

ESCORÇO DA INCONVENÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL

*Gabriel Ricardo Assis de Andrade**

*Nery dos Santos de Assis***

Sumário: 1 Introdução. 2 Prisão Civil. 3 Dos tratados e convenções internacionais. 4 Conflito entre normas. 5 Ótica jurisprudencial. 6 Uniformização jurisprudencial. 7 Nova hermenêutica constitucional. 8 Dos efeitos imediatos. 9 Conclusão

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo demonstrar o não cabimento da prisão civil do depositário infiel devido a sua inconveniência como meio coercitivo de satisfação de uma obrigação. Para comprovar esta afirmação, utilizou-se da própria legislação interna infraconstitucional, Constitucional e de teorias de Direito Internacional que as fundamentam, provando a incoerência da legislação brasileira em relação ao Direito Internacional, da então posição de parte da doutrina (nacional e estrangeira) e dos próprios Tribunais que as contradiziam. De forma cronológica, verificar-se-á a evolução legislativa detalhada acerca do tema, trazendo à tona os Tratados e Convenções Internacionais que versam sobre a Prisão Civil e, principalmente, as inovações trazidas pela Emenda Constitucional 45 de 2004. Verificar-se-á, ainda, a uniformização da jurisprudência efetivada por nossa Corte Suprema em inédito julgamento realizado em dezembro de 2008, o qual pacificou a situação, atribuindo então uma nova ordem constitucional hierárquica, inovadora, que além de dar um novo status legislativo internamente aos Tratados, ainda promoverá uma nova forma de controle legislativo ao qual as normas infraconstitucionais deverão se submeter. Com isso, trouxe-se solução imediata para a organização interna suprir a possível lacuna legislativa ocasionada pela decisão, de modo que garanta a aplicação imediata da nova situação jurídica.

* Graduado em direito pela Faculdade do Noroeste de Minas – FINOM. Pesquisador na área de Direito Internacional.

** Graduado em direito pela Faculdade de Direito de Marília (2003), mestre em Ciências Sociais pela UNESP de Marília.

Palavras-chave: Prisão civil. Tratados internacionais. Inconvencionalidade.

1 Introdução

Desde 1990, com a adesão, pelo Brasil, ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e principalmente depois da adesão Convenção Americana de Direitos Humanos¹ em 1992, vem-se discutindo em campos acadêmicos e nos próprios Tribunais a possibilidade de vedação ou não da prisão civil do depositário infiel no país, tendo em vista que ambos os Tratados Internacionais são de Direitos Humanos e que vedam a prisão civil por dívida ou por inadimplemento contratual.

A problemática maior aparece com as confusões normativas aparentes estabelecidas entre as normas e procedimentos internos de recepção e adaptação dessas normas internacionais ao nosso ordenamento jurídico, sendo que a Constituição, aparentemente, garante *status* constitucional aos Tratados Internacionais, ao passo que o procedimento de assinatura e recepção aos tratados mostra-se diverso.

O problema tomou discussões com proporções maiores com o advento de inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, que concede *status* de Emendas Constitucionais aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, desde que aprovados rigorosamente pelo rito especificado no art. 5º, §3º da Constituição da República.

Apesar de toda a problemática, poucos doutrinadores se submeteram a desenvolver o tema no Brasil, deixando a dúvida no ar: qual norma deve prevalecer? A norma convencional ou as normas internas (constitucionais e infraconstitucionais)?

Com este trabalho, pretende-se demonstrar os argumentos principais desenvolvidos por aqueles que já discutiram o tema, além de expor outras dificuldades antes ignoradas ou desconhecidas por outros autores. Provando ao final a inconvencionalidade da prisão civil do depositário infiel, explicitando o definitivo *status* legislativo alcançado pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos recepcionados pelo Brasil e seus efeitos imediatos, além de comprovar a necessidade de um novo controle jurisdicional a que deverão ser submetidas as normas infraconstitucionais.

1 Também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica.

2 A prisão civil

Atualmente no Brasil, encontramos no nosso ordenamento jurídico uma poderosa forma de coerção jurídico-processual: a prisão civil. Tal modalidade de sanção, segundo a Constituição em seu artigo 5º, LXVII, pode ocorrer nas hipóteses de “inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (grifo nosso).

Há ainda previsões legais desta modalidade de prisão no atual Código Civil em seu artigo 652, além das Leis nº 8.866/94 (art. 4º, §2º), 5.478/68 (art. 19) e no Decreto-lei n. 911/69 (art. 4º).

Vista por alguns como um remédio hábil para garantir o adimplemento do depositário infiel e para “coibir a má-fé daqueles depositários, que, maliciosamente poderiam se desfazer de bens constritos, retardando ou até inviabilizando, com isso, a satisfação do crédito” (DONIZETTI, 2008), também vem sendo vista por muitos como uma grande ofensa a dignidade da pessoa humana, princípio que fundamenta o Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a restrição da liberdade é o último recurso, podendo ser aplicada apenas em casos extremos, tal como acontece no direito penal.

Os casos podem ser os mais variados possíveis. No que tange à prisão do devedor de pensão alimentícia, a Lei 5.478/68 é bastante clara em seu artigo 19, quando diz:

O Juiz, para instrução da causa, ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até sessenta dias.

Ou seja, havendo a sentença ou acordo, e o obrigado a descumprindo voluntariamente, por vontade própria sem motivo justificável, o juiz poderá decretar a prisão do devedor, restringindo a sua liberdade até por sessenta dias, para dessa forma, garantir o cumprimento da obrigação judicial.

Já a causa de prisão mais polêmica e que aqui será alvo central de debate, a prisão do depositário infiel, está prevista no artigo 652 do Código Civil, que diz: “Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos”.

Esta é considerada uma modalidade de depósito necessário, advindo de uma obrigação (legal, contratual ou judicial). Pelo conceito do art. 627 do Código Civil, “pelo contrato de depósito recebe o depositário um

objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame”. Tratando-se de servidor público com atribuições de depositário, há depósito legal, que se rege pela respectiva lei de Organização Judiciária. Tratando-se de depositário nomeado *ad hoc*, para guardar coisa arrestada, sequestrada ou apreendida, há contrato de depósito, mas de direito público. É indispensável a aceitação e a assunção do compromisso de depositário.

Aceito esse compromisso, o depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acrescidos, quando o exija o depositante (art. 629 do C.C.). Então, mantendo a guarda da coisa ou pecúnia, assim que o depositante reclame a coisa, deve ser restituída, caso contrário o juiz pode coagi-lo com “prisão não excedente a um ano” (art. 652 do C.C.). As modalidades de depósito judicial são: sequestro, o arresto e a penhora. Sendo que:

Sequestro é ato pelo qual o juiz manda apreender coisa litigiosa, que será, então, depositada. Arresto é ato judicial em que se apreendem bens do devedor a depósito para garantir o direito do credor ameaçado. Já a penhora é ato judicial mandando arrecadar tantos bens do devedor inadimplente quantos sejam necessários para pagar o credor.

Outra polêmica modalidade de prisão civil é a conversão do pedido de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente em depósito judicial, amparado pelo Decreto-lei 911/69.

O contrato em questão ocorre nas hipóteses em que um interessado em determinado bem, que não dispõe da importância necessária para adquiri-lo, realiza um contrato com uma instituição financeira a qual paga ao vendedor a importância do bem, tornando-se credor desta importância. A peculiaridade do instituto está em que a propriedade do bem passa à financeira, a qual detém a posse indireta, enquanto o adquirente passa a deter a coisa como possuidor direto e depositário. Pago o preço do financiamento, a propriedade se transfere plenamente ao adquirente (COSTA, 2004).

Então, no caso de inadimplemento da prestação devida ao credor, este poderá requerer contra devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente (art. 3º do citado Decreto), de modo que, se concedida a liminar de busca e apreensão e o bem não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão em ação de depósito judicial (art. 4º do Decreto). Sendo que, se não depositado o bem da forma estipulada, poderá ocasionar a prisão civil do devedor nos mesmos termos do art. 652 do Código Civil.

3 Dos tratados e convenções internacionais

Tratados e Convenções Internacionais são acordos solenes que criam normas gerais a serem obedecidas pelos Estados que dele se tornarem signatários. Por força do art. 27 da Convenção de Viena² (que versa sobre as regras de assinatura e ratificação de Tratados Internacionais), “nenhum Estado que faz parte de algum tratado pode deixar de cumpri-lo invocando seu Direito interno”. Pouco importa se se trata de uma norma constitucional ou infraconstitucional, ou seja, impõe-se ao Estado cumprir suas obrigações internacionais, assumidas por meio dos tratados.

Devemos salientar que a assinatura desses tratados é regida pelo princípio contratual da *pacta sunt servanda*, o qual pressupõe que os contratos (nesse caso, Tratados) gerem leis entre as partes.

Como visto, a ratificação de um tratado implica o reconhecimento de uma ordem jurídica internacional ao direito interno. Partindo daí, surgem dúvidas doutrinárias acerca da recepção e organização hierárquica entre normas internas e convencionais, surgindo então as teorias *monista* e *dualista*.

Para os adeptos do dualismo, direito interno e direito internacional são dois sistemas independentes. O dualismo se desdobra em: a) *dualismo radical* – admite-se a incorporação do tratado ao direito interno, desde que seja por meio de uma lei, sem a qual o tratado não surte efeito; b) *dualismo moderado* – para a incorporação do tratado basta o rito procedimental complexo (ato do Executivo – confirmação do Legislativo – ratificação – decreto) (MAZZUOLI, 2004, p. 212).

Os autores monistas apontam para uma convergência harmônica entre os sistemas internacional e interno. No entanto, quando surgem conflitos entre os dois sistemas, deve-se optar pela primazia da ordem interna ou da ordem internacional. Para a solução desse problema, surgiram duas correntes dentro do monismo: para uns, há prevalência da ordem jurídica internacional (*monismo internacionalista*); para outros, a interna (*monismo nacionalista*).³

2 Essa Convenção foi concluída em 23.5.1969, tendo sido assinada pelo Brasil nesse mesmo dia, todavia, somente foi reconhecida definitivamente pelo Brasil no dia 14 de dezembro de 2009, quando de sua promulgação no país pelo Decreto presidencial n. 7.030; após ser aprovada pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo n. 496, de 17 de julho de 2009) e ter seu instrumento de ratificação depositado perante o Secretário Geral da ONU (em 25 de setembro de 2009).

3 Para os adeptos ao *monismo internacionalista* – cujo maior expoente foi HANS KELSEN – o direito internacional é hierarquicamente superior, estando o direito interno a ele subordinado. De outro lado, o *monismo nacionalista* se firma na soberania absoluta do Estado ao pregar o primado

Na Constituição de 1988, aparentemente constata-se a adoção do sistema *monista*, trazendo no parágrafo 2º do artigo 5º o aparato legal que garante a aplicação das normas estabelecidas pelos Tratados e Convenções Internacionais que o Brasil assinar.

Segundo o parágrafo 2º os direitos e garantias expressos na 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.⁴

Normativamente, então, as normas estabelecidas pelos tratados e convenções internacionais que o Brasil se tornar signatário deverão ser obedecidas e recepcionadas pela nossa legislação vigente, tendo em vista inclusive a possibilidade de algumas dessas “normas internacionais” revogarem ou derrogarem algumas de nossas normas infraconstitucionais, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*.

Pelo exposto, observa-se que, por força do § 2º do art. 5º da Constituição, os direitos e garantias decorrentes de tratados de que faça parte o Brasil constitui direitos e garantias individuais assegurados no nível de cláusula pétrea, possuindo paridade com as demais normas constitucionais. Por força de dispositivo originário da Constituição, os direitos e garantias individuais gozam da mesma hierarquia que a norma constitucional, sendo materialmente constitucionais. Elas integrariam, como diz Bidart Campos (1991), o “bloco de constitucionalidade”, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos princípios e valores nela consagrados.

Por outro lado, segundo o procedimento acerca da recepção normativa dos tratados à legislação interna, a interpretação é diferente, podemos constatar ainda que de fato o Brasil se adere ao sistema *dualista moderado*. Primeiro deve haver a assinatura do compromisso pelo Presidente da República⁵ ou Ministro das Relações Exteriores (ambos

do direito interno, o que se “justifica pela ausência de autoridade supra-estatal internacional, o que implica a liberdade de cada Estado apreciar suas obrigações internacionais e escolher os meios de execução” (MACHADO, 1999, p. 44-45). A adoção do direito internacional seria mera discricionariedade, prendendo-se a um verdadeiro “culto” à Constituição (REZEK, 2006, p. 05).

4 É necessário fazer-se uma interpretação sistemática com o §1º do mesmo artigo, o qual implica que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

5 Constituição Brasileira de 1988: Art. 84 – Compete privativamente ao Presidente da República:

representantes naturais do Estado a âmbito internacional) ou ainda por plenipotenciário. Após isso, os Tratados devem passar pelo crivo de constitucionalidade pelo Congresso Nacional (art. 49, I da CR)⁶ e posteriormente remetido ao Presidente da República para sua ratificação.⁷ Ratificado, surtirá efeitos na ordem internacional. Após a ratificação, para que tenha validade interna, os tratados devem ser promulgados através de Decreto Presidencial (art. 84, IV da CR).

Segundo decisão do STF (ADI n. 1.480/DF de 1996):

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa (grifo nosso).⁸

Segundo o escalonamento legislativo presente em nossa Constituição (Art. 59), então, as normas estariam impostas na seguinte ordem decrescente: Constituição da República, Emendas à Constituição, Leis Complementares, Leis Ordinárias, Leis Delegadas, Medidas Provisórias, Decretos Legislativos, e Resoluções.⁹

Ou seja, até este momento, os Tratados Internacionais, segundo a forma de recepção interna brasileira e o reconhecimento do STF, estariam vigorando como Decreto presidencial, e, apesar de possuírem validade e eficácia de Leis Ordinárias Federais, estariam abaixo da Constituição da

[...] VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

6 Art. 49 – É de competência exclusiva do Congresso Nacional: I – Resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

7 Ao analisarmos a redação dos arts. 84, VIII e 49, I, podemos constatar a previsão constitucional para o fenômeno do *treaty-making power*, que é a partilha da competência entre os Poderes Executivo e Legislativo para decidir em definitivo a aceitação do Estado ao compromisso internacional. Para que o compromisso seja válido, nesse sentido, deve haver a concordância recíproca de ambos os poderes estatais.

8 De fato, este entendimento está presente em nossa Corte Suprema desde 1977 com o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004. Conforme salienta José Francisco Rezek in *Direito Internacional Público*, ao analisar a situação o STF, preferiu a tese de que “ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicado deve ter sua prevalência garantida pela justiça – sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional” (Saraiva, 2001, p. 105 e 106).

9 Há a ressalva daqueles que defendem não existir entre lei complementar e lei ordinária (ou medida provisória) uma relação de hierarquia, pois seus campos de abrangência são diversos. Assim, a lei ordinária que invadir matéria de lei complementar é inconstitucional e não ilegal.

República, Emendas à Constituição e Leis Complementares.

E para o assunto se tornar mais intrigante ainda, com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, surgiu o §3º do art. 5º da Constituição, que em sua redação diz:

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.

Ou seja, tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, devidamente aprovados têm caráter de Emenda Constitucional, possuindo, pois, paridade com os artigos da Constituição e são superiores a todas as outras normas infraconstitucionais.

Já neste ponto, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos estaria em outro patamar de nossa pirâmide hierárquica, encontrando-se acima de todas as normas infraconstitucionais e com caráter de Emenda Constitucional.

4 O conflito entre as normas

Ao analisarmos a adequação, recepção e aplicabilidade dessas normas internacionais, vemos que os tratados não são respeitados da mesma forma que a legislação constitucional garante.

Muitas normas estabelecidas pelos tratados ou convenções não têm a devida recepção e aplicação. Muitas delas deveriam causar a revogação ou derrogação de determinados artigos presentes em nossos códigos, leis e até na Constituição, mas falhamente não causam.

Além disso, os nossos tribunais também não respeitam tais normas convencionais e têm decisões contrárias às suas previsões. Já nesse ponto, o assunto mostra-se bastante intrigante, pois de que adianta o Brasil se tornar signatário de tais tratados e convenções se não respeitar as normas determinadas pelos mesmos? De que adianta haver normas se nossos tribunais não as aplicam? Inclusive infringindo vários princípios constitucionais?

Relacionado ao assunto principal, existem dois tratados internacionais que o Brasil se tornou signatário e que versam sobre a prisão civil. O primeiro trata-se da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,¹⁰ que

10 Incorporado pelo Decreto n. 678 de 06 de novembro de 1992.

em seu artigo 7º, §7º determina que “ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente, expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. E o segundo, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos,¹¹ que determina que “ninguém será encarcerado por não poder cumprir uma obrigação contratual” (art. 11). Fato que é contrário ao estabelecido em nosso Código Civil e Constituição, atualmente vigentes, como informado logo no início deste artigo. Lembrando aqui que estes tratados poderiam ter equivalência à Emenda Constitucional, segundo o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição, pois versam “sobre direitos humanos” (grifo nosso).

Porém, deve-se observar que o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos foi aderido pelo Brasil em 1990 e o Pacto de San José da Costa Rica foi em 1992, sendo que somente em 2004 que foi introduzido o §3º do art. 5º da Constituição pela EC 45. Entramos então em uma nova dúvida: a EC 45 possui força *ex tunc* a ponto de garantir tal equiparação aos referidos tratados de Direitos Humanos anteriormente aderidos pelo Brasil?

Formalmente não, tendo em vista que os efeitos de Emendas Constitucionais são *ex nunc*, sob a problemática de que admitir a retroatividade de emenda constitucional visando convalidar lei inconstitucional é violar princípios basilares do direito constitucional (supremacia da norma constitucional, segurança jurídica, limitação do poder derivado, etc.), além de aumentar a insegurança e desconfiança do povo no Direito. Assim sendo, deve ser rejeitada da nossa ordem jurídica essa interpretação, pois, lembrando a lição secular de Maximiliano (1933, p. 183): “Deve o Direito ser interpretado inteligentemente e não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter conclusões inconsistentes ou impossíveis”.

Mas, se não houver tal atualização, a introdução do §3º ao art. 5º da Constituição será uma resolução parcial porque os Tratados anteriormente incorporados continuariam com o *status* infraconstitucional para os adeptos da corrente formalista. De outro lado, se, por outras razões, o Congresso não aplicar o novo rito, então a problemática permanece. Em ambas as situações, voltaremos à antiga discussão sobre a interpretação do § 2º do art. 5º da Constituição.

Mas, então haveria uma alternativa para fazer tratados de Direitos Humanos aderidos pelo Brasil antes da EC 45 ter a equivalência de Emendas Constitucionais?

11 Incorporado pelo Decreto n. 592 de 07 de julho de 1992.

Como dito anteriormente, formalmente não, por a EC 45 ter efeito *ex nunc*, porém materialmente sim. Decisões do Supremo Tribunal Federal são capazes de garantir efeitos *ex tunc* a Emendas Constitucionais para casos concretos. Neste caso, por uma decisão do plenário é possível retroagir os efeitos da EC 45 de modo a garantir o *status* de Emenda Constitucional ao Pacto de San José da Costa Rica.¹²

Todavia, ainda haveria outro empecilho: quando de sua recepção, os referidos Tratados não se submeteram ao crivo complexo do art. 5º, §3º da Constituição. Naquelas ocasiões, os Tratados passaram pelo crivo de aprovação por maioria simples do Congresso Nacional, de um turno em cada casa apenas. Sendo assim, por não atenderem ao requisito mínimo do art. 5º, §3º, torna-se inviável tal entendimento. Então, surge uma nova indagação: haveria a possibilidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, recepcionados anteriormente à EC 45 em alcançar o *status* de Emenda Constitucional?

Há possibilidade sim, desde que o Congresso Nacional refaça o procedimento de avaliação e votação do Tratado Internacional para sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, esta é uma situação bastante utópica, pois, na prática, o legislativo não tem interesse em refazer um procedimento legislativo complexo como o em questão.

Portanto, aparentemente não há alternativa para o caso em prática, apesar de se referir a Tratados Internacionais de Direitos Humanos, eles foram recepcionados antes da EC n. 45 pelo procedimento simples do Congresso Nacional, restando-se, então, a paridade normativa apenas a de Lei Ordinária Federal àqueles Tratados.¹³

12 Decidida a inconstitucionalidade pelo STF a decisão será comunicada, por ofício, pelo Presidente desse Tribunal, pelo Procurador-Geral da República ou, *ex officio*, por projeto de resolução da CCJC, ao Presidente do Senado. O Senado tem, a partir daí, a faculdade de por ato político (não-judicial), suspender a execução de tal lei, por meio de resolução, nos termos regimentais. O caráter misto do sistema brasileiro de fiscalização de constitucionalidade decorre da coexistência de um modelo difuso de fiscalização ao lado de outro, concentrado. O Senado não revoga a lei, apenas a suspende. Ou seja, a lei continua vigente, mas não pode produzir efeitos. A resolução suspensiva é irrevogável. Efeito *ex tunc*.

13 Até a presente data, apenas uma Convenção Internacional fora recepcionada com *status* de Emenda Constitucional. Trata-se da “Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência” e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Promulgados pelo Decreto presidencial n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

5 Ótica jurisprudencial

Como dito no tópico anterior, os Tribunais brasileiros também não respeitam as normas internacionais e têm decisões contrárias às suas previsões, principalmente os de primeira instância, nos quais há mais incidência de decretações de prisão civil aos depositários infieis. A maioria dos tribunais de segunda instância, os TJ estaduais, também segue esta mesma inteligência.

Ao observar a posição de nossos Tribunais Superiores, nota-se que têm posições contrárias, sendo que o Supremo Tribunal de Justiça,¹⁴ aparentemente, tem a posição majoritária contrária à prisão civil do depositário infiel e o Supremo Tribunal Federal¹⁵ até então tinha posição majoritária a favor, mas que vem sendo mudada paulatinamente.¹⁶

6 A uniformização jurisprudencial

Como dito, o STJ mostra-se contrário à aplicação da prisão civil do depositário infiel, porém faltava a posição contrária também do STF, de modo que uniformizasse a jurisprudência nesse sentido, evitando-se assim maiores dúvidas, discussões e de fato pacificando a questão.

No final de 2008, através do RE 466.343/SP (Rel.min. Cezar Peluso) o Supremo Tribunal Federal pacificou a questão no sentido de que não se admitirá mais no Brasil a prisão civil do depositário infiel (em toda e qualquer hipótese), inclusive ocasionando a revogação da Súmula 619 do STF.¹⁷ Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, segundo a decisão, integrados no ordenamento jurídico sem as devidas prerrogativas do §3º do art. 5º da Constituição possuem *status* supralegal.

De acordo com o voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no referido Recurso Extraordinário (j. 22.11.06), tais tratados contariam com *status* de Direito Supralegal (estão acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição). Nesse sentido: Constituição da Alemanha (art. 25),

14 Nesse sentido: REsp 769735, RHC 24978, REsp 792020, RHC 24884, HC 92197, HC 111562, HC 106975, HC 102173, HC 51936, HC 31733 e HC 7372.

15 Nesse sentido: HC-Agr 93838, HC 92257, RE 345345, HC 82423, RE 344585, HC 81813, RE 331159.

16 Nesse sentido: HC 94695, HC 93435, HC 87638.

17 Súmula 619: A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.

Constituição francesa (art. 55) e Constituição da Grécia (art. 28).

No histórico julgamento do dia 03.12.08, preponderou no STF (Pleno) o voto do Min. Gilmar Mendes (cinco votos a quatro).¹⁸ Ganhou a tese da supralegalidade dos tratados. Restou afastada a tese do Min. Celso de Mello (que reconhecia valor constitucional a tais tratados, por interpretação do art. 5º, §2º da CR).¹⁹

Os tratados de direitos que vierem a ser incorporados no Brasil podem ter valor constitucional, se seguirem rigorosamente o disposto no parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição, inserido pela Emenda Constitucional 45.

Em toda a discussão sobre o assunto, prevaleceu o entendimento de que o direito à liberdade é um dos direitos humanos fundamentais priorizados pela Constituição da República e que sua privação somente pode ocorrer em casos excepcionatíssimos. E, no entendimento de todos os ministros presentes à sessão, neste caso não se enquadra a prisão civil por dívida.

“A Constituição Federal não deve ter receio quanto aos direitos fundamentais”, disse o ministro Cezar Peluso, ao lembrar que os direitos humanos são direitos fundamentais com primazia na Constituição. “O corpo humano, em qualquer hipótese (de dívida) é o mesmo. O valor e a tutela jurídica que ele merece são os mesmos. A modalidade do depósito é irrelevante. A estratégia jurídica para cobrar dívida sobre o corpo humano é um retrocesso ao tempo em que o corpo humano era o *corpus vilis* (corpo vil), sujeito a qualquer coisa”.

Ao proferir seu voto, a ministra Ellen Gracie afirmou que “o respeito aos direitos humanos é virtuoso, no mundo globalizado”. “Só temos a lucrar com sua difusão e seu respeito por todas as nações”, acrescentou ela.

No mesmo sentido, o ministro Menezes Direito afirmou que há uma força teórica para legitimar-se como fonte protetora dos direitos humanos, inspirada na ética, de convivência entre os Estados com respeito aos direitos humanos.²⁰

Sendo, pois, importante observar que a decisão do Supremo Tribunal Federal não foi no sentido de declarar as normas internas conflitantes

18 Acompanharam os Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Menezes Direito.

19 Acompanharam os Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie.

20 Notícias STF: 03 de Dezembro de 2008.

com os Tratados Internacionais como inconstitucionais, mas no sentido de garantir posição privilegiada às normas convencionais de Direitos Humanos, reconhecendo assim a “inconvenção” das normas infraconstitucionais com elas conflitantes. Inconvenção por estar em desacordo com normas convencionais derivadas de Tratados ou Convenções Internacionais que versem sobre Direitos Humanos e que possuem *status* supralegal, e não por ir contra a Constituição da República.

7 Nova hermenêutica constitucional

Como explanado anteriormente, devido à decisão da Suprema Corte, encontramos uma nova ordem constitucional legislativa no sistema brasileiro. Segundo o novo escalonamento legislativo, as normas deverão encontrar-se na seguinte estrutura decrescente: Constituição da República, Emendas à Constituição (e Tratados Internacionais de Direitos Humanos devidamente enquadrados no art. 5º, §3º da CR), Normas Supralegais (demais Tratados Internacionais de Direitos Humanos), Leis Complementares, Leis Ordinárias, Leis Delegadas, Medidas Provisórias, Decretos Legislativos e Resoluções.²¹

Ou seja, de fato há uma nova ordem hierárquica na estrutura normativa constitucional, inovando a teoria piramidal de Hans Kelsen.

Desta forma, surge uma grande inovação no sistema legislativo nacional, pois, havendo além de uma Constituição acima da legislação infraconstitucional, agora também há uma espécie normativa convencional com *status* supralegal, que também se encontram acima de todas as normas infraconstitucionais.

E qual o efeito disso? Tendo em vista a necessidade de haver um Controle de Constitucionalidade para que as normas infraconstitucionais estejam de acordo com a Constituição, também deverá ter um Controle de *Convencionalidade* (MAZZUOLI), de modo que as novas normas infraconstitucionais também estejam de acordo com as normas supralegais, ou seja, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Cabendo inclusive possíveis ADI, ADECON e ADPF, no sentido de que além do controle difuso de convencionalidade, que haja também o concentrado,

21 Adicione-se que os Tratados que em seu conteúdo trouxerem normas gerais relativas à Direito Tributário devem obrigatoriamente ser aderidas sob a forma de Leis Complementares (art. 146 da Constituição). Observe-se que pela redação do art. 98 do CTN os Tratados ou Convenções Internacionais possuem validade e eficácia de normas supralegais, uma vez que são irrevogáveis por legislação interna posterior.

por meio de Ações Diretas de Inconvencionalidade, Declaratórias de Convencionalidade, além de Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental (havendo incidência em tratado de direitos humanos) contra ou a favor de normas infraconstitucionais.

Mazzuoli, o pioneiro no Brasil a defender a tese do Controle de Convencionalidade, tem uma linha de pensamento diferente. Ele defende a tese de que todo Tratado Internacional de Direitos Humanos deve ter *status* constitucional, pelo advento do art. 5º, §2º da Constituição, de modo que todos eles devem ser levados em conta para o Controle de Convencionalidade. Sendo que, os de Direitos Humanos devidamente aprovados segundo o rito do §3º do art. 5º da Constituição causariam controle concentrado (para além, obviamente, do controle difuso) sobre as normas infraconstitucionais, por terem eficácia de Emenda Constitucional; e os que não forem aprovados segundo este rito, que têm apenas um *status* de norma constitucional, causariam um controle difuso de convencionalidade. Dessa forma, a expressão “convencionalidade” estaria reservada somente aos tratados com nível constitucional.

Para Mazzuoli (2009), ainda, somente os tratados internacionais comuns (que versam temas alheios a direitos humanos) teriam *status* de norma supralegal, não se submetendo a antológica regra da *lex posterior revogat priori*. Sendo que estes tratados teriam apenas o controle de legalidade sobre as normas infraconstitucionais, por motivos hierárquicos.

Porém, pensamos contrariamente essa posição, pois, apesar da redação do citado §2º, deve-se reconhecer que sempre o STF se posicionará no sentido de garantir a superioridade da norma constitucional originária em relação à derivada ou às normas constitucionais por equiparação. De modo que este posicionamento ideológico não surtiria muitos efeitos práticos.

Outra posição contrária que temos, é a de que, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, incorporados segundo o citado rito do art. 5º, §3º da Constituição, que serão equivalentes às emendas constitucionais, não deverão ocasionar o Controle de Convencionalidade, pois, se ela terá eficácia de Emenda Constitucional e estas, por sua vez, participam do Controle de Constitucionalidade como sendo normas constitucionais, estes Tratados, então, estarão inclusos dentro do Controle de Constitucionalidade como sendo normas constitucionais, pois serão Emendas Constitucionais assim como as demais.²² Ou seja, se

22 O entendimento é no sentido de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, recepcionados conforme o art. 5º, §3º da Constituição, integrariam formal e materialmente o “bloco constitucional”,

os supostos Tratados com *status* constitucional pelo advento do citado §2º do art. 5º não teriam eficácia formal e material nenhuma, tendo em vista a posição de nossos Tribunais, e os Tratados com caráter de Emenda Constitucional (pelo rito do §3º do art. 5º) estariam inclusos no Controle de Constitucionalidade pela sua essência. Somente os então Tratados com *status* supralegal (por serem de Direitos Humanos e não aderidos pelo rito do §3º, art. 5º) seriam passíveis de causar o Controle de Convencionalidade.

E deve-se analisar mais profundamente ainda: tendo em vista que essas normas supralegais estão acima de todas as normas infraconstitucionais e têm uma essência distinta destas e da própria Constituição, caberia sim o Controle de Convencionalidade. Ora, se elas não fazem parte do bloco infraconstitucional, se elas são de fato e de direito superiores, então é totalmente cabível tal controle jurisdicional.

Partindo desse ponto de vista, o sistema normativo brasileiro passaria a possuir uma dupla compatibilidade vertical de normas: uma com a Constituição da República e outra com as Normas Convencionais (supralegais).²³

8 Dos efeitos imediatos

Mas, pensando de forma imediata, encontramos uma lacuna na lei para a nova situação jurídica. Como se adequaria o sistema jurídico interno em relação às normas convencionais, com caráter supralegal, e às normas infraconstitucionais conflitantes?

Segundo a posição do STF, estes tratados causariam efeitos paralisantes a essas normas inferiores ao invés de as revogarem (ou derrogarem), de fato, invalidariam as normas infraconstitucionais conflitantes com os Tratados, de modo que não haja duplas interpretações e discussões desnecessárias.²⁴

Ainda sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal em Sessão do Plenário do dia 12 de fevereiro de 2009, decidiu que os ministros podem julgar individualmente o mérito de *habeas corpus* que trate sobre a prisão civil por dívida. Nesse caso, agora, a posição da maioria dos ministros é

uma vez que, apesar de não fazerem parte da Constituição escrita, seriam recepcionadas com *status* de Emenda Constitucional.

23 GOMES, Luiz Flávio. **Controle de Convencionalidade:** STF revolucionou nossa pirâmide jurídica. Jus Navigandi, 2009.

24 Nesse sentido, as normas infraconstitucionais conflitantes continuariam a vigor, porém não possuiriam validade nem eficácia.

sempre pela concessão do *habeas corpus*.

O presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, classificou a decisão como uma “autorização” que os colegas terão para aplicar o entendimento da Corte, sem necessidade de levar os processos para julgamento nas Turmas ou mesmo no Plenário. “É uma verdadeira delegação”, emendou Celso de Mello.

Somente o ministro Marco Aurélio foi contra a proposta. “Não devemos colocar o julgador em uma camisa de força, compelindo-o a julgar de determinada forma”, disse. Segundo ele, cada ministro deve “formar juízo a respeito [da matéria] e acionar ou não o artigo 21 do Regimento Interno”, que trata das atribuições do relator do processo.

Gilmar Mendes informou que já está em análise uma proposta de emenda regimental para autorizar que *habeas corpus* sejam julgados monocraticamente em caso de matéria já pacificada no STF. Tanto a autorização concedida aos ministros quanto a emenda do Regimento Interno do STF atenderia, nas palavras de Mendes, a “casos que estão assumindo caráter de massa”.²⁵

9 Conclusão

De tudo o que foi visto, deve-se concluir que a pacificação sobre o tema de que os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, não só materialmente, mas também formalmente merecem *status* superior às normais infraconstitucionais, que é de grande importância, evitando-se assim que haja a possibilidade de lesão dos mesmos por força de tais normas infraconstitucionais.

Devemos considerar ainda, que a Inconvencionalidade da prisão civil do depositário infiel em qualquer de suas hipóteses, é uma decisão plausível, tendo em vista que a aplicando, nos submeter-nos-íamos a uma forma de coação-punição processual retrógada, comparada às *legis actio per manus injectionem*, dos tempos das *legis actiones* romanas, pela qual o devedor respondia com o próprio corpo pela dívida.²⁶

Porquanto, os conflitos entre interesses materiais e direitos individuais constitucionais não podem existir em hipótese alguma, sob

25 Notícias STF: 12 de Fevereiro de 2009.

26 Tal modalidade desumana de coerção jurídico-processual foi extinta no Séc. V a.C. já na Roma republicana pelo advento da *Lex Poetelia Papiria*, regime que fortalecia a intervenção do Juiz e a tornou indispensável em ações de execução, abolindo então a faculdade de matar o devedor o devedor, de vendê-lo como escravo ou de detê-lo na cadeia.

risco de violar direito fundamental que alicerça o Estado Democrático de Direito: a liberdade.

Synthesis of unconventionality of the infidel depositary's civil prison

Abstract: The present work has as objective demonstrate the not acceptance of the infidel depositary's civil prison due to its Unconventionality as coercive way of satisfaction of an obligation. To prove this statement were used the own internal legislation infraconstitucional, Constitutional and theories of International Law that base them evidencing the incoherence of the Brazilian legislation in relation to the International Law, of the position of part of the doctrine (national and foreigner) and of the own Tribunals that contradicted them. In a chronological way the detailed legislative evolution concerning the theme will be verified bringing forth the Treaties and International Conventions that deal with the Civil Prison and mainly the innovations brought by the Constitutional Amendment 45 of 2004. It will be verified, still, the uniformization of the jurisprudence realized by our Supreme Court in unpublished judgment accomplished in December of 2008, which pacified the situation, attributing a new hierarchical constitutional order, innovative, that besides giving a new legislative status internally to the treaties, it will still promote a new form of legislative control to which the infraconstitucionals norms will be submitted. With that a immediate solution was brought for the internal organization to supply the possible legislative gap caused by the decision, so that it guarantees the immediate application of the new juridical situation.

Keywords: Civil Prison. International treaties. Unconventionality.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes; REMÍGIO, Rodrigo Ferraz de Castro. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Um novo “locus” hermenêutico?.** Jus Navigandi. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11401>> Acesso em: 06 set. 2011.

BIDART CAMPOS, Gennan J. **Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Tomo III** (El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994). Buenos Aires: Ediar, 1995.

BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**. Saraiva: 1952.

COSTA, Aline Paula Gomes. **A inadmissibilidade da prisão civil por dívida decorrente da alienação fiduciária em garantia: uma análise empírica**. Jus Navigandi. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8156>> Acesso em: 12 fev. 2009.

DONIZETTI, Eupídio. **Depósito judicial e prisão civil do depositário infiel: análise do julgamento do RE 466343/SP**. [S.l.:s.n] 2009.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Da impossibilidade de emenda constitucional convalidar lei inconstitucional**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2155>> Acesso em 05 set. 2009.

GOMES, Luiz Flavio. **Conflito entre a Constituição brasileira e os tratados de direitos humanos**. Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11100> Acesso em 06 set. 2009.

GOMES, Luiz Flavio. **Controle de convencionalidade: STF revolucionou nossa pirâmide jurídica**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12241>> Acesso em: 04 set. 2009.

GOMES, Luiz Flavio. **Valor constitucional dos Tratados de Direito Humanos**. Jus navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11076>> Acesso em: 06 set. 2009.

GOMES, Luiz Flavio. **Valor dos Direitos Humanos no sistema Jurídico Brasileiro**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12176>> Acesso em: 06 set. 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 6. ed.

MACHADO, Patrícia Ferreira. **A Constituição e os tratados internacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1933.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria Geral do Controle de Convenção no Direito Brasileiro**. Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre: Ajuris, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REZEK, J. F. **Direito internacional público: curso elementar**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

STF, Notícias. **STF restringe a prisão civil por dívida a inadimplente de pensão alimentícia**. 03 de Dez. de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100258&caixaBusca=N>> Acesso em: 15 jun. 2010.

STF, Notícias. **Plenário autoriza ministros a decidir em definitivo habeas corpus sobre prisão civil por dívida, execução provisória da pena e acesso a inquérito**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=103229&caixaBusca=N>> Acesso em: 12 fev. 2009.

☐ Recebido: abril/2010. Aprovado: novembro/2010