

ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA): ainda e mais uma vez a questão da prisão civil do depositário infiel à luz do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466343/2008 do STF¹

BETWEEN THE FEDERAL CONSTITUTION AND THE INTER-AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (PACT OF SAN JOSE, COSTA RICA): yet and again the issue of civil imprisonment of an unfaithful trustee in light of the trial of Extraordinary Appeal nº 466343/2008 of Brazilian Supreme Court (STF)

Marcos Alberto Rocha Gonçalves²

Melina Girardi Fachin³

¹ Artigo recebido em 03 de dezembro de 2010.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Instituição de Ensino na qual, durante a graduação, foi bolsista do CNPq pelo Programa de Iniciação Científica e desenvolveu atividades de monitoria. Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), com pesquisa em desenvolvimento no âmbito do Direito Civil, voltada aos direitos reais e sua interlocução com a economia, sob a orientação do Prof. Dr. José Manoel de Arruda Alvim Netto e co-orientação do Prof. Dr. Luiz Edson Fachin. Foi aluno especial da disciplina Direito Civil e Sociedade ministrada pelo Prof. Dr. Luiz Edson Fachin, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e aluno especial da disciplina Globalização e Cultura: os Processos de Resistência na América Latina, ministrada pela Prof. Dra. Zilda Márcia Gricoli Iokoi, do Programa de Pós-Graduação em História Social da Universidade de São Paulo (USP). Advogado, sócio do escritório de advocacia Fachin Advogados Associados. Possui interesse acadêmico e profissional ligado à área do Direito Civil, Teoria Geral do Direito e Direito Processual Civil. marcos@fachinadvogados.com.br

³ Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2005), aperfeiçoamento em Direitos Humanos pelo *Institut international des droits de l'homme* (Strasbourg, França - 2005), mestrado em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008), sob a orientação da Prof. Dra. Flávia Piovesan; doutoranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (andamento), sob a orientação da Prof. Dra. Flávia Piovesan. É professora de Direito Constitucional e Direitos Humanos em Curitiba (Faculdade Dom Bosco e Faculdades Integradas do Brasil/UNIBRASIL). Autora de obras na seara da Filosofia Constitucional e do Direito Constitucional, sobretudo no que toca à cena contemporânea dos Direitos Humanos e Fundamentais. melinafachin@mps.com.br

RESUMO

A Constituição de 1988 promoveu, no cenário jurídico pátrio, a reinvenção do marco protetivo dos direitos humanos. Destarte, fomentou-se no plano internacional a ratificação dos principais tratados sobre a matéria, sendo neste influxo que o Brasil aderiu à Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). No plano nacional, a Constituição Federal de 1988 baseia uma renovada normatividade protetiva dos direitos fundamentais. É neste aspecto que se destaca o art. 5º, § 2º como cláusula de abertura material do catálogo constitucional de direitos fundamentais para albergar àqueles decorrentes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. O poder Constituinte Derivado prossegue nessa singra ao incluir o § 3º no artigo 5º que reforça o alargamento do catálogo. Em face desse alicerce, ainda que após longo tempo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em contraste com sua jurisprudência anterior, tratamento diferenciado aos tratados internacionais de direitos humanos, de modo pioneiro, quando do julgamento do REXT nº 466343 em dezembro de 2008, sob o mote da (im)possibilidade da aplicação da prisão civil do depositário infiel à luz do Pacto de São José.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos – Tratados Internacionais – Prisão Civil – Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The 1988 Brazilian Constitution promoted, in the Brazilian legal scene, the reinvention of the legal landmark of human rights. Has been encouraged, thus, at the international level, the ratification of major treaties on the matter. It is this influence that Brazil has joined the Inter-American Convention on Human Rights (Pact of San José of Costa Rica). At the national level the Constitution based a renewed legal protection of fundamental rights. It is this aspect, the article 5º, §2º is highlighted as a open clause of the constitutional fundamental rights catalog to shelter those arising from international treaties to which Brazil is part. The Derivative Constitutional Power continues sail in that direction and included the § 3 in Article 5, which reinforces the protective broadness of the catalog. Given this foundation, after a long time, the Supreme Court has recognized, in contrast to its earlier decisions, for a special legal treatment to international treaties on human rights, in a pioneering way, in the opportunity of the trial nº 466,343 in December 2008, in the motto of the (im)possibility of extending prison as a civil penalty to an unfaithful trustee in light of the Pact of San Jose

KEY-WORDS: Human Rights – International Treaties – Civil Prison – Brazilian Supreme Court.

SUMÁRIO: 1.introdução. 2. Acórdão. 3. A necessária aproximação do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos. 4. Do conflito normativo em jogo: breves explanações teóricas. 5. Da contextualização da antinomia: a prisão civil do depositário infiel. 6. A mudança no entendimento jurisprudencial do STF. 7. Divergência. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

Introdução.

Na perspectiva da necessária abertura do direito (constitucional) pátrio ao direito internacional dos direitos humanos, o presente ensaio tem como norte a reflexão da (im)possibilidade da prisão civil do depositário infiel espelhada no conflito normativo analisado pelo STF entre a Constituição Federal e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (cognominada de Pacto de São José da Costa Rica).

As reflexões aqui delineadas têm como direção as teorias assentadas no acórdão paradigma do Supremo Tribunal Federal, exaradas nos autos de recurso extraordinário nº 466343-1. Adiante está a ementa da referida decisão que fomenta a presente análise, da qual abdica-se a juntada de inteiro teor pelo sua extensão excessiva.

Impende esclarecer que o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal não encerra nem pacifica a discussão que é de grande complexidade e suscita, à luz do paradigma de discussão, diversos posicionamentos. Destarte, o que se pretende neste estudo é a análise de uma das possíveis vias interpretativas acerca do instituto da prisão civil do depositário infiel. Esclarece-se que a presente apreciação terá como suporte, pela eleição de linha de pesquisa, as reflexões teóricas da constitucionalização do direito civil, e do direito constitucional dos direitos humanos.

O acórdão paradigma trata, de modo pioneiro, rompendo com a jurisprudência dominante anterior, da inadmissão no ordenamento jurídico pátrio da prisão civil do depositário infiel (prevista nos artigos 5º, LXVII da Constituição e 652 do Código Civil de 2002) haja vista o Pacto de São José da Costa Rica e à luz do texto constitucional (artigo 5º, §2º e 3º).

Para tanto o exame que segue se equilibra sob a base teórica em consonância com o acórdão em comento.

1. ACÓRDÃO:

No intuito de trazer mais luzes ao ora discutido, optou-se por colacionar a ementa do acórdão lavrado nos autos de Recurso Extraordinário nº 466343, julgado em dezembro de 2008, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a saber:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Decisão:

Após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), que negava provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Senhor Ministro Gilmar Mendes, pela Senhora Ministra Cármen Lúcia e pelos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Celso de Mello. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Eros Grau. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 22.11.2006.

Decisão:

Apresentado o feito em mesa pelo Senhor Ministro Celso de Mello, que pedira vista dos autos, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, nesta assentada, o Senhor Ministro Menezes Direito. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 12.12.2007.

Decisão:

Após o voto-vista do Senhor Ministro Celso de Mello, negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 12.03.2008.

Decisão:

O Tribunal, por votação unânime, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes, em assentada anterior. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 03.12.2008.⁴

Essa deliberação, beneficemente, reacendeu o importante e necessário debate acerca da hierarquia e regime jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos em face do regime constitucional pátrio gerando consequências práticas como, *in casu*, a aplicabilidade ou não do instituto da prisão civil do depositário infiel.

Seu grande mérito foi ter afastado o entendimento que reinava pacificado na Corte Suprema, e que por consequência se espalhava no Poder Judiciário, da paridade hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos com a lei ordinária federal.

⁴ **STF.** RE 466343 / SP - SÃO PAULO. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 03/12/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106.

Destarte, pela sua ruptura e inovação, tal alteração jurisprudencial é destinatária da análise que ora segue.

2. A NECESSÁRIA APROXIMAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL E DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.

Tomam-se como norte metodológico de investigação a crescente e obrigatória aproximação da seara internacional dos direitos humanos e do campo pátrio dos direitos fundamentais⁵, no sentido de proteção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Referido princípio é o centro normativo aglutinador da sociedade – compreendidos os entes públicos e os particulares – agregando, ao lado da perspectiva interna a seara internacional.

Na lição de Bilbao Ubillos, a unidade em torno do princípio da dignidade da pessoa humana, materialmente compreendido, é benéfica, pois:

*(..) tiende a superar el tradicional aislamiento de la Constitución del resto del ordenamiento, tiene una gran transcendencia en la medida em que impide que el Derecho Constitucional y el Derecho privado puedan concebirse como compartimentos estancos, como mundos separados, que discurren em paralelo y están gobernados por lógicas radicalmente diferentes.*⁶

A globalização dos *direitos humanos*⁷ traz em si o gérmen da aproximação posto que fornece o alicerce para a consolidação da *força expansiva*⁸ dos direitos

⁵ Estamos entre aqueles que pugnam pela aproximação paulatina das categoriais dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. O que fica claro é que, não obstante as inúmeras semelhanças entre ambas há distinções entre os dois grupos não sendo estes reflexos recíprocos ou meros sinônimos. Não se cuida, entretanto, de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas sim de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas. Estas categoriais são inequivocamente próximas e seus sentidos podem se somar, formando um corpo harmônico em busca de um designio comum que é a efetiva proteção da pessoa humana. A implementação desses direitos já encontra em sua prática habitual diversos óbices a serem superados de modo que a bipartição conceitual parece-nos apenas mais uma barreira na via de implementação prática dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

⁶ BILBAO UBILLOS, Juan Maria *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 304.

⁷ Consoante nos alerta Boaventura de Sousa Santos, não existe globalização, mas sim, globalizações. Assim que a globalização não implica necessariamente em dominação.

fundamentais. Tais direitos tendem a alargarem-se e preencherem os rincões do ordenamento jurídico, não limitado à sua dimensão nacional, arrostando os quadriláteros tradicionais de sua compreensão positiva.

Nessa esteira de aproximação entre as duas categorias é que emerge o parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Constitucional pátria, que advoga a abertura do catálogo material dos direitos fundamentais para incluir aqueles advindos dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

De acordo com a dicção legal:

§ 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.

Acerca do dispositivo em comento, aduz Flávia Piovesan:

Ora, ao prescrever que “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. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos. Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos

Conforme nos ensina Gustavo Zagrebelsky esta pode significar, na seara dos direitos humanos, a universalização de certos direitos como o direito à democracia, ao desenvolvimento e ao progresso social, direitos que seriam associados a uma idéia de um constitucionalismo global, de uma cidadania mundial. Para mais, ver: ZAGREBELSKY, Gustav. **El Derecho Dúctil**. Madrid: Trotta. 1999. Conforme leciona a Professora Maria Garcia, destacando positivamente a globalização dos direitos humanos: “*Diante do chamado fenômeno da “globalização” — que não é novo, na sua essência e nem recente, na sua história — pode-se imaginar que ele possa trazer aspectos positivos para a sociedade humana*”. In: GARCIA, Maria. **Direitos Humanos e a Constitucionalização do Direito Internacional**: o direito/dever de ingerência. VIII Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais instituída em comemoração do Centenário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC(1903-2003), p. 77-95.

⁸ Expressão utilizada por BILBAO UBILLOS, Juan Maria. In: ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 304.

enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.⁹

No sentido de ressaltar a complementaridade das duas esferas, acresceu-se, com a emenda constitucional nº 45/2004, o parágrafo 3º ao artigo 5º, que aduz:

§ 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.

Da leitura sistemática da Constituição emerge preocupação do Poder Constituinte Originário, reforçada pela adição da emenda constitucional, em traçar ponte entre a proteção constitucional e a proteção internacional dos direitos atinentes à pessoa humana.

Acerca da temática eis a lição de Celso Lafer:

O § 2º do art. 5º suscitou controvérsias, pois argüiu-se que, a ser aplicado literalmente, ensejaria mudança constitucional por maioria simples, que é a maioria requerida para a aprovação de decreto legislativo que recepciona um tratado na ordem jurídica interna. Destarte, não se cumprindo os requisitos da votação da emenda constitucional (CF, art. 60, § 2º), os tratados internacionais de direitos humanos não poderiam ter a validade de normas constitucionais.

Foi por conta desta controvérsia que a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, também adicionou ao art. 5º, em consonância com o art. 60, § 2º, da CF, o novo § 3º que diz:

⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 52.

ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

‘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.’

O novo § 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo § 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente. (...).¹⁰

A aproximação das searas interna e internacional em matéria de direitos humanos e direitos fundamentais ainda palpita no cenário jurídico nacional, em especial nas questões em que o texto constitucional contrapõe-se à ordem jurídica internacional. Em julgamento recente sobre a matéria, afirmou o Ministro Celso de Mello:

A alta relevância dessa matéria, que envolve discussão em torno do alcance e precedência dos direitos fundamentais da pessoa humana, impõe que se examine, de um lado, o processo de crescente internacionalização dos direitos humanos e, de outro, que se analisem as relações entre o direito nacional (direito positivo interno do Brasil) e o direito internacional dos direitos humanos, notadamente em face do preceito inscrito no § 3º do art. 5º da Constituição da República, introduzido pela EC nº 45/2004. (...) o Supremo Tribunal Federal se defronta com um grande desafio, consistente em extrair, dessas mesmas declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.¹¹

¹⁰ LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos**: Constituição, Racismo e Relações Internacionais. São Paulo: Manole, 2005. p. 15.

¹¹ Voto do Ministro Celso de Melo proferido no *habeas corpus* nº 87585-8/TO. In: **Supremo Tribunal Federal**. HC nº 87585-8/TO. Voto do Ministro Celso de Melo. DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009. EMENT VOL-02366-02 PP-00237.

É dentro dessa perspectiva teórica que a problemática do acórdão ora em comento será levada a efeito.

O norte metodológico adotado é a releitura da civilística tradicional a partir da carta constitucional de 1988 e a ordem protetiva de direitos fundamentais nela contida, cerne jurídico-axiológico do ordenamento pátrio.

Nesse sentido, eis a célebre lição de Konrad Hesse para quem “*a constituição não é mais apenas a ordem jurídico-fundamental do Estado, tornando-se a ordem jurídico-fundamental da sociedade*”¹².

Ao signo Constituição emprega-se o significado do *constitucionalismo global* apregado por Gomes Canotilho, a saber:

As Constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentrados numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas (‘estratégias internacionais’, ‘pressões concertadas’) e de normas oriundas de outros ‘centros’ transnacionais e infranacionais (regionais e locais).¹³

Este giro subjetivo do fenômeno jurídico, fundado nos elementos principiológicos trazidos pela Constituição de 1988, importa, sobretudo, na noção primaz da proteção da dignidade da pessoa humana. Nesta perspectiva jurídica, é fundamental remarcar que as pessoas é que são destinatárias do Direito¹⁴. Faz-se, assim, mister olhar o direito sob a ótica do sujeito concreto, ser humano reconhecido em sua concepção ética e digna como valor a ser protegido.

Diante disso, as discussões sobre a abertura do direito civil à principiologia constitucional, bem assim e conseqüentemente à perspectiva internacional dos Direitos

¹² HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992. p. 16. A Constituição passou a ser, nas palavras de Bilbao Ubillos, “la parte general del ordenamiento jurídico”. In: BILBAO UBILLOS, Juan Maria ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 304.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 18.

¹⁴ “Surge assim, como destaca Eduardo Novoa Monreal, “(...) a imagem do homem coletivo, pertencente a uma coletividade viva e integrada, conforme uma ordem socialmente orientada, na qual se tende a nivelar os indivíduos em um plano que permita, nas melhores condições possíveis, o maior desenvolvimento de todos eles”. MONREAL, Eduardo Novoa. **El derecho de propiedad privada**. Bogotá – Colômbia: TEMIS, 1979, p. 155.

Humanos, assinalam o destroncamento da percepção estrutural do direito privado para a concepção da sua funcionalização. Incorporam-se as relações jurídicas individuais e privadas a formatação promocional do Estado, base filosófica dos Direitos Humanos e Fundamentais.

Neste sentido, partindo-se desta matriz axiológica é que se propõe um passo adiante: estando o direito civil subordinado à Constituição e a ordem jusfundamental protetiva nela contida, a luz da cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, contida no §2º do art. 5º da Constituição, o direito civil passa a estar diretamente atrelado aos direitos humanos decorrentes dos compromissos internacionais assinados pela República Federativa do Brasil.

Ao lado da necessária constitucionalização do Direito civil, abre-se a perspectiva, igualmente imprescindível, da *convencionalização* deste ramo do saber jurídico. Ou seja, para além do rol constitucional, o direito civil está vinculado à normatividade internacional dos Direitos Humanos.

Assim, urge que a regra infraconstitucional, como no presente caso o exemplo da prisão civil prevista no artigo 652 do Código Civil, seja interpretada sob a ótica dos princípios e ordenamentos constitucionais iluminados pelo direito internacional dos Direitos Humanos para, a partir desta exegese, poder servir a efetivação da justiça social e a proteção concreta da dignidade humana.

Trata-se de verdadeira viragem paradigmática a partir da centralidade hermenêutica da constituição e dos tratados internacionais dos Direitos Humanos, que produzem profundas alterações de sentido e conseqüências na doutrina e jurisprudência.

3. DO CONFLITO NORMATIVO EM JOGO: BREVES EXPLANAÇÕES TEÓRICAS.

A presente jurisprudência versa sobre o conflito normativo entre a legislação suprema interna (Constituição Federal) e norma de direito internacional recepcionada pela Constituição Federal nos termos do art. 5º, §2º (Convenção Interamericana de Direitos Humanos).

Estamos, portanto, diante de *antinomia* que exprime conflito entre duas regras jurídicas – “*duas normas, dois princípios, ou de uma norma e um princípio geral de direito*”¹⁵ – que gera incerteza quanto à aplicabilidade para solução do caso concreto. Nessa esteira, complementa o Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior que antinomia jurídica, compreendida como a aversão entre normas conflitantes, “*colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado*”¹⁶.

Haja vista a complexidade do fenômeno da antinomia, esta pode assumir distintas conformações, dentre elas um conflito entre o direito interno e o direito internacional¹⁷. Nas palavras de Maria Helena Diniz esta *antinomia de direito interno-internacional* “*surge entre norma de direito interno e norma de direito internacional, e resume-se no problema das relações entre dois ordenamentos, na prevalência de um sobre o outro na sua coordenação*”¹⁸.

Verificada uma antinomia, diante de seu antagonismo com a pretensão de ordem e unidade sistemática do ordenamento jurídico, imperativo constituir as sendas admissíveis para sua resolução.

Nestes casos de conflito entre o direito interno e o direito internacional impende, para solução do conflito normativo, situar o órgão julgante a sanar este anacronismo do sistema. No âmbito de um julgamento perante uma Corte ou Tribunal Internacional há primazia do direito internacional, todavia, no caso do julgamento pelo Poder Judiciário interno de determinado Estado, existe tríplice possibilidade de resolução da antinomia, a saber: (i) a superioridade da legislação interna sendo que a autoridade do tratado internacional resta mitigada nos casos em que a legislação interna claramente a ele se contrapuser; (ii) a superioridade do tratado internacional sobre a lei mais recente em data e, por fim, (iii) a superioridade do tratado internacional, condicionando-o ao controle de constitucionalidade.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.485.

¹⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 179.

¹⁷ Tendo em vista o escopo do presente trabalho, e suas limitações, deixa-se de proceder a análise das diversas modalidades de antinomias. Para mais ver: DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 488 e ss e FERRAZ JUNIOR, Tércio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 174 e ss.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 486.

É esta terceira vertente, com *granus salis*, que o Brasil adotou em seu texto constitucional e que resta estampada no acórdão em comento.

4. DA CONTEXTUALIZAÇÃO DA ANTINOMIA: A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL.

O art. 5º, inc. LXVII, a Constituição Federal encerra, em caráter excepcional, a possibilidade de decretação da prisão civil nos casos do depositário infiel e do devedor de alimentos *in verbis*: “*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*”.

O Código Civil, a seu turno, regula o programa constitucional em seu artigo 652, que apregoa: “*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*”.

Nossa primeira Constituição a tratar do tema, em 1934, estabeleceu a impossibilidade da prisão civil, não abrindo exceções a tal regra. Após esta referência o tema veio a manifestar-se constitucional na Carta de 1946 e na atual com redação similar, excetuando-se a hipótese do devedor de alimentos e do depositário infiel.

Consoante anteriormente exposto, o objeto do acórdão em comento refere-se à prisão civil nos casos de depósito, posto que, no caso do devedor de alimentos, envolve complexo conflito de direitos fundamentais, liberdade e solidariedade, que, pelas limitações formais e materiais, não poderá ser aqui abordado.¹⁹

A problemática do dispositivo constitucional no inciso LXVII, art. 5º remonta à adesão brasileira à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que determina em seu artigo 7º: “*Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar*”.

¹⁹ A esse respeito, o Ministro Gilmar Mendes em seu voto anexo transcrito comenta que não existem maiores controvérsias acerca da previsão constitucional do devedor de alimentos.

O texto da Convenção foi integralmente aceito pelo Estado brasileiro, sem nenhuma reserva, e incorporado ao direito interno, pelo procedimento constitucional estabelecido, em 1992.

Eis aí o início dos debates doutrinários e jurisprudenciais que buscam uma interpretação constitucionalmente adequada ao instituto da prisão civil nos contratos de depósito.

Isto porque, a Constituição Federal, no parágrafo 2º do artigo 5º, prevê direitos fundamentais *decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*.

Para além disso, ocorreu em 2004 a inclusão do parágrafo 3º do art. 5º da Constituição, que reforça o tratamento constitucional diferenciado às normas internacionais que versam sobre direitos humanos. No entendimento do Ministro Gilmar Mendes, que restou por unanimidade acolhido no acórdão ora analisado, a inclusão do parágrafo terceiro teria, *per se*, encerrado as discussões vez que, em suas palavras:

Em termos práticos trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação do Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais. Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Diante desta profusão normativa, doutrina e jurisprudência o entendimento sobre a matéria flutuava entre as seguintes sendas teóricas sumariadas no voto do Ministro Gilmar Mendes em anexo: (i) corrente que, com inspiração na teoria monista de Hans Kelsen, reconhece a natureza *supraconstitucional* dos tratados internacionais; (ii) vertente que identifica natureza *constitucional* dos tratados internacionais; (iii) doutrina que, diante do mecanismo de incorporação dos tratados ao direito interno, advoga pela natureza *infraconstitucional* dos tratados internacionais com *status* de lei ordinária federal e, por fim, (iv) interpretação que dá aos tratados caráter natureza

supralegal, mas infraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos com base no artigo 5º e seus parágrafos.

Todas essas explicitações encontraram no Brasil adeptos na doutrina e jurisprudência, consoante bem dissecou o voto no Ministro Gilmar Mendes colacionado no acórdão paradigma.

5. A MUDANÇA NO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STF.

À luz do direito internacional dos direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal, no acórdão que aqui se expõe, aponta para a necessidade da revisão da reiterada jurisprudência do Tribunal que, desde o precedente nº 80.004, julgado na década de 70, conferia aos tratados internacionais o mesmo *status* de legislação interna ordinária²⁰.

Seria um *anacronismo*, nos termos do r. voto, a manutenção dessa interpretação seja pelas vertentes atuais de primazia e proteção do ser humano, seja pela clara distinção que nosso texto constitucional elegeu fazer nestas hipóteses.

Eis assim o entendimento que restou acolhido por unanimidade:

Os tratados de direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção de direitos da pessoa humana.

No que tange à prisão civil, diante desta jurisprudência, o entendimento é, por consequência, pela vigência integral do texto do artigo 5º, LXVII da Constituição, com aplicabilidade prejudicada em face da ausência de base legal para sua aplicação.

²⁰ “Embora a tese da paridade entre tratado e lei federal tenha sido firmada pelo Supremo Tribunal Federal em 1977, sendo anterior, portanto à Constituição de 1988, e refira-se ainda a tema comercial (conflito entre a Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias – e o Decreto-lei n. 427, de 1969), constata-se ter sido ela reiterada pelo Supremo Tribunal Federal em novembro de 1995, quando do julgamento, em grau de habeas corpus, de caso relativo à prisão civil por dívida do depositário infiel.” PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63.

Isto porque o texto convencional prevalece – pela sua eficácia supra legal – sobre as disposições legislativas em contrário, ainda que posteriores, a saber o artigo 652 do Código Civil de 2002 já mencionado.

Assim, o STF decidiu pela INAPLICABILIDADE por ausência de base legal que concretize a parte final do artigo 5º, LXVII da CF/88 e não pela sua INCONSTITUCIONALIDADE.

Inaugura-se, pela primeira vez na jurisprudência do Pretório Excelso, o CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE das leis à luz dos tratados internacionais de direitos humanos em face da posição superior que possuem em relação à legislação ordinária.

No que tange ao conflito normativo a tese do STF para sua resolução foi a de considerar a supremacia legal do tratado internacional, todavia, condicionado ao controle de constitucionalidade.

Ou seja, no conflito normativo entre o direito internacional e a norma interna infraconstitucional, resta afastado o artigo 652 do Código Civil pela supremacia do tratado internacional.

Este pacto internacional, entretanto, não possui o condão de macular a norma constitucional acerca da temática que prossegue integralmente vigente, todavia, não aplicável pela ausência de norma infraconstitucional reguladora.

A decisão sobre a antinomia no presente caso nos aponta, outrossim, para uma lacuna.

Lacuna, segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior, “*é uma incompletude insatisfatória, exprimindo uma falta, uma insuficiência que não deveria ocorrer, dentro de um limite*”²¹.

Aduz a Professora Maria Helena Diniz que “*a expressão lacuna concerne a um estado incompleto do sistema. Ou, como nos diz Binder, há lacuna quando uma exigência do direito, fundada objetivamente pelas circunstâncias sociais, não encontra satisfação na ordem jurídica*”²². Corroborada com essa ordem de idéias Tércio Sampaio

²¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 174. p. 186.

²² DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 449.

ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Ferraz Junior, para quem, lacuna é um conceito de relação posto que exprime um determinado estado de coisas não regulado pelo sistema jurídico²³.

Neste caso, estar-se-ia, portanto, diante de uma lacuna normativa²⁴ que levaria a inaplicabilidade do instituto previsto na Constituição posto que o direito civil infraconstitucional não oferece regulamentação para a hipótese.

Em que pese representar a lacuna um conjunto de “*condutas para as quais o ordenamento não oferece qualificação*”²⁵, seu vazio deve ser preenchido pelo aplicador da norma. Isto posto, diante da proibição do *non liquet*, constatada a lacuna deve o aplicador da norma preenchê-la conforme os comandos normativos previstos nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil²⁶.

Destarte, na tentativa de colmatar a lacuna no presente caso, o Ministro Gilmar Mendes vale-se do recurso aos *princípios gerais de direito*, nomeadamente neste caso os princípios da *proporcionalidade e da proibição do excesso*.

Assim sendo, com base nos princípios gerais de direito como técnica de preenchimento da lacuna observada, aponta para a impossibilidade de prisão no presente caso com base nos princípios da proporcionalidade e da proibição do excesso²⁷. Isto porque há impropriedade técnica de estender aos contratos de alienação fiduciária a possibilidade excepcional da prisão civil, que, na leitura restritiva da norma sancionadora²⁸, cingir-se-ia aos contratos de depósito.

²³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 174. p. 187.

²⁴ Pela limitação do presente trabalho deixa-se de citar a classificação das lacunas, para mais ver: DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 452 e ss. Ou ainda: FERRAZ JUNIOR, Tércio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 174. p. 187 e ss.

²⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 174. p. 185.

²⁶ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

²⁷ Acerca do princípio da proporcionalidade esclarece Canotilho: “*subjacente a esse princípio está a idéia do igual valor dos bens constitucionais que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre esses bens*”. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

²⁸ A impossibilidade da extensibilidade da norma constitucional em questão é trabalhada no voto do ministro Cezar Peluso levando-se em conta dos cânones da hermenêutica jurídica.

Nas palavras do Ministro Cezar Peluso, que baseia seu voto mormente nesta distinção técnica²⁹, "não existe afinidade alguma, conexão teórica entre dois modelos jurídicos (contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia) que permita à razão passar, facilmente, de um para outro".

Diante do exposto, com base nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso, cujas razões principais acima figuram, consubstanciou-se o entendimento do Pretório Excelso, restando, assim, plasmado o caráter especial – supralegal, mas infraconstitucional, dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

6. DIVERGÊNCIA.

Destoante do entendimento majoritário, capitaneada pela voz do Ministro Celso de Melo, com adesão de quatro votos dos nove ministros que compunham o quórum, foi lavrado voto divergente advogando a supremacia constitucional dos tratados de direitos humanos, pré e pós emenda constitucional 45/2004.

Parte-se da mesma base que restou majoritária (cinco dos nove votos), qual seja: impende distinguir a posição hierárquica das convenções internacionais sobre direitos humanos e tratados internacionais sobre as demais matérias.

O ponto de divergência está na localização jurídica e normativa desses tratados na hierarquia legislativa pátria. Para o entendimento divergente os tratados de direitos humanos devem ser recepcionados com hierarquia constitucional à luz do contido nos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º.

Para esta vertente a literalidade constitucional não deixa brechas para outra interpretação. O parágrafo 2º do artigo 5º deixa clara a materialidade constitucional desses tratados e é reforçado pelo parágrafo 3º, destinado à sua interpretação, que vem incluir a possibilidade, inclusive, de formalização desses instrumentos.

Sustentando este mesmo caminho teórico, afirma Flávia Piovesan:

Reitere-se que, por força do art. 5º, §2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum*

²⁹ Neste mesmo sentido eis a jurisprudência do Ministro Sepúlveda Pertence: HC nº 72.131 e RE nº 211371.

ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela.³⁰

Neste sentido, corrobora a lição de Fábio Konder Comparato, ao comentar a Convenção Americana de Direitos Humanos: *“Aplica-se, a essas disposições novas, o princípio da prevalência dos direitos mais vantajosos para a pessoa humana; ou seja, na vigência simultânea dos vários sistemas normativos – o nacional e o internacional – ou na de vários tratados internacionais, em matéria de direitos humanos, deve ser aplicado aquele que melhor protege o ser humano”*³¹.

7. CONCLUSÃO

Consoante acima exposto, no que tange ao tema da recepção dos tratados internacionais de direitos humanos pelo direito brasileiro há divergências doutrinárias que espelham conseqüências práticas diferenciadas à situação da prisão civil do depositário infiel.

O caminho jurisprudencial majoritário adotado pelo STF no REXT nº 466343 é apenas uma dentre as diversas hipóteses de mirada sobre a complexa e controvertida matéria.

O novo entendimento jurisprudencial merece destaque ao romper com a tese, que tanto prevaleceu no STF, da paridade hierárquica entre os tratados de direitos

³⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 72.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 363.

humanos e as leis ordinárias. Não havia, assim, qualquer distinção entre o regime jurídico dos acordos internacionais em matéria comum daqueles que versassem sobre direitos humanos – em flagrante descumprimento à literalidade do §2º do artigo 5º da Constituição Federal.

Com esta renovada visão jurisprudencial confere-se aos tratados de direitos humanos *status* privilegiado, adotando-se, para tais normas internacionais, regime jurídico misto diferenciado dos tratados comuns.

Avançou-se, assim, em novel campo que ora se abre ao direito pátrio que é o campo do controle da convencionalidade das leis que devem ser ajustadas à normatividade internacional dos direitos humanos que o Brasil é signatário.

Para além do filtro constitucional, a prisão civil do depositário infiel, e todo o Código Civil, devem ser mirados também pelas lentes convencionais humanistas. Assim, ao lado da constitucionalização, pugna-se pela *convencionalização* do direito civil com foco na proteção à pessoa humana.

Ficou, aquém, pela diferença de um voto, o melhor entendimento, ao nosso ver, de conferir plena constitucionalidade aos tratados internacionais de direitos humanos, alçado-os ao *locus* que quis o constituinte originário, qual seja, do patamar constitucional.

Sobre o julgamento, conclui Flávia Piovesan:

A decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 466.343 constitui uma decisão paradigmática, tendo a força catalisadora de impactar a jurisprudência nacional, a fim de assegurar aos tratados de direitos humanos um regime privilegiado no sistema jurídico brasileiro, propiciando a incorporação de parâmetros protetivos internacionais no âmbito doméstico. Vale realçar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pertinente à hierarquia dos tratados de direitos humanos tem de ser relevado marcadamente oscilante (...) ³²

Em suma, eram essas linhas a serem expostas acerca do julgamento histórico do Supremo Tribunal Federal ora em comento que alterou três décadas de

³² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 78.

jurisprudência no que tange à incorporação dos tratados de direitos humanos e proibiu, com base na teoria da inaplicabilidade e não da inconstitucionalidade, a aplicação do instituto da prisão civil.

8. BIBLIOGRAFIA.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CANOTILHO, José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCIA, Maria. Direitos Humanos e a Constitucionalização do Direito Internacional: o direito/dever de ingerência. VIII Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais instituída em comemoração do Centenário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará –UFC(1903-2003).

HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

LAFER, Celso. A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais. São Paulo: Manole, 2005.

MONREAL, Eduardo Novoa. El derecho de propiedad privada. Bogotá – Colômbia: TEMIS, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustav. El Derecho Dúctil. Madrid: Trotta. 1999.