

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL SOB A ÓTICA DA RECEPÇÃO PLENA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Víctor Marinho Fernandes de Freitas

Acadêmico do 4º período do Curso de Direito da UFRN

Paulo Renato Guedes Bezerra

Professor-orientador

RESUMO

É cediça a doutrina que sustenta a impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, assentada mormente após a súmula vinculante nº 25. Tal vedação sedimentou-se em virtude da incorporação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) ao ordenamento jurídico brasileiro como uma legislação de natureza suprallegal, consoante decisão do Supremo Tribunal Federal em 2008. Assim, as regras infraconstitucionais que regulamentavam o encarceramento coercitivo no caso da infidelidade depositária à luz do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, foram tacitamente derogadas. Entretanto, esta não parece ser a solução mais hábil à contenda. O presente trabalho tem o fito profícuo de analisar a questão da prisão civil do depositário infiel sob outra vertente: a teoria da recepção plena das normas internacionais de direitos humanos ao sistema jurídico pátrio em sede constitucional, com supedâneo na cláusula aberta constante do § 2º do art. 5º da Carta Magna. Portanto, a prisão do inadimplente em contrato de depósito deveria ser encarada como um fato pre-

ciamente inconstitucional, vedado pelo direito pátrio desde a ratificação, sem reservas, do mencionado tratado internacional pelo Brasil, em 1992.

Palavras-chave: Prisão civil. Depositário infiel. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Recepção plena. Normas internacionais. Sede constitucional.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Tendo em vista sua importância específica, o legislador constitucional originário tratou de prever a figura do depositário infiel no art. 5º, LXVII, da Constituição da República, quando aduz que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Com efeito, a regra é a da impossibilidade de cogitar-se a prisão civil por dívida em território nacional, sendo duas hipóteses ressalvadas pela própria *Lex Mater*: a do devedor de alimentos que inadimpliu sua obrigação alimentícia voluntariamente e por motivo evitável, e a do devedor inadimplente em contrato de depósito¹.

É válido aludir, *a priori*, que a prisão civil do depositário infiel nada vem a ser senão um meio coercitivo-preventivo extremo, que vislumbra o adimplemento da obrigação, mesmo que compelido, da parte depositária em favor da depositante. Por conseguinte, não devemos confundir tal encarceramento como sendo uma pena privativa de liberdade, típica do Direito Penal.

O intento salutar deste ensaio é a reiteração da impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, divorciando-se, para tanto, da hermenêutica hodierna desenvolvida pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, com base no inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal e art. 7º, n. 7, do Pacto de São José da Costa Rica, os casos concretos que acarretaram na mudança de sua jurisprudência pacífica quanto à possibilidade de se permitir

¹ O depósito consiste em um contrato, *lato sensu*, no qual uma das partes – a depositária – recebe temporariamente da outra – a depositante – um bem móvel, com o dever absoluto de guarda e zelo ao mesmo, bem como de restituí-lo ao credor quando exigido, sendo tal, entretanto, a caráter volitivo do depositante ou em momento aprazado, *ab initio*.



a custódia daquele.

A nosso viso, os tratados internacionais² que versem acerca de direitos humanos deveriam ser incorporados automaticamente ao ordenamento jurídico pátrio não como leis de natureza suprallegal, mas com força de legislação constitucional, integrando, outrossim, o chamado “bloco” de constitucionalidade. Neste esteio, essa mudança de paradigma deveria ocorrer não por existir uma regra superior às leis, mas inferior à Constituição, que pelo critério hierárquico afastasse a aplicação de toda a legislação infraconstitucional que regulamentasse a prisão civil em comento, mas, anteriormente, pela existência de uma norma internacional de condão constitucional que a vedaria taxativamente, desqualificando materialmente as leis genéricas que imperassem-na.

2 ESCORÇO HISTÓRICO DA PRISÃO NA HIPÓTESE DE INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA NO BRASIL

No Brasil, o diploma legal que primeiramente previu a mitigação da liberdade individual do depositário que inadimplisse sua obrigação contratual foi o Código Civil de 1916, no seu art. 1.287, a saber: “seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo, mediante prisão não excedente a 1 (um) ano, e a ressarcir os prejuízos”.

Confirmando o entendimento legislativo, o Decreto-Lei nº 911/69, em seu art. 4º, mesmo após a modificação pela Lei nº 6.071/74, asseverou a plena possibilidade de prisão civil do devedor em contrato de alienação fiduciária em garantia através de sua conversão em contrato de depósito. Doravante, o devedor fiduciário, após não ser encontrado com a posse do bem alienado fiduciariamente, sujeitar-se-ia à qualidade de depositário, porquanto o contrato, *ex officio*, poderia ser convertido em contrato de depósito, em consequência da conversão inicial da ação de busca e apreensão em ação de

² Auxiliando-nos conjugadamente da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (art. 2º, n. 1, *a*) e das lições de Mazzuoli (2011, p. 176-177), “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados, entre estes e Organizações Internacionais, ou somente entre estas, regido pelo Direito Internacional, destinado a produzir efeitos jurídicos para as partes que o ratificam, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, independentemente de sua denominação específica.



depósito, ao alvedrio do credor. Assim, deveras, o devedor fiduciário teria o mesmo tratamento coercitivo extremo do depositário infiel, podendo ter sua prisão civil decretada.

A Constituição Federal de 1988, paradoxalmente ao reconhecimento de “Constituição Cidadã”, na mesma toada conferiu possibilidade de ocorrer prisão civil por dívida no país no caso trazido à colação, recepcionando, consequentemente, as regras jurídicas existentes até então que regulamentavam o encarceramento do depositário “desleal”. É válida a ressalva de que esse entendimento já constava nas Constituições de 1946 e 1967, bem como na emenda primeira à última (1969).

Noutro diapasão, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, propugnou em seu art. 11 que “ninguém poderia ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”. Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969, adotando posição intermediária, por sua vez, estabeleceu a regra de que “ninguém deveria ser detido por dívidas”, esclarecendo que “este princípio não limitava os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (art. 7º, n. 7).

É notório, com fulcro na redação deste preceito, a ausência da figura do depositário infiel no rol das exceções decorrentes do princípio. Infere-se inexorável que os signatários do Pacto de São José da Costa Rica comprometendo-se estavam a abolir, no caso dos que permitiam, ou não regulamentar, na circunstância dos que não toleravam, a prisão civil daquele³.

Embora tardiamente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi ratificada pelo Brasil, sem reservas, em 25 de setembro de 1992. Todavia, consoante o entendimento que reinava em nossos tribunais, os tratados internacionais eram assimilados pelo ordenamento jurídico pátrio com a mesma natureza de uma lei ordinária. Ademais, o disposto no Pacto de São José da Costa Rica em relação à possibilidade única de prisão civil, segundo jurisprudência do STF, não mitigava o conceito de soberania do Estado-Povo

³ É decorrência lógica do *Pacta Sunt Servanda* (art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969), erigido como fundamento e norma máxima do direito das gentes por Valerio Mazzuoli (2011, p. 105), ao passo em que impõe aos Estados obrigatoriedade de cumprimento, de boa-fé, às obrigações elencadas em tratados internacionais pactuados no pleno exercício de suas soberanias.



na elaboração de sua Constituição, o que provocava uma limitação em sua interpretação imposta pelo art. 5º, LXVII, do Texto Magno⁴. Em outras palavras, a legislação que regulamentava a prisão civil do depositário infiel e a que vedava estavam no mesmo patamar hierárquico de leis, o que, *ex ante*, denotava uma antinomia normativa, a qual deveria ser solucionada pelo critério *lex posterior derogat legi priori*. Contudo, na concepção da Corte Maior, por força do mandamento constitucional, os juízes deveriam aplicar aquela e não esta, fazendo com que a parte em comento do tratado internacional, *ab initio*, tivesse efeito apenas decorativo em nossa ordem interna.

Finalmente, em meados de 2002, o novo Código Civil persistiu no equívoco constante do legislador brasileiro e contribuiu à permanência do severo tratamento conferido aos depositários inadimplentes, especificamente no art. 652, com redação praticamente igual a do art. 1287 do antigo código patrimonialista.

3 A IMPOSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL

Passados tempos de discussão, o Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de 03 de dezembro de 2008, ao julgar os recursos 349.703 e 466.343⁵, modificou seu entendimento que há muito já se perpetuava, reconhecendo a impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, subsistindo, entretanto, a do devedor de alimentos.

A Corte Maior, adentrando-se às contendas, decidiu por estender a regra de que trata o inciso LXVII do art. 5º da CF à hipótese de infidelidade no contrato de depósito, interpretando-se extensivamente sua natureza, e, por analogia, ao caso de conversão do contrato de alienação fiduciária em garantia, objeto do mérito das causas. Doravante, não mais se permitia a custódia daquele que não cumprisse com sua obrigação contratual depositária, sendo invariável sua natureza, contribuindo diretamente à revogação da súmula 619 do mesmo tribunal⁶.

Assim decidiu o STF, in verbis:

⁴ Supremo Tribunal Federal. Ac. 2ª T. HC 73.044-2/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa.

⁵ A Egrégia Corte arquivou o RE 349.703 e negou provimento, por unanimidade, ao RE 466.343.

⁶ Súmula 619, STF: “a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da proposição de ação de depósito”.



PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).⁷

3.1 A hermenêutica hodierna do Supremo Tribunal Federal

Durante os debates, ficou assentado pacificamente entre os ministros a importância de se priorizar, atualmente, os direitos fundamentais, principalmente aqueles atinentes ao direito à liberdade. Como bem observa Farias e Rosenvald (2010, p. 65), “sem dúvida, a prisão civil do devedor infiel depositário viola, frontalmente, as garantias constitucionais, pois o interesse do credor (o depositante) não justifica o sacrifício da dignidade do devedor”. É bem verdade que estaríamos ferindo a máxima da proporcionalidade ao primarmos pelos interesses econômicos daquele em detrimento da dignidade deste.

A princípio, substancialmente a opinião dos insígnis ministros era a

⁷ Supremo Tribunal Federal. RE 349.703/RS. Rel. Min. Carlos Britto. TP. DJe 05/06/2009, p. 104 (trechos do original).



mesma, qual seja, de que o ordenamento jurídico brasileiro não mais concebia a prisão civil por dívida senão aquela aplicável ao devedor de alimentos. Assim se aquiescia partindo-se da dinâmica de relações entre tratados internacionais sobre direitos humanos em que o Brasil fosse parte e a ordem interna⁸. É dizer, era consenso de que tratativas consagradoras de direitos humanos não mais deveriam ser incorporadas à ordem constitucional interna com o status de legislação geral. Contudo, para se reconhecer a impropriedade da prisão civil do depositário inadimplente, duas teses se formaram.

A primeira⁹ preconizava que os tratados de direitos humanos subscritos pelo Brasil deveriam ser abarcados normalmente ao sistema jurídico nacional com o status normativo de supralegalidade. Melhor dizendo, eles seriam “transformados” com posição hierárquica acima da legislação geral, mas não chegava a alcançar o patamar constitucional, permanecendo abaixo da Lei Maior. Ademais, fulcrada no § 3º do art. 5º da CF¹⁰, concebia que poderiam ser assimilados em sede constitucional apenas quando fossem submetidos ao método de apreciação próprio das emendas constitucionais.

A segunda¹¹, a seu turno, postulava que os pactos e convenções internacionais de direitos humanos deveriam ser adotados pelo direito pátrio em sede constitucional, por força do disposto no § 2º do art. 5º da CF. Por con-

⁸ Importante lembrar que a doutrina internacionalista pátria ainda não é pacífica quanto ao reconhecimento de qual teoria fora adotada pelo Brasil: monismo ou dualismo. Entretanto, para fins científicos, se deve dissociar dois momentos: o da incorporação do tratado internacional ao direito interno e o de sua posição hierárquico-normativa no ordenamento jurídico pátrio. A nosso ver, naquele, o Brasil constituiu-se como um país dualista moderado e, neste, adota o monismo nacionalista moderado. São dualismo e monismo moderados porque excetua-se da regra os tratados internacionais de direitos humanos, os quais possuem recepção plena em sede constitucional e aplicabilidade imediata no direito brasileiro, inobstante não se subordinarem hierarquicamente a nenhum outro diploma legal, estando em pé de igualdade com a Constituição Federal, integrando, desta sorte, o bloco de constitucionalidade. Em suma, como destaca Flávia Piovesan (1998, p. 38), “o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, que combina regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados tradicionais”.

⁹ Defendida pelos ministros Gilmar Mendes, Menezes Direito, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Carmén Lúcia.

¹⁰ Adicionado pela EC nº 45/2004: “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”.

¹¹ Advogada por vezes abalizadas como as de Eros Grau, Cezar Peluso, Celso de Mello e Ellen Gracie.



seguinte, os tratados internacionais humanitários deveriam sempre adentrar ao nosso sistema com status constitucional, pelo fato, dentre outros, de elencarem direitos e garantias que complementaríamos o rol do catálogo de direitos fundamentais da Carta Magna. É a tese que nos parece mais consentânea ao nosso Estado Democrático de Direito, bem como em consonância formal e material com os preceitos constitucionais e que, por isso, será melhor retratada infra.

Em razão da decisão da maioria estar alinhada à primeira tese, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, partindo-se da premissa de que não fora apreciada por dois turnos de votação e quorum qualificado (e nem o poderia ser, pois sua aprovação parlamentar se deu em 1992, há doze anos da EC nº 45/2004, que viria a adicionar o § 3º do art. 5º da CF), foi identificada pelo direito brasileiro como de natureza supralegal, derogando toda legislação infraconstitucional a ela contrária, sendo invariável a anterioridade ou posterioridade desta. Nesse prisma, o art. 652 do Código Civil de 2002 e o art. 4º do Decreto-Lei nº 911/69, exemplos que regulamentavam a prisão civil do depositário infiel em rima com a permissão conferida pela Constituição Federal¹², perderam total eficácia, porquanto estavam em patamar hierárquico inferior ao art. 7º, n. 7 do Pacto de São José da Costa Rica.

3.2 A Súmula Vinculante 25

Com o propósito de vincular toda a ordem jurídico-administrativa nacional, o Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de 12 de dezembro de 2009, editou a Súmula Vinculante nº 25, a qual versa que “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. Deste modo, consolidou-se o entendimento atualizado da Egrégia Corte brasileira.

Apesar de constituir a Súmula Vinculante 25 um importante exemplo contributivo ao processo de consolidação dos direitos humanos universais em âmbito nacional, discordamos de alguns autores¹³ que a apontam como prova do ingresso definitivo do Brasil no fenômeno do internacionalismo jurídico.

A nosso juízo, o Brasil, em matéria de direitos humanos, ainda não

¹² O STF entendeu que o inciso LXVII do art. 5º da CF não é imperativo nos casos excepcioníssimos da prisão civil do depositário infiel e do inadimplente inescusável e voluntário de obrigação alimentícia, mas apenas permissivo. Logo, para que essas exceções fossem aplicadas, necessitariam de legislações regulamentadoras. *In casu*, estaríamos diante de uma norma constitucional de eficácia contida, consoante tradicional classificação de José Afonso da Silva.

¹³ *V.g.*, Luís Flávio Gomes em: GOMES, Luiz Flávio. Súmula Vinculante 25 do STF: Impossível a prisão civil do depositário infiel. Disponível em: <- 17 de fevereiro de 2010.



entrou substancialmente neste movimento. Esse ingresso se deu apenas formalmente, o que se faz evidenciado pelo poder normativo conferido aos tratados internacionais humanitários no processo de incorporação ao direito interno, o qual verdadeiramente não se acomoda ao atual estágio de nosso Estado Constitucional de Direito. Sendo assim, isto ocorrerá de fato quando consubstanciado materialmente nos princípios fundamentais de nossa ordem democrática vigente, numa perspectiva impreterível de prevalência suprema da dignidade humana, erigida como valor fundamental pela Lex Mater¹⁴.

4 A RECEPÇÃO PLENA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS EM SEDE CONSTITUCIONAL

Urge, nesse momento, chegarmos ao gémen deste ensaio. Contudo, faz-se mister esclarecer, aprioristicamente, que a concretização de nossas ideias passa não apenas pela mudança do entendimento da Corte Suprema brasileira no que concerne ao grau de condão hierárquico ordinariamente conferido aos pactos internacionais de direitos humanos no processo de incorporação ao direito interno, mas também no que se refere à própria dinâmica de integração entre as ordens jurídicas interna e internacional.

Como pelejado *supra*, a nosso talante, a recepção, no sistema jurídico nacional, das normas de tratativas internacionais de direitos humanos deveria ocorrer de forma plena, concedendo-as, outrossim, força de norma constitucional¹⁵. Assim por uma simples interpretação extensiva do art. 5º, §

¹⁴ Afinal, como preleciona Fábio Konder Comparato (*apud* VEDOVATO, 2005, p. 250), “na dinâmica entre o direito interno e o direito internacional, não se pode adotar a visão limitada e formalista de uma pretensa e simples superioridade da Constituição sobre os tratados internacionais. O intérprete deve ter como parâmetro aquilo que legitima todo o ordenamento jurídico do país, vale dizer, a noção de dignidade humana”.

¹⁵ Ao concebermos a norma internacional que vedava a prisão civil do depositário infiel como regra de natureza constitucional, a impossibilidade superveniente da prisão no caso da infidelidade depositária deveria ocorrer por ser uma afronta direta ao bloco de constitucionalidade, mesmo que houvesse uma norma constitucional originária (art. 5º, LXVII, CF) que permitisse tal modalidade de encarceramento civil. Incorrer-se-ia, *ipso facto*, na existência de colisão de normas materialmente constitucionais. Entretanto, caberia inicialmente, como bem observado por Luís Roberto Barroso (2007), simples ponderação, norteada pelas máximas da proporcionalidade, razoabilidade e dignidade humana. Logo, o intérprete deveria optar por aplicar a regra que proibia expressamente a prisão civil do depositário infiel, mais favorável ao indivíduo destinatário, e não aquela que tão somente permitia, em respeito ao princípio do *jus pro homine*. A *posteriori*, se editaria uma emenda constitucional com o fito de normalizar a situação, abolindo o



2º da CF, o qual versa: “os direitos e garantias fundamentais 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”.

Como podemos depreender *in litteris* do dispositivo constitucional, as normas de direitos e garantias fundamentais contidas nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte não são excluídas do rol do catálogo da Constituição Federal. Muito pelo contrário. Parece-nos evidenciada hodiernamente a complementariedade ativa e direta dos direitos humanos convencionais em relação aos direitos fundamentais constitucionais. Por isso, é bem verdade que aqueles possuem o mesmo status constitucional destes depois de incorporados ao ordenamento interno, porquanto fundam-se do mesmo objeto, vale dizer, os direitos humanos fundamentais e, por conseguinte, possuem a constitucionalidade material convergentes. A despeito, faz-se mister anotar a precisa interpretação de Mazzuoli (2011, p. 819-820), para quem:

Se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais “em que a República Federativa do Brasil seja parte”, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluam” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”.

Neste arrimo, impende impreterivelmente observar que interpretações a contrario sensu malfeririam a completude substancial do bloco de

“choque” dos dispositivos e desfalecendo o inciso LXVII do art. 5º da CF, *in fine*.



constitucionalidade e o baluarte constitucional da isonomia, o que nos parece absurdo, pois não podemos admitir inertes tratamentos normativos diversos a regras e princípios que gozam de importâncias minuciosamente equiparadas. Se assim anuíssemos, estaríamos consentindo com uma hierarquização de direitos humanos fundamentais (como quis o STF), o que não é nada senão uma balbúrdia jurídica, até porque a dignidade humana por aqueles tutelada é um todo inseparável e insuscetível de escalonamento.

Não obstante, devemos interpretar o dispositivo em comento simultaneamente com o § 1º do mesmo art. 5º da CF, o qual assevera que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Desta sorte, como o preceito não faz distinções entre as fontes emanadoras da norma (direito interno ou internacional), basta coadunarmos com a constitucionalidade material insita das regras e princípios de tratativas internacionais sobre direitos humanos, e não podemos aduzir outra coisa senão que elas também são imediatamente aplicáveis no plano interno.

Nessa perspectiva é a cátedra de Cançado Trindade¹⁶ (1991, p. 139-140), quando aduz que:

Os direitos humanos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se ipso facto no direito interno brasileiro, no âmbito do qual passam a ter aplicação imediata da mesma forma e no mesmo nível que os direitos constitucionalmente consagrados.

Reconhecer a aplicabilidade imediata das regras e princípios de tratados humanitários significa dizer que são as normas internacionais de direitos humanos obrigatórias no plano interno sem que para isso sejam necessários atos jurídicos administrativos ou legislativos complementares, sendo imprescindível, no entanto, como *conditio sine qua non*, que elas declarem aos indivíduos direitos precisos e claramente definidos. É o que esclarece Flávia Piovesan (1998, p. 38), pois:

Diversamente dos tratados tradicionais, os tratados

¹⁶ Foi o jurista responsável pela proposta do § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 na própria Assembleia Constituinte, o que denota ninguém mais gabaritado para interpretar teleologicamente seu enunciado normativo.



internacionais de direitos humanos irradiam efeitos concomitantemente na ordem jurídica internacional e nacional, a partir do ato da ratificação. Não é necessária a produção de um ato normativo que reproduza no ordenamento jurídico nacional o conteúdo do tratado, pois sua incorporação é automática, nos termos do art. 5º, § 1º, que consagra o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais¹⁷.

Grosso modo, os parágrafos do art. 5º da Carta Magna trazidos à colação constituem o elo de intersecção das ordens interna e externa de tutela dos indivíduos, demonstrando clara a opção do constituinte de 1988 por conferir recepção plena às regras e princípios internacionais de direitos humanos, constituindo um verdadeiro modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais, no dizer de Sílvia Loureiro (2005, p. 75). Sem embargo, não poderia ser em outra senão em sede constitucional este processo, haja vista gozarem as normas internacionais de direitos humanos da mesma importância das constitucionais internas de direitos fundamentais.

Nesse prisma têm sido as lições de Artur Cortez Bonifácio (2008, p. 193):

No sistema constitucional brasileiro, os tratados de

¹⁷ Entretanto, infelizmente esse ainda não é o posicionamento majoritário da Suprema Corte brasileira, à qual à execução dos tratados internacionais, no sistema adotado pelo Brasil, faz-se insito além de sua ratificação, após aprovação parlamentar por decreto legislativo, a edição do decreto presidencial com o intuito de promulgá-los internamente, sem excepcionar os pactos e convenções sobre direitos humanos (a propósito, vide acórdão de medida liminar na ADI 1.480-3/DF), o que enseja o condicionamento da eficácia das disposições humanitárias convencionais a decisões futuras meramente políticas e bem assim incertas por parte do Presidente da República, fato que instiga Cançado Trindade (*apud* LOUREIRO, 2005, p. 105) a pontificar que “o formalismo do conhecimento da norma jurídica, por exemplo, tem sido, por vezes, levado a extremos inaceitáveis, em detrimento dos direitos individuais, como ilustrado pela negativa, pelo Judiciário nacional, de dar vigência no plano do direito interno a um tratado de direitos humanos que obriga o país no plano internacional, pelo simples fato de, apesar de ratificado, não haver sido o referido tratado publicado no Diário Oficial e não poder assim ser aplicado como ‘lei interna’. Atitudes como esta, reveladoras de um dualismo fictício e descabido, atentam contra a unidade da solução jurídica e esvaziam o direito de todo sentido. Não há como reconhecer ou admitir as obrigações convencionais contraídas por um Estado no plano internacional e ao mesmo tempo negar-lhes vigência no plano do direito interno”.



direitos humanos [...] ingressam pela oportunidade material concedida pela Constituição e são aplicadas diretamente no direito interno. Com a qualidade com que foram recepcionadas, são submetidas ao regime jurídico dos direitos fundamentais, harmonizam-se com estes e conformam a sua aplicabilidade e concretização à situação que melhor favoreça o seu destinatário: a pessoa humana. [...] Representa a interpenetração entre ordens jurídicas distintas mediante o privilégio da política de proteção dos direitos fundamentais do homem.

Pode, no presente momento, estar indagando-se o(a) leitor(a): mas quanto ao § 3º do art. 5º da Constituição Federal, o qual assevera que serão equivalentes às emendas constitucionais os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros de cada Casa do Congresso Nacional?

Ex ante, anuímos que a redação do dispositivo nos induz a pensar que se revestirão de hierarquia constitucional apenas os tratados e convenções internacionais aprovados pelo rito constante de uma emenda constitucional. Todavia, devemos distinguir dois momentos: quando um tratado internacional será equivalente a uma emenda constitucional e quando ele será recepcionado com status constitucional. Assim, incumbe-nos repelir desde logo a ideia de que só possuirão status constitucional os tratados internacionais de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais.

Tecnicamente, como visto *supra*, as convenções sobre direitos humanos já possuem status constitucional desde a promulgação da CF/88 (art. 5º, § 2º), por avença do próprio constituinte originário. Ao possuírem força constitucional, elas integram materialmente o “bloco” de constitucionalidade brasileiro, independentemente do rito de incorporação ao ordenamento interno¹⁸, permanecendo “ao lado” da Constituição Federal. Diferentemente, serão

¹⁸ Cançado Trindade (*apud* MAZZUOLI, 2011, p. 824-825) preleciona que para o Direito Internacional, um tratado sobre direitos humanos ratificado pelo Brasil adentra ao direito interno em sede constitucional, aplica-se de imediato e vincula de pleno direito o Estado brasileiro, sendo invariável a aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Acrescenta ainda que “tais providências de ordem interna – ou, menos ainda, de *interna corporis* – são simples fatos do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do ponto de vista jurídico internacional, inteiramente irrelevantes”.



equivalentes às emendas constitucionais, e portanto integrarão formalmente a própria Constituição, para além da materialidade, os tratados internacionais que se submetam à aprovação parlamentar por maioria qualificada, em dois turnos de votação, em cada Casa do Congresso Nacional (art. 5º, § 3º). Porém, sem embargo de tal dessemelhança no locus legis de cada espécie de tratado, ambas, quer integrante formal (e material) da Constituição, quer parte no bloco de constitucionalidade, possuem a mesma hierarquia constitucional.

In verbis já ensinara George Galindo (2002, p. 304), quando ao conhecer a proposta da EC nº 45/2004 de incluir o atual § 3º do art. 5º na Constituição Federal:

É equivocada a associação entre a inclusão de direitos fundamentais em virtude de uma cláusula aberta e as emendas constitucionais. Os tratados de Direitos Humanos não retiram seu status constitucional do iter legislativo em que são aprovados, quer ele exija quórum qualificado para a aprovação ou não. Este status é retirado, primeiramente, de sua natureza internacional, e, secundamente, da matéria regulada, qual seja, concernente aos direitos fundamentais, o que leva a crer que, por conta disso, são normas materialmente constitucionais.

Seguindo uma hermenêutica teleológica, a nosso ver, pretendeu o constituinte reformador, por intermédio da EC nº 45/2004, conferir mera formalidade aos tratados internacionais de direitos humanos ao tentar “forçar” sua introdução ipso facto no texto constitucional. Em suma, no sentir do legislador, seria a única forma de legitimar o status hierárquico superior conferido automaticamente a esses documentos transnacionais pelo próprio constituinte originário, fazendo com que estes integrem juris et de jure o bloco de constitucionalidade. Contudo, incumbe-nos anotar: a introdução do § 3º do art. 5º só teria logrado êxito, de acordo com a única finalidade do preceito cabível in casu, se vinculasse a apreciação de todos os tratados internacionais de direitos humanos ao rito transcrito no mesmo.

Nessa esteira tem se posicionado Mazzuoli (2011, p. 834). Para ele:

Dizer que os tratados de direitos humanos aprovados



por esse procedimento especial passam a ser “equivalentes às emendas constitucionais” não significa obrigatoriamente dizer que os demais tratados terão valor de lei ordinária, ou de norma supralegal, ou do que quer que seja. O que se deve entender é que o quorum que o § 3º do art. 5º estabelecido serve tão somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição.

Se o § 3º do art. 5º da CF visa apenas conferir um plus de legitimidade formal a essas convenções internacionais através de um trâmite legislativo próprio do direito interno, buscando incorporá-las imperativamente ao texto magno e reforçar a constitucionalidade material conferida de antemão pelo constituinte originário, consoante análise sistemática do texto constitucional, não seria de bom alvitre interpretarmos-lo como uma norma de mitigação do processo de recepção plena das normas convencionais humanitárias, na medida em que seriam recepcionadas em sede constitucional tão somente aqueles tratados de direitos humanos que sujeitar-se-iam ao crivo de um quorum qualificado. Se assim fosse, o constituinte derivado estar-se-ia incorrendo em inconstitucionalidade, com fulcro na cláusula do art. 60, § 4º, IV, da CF, que nos remete a concluir por ofensa ao Estado Democrático de Direito qualquer proposta de emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias fundamentais do rol constitucional vigente, por afronta ao dispositivo constante do § 2º do art. 5º.

Todavia, ainda pode surgir outro questionamento: e qual a diferença prática em dizer que um tratado integra formalmente (além de materialmente) a própria Constituição e um outro faz apenas parte substancialmente do bloco de constitucionalidade?

Apesar de bastante tênue, destacamos dois efeitos desta dissociação: a) o primeiro, após ratificado, em sendo equivalente a uma emenda constitucional, reformará o texto da Carta Magna, enquanto o segundo se “harmonizará” com este, mas sem integrá-lo e b) aquele, integrante do texto constitucional, constituirá paradigma de controle concentrado de convencionalidade, para além de controle difuso, enquanto este, limitado ao status cons-



tucional, será paradigma apenas de controle difuso de convencionalidade¹⁹.

Decerto, não vislumbramos como idôneo um documento do caráter da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que retrata normas internacionais imperativas de direitos fundamentais, ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro como uma espécie de lei supralegal. Incorre-se, inexoravelmente, numa contradição árdua de se compreender. Ora, se tal documento transnacional visa precipuamente à proteção da dignidade humana, valor constitucional erigido à supremacia pelo constituinte de 1988, por que não respeitar a cláusula constante do § 2º do art. 5º da Constituição da República, o qual ordena a recepção plena das normas internacionais de direitos humanos pela ordem interna, e conferir natureza constitucional ao Pacto de São José da Costa Rica?

Infelizmente, a verdade é que, amiúde, ainda deparamo-nos com soluções esdrúxulas, justificadas por uma pseudo-segurança jurídica, quando se visa basicamente assegurar direitos humanos mundialmente consagrados, o que ocasiona, não raro, verdadeiras aberrações na seara do direito.

In fine, é inolvidável ainda que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos²⁰, preceito que só vem a realçar a proposta nestes termos advogada.

Devemos ter sempre em mente, a propósito, que a dinâmica integrativa entre o direito constitucional e o direito internacional não fragiliza a ordem constitucional interna, não mitiga a aplicação das normas constantes da Constituição, nem muito menos fragiliza a segurança jurídica pátria. Muito pelo contrário, como já preleciona Bonifácio (2008, p. 216), “o direito constitucional internacional faz atuar a Constituição, assim, em defesa dos direitos fundamentais”.

A partir do momento em que um Estado se propõe a pactuar normas de égide universal do ser humano, não podemos conceber qualquer atitude do mesmo senão aquela que vise à proteção máxima desta dignidade humana

¹⁹ A despeito dessa espécie de controle de constitucionalidade de leis, oportunamente elucidado por Valerio Mazzuoli em sua tese de doutoramento em 2008, mister esclarecer que, como decorrência de nosso entendimento, estaria se inaugurando, no Brasil, um controle difuso automático de convencionalidade de normas com base nos tratados internacionais sobre direitos humanos, a partir de sua recepção plena em sede constitucional. Isto é, se estes incorporam-se ao direito brasileiro automaticamente com *status* constitucional, logo após a ratificação passariam a ser “filtros” de validade das demais normas infraconstitucionais.

²⁰ Art. 4º, II, CF.



tutelada. Para isso, torna-se um óbice qualquer interpretação constitucional que deforme a garantia conferida pelo constituinte originário à concretização das normas de direitos fundamentais, admitidas as internas e externas, explícitas ou implícitas. Ora, se por um lado Ferdinand Lassalle (1863) já preconizava que uma Constituição escrita tenderia a sucumbir se não fiel aos dogmas da Constituição real e efetiva²¹, diríamos que a mesma tende a desfalecer-se se não interpretada de acordo com os anseios sociais, afastando-se, para tanto, toda e qualquer vaidade para com a ordem jurídica internacional.

5 CONCLUSÃO

Do exposto, podemos concluir, de estreia, pelo não cabimento, no ordenamento jurídico brasileiro, da prisão civil do depositário infiel, desde a data da ratificação, sem reservas, do Pacto de São José da Costa Rica por parte do Brasil (25.09.1992).

Entretanto, segundo nosso entendimento, desde sua ratificação pelo Brasil, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi recepcionada pela ordem jurídica pátria em sede constitucional, por força do dispositivo constante do § 2º do art. 5º da CF/88. É bem verdade, igualmente, que as normas internacionais da mencionada convenção, em tal virtude, possuem aplicabilidade imediata no direito brasileiro, consoante preceito do § 1º do art. 5º da CF.

Nesta senda, sem embargo do disposto no § 3º do mesmo artigo, ao qual, para fins didáticos propostos, deve ser conferida mormente interpretação sistemática e teleológica, não podemos preconizar outra coisa senão a opção clara do constituinte originário de 1988 em conferir, na Constituição da República, um modelo aberto de proteção dos direitos fundamentais, que recepciona plenamente as normas internacionais de direitos humanos em sede constitucional.

Logo, outrossim, a impossibilidade hodierna da prisão civil do depositário infiel que, ao contrário, deu-se em virtude de se atribuir natureza supralegal ao Pacto de São José da Costa Rica, derogando toda legislação ordinária que a regulamentava sob a égide do art. 5º, LXVII, da CF, deveria ser obstada por afronta direta a uma norma de caráter constitucional que vedaria

²¹ As Constituições reais e efetivas, em seu dizer, seriam aquelas resultantes da soma das forças reais do poder que regem na sociedade.



expressamente tal modalidade de encarceramento por dívidas, vale dizer: o art. 7º, n. 7 do mencionado tratado internacional. Doravante, seria inconstitucionalidade, não mais impossibilidade da prisão civil na infidelidade depositária.

Indubitavelmente, o ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio de sua Carta Magna (art. 1º, III; art. 4º, II; Art. 5º, §§ 1º e 2º), dispõe dos pressupostos formais e materiais para proporcionar, num futuro próximo, a transformação do entendimento de nossa Suprema Corte, fazendo concretizar a opção do legislador de 1988 pela recepção plena, em âmbito constitucional, das normas de tratados internacionais de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 24 de junho de 2011.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008 (Coleção Professor Gilmar Mendes; v. 8).

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. **Tratados Internacionais sobre Direitos**



Humanos na Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos.** São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos. In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro.** 2ª ed. San José, Costa Rica: Editado por Antônio A. Cançado Trindade, 1996.

VEDOVATO, Luís Renato. A Globalização e o Direito Internacional. In: LEMOS FILHO, Arnaldo; BARSALINI, Glauco; VEDOVATO, Luís Renato; MELLIM FILHO, Oscar. **Sociologia Geral e do Direito.** 2ª ed. São Paulo: Alínea, 2005.

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE CIVIL PRISON OF AN UNFAITHFUL TRUSTEE FROM THE PERSPECTIVE OF AUTOMATIC RECEPTION OF INTERNACIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES

ABSTRACT

The doctrine that advocates the impossibility of civil arrest of an unfaithful trustee is known to everyone, especially after the binding precedent



number 25. This ban was consolidated by incorporating of the American Convention on Human Rights (Pact of São José, Costa Rica) in the Brazilian legal system as a legislation above the laws, as stated in the decision of the supreme federal court in 2008. Thus, the rules under of the Constitution that regulated the civil prison in the case of infidelity depository under article 5, LXVII, of the Federal Constitution, were implicitly waived. However, this does not seem to be the most appropriate solution to the problem. This work has the useful purpose of analyzing the issue of civil arrest of an unfaithful trustee under another strand: the theory of automatic reception of international rules of human's rights to the Brazilian legal system in the constitutional field, based on the open clause of § 2 of article 5 of the Constitution. Therefore, the arrest of default under the deposit agreement should be seen as an initially fact unconstitutional, prohibited by Brazilian law since the ratification, without reservations, of said international treaty by Brazil, in 1992.

Keywords: Civil arrest. Unfaithful trustee. American Convention on Human Rights. Automatic reception. Internacional rules. Constitutional field.

