

SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL

*Supra legality treaties international human rights
and civil prison keeper of the unfaithful trustee*

por **João Carlos Alves Leles**¹

Resumo: a presente exposição examina criticamente a recente consagração da tese da Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Prisão Civil do Depositário Infiel. Tem como objetivo analisar a posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos recepcionados pelo sistema normativo brasileiro, sua evolução histórica, a hierarquia o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e a hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos. Foi utilizado na presente pesquisa o método indutivo, lançando mão das fontes de pesquisa como legislação, doutrina e publicações de artigos jurídicos acerca do tema.

Palavras-chave: Depositário infiel. Direitos humanos. Supralegalidade. Tratados internacionais.

Abstract: *this exhibition examines critically the recent consecration of the thesis of supra legality of international human rights treaties and the arrest of defaulted guardian. Aims to analyze the hierarchical position of international treaties and conventions that deal on human rights approved by the Brazilian legal system, their historical evolution, the hierarchy placement of Supreme Court and hierarchy of human rights treaties. Was used in this research the inductive method, throwing hand search sources as legislation, doctrine and publications of legal articles on the subject.*

Key words: *Unfaithful trustee. Human rights. Supra legality. International treaties.*

Sumário: Introdução. 1. Breve histórico. 2. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e a legislação brasileira pertinente. 2.1. O Pacto de São José da Costa Rica. 2.2. A Legislação brasileira. 2.2.1. Legislação constitucional. 2.2.2. Legislação civil. 2.2.3 A Legislação processual civil. 3. Posição hierárquica da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) no ordenamento brasileiro. 3.1. Direito infralegal. 3.2. Direito legal. 3.3. O tratado como direito supralegal. 3.4. Direito constitucional. 3.5. Direito supraconstitucional. 3.6. Entendimentos do Supremo Tribunal Federal. 4. A teoria do controle de convencionalidade: efeitos e a sua aplicabilidade no direito brasileiro. 5. Inaplicabilidade da prisão do depositário infiel. Conclusão. Referências bibliográficas.

¹ Bacharelado em Direito pelas Faculdades Integradas Promove de Brasília.

Introdução

O objetivo do presente trabalho é a realização de um estudo acerca da possibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente após a ratificação do Pacto de São José da Costa Rica.

Sabe-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos afirma-se hoje com inegável vigor, como um ramo autônomo do direito, dotado de especificidade própria. No Brasil, o marco histórico da fase de transição para o regime democrático de direito foi a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, chamada de Constituição Cidadã. Nela os direitos e garantias individuais ganharam lugar de destaque, sendo a “dignidade da pessoa humana” um de seus fundamentos e, “prevalência dos direitos humanos” e a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”, dois de seus princípios nas relações internacionais.

Deve-se analisar, para uma melhor compreensão, o Pacto de São José da Costa Rica, a posição hierárquica ocupada por tal tratado, e a possibilidade, ou não, da prisão civil do depositário infiel. A doutrina alça seis possibilidades diferentes, a saber: infralegal, legal, supra legal, constitucional, equivalência à emenda constitucional e, supraconstitucional.

Além disso, expõe-se a legislação pátria pertinente, onde, observadas as normas do direito positivado, verifica-se a colisão entre normas oriundas de fontes diferentes, exigindo-se árduo trabalho hermenêutico a ser desenvolvido pelos aplicadores do direito, onde na melhor exegese, busca-se, acima de tudo a distribuição da justiça.

Oportuno lembrar que a lei é uma das fontes do direito, porém não o é; o direito é ciência humana, não exata; é dinâmico, não estático; e, tem especial relevância quando trata de direitos humanos fundamentais.

A justificativa principal para este trabalho é a segurança jurídica, haja vista que a interpretação dada pelo Estado-juiz faz a diferença entre a liberdade ou o cárcere. É o que acontece em comarcas onde juízes de diferentes varas têm entendimento diverso. O jurisdicionado não pode ficar a mercê da sorte, quando da distribuição do feito que irá refletir na sua liberdade.

A sistematização dos conhecimentos, bem como a discussão do assunto, a relevância da liberdade da pessoa, por si só justificam o aprofundamento da pesquisa e a elaboração de um trabalho a partir da temática proposta.

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos passaram a ser incorporados ao Direito brasileiro a partir do processo de democratização em 1985, após o fim da Ditadura Militar.

A Constituição Federal de 1988 desempenhou papel essencial na ratificação desses tratados ao estabelecer a prevalência dos direitos humanos como um dos regentes das relações internacionais do país (art. 4º, III, CF), estabelecendo mecanismos que possibilitaram e possibilitam um constante processo de abertura ao direito externo, a fim de garantir a interpenetração deste com o direito interno.

Junto a esse processo, encontra-se uma frente em defesa de um sistema internacional eficaz de proteção aos direitos básicos da pessoa humana, o qual envolve e prestigia o engajamento dos Estados, em matéria de proteção dos direitos básicos do indivíduo, onde a proteção dos direitos humanos não se limita somente à jurisdição doméstica, constituindo tema de relevante interesse internacional.

Espera-se, então, reforçar a trajetória e a importância dessa hierarquia constitucional, bem como sua aplicabilidade no que tange à prisão do depositário infiel. Corrobora esse entendimento a possibilidade de conferir a esses Tratados de Direitos Humanos um lastro formalmente constitucional, no âmbito jurídico interno, o que se faz a partir da interpretação sistemática com o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e também mediante a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo para o enquadramento dos Tratados de Direitos Humanos como normas dotadas de status constitucional.

1. Breve histórico

Nas últimas décadas, a regulamentação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos tem gerado grandes benefícios para os indivíduos. Ao serem criadas obrigações para os Estados quanto aos seres humanos sob sua jurisdição, algumas normas que se aplicam

CURSO DE DIREITO

não só na ação conjunta dos estados-partes, com o objetivo de proteção, mas também no ordenamento jurídico interno de cada Membro.

Na América Latina surgem, mostras de uma nova postura ante a questão clássica da hierarquia normativa dos Tratados Internacionais vigentes. Alguns desses países, atendendo ao clamor mundial, atribuíram aos tratados internacionais de direitos humanos lugar de destaque no ordenamento jurídico e em alguns casos concedendo estatuto constitucional - Venezuela, Colômbia e Paraguai, admitem o status constitucional das normas expostas em tratados de direitos humanos.²

No Brasil, o tratamento jurídico dado a tramitação de atos internacionais até a Constituição de 1988 limitava-se a assegurar os valores da independência e da soberania do país – tema básico da Constituição de 1824 - ou se restringiam, conforme, a proibir a guerra de conquista e a estimular a arbitragem internacional, segundo as constituições de 1891 e 1934. A Constituição de 1937 prevê a possibilidade de aquisição de território.³

Na Constituição de 1946, o art. 4º trata sobre a adoção de meios pacíficos para a solução de conflitos. Já na Constituição de 1967, no art. 7º é explicitado que “os conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação de organismos internacionais de que o Brasil participe”.⁴

A Constituição de 1988 introduziu inovações na área internacional, no repúdio ao terrorismo e ao racismo. Ao romper com a sistemática das constituições anteriores, a Constituição de 1988 consagrou o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma propugnado para a ordem internacional.

² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: RT, 2009, p. 23.

³ PIOVESAN, Flávia. **Hierarquia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF**. In O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: QuartierLatin, 2009, p. 38.

⁴*Ibidem*, p. 40.

A soberania do Estado brasileiro ficou submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se assim a concepção tradicional de soberania estatal absoluta.⁵

2. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e a legislação brasileira pertinente

2.1. O Pacto de São José da Costa Rica

Aprovada na Costa Rica em 22 de novembro de 1969, a Convenção Americana sobre a Proteção de Direitos Humanos, põe termo a fase de elaboração de princípios teóricos e das meras declarações de intenção, passando para o direito positivado.

Os trabalhos que resultaram na Convenção de 1969 se arrastaram desde a elaboração do projeto em 1959 até a Conferência do Rio de Janeiro de 1965. Decidiu-se no Brasil, em 1965, que o projeto fosse revisto pela Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, e convocada conferência especializada.

Com a edição do Decreto n. 678 de 06 de novembro de 1992 o Pacto de São Jose da Costa Rica é incorporado no ordenamento pátrio. Este dispõe que não haverá prisão civil do depositário infiel.

2.2. A legislação brasileira

2.2.1. Legislação constitucional

A Constituição Federal, Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, Capítulo I, no seu artigo 5.º refere-se aos direitos e deveres individuais e coletivos e, no inciso LXVII, trata da prisão civil:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁵ PIOVESAN, Flávia. **Hierarquia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF**. In O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: QuartierLatin, 2009, p. 41.

(...)

LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

(...)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º 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.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A competência do Supremo Tribunal Federal, em relação aos tratados, é estabelecida no art. 102:

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

(...)

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

2.2.2. Legislação civil

A Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), em seu art. 652 trata da prisão do depositário infiel:

Art. 652. 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.

2.2.3. A Legislação processual civil

A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), ao tratar da Ação de Depósito, assim determina:

Art. 902. Na petição inicial instruída com a prova literal do depósito e a estimativa do valor da coisa, se não constar do contrato, o autor pedirá a citação do réu para, no prazo de 5 (cinco) dias:

(...)

§ 1º No pedido poderá constar, ainda, a cominação de pena de prisão até 1 (um) ano, que o juiz decretará na forma do art. 904, parágrafo único.

(...)

Art. 904. Julgada procedente a ação, ordenará o juiz a expedição de mandado para a entrega, em 24 (vinte e quatro) horas, da coisa ou o equivalente em dinheiro.

Parágrafo único. Não sendo cumprido o mandado, o juiz decretará a prisão do depositário infiel.

Ao tratar da penhora e do depósito, o mesmo diploma legal, assim disciplina:

Art. 662. Sempre que necessário, o juiz requisitará a força policial, a fim de auxiliar os oficiais de justiça na penhora dos bens e na prisão de quem resistir à ordem.

(...)

Art. 666. Os bens penhorados serão preferencialmente depositados:

(...)

§ 3º A prisão do depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independente de ação de depósito.⁶

⁶ Acrescentado pela Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006.

3. Posição hierárquica da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) no ordenamento brasileiro

O tratado internacional, devidamente ratificado pelo Estado Brasileiro, situa-se em um patamar hierárquico no ordenamento pátrio. Esta posição na escala axiológica, ocupada pelo tratado, é que lhe confere a sua aplicabilidade ou não, frente ao ordenamento interno.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), sobre a qual se traça um paralelo com a legislação pátria, dispõe acerca da prisão do depositário infiel.

O presente capítulo trata das colisões e o entendimento emanado pela doutrina e pela jurisprudência. Busca-se apenas confrontar as diversas posições dos doutrinadores, suas justificativas e seus fundamentos.

Tratar-se-á as seis posições possíveis que o tratado poderá ocupar, quais sejam:

- 1ª) Infralegal;
- 2ª) Legal;
- 3ª) Supralegal (posição intermediária entre a lei e a Constituição);
- 4ª) Status de Emenda Constitucional;
- 5ª) Constitucional;
- 6ª) Supraconstitucional.

3.1. Direito infralegal

Esta teoria é pouco comentada, pois como esclarece Kincheski:

[...] porque apegada a critérios estritamente parcos que não observam a complexidade do arcabouço jurídico, ou seja, a que atribui aos tratados internacionais tanto os *latu sensu* como os de direitos humanos fundamentais o status infralegal.⁷

Quanto ao fundamento dessa teoria, ilustra o autor, baseia-se no fato de ser sua recepção operada através de decreto. Esta corrente fundamenta o seu entendimento no fato da

⁷ KINCHESKI. Cristiano. **A supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos**. Brasília: OAB, 2006, p. 85.

CURSO DE DIREITO

forma de incorporação do tratado se efetivar através de decreto expedido pelo Poder Executivo, estando assim subordinado à lei ordinária.

3.2. *Direito legal*

Os defensores desta corrente concebem o tratado internacional, incluindo os de direitos humanos, como direito ordinário. Nessa tese de incorporação do direito internacional, opera-se o instituto de derrogação.

Fernando Capez, ao tratar da matéria, afirma que a Emenda Constitucional 45/2004 acabou com a celeuma jurídica acerca da discussão doutrinária quanto à hierarquia dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos em nosso ordenamento jurídico:

Acabando com essa celeuma, a EC 45/2004 passou a prever expressamente que os tratados e convenções internacionais serão equivalentes às emendas constitucionais, somente se preenchidos dois requisitos: (a) tratem de matéria relativa a direitos humanos + (b) sejam aprovados pelo Congresso Nacional, em dois turnos, pelo quorum de três quintos dos votos dos respectivos membros.⁸

Para o autor, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) por não ter sido submetida ao quorum qualificado não passa de legislação ordinária.

3.3. *O tratado como direito supralegal*

A partir de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, (RE 466.343-SP, HC 91.172-SP, HC 88.420-PR) surge uma nova pirâmide jurídica. É o que afirma Luiz Flávio Gomes:

- (a) no topo acha-se a Constituição (quando algum tratado de direitos humanos for aprovado de acordo com o procedimento do art. 5.º, § 3.º, da CF, passa também a compor formalmente a Constituição);
- (b) abaixo dela, mas acima da lei ordinária, está o Direito Internacional dos Direitos Humanos – DIDH (cf. nesse sentido o teor do voto do Min. Gilmar Mendes, no RE 466.343-SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 22.11.2006, ainda não concluído); e
- (c) no patamar inferior está a legislação ordinária.⁹

⁸ CAPEZ, Fernando. Súmula vinculante. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 911, 31 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7710>>. Acesso em: 05 de março de 2013.

⁹ GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. Coleção Ciências Criminais, v. 4. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 67.

Houve significativa mudança, aponta Gomes, na jurisprudência clássica do STF, que enfocava anteriormente de forma bipolar – legislação ordinária (ao seu lado, no mesmo patamar situava-se do Direito Internacional, incluindo-se o dos Direitos Humanos) e acima a Constituição:

[...] A emblemática alteração estrutural (e formal) do Direito reside no valor hierárquico que o STF está (agora) emprestando ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Do plano da equivalência com a legislação ordinária (teoria da paridade) ele está passando a ocupar uma posição intermediária entre ela e a Constituição.¹⁰

O Ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu voto, no julgamento do RE 466.343-SP expressamente deu aos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, status supralegal:

[...] os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art.7.º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Aduziu, ainda, que a prisão civil do devedor-fiduciante viola o princípio da proporcionalidade, porque o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais executórios postos à disposição de credor-fiduciário para a garantia do crédito, bem como em razão de o DL 911/69, na linha do que já considerado pelo relator, ter instituído uma ficção jurídica, ao equiparar o devedor-fiduciante ao depositário, em ofensa ao princípio da reserva legal proporcional.¹¹

Nessa linha, Gomes, ao abordar a tese da supralegalidade, reconhece o avanço na mudança da tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal afirmando que o entendimento doutrinário acabou não sendo sufragado pelo Min. Gilmar Mendes, mas não nega que seu voto retrata um significativo avanço nessa matéria, visto que os concebe com status supralegal.

¹⁰ *Ibidem*, p. 68.

¹¹ GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 68.

3.4. *Direito constitucional*

A corrente doutrinária que concebe os tratados relativos a direitos humanos com status constitucional o faz pela interpretação do parágrafo segundo do artigo quinto Constituição de 1988: “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” (art. 5º, § 2º CRFB/88). Tal interpretação se infere dos ensinamentos de Piovesan:

A Carta de 1988 inova, assim, ao incluir entre os direitos constitucionalmente protegidos os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos.¹²

Corroboram o entendimento de Piovesan, os ensinamentos de Luiz Flavio Gomes, que fortalece a tese com o direito comparado:

O correto seria conferir aos tratados de direitos humanos o status de norma constitucional. Aliás, assim é nos países com os quais temos maior aproximação cultural (Portugal, art. 16.2 da sua Constituição; Espanha, art. 10.2; Argentina, art. 75, inc. 22; Peru, art. 105; Guatemala, art. 46; Nicarágua, art. 46; El Salvador, art. 144; Paraguai, art. 137; etc.).¹³

Leciona Piovesan que, diferentemente das Constituições anteriores, a Carta de 1988, através do parágrafo segundo do artigo 5.º, incorporou os direitos humanos previstos nos tratados:

[...] a Constituição de 1967, no art. 153, § 36, previa: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota” [...] Ora, ao prescrever, “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a contrario sensu, a carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. [...] Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos

¹² PIOVESAN, Flávia. **Hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF**. In O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: QuartierLatin, 2009, p. 58.

¹³ GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. Coleção Ciências Criminais, v. 4. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 72.

CURSO DE DIREITO

internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional.¹⁴

Faz tal interpretação, invocando o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, citando Jorge Miranda: “a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação. Interpretar a Constituição é ainda realizar a Constituição.”¹⁵

3.5. Direito supraconstitucional

O entendimento de que o tratado internacional que verse sobre direitos humanos possui status supraconstitucional, coloca-o acima da lei fundamental de um Estado.

Kinchiesky explica quando uma norma pode ocupar tal posição: “Uma norma, para ser considerada supraconstitucional, ou seja, hierarquicamente superior à lei fundamental de um Estado, precisa tratar de tema relevante que justifique tal status jurídico”. No entanto, devido à soberania do Estado, essa tese foi refutada pelo ordenamento jurídico brasileiro.¹⁶

3.6. Entendimentos do Supremo Tribunal Federal

As decisões da Corte Suprema, guardiã da Constituição, orientam a aplicação e a teoria aplicada no direito brasileiro.

Num primeiro momento, a Corte Suprema posicionou-se pelo primado do Direito Internacional:

Observe-se que, anteriormente a 1977, há diversos acórdãos consagrando o primado do Direito Internacional, como é o caso da União Federal vs. Cia Rádio Internacional do Brasil (1951), em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revoga as leis anteriores (Apelação Cível 9.587). Merece também menção um acórdão do STF, em 1914, no Pedido de Extradicação n. 07 de 1913, em que se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele. O

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF**. In O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: QuartierLatin, 2009, p. 52.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF**. In O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: QuartierLatin, 2009, p. 58.

¹⁶ KINCHESKY, Cristiano. **A supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos**. Brasília: OAB, 2006, p. 93.

CURSO DE DIREITO

acórdão da Apelação Cível n. 7.872 de 1943, com base no voto Philadelpho (...), também afirma que a lei não revoga o tratado.¹⁷

Na década de 1970, decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal indicava a adoção do dualismo moderado, senão vejamos:

Na década de 1970, com a decisão do STF, no RE 71.154, pôde-se distinguir claramente os dois momentos aludidos acima. Só se passou a discutir a hierarquia do tratado em face da lei, depois de considerá-lo internalizado. Posteriormente, esse acórdão serviu de base para o proferido na Carta Rogatória 8.279, em que o Ministro Celso de Mello explicita a adoção do dualismo moderado.¹⁸

Já no julgado do RE 80.004, no ano de 1978, o STF decidiu que lei interna superveniente poderá afetar tratado em vigor, com exceção daqueles referentes à matéria tributária, em face do que dispõe o art. 98 do Código Tributário Nacional, dando um exemplo de aplicação do monismo moderado, segundo a doutrina. Desta forma, uma vez incorporado o tratado, encontra-se em igualdade às demais leis ordinárias.

Percebe-se desta forma que a prevalência de uma fonte sobre a outra depende da ordem cronológica de sua criação. Celso D. de A. Mello faz dura crítica ao julgado do RE 80.004:

Houve no Brasil verdadeiro retrocesso no Recurso Extraordinário n. 80.004, decidido em 1978, em que o STF decidiu que a lei revoga tratado anterior. Esta decisão viola também a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) que não admite o término do tratado por mudança de direito superveniente.¹⁹

Accioly chega a classificar de aberração a equiparação de tratado é lei ordinária:

Surpreendentemente, uma vez equiparado à lei interna, ficaria sujeito o tratado a modificações, em razão de alterações posteriores do ordenamento nacional, o que configura aberração, por privar a norma de direito internacional positivo de seu sentido e alcance normativo internacionais, ao mesmo tempo em que se poderia configurar o descumprimento de obrigação internacional pelo estado brasileiro, na condição de parte contratante de

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: Jurisprudência do STF**. In O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: QuartierLatin, 2009, p. 62.

¹⁸ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 216.

¹⁹ *Ibidem*, p. 219

CURSO DE DIREITO

obrigação de direito internacional, em relação aos demais signatários desse tratado.²⁰

O voto do Ministro Gilmar Mendes, no RE 466.343-1 SP acena para uma reorientação da jurisprudência da Suprema Corte:

[...] a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções, já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde o remoto julgamento do RE 80.004-SE.

Pondera ainda sobre vários precedentes e conclui:

[...] É preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada, pois, tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisada criticamente [...] Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969, a qual, em seu artigo. 27, determina que nenhum estado pactuante pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.²¹

A posição do Supremo Tribunal Federal realmente acenava para uma mudança, o que veio a acontecer nos julgados seguintes. Em conclusão de julgamento, no HC 87585/TO, rel. Min. Marco Aurélio, em 3.12.2008, o Tribunal concedeu *habeas corpus* em que se questionava a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual. Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver assinado o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, conduz à inexistência de balizas visando a eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII da CF: Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Entendeu assim a Suprema Corte que, com a introdução do referido Pacto ao ordenamento jurídico nacional, restaram derrogadas as normas estritamente legais definidoras

²⁰ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 214.

²¹ *Ibidem*, p. 219.

CURSO DE DIREITO

da custódia do depositário infiel. Prevaleceu a tese do *status* de supralegalidade da referida Convenção, inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes, no julgamento do RE 466343/SP. Vencidos, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que davam a Convenção a qualificação constitucional.

Seguindo a mesma orientação firmada, o Tribunal negou provimento ao recurso extraordinário no qual se discutia também a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia (RE 466343/SP) rel. Min. César Peluso, 3.12.2008.

Assentada a posição da Suprema Corte, pela impossibilidade da prisão do depositário infiel, no julgamento do HC 92566/SP, o Tribunal expressamente revogou a Súmula 619 do STF: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

4. A teoria do controle de convencionalidade: efeitos e a sua aplicabilidade no direito brasileiro

Emenda Constitucional 45/2004, também conhecida como Emenda do Judiciário, entre as suas alterações e inovações, remete atenção ao § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 – CF/88, que se constitui norma de recepção de direito internacional quando a matéria seja direitos humanos.

Neste sentido, o Constituinte Reformador resolveu equiparar as normas internacionais sobre direitos humanos recepcionadas pelo Brasil a Emendas Constitucionais, alterando, desta forma, a organização do ordenamento jurídico pátrio, posto que, acresceu nova espécie normativa (inominada) ao direito brasileiro também lhe conferiu status normativo de Emenda Constitucional, desde que observada à aprovação com quorum qualificado, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, embora não constante no rol do Art. 59 da CF/1988.

Tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à produção normativa doméstica: o controle de convencionalidade das leis.

À medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais ou material e formalmente constitucionais, é lícito entender que, para além do clássico

CURSO DE DIREITO

“controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.²²

Após a recepção das normas internacionais, embora que dotadas apenas de materialidade constitucional, estão aptas a afastar, no todo ou em parte, as normas de direito interno que estejam em situação de incompatibilidade vertical, dado o caráter de supralegalidade adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE - 466.343-1/SP.²³

Melhor situando, sendo a norma alienígena dotada de simples materialidade constitucional, nos termos do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 ou, equivalente à Emenda Constitucional, nos termos da ritualística descrita no § 3º do mesmo artigo 5º, estarão suscetíveis de exercer controle em face de normas de direito interno ou internacional, recepcionadas pelo Brasil que versem sobre matéria não humanitária, conforme Mazzuoli:

[...] Se os tratados de direitos humanos têm “status de norma constitucional”, nos termos do art. 5º, § 2º da Constituição, ou se são “equivalentes às emendas constitucionais”, posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º, § 3º da mesma Carta, significa que podem eles ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil.²⁴

O controle de convencionalidade está reservado para o controle de normas humanistas advindas de tratados e convenções em face das normas de direito interno, independente da matéria versada, desde que afrontosa aos valores defendidos.²⁵

5. Inaplicabilidade da prisão do depositário infiel

Partindo da premissa de que o Pacto São José da Costa Rica ocupa posição supralegal no ordenamento brasileiro, é perceptível que se torna inaplicável a prisão do depositário infiel. Embora a Constituição Federal permita que haja a referida medida, ela se

²² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: RT, 2009, p. 236.

²³ Negado. Confrontado o Decreto-Lei nº 911/1969, em seu artigo 1º, § 8º, face a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, em seu artigo 7, nº 7. Prevaleceu a norma humanista em face da norma de prisão civil do depositário infiel por alienação fiduciária.

²⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: RT, 2009, p. 237.

²⁵ *Ibidem*, p. 238.

CURSO DE DIREITO

tornou inócua devido à revogação dos dispositivos constantes no Código Civil e nas outras legislações infraconstitucionais pelo Tratado de Direitos Humanos supramencionado.

Não se pode negar que a tese da supralegalidade acabou por ressaltar o caráter especial dos Tratados de Direitos Humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

Partindo-se da ideia de que os tratados de direitos humanos estão acima da lei, passa a ser certo que a produção do Direito, para além dos limites formais, contam também com novos limites materiais, dados pelos direitos humanos fundamentais contemplados na Constituição e nos tratados acerca do tema.

Rompendo com as concepções clássicas do positivismo legalista, impõe-se concluir que nem toda lei vigente é válida. E quando ela é válida? Somente quando conta com a dupla compatibilidade vertical, ou seja, compatibilidade com o Direito Internacional dos Direitos Humanos assim como com a Constituição.

Dentre as possibilidades de posição hierárquica defendidas pelos doutrinadores consultados e pela jurisprudência produzida, pode-se constatar que a prisão do depositário infiel não mais é possível em quatro das seis correntes citadas. O Pacto de São José da Costa Rica veda a prisão por dívidas nas concepções “Supraconstitucionais”, “Constitucional”, “Como Emenda Constitucional”, e “Como Direito Supralegal”.

Na condição de paridade com o direito ordinário, doutrina paritária, aplicando-se o instituto da derrogação, a prisão do depositário infiel seria perfeitamente possível, porquanto reinserida no ordenamento brasileiro pelo Código Civil de 2002, além da recente reforma do Código de Processo Civil, Lei nº 11.382 de 6 de dezembro de 2006, que acrescentou o § 3º ao art. 666, que trata da prisão do depositário infiel.

Quanto à posição *Infralegal*, ocupando posição abaixo da legislação ordinária, é tão ínfima que a maioria dos doutrinadores sequer a mencionam. Porém, em tal posição, não afetaria a possibilidade da prisão do depositário infiel, haja vista ser tal custódia processual positivada no ordenamento ordinário.

Denota-se que os adeptos da corrente paritária tem seu fundamento alicerçado no direito formal, aplicando-se o fator cronológico, operando os institutos da revogação e derrogação para extrair a norma e ser aplicada.

As demais posições, exceto a *infralegal*, afeta aos direitos humanos, sendo esta a baliza estrutural que diferencia o Pacto de São José da Costa Rica, elevando-o a um patamar diferenciado.

Vale destacar que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional. A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos.

Conclusão

Os direitos humanos são identificados a partir de reivindicações morais e políticas, variáveis a partir de sua evolução histórica, formando um sistema correspondente à hierarquia de valores prevalecente no meio social sobre aquilo que todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade e governo. Mas, essa hierarquia axiológica nem sempre coincide com a consagrada no ordenamento positivo. Há sempre uma tensão dialética entre a consciência jurídica da coletividade e as normas editadas pelo Estado.

Tais normas, sejam elas de direito interno ou de direito internacional, buscam concretizar, por meio de faculdades e instituições, as exigências oriundas do princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade. No direito brasileiro, verifica-se a opção por um sistema misto no tocante à disciplina dos tratados, vale dizer: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e outro relativo aos tratados que versem sobre matérias diversas.

Nesse contexto, o que se sustenta, neste estudo, é que o novo § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 vem tão-somente reforçar essa hierarquia constitucional, ao adicionar a possibilidade de conferir a esses tratados de direitos humanos um lastro formalmente constitucional, no âmbito jurídico interno, o que se faz a partir da interpretação sistemática com o disposto no § 2º do art. 5º da CF/88 e também mediante a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo para o enquadramento dos tratados de direitos humanos como normas dotadas de status constitucional.

Assim, com este tratamento diferenciado, as consequências atingem diretamente o cidadão no que se refere aos seus direitos e garantias, como por exemplo, o direito à liberdade, que restou ampliado com a proibição da prisão do depositário infiel.

Diante do exposto, nota-se a importância em destacar e valorizar a trajetória e a aplicabilidade dos tratados de direitos humanos, visto que ele constitui um poderoso instrumento jurídico para o reconhecimento de valores garantidores da dignidade da pessoa humana, da paz e da democracia.

Assim, é perceptível que a tese da supralegalidade, conferida aos Tratados em comento, constitui-se como a mais adequada em ratificar a efetividade ao Estado Democrático de Direito, garantindo maior eficácia à sistemática jurídica sem desvirtuar os fundamentos e os princípios soberanos do Estado.

Desse modo, os tratados de direitos humanos constituem poderoso instrumento jurídico para o reconhecimento de valores garantidores da dignidade da pessoa humana, da paz e da democracia. Sua incorporação ao ordenamento jurídico interno deve se dar mediante a observância de seu status de norma constitucional, com eficácia plena e aplicabilidade imediata, tão logo sejam ratificados, a fim de assegurar a real proteção e gozo dos direitos neles consagrados, sob pena de esvaziamento de seu conteúdo e afronta ao Texto Constitucional.

Hodiernamente, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento majoritário pela impossibilidade da prisão civil do depositário infiel. Contudo, tal posicionamento não é unânime e a matéria ainda não foi sumulada.

Ressalta-se que a legislação não modificou apenas a interpretação dada pela Corte Suprema. O legislador, ainda no ano de 2006, na reforma do Código de Processo Civil, legislou no sentido da prisão do depositário.

Desta forma, cabe aos profissionais da área do Direito Civil, à doutrina e a jurisprudência, continuar na construção das posições adotadas, haja vista ser tal posicionamento do Pretório Excelso ainda recente, e a divergência na interpretação dada pelos ministros daquela Corte, ainda busca pacificação.

De se registrar, por fim, que o escopo da presente pesquisa é disponibilizar aos leitores uma visão globalmente considerada, a fim de esclarecer um assunto que, apesar de já integralizado no ordenamento interno há mais de quinze anos, de tratar da liberdade, ainda não encontrou um porto seguro.

Referências bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. *Súmula vinculante*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 911, 31 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7710>>. Acesso em: 05 de março de 2013.

GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. Coleção Ciências Criminais, v. 4. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

KINCHECKI, Cristiano. *A supraconstitucionalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos*. Brasília: OAB, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: RT, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Hierarquia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF*. In O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: QuartierLatin, 2009.

Artigo submetido à Virtù: Direito e Humanismo , recebido em 29 de julho de 2013. Aprovado em 03 de janeiro de 2014. As opiniões e conclusões são de responsabilidade do autor.
