RJ), sustentando que os tratados internacionais de direitos humanos “que não forem aprovados pelo Congresso Nacional pelo rito especial do art. 5º, § 3º, da CF/88, têm natureza supralegal: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei” (RAMOS, 2014, p. 376). Restou consagrada, portanto, a teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos, sobre a qual discorre André de Carvalho Ramos discorre:

Ficou consagrada a teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos: natureza constitucional, para os aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º; natureza supralegal, para todos os demais, quer sejam anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional n. 45 e que tenham sido aprovados pelo rito comum (maioria simples, turno único em cada Casa do Congresso) (RAMOS, 2014, p. 377).

A teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito aos tratados de direitos humanos aplica-lhes dois regimes jurídicos diferentes, tendo como critério o modo como foi realizada a internalização do tratado ao ordenamento jurídico brasileiro. Isto é, se o tratado concernente a direitos humanos foi ratificado utilizando o quórum de aprovação necessário para a aprovação de lei ordinária ou complementar, sua hierarquia normativa terá natureza supralegal, estando submetido à supremacia da Constituição, mas se encontrando acima da legislação ordinária. Todavia, se o tratado que versa sobre direitos humanos for aprovação conforme ao rito da PEC, com aprovação em dois turnos em cada casa legislativa por 3/5 (três quintos) do seu total de membros, haverá a equiparação do tratado às normas

constitucionais, passando a ter hierarquia constitucional e integrando o bloco de constitucionalidade.

4 CONSEQUÊNCIAS TRAZIDAS PELA IMPLEMENTAÇÃO DA TEORIA DO DUPLO ESTATUTO E SUAS CONTRADIÇÕES JURÍDICAS

Pela teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos, os tratados concernentes aos direitos humanos que forem internalizados pelo rito da aprovação de legislação ordinária – o que ocorre em regra, já que apenas dois tratados foram aprovados pelo rito da PEC desde o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 – terão envergadura supralegal, posicionando-se entre a ordem constitucional e a legislação infraconstitucional. Desse modo, passaria a existir uma conciliação entre os princípios da supremacia da Constituição e da dignidade da pessoa humana, uma vez que a Constituição continuaria detendo superioridade hierárquica em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, ao mesmo tempo em que a legislação ordinária estaria sujeita às disposições advindas dos tratados supramencionados. Todavia, ao atribuir status supralegal aos tratados internacionais, o Supremo Tribunal Federal gerou consequências no ordenamento jurídico brasileiro, já que a decisão proferida pelo Pretório Excelso acrescentou em nosso ordenamento mais uma espécie normativa, a qual se encontra entre a hierarquia constitucional e a infraconstitucional.

Tal criação é criticada por doutrinadores pelo fato de ter sido desenvolvida pelo STF, o qual, pelo fato de integrar o Poder Judiciário, carece de legitimidade para a criação de novos nichos normativos (FERNANDES, 2017, p. 566), uma vez que caberia ao Poder Legislativo a organização do ordenamento jurídico brasileiro e suas espécies normativas. Ocorre que houve clara manifestação do legislador constitucional no sentido de atribuir envergadura constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que, não bastasse a cláusula de abertura dos direitos fundamentais, a EC 45/2004 dispõe claramente no sentido da integração dos tratados de direitos humanos às normas constitucionais. De tal modo, o STF, além de decidir na contramão das finalidades do legislador constitucional, viola o princípio da tripartição dos poderes ao criar nova espécie normativa, matéria de clara competência do Poder Legislativo. Sobre a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para a criação de novos nichos normativos, Bernardo Gonçalves Fernando explica:

É interessante que a presença da «norma supralegal» não advém de modificação legislativa (sobretudo constitucional via Poder Constituinte derivado), mas de um voto de um Ministro do STF no RE 466.343. A

crítica aqui é a seguinte: será que um voto (ainda que vencedor e por mais brilhante que seja na sistematização com o direito comparado) pode mudar a estrutura do nosso ordenamento jurídico? Será que não existiria um «caminho mais legítimo» para determinar a qualificação de normas como supralegais (abaixo da Constituição e acima das leis ordinárias)? (FERNANDES, 2017, p. 566)

Outra consequência direta do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343 pelo Supremo Tribunal Federal foi a edição da Súmula Vinculante 25, a qual passou a considerar ilegal a prisão civil do depositário infiel, independente da modalidade do depósito. Isso porque, segundo expõe o Ministro Gilmar Mendes em seu voto em sede do julgamento do RE 466.343, desde a adesão do Estado brasileiro ao Pacto de São José da Costa Rica, não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, uma vez que o caráter especial dos tratados internacionais de direitos humanos lhes reserva um lugar específico no ordenamento jurídico brasileiro, restando abaixo da Constituição Federal, porém em posição hierarquicamente superior à legislação ordinária (teoria da supralegalidade). “O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão” (STF, 2008).

Percebe-se que houve, portanto, a ocorrência de antinomia jurídica entre as normas de direito interno brasileiro e as do Pacto de São José da Costa Rica, podendo-se definir a antinomia jurídica “como aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade” (BOBBIO, 1995, p. 88). Para a resolução da antinomia entre as normas da legislação ordinária pátria que autorizavam a prisão civil do depositário infiel (como o artigo 652 do Código Civil) e a proibição de tal ato pelo Pacto de São José da Costa Rica utilizou-se o critério hierárquico, segundo o qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior (*lex superior derogat inferior*) (BOBBIO, 1995, p. 93). Em suma, pelo fato de os tratados internacionais de direitos humanos deterem natureza supralegal – no caso em comento, trata-se do Pacto de São José da Costa Rica –, as normas proibitivas da prisão civil do depositário infiel prevalecerão sobre as disposições do direito infraconstitucional pátrio, já que tais atos normativos são hierarquicamente inferiores aos tratados internacionais.

Apesar de a resolução da antinomia jurídica envolvendo as disposições supramencionadas mostrar-se aparentemente correta,

há uma questão que impede que a solução dada ao conflito entre as normas jurídicas seja considerada tecnicamente aceitável: a antinomia entre o Pacto de São José da Costa Rica e a Constituição Federal de 1988. O artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal prevê o inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel como exceções para a proibição de prisão civil por dívidas, enquanto o artigo 7º, dispositivo 7, do Pacto de São José da Costa Rica prevê somente o inadimplemento de obrigação alimentar como exceção à proibição de prisão civil por dívida. Ou seja, a Constituição Federal prevê a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, enquanto o Pacto de São José a veda, situação que nitidamente se traduz em antinomia jurídica.

Pela aplicação do critério hierárquico à presente situação de antinomia, percebe-se que a aplicabilidade da proibição da prisão civil do depositário infiel restaria prejudicada por contrariar o disposto na Carta Magna, documento hierarquicamente superior ao tratado internacional em que se encontra a vedação. Todavia, pode-se notar que tal critério não restou aplicado ao caso concreto, uma vez que a disposição do Pacto de São José paralisou a aplicabilidade do disposto na Constituição Federal acerca da prisão do depositário infiel, fato traduzido na edição da Súmula Vinculante 25 pelo Supremo Tribunal Federal. Tal situação demonstra o equívoco hermenêutico cometido pelo Pretório Excelso, o qual, apesar de atribuir natureza supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos – submetendo-os à supremacia da Constituição Federal –, lança mão de uma técnica de interpretação utilizada em casos de antinomia entre normas de direitos fundamentais hierarquicamente equivalentes: o critério da aplicação da norma mais benéfica ao ser humano. Sobre a aplicação de tal princípio quando da antinomia entre duas normas constitucionais de direitos fundamentais, Flavia Piovesan explica:

Poder-se-ia imaginar, como primeira alternativa, a adoção do critério “lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível”, considerando a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Contudo, exame mais cauteloso da matéria aponta para um critério de solução diferenciado, absolutamente peculiar ao conflito em tela, que se situa no plano dos direitos fundamentais. E o critério a ser adotado se orienta pela escolha da norma mais favorável à vítima. Vale dizer, prevalece a norma mais benéfica ao indivíduo, titular do direito. O critério ou princípio da aplicação do dispositivo mais favorável à vítima não é apenas consagrado pelos próprios tratados internacionais

de proteção dos direitos humanos, mas também encontra apoio na prática ou jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais. (PIOVESAN, 2011, p. 152)

Mesmo que em sede de julgamento do Recurso Extraordinário 466.343 não tenha sido questionada a compatibilidade do Pacto de São José da Costa Rica frente à Constituição Federal no que diz respeito à prisão do depositário infiel, há de se observar a nítida inconstitucionalidade constante na vedação da prisão civil do depositário infiel prevista pelo tratado internacional em comento, que vai diretamente de encontro ao disposto na Constituição Federal 1988 no que diz respeito ao tema. A aplicação do critério hierárquico para paralisar a aplicabilidade das disposições infraconstitucionais que regulamentam a prisão civil do depositário infiel pelo fato de contrariarem uma norma supralegal diz respeito a uma grave violação ao dever de compatibilidade e coerência de um ordenamento jurídico, já que, conforme se observa no caso em questão, uma norma supralegal revoga as disposições infraconstitucionais que a contrariam, ao mesmo tempo em que suas disposições contrariam o contido na Constituição Federal, situação gerada por uma situação ilógica, conforme demonstrar Hans Kelsen:

A afirmação de que uma lei válida é “contrária à Constituição” (anticonstitucional) é uma *contradictio in adjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica. (KELSEN, 1998, p. 188, grifo do autor)

A interpretação trazida pelo Supremo Tribunal Federal contraria flagrantemente a lógica da concepção de um ordenamento jurídico, o qual, em seu aspecto sistemático, pode ser entendido como uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem, sendo necessário, para que tal ordem exista, que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si (BOBBIO, 1995, p. 71). Ao decidir que uma norma supralegal conflitante com a Constituição pode paralisar a aplicabilidade de disposições infraconstitucionais – conflitantes com a norma supralegal, mas plenamente compatíveis com o texto constitucional –, o Supremo Tribunal Federal gera transtorno na ordem jurídica

brasileira, ao paralisar, paradoxalmente, uma norma completamente compatível com a Constituição pelo fato de não se adequar a uma norma supralegal flagrantemente inconstitucional. Em suma, as disposições infraconstitucionais que regulamentam a prisão civil do depositário infiel foram ab-rogadas por não serem inconstitucionais.

Nos termos da explicação supramencionada de Hans Kelsen, uma norma só pode ser considerada válida se conforme às disposições constitucionais, sendo impossível que se retire dela qualquer afirmação jurídica (nisso inclui-se a possibilidade de revogar disposições que a contrariam), já que é uma lei inválida, uma vez residindo na própria Constituição Federal o fundamento para a validade de qualquer norma jurídica. A decisão do Pretório Excelso de atribuir status supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro grande insegurança, ao criar mais uma espécie normativa, ao mesmo tempo que interpreta de forma equivocada o conflito entre os tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição Federal, fato que gerou a paradoxal revogação de disposições infraconstitucionais pelo fato de serem perfeitamente conformes às disposições constitucionais, ao contrário da regra jurídica que as revogou. É de grande importância salientar que o caos gerado pelo Supremo Tribunal Federal é consequência da injustificada resistência em atribuir aos tratados internacionais de direitos humanos o status normativo que lhes pertence por sua própria natureza, qual seja, a envergadura de norma constitucional.

4.1 O MESMO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE À PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL E À PRISÃO PREVISTA AOS VIOLADORES DO DECRETO 64.959/SP COMO CONSEQUÊNCIA DA ADOÇÃO DO DUPLO ESTATUTO PELO STF

Ao submeter juridicamente a legislação ordinária pátria às disposições dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro (independente do rito pelo qual o tratado foi internalizado), a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal trouxe consigo, indiretamente, a possibilidade jurídica de se exercer internamente o chamado controle de convencionalidade, “técnica pela qual se invalidam normas internas menos benéficas à luz das disposições dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Estado” (MAZZUOLI, 2016, p. 31). Não cumpre somente aos Tribunais regionais tal controle, mas também aos chamados juízes internos, sendo aqueles responsáveis pelo controle de convencionalidade internacional, ao passo que estes são confiados ao controle interno (MAZZUOLI, 2016, p. 31-

32). Dessa maneira, qualquer ato normativo que contrarie as disposições internacionais concernente aos direitos humanos deve ser repellido e retirado do ordenamento jurídico brasileiro pelos juízes e tribunais pátrios por meio de tal mecanismo, visando a garantir a eficácia real e a supremacia dos tratados internacionais sobre a legislação ordinária pátria.

Diante desse panorama, tem-se que, quando se trata de uma situação de pandemia que passou a assolar todo o território brasileiro, é esperado que providências rígidas e excepcionais sejam tomadas pelo poder público a fim de que se amenizem as potenciais consequências sociais do vírus importado involuntariamente pelos brasileiros. Nesse sentido, no Estado de São Paulo foi editado o Decreto nº 64.959/SP, que determinou, em seu artigo 1º, o uso obrigatório de máscaras de proteção facial nos espaços de acesso aberto ao público, incluídos os bens de uso comum da população, bem como nos estabelecimentos que executem atividades essenciais e em repartições públicas estaduais (SÃO PAULO, 2020). A parte mais importante do decreto, todavia, diz respeito às sanções previstas em caso de descumprimento da citada determinação, já que, uma vez não cumprido o determinado no decreto, é prevista multa de até 276 mil reais, bem como prisão por infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa (artigo 268, CP) e desobediência a ordem legal de funcionário público (artigo 330, CP).

Perceba-se que os dois dispositivos constantes no Código Penal brasileiro dizem respeito a normas penais em branco, ou seja, que dependem de complementação por outra norma jurídica (BITENCOURT, 2016, p. 201). Nessa seara, perceba-se que o artigo 22 da Constituição Federal determina especificamente as matérias sobre as quais a União detém competência privativa para legislar, dentre as quais se encontra o direito penal (BRASIL, 1988). Levando isso em consideração, apesar de as normas penais em branco poderem ser complementadas por qualquer tipo de norma jurídica (lei, decreto, regulamento, portaria, resolução etc.) (BITENCOURT, 2016, p. 201), a norma complementadora deve ser obrigatoriamente editada por órgão pertencente à União, a fim de que não se viole a Constituição Federal. Ao se analisar a possibilidade de prisão por descumprimento de determinação do governo Estadual, percebe-se que há flagrante arbitrariedade na sanção prevista pelo Decreto editado, uma vez que se fere de morte as competências determinadas pela Constituição Federal, traduzindo-se, portanto, em arbitrariedade e inconstitucionalidade.

Além de gozar de caráter inconstitucional, a norma que prevê pena de prisão a quem descumprir a política de combate ao coronavírus determinada

pelo governo do Estado de São Paulo apresenta clara inconvençãoalidade ao se comparar às normas previstas pelo Pacto de São José da Costa Rica, que, em seu artigo 7º, dispositivo 2, prevê que “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas” (BRASIL, 1992). Por contrariar a Constituição Federal, o Decreto 64.959/SP fere, portanto, o Pacto de São José da Costa Rica ao determinar a privação de liberdade física ao indivíduo que desobedecer ao disposto no decreto, mesmo que se observe o descompasso entre o dispositivo em comento e a Carta Magna. Além disso, no mesmo artigo 7º, dispositivo 3, o diploma legal determina que “ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários”. Logicamente, uma prisão inconstitucional é necessariamente arbitrária, por violar a norma suprema do ordenamento jurídico. De tal forma, por violar as competências federativas previstas na Constituição Federal, a prisão prevista pelo Decreto 64.959/SP carece de convencionalidade e deve ser retirada do ordenamento jurídico, como consequência da adoção da teoria do duplo estatuto pelo Supremo Tribunal Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção pelo Supremo Tribunal Federal da teoria do duplo estatuto dos direitos fundamentais, apesar de, a priori, aparentar ser uma evolução jurisprudencial no que diz respeito à internalização dos tratados internacionais de direitos humanos, traz, em verdade, desordem e insegurança ao ordenamento jurídico brasileiro ao criar, mesmo não gozando de legitimidade para tal, uma nova espécie normativa que se sobrepõe às disposições infraconstitucionais ao mesmo tempo que se submete à soberania da Constituição Federal. Além disso, compromete profundamente o princípio da compatibilidade do ordenamento jurídico ao permitir a subsistência de uma norma flagrantemente inconstitucional que, além de paralisar a aplicação das disposições infraconstitucionais que a contrariam, paralisa também o dispositivo constitucional que autoriza a prisão civil de depositário infiel.

Note-se que o presente estudo não tem como finalidade a defesa da possibilidade jurídica de prisão civil do depositário infiel, já que a prisão civil por dívidas se mostra como método retrógrado e arcaico para o adimplemento de obrigações civis. A finalidade da presente pesquisa é a demonstração das contradições trazidas pela decisão de atribuir status supralegal aos tratados de direitos humanos que não foram ratificados pelo Congresso Nacional de acordo com o rito da PEC. A insegurança jurídica

decorrente dessa decisão é consequência de uma resistência injustificada do Pretório Excelso em atribuir o status normativo que é intrínseco aos tratados de direitos humanos: a hierarquia constitucional. De tal modo, o STF submete os tratados de direitos humanos formalmente à supremacia das normas constitucionais, ao mesmo tempo que lança mão de método de interpretação utilizado quando da ocorrência de conflito entre normas de direitos fundamentais hierarquicamente equivalentes.

Mesmo que a decisão jurisprudencial analisada pelo presente estudo tenha sido proferida no ano de 2008, suas consequências jurídicas continuam sendo passíveis de observação quase 12 anos depois, ao se verificar a inconstitucionalidade e a inconveniência da prisão prevista pelo Decreto nº 64.959/SP, uma vez que se exterioriza como uma detenção arbitrária e contrária às condições previstas pela Constituição Federal de 1988, usurpando da União a competência privativa de legislar sobre matéria penal. Como consequência da arbitrariedade da prisão, o dispositivo editado pelo Governo do Estado de São Paulo viola as disposições constantes do Pacto de São José da Costa Rica, com envergadura jurídica prevalente sobre a legislação ordinária pátria e, por isso, capaz de retirar do ordenamento jurídico brasileiro as disposições ordinárias em contrário, caso em que se enquadra o Decreto 64.959/SP.

REFERÊNCIAS

ALVES, Suelem Aparecida. *Prisão civil do devedor de alimentos*: natureza jurídica e eficácia no plano prático. Revista *Percurso Acadêmico*, v. 5, n. 9, p. 169-206, 2015.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: VERBATIM, 2016. 655 p.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão civil por dívida*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 200 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 964 p.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, 184 p.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1470 p.

BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 678, de 6 de novembro de 1992. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Brasília, DF, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968. *Lei de Alimentos*. Brasília, DF, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em: 15 fev. 2020.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 1120 p.

CASTILHO, Ricardo. *Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 264 p.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 475 p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. 1728 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, 731 p.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 271 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1440 p.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 946 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 1373 p.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 673 p.

RAMOS, André Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 1 ed. São Paulo: SARAIVA, 2014. 656 p.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Fundamentais*. 1 ed. São Paulo: Editora Método, 2014. 282 p.

SÃO PAULO. *Decreto n. 64.959*, de 4 de maio de 2020. São Paulo, SP, 2020. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64959-04.05.2020.html> Acesso em: 5 mai. 2020.

STF. *Recurso Extraordinário*: RE 80.004. SE. Relator: Xavier de Albuquerque. Data de Julgamento: 01/06/1977.

STF. *Recurso Extraordinário*: RE 466.343. SP. Relator: Cezar Peluso. Data de Julgamento: 03/12/2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2012. 1426 p.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosimar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019, 1888 p.