

2. DOUTRINA NACIONAL

2.3

A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS AO DIREITO BRASILEIRO:

A questão da prisão do depositário infiel

SILVANA SAMPAIO ARGUELHO

SUMÁRIO: 1. Introdução e finalidade – 2. Prisão civil. Disposições legais – 3. Integração das normas internacionais no direito interno – 4. Destinatários das normas de direito internacional – 5. Sistema da ordem jurídica estatal. Teorias monista e dualista – 6. Natureza jurídica das normas de direito internacional: 6.1 Direito comparado; 6.2 Constituição Federal brasileira de 1988. Interpretação – 7. Soberania estatal – 8. Posicionamento doutrinário: contribuição para a defesa internacional efetiva dos direitos fundamentais do homem – 9. Resultados da integração dos acordos internacionais de direitos humanos no direito interno brasileiro, dentro de uma perspectiva jurídica – 10. Incompatibilidade da prisão civil do depositário infiel com o atual ordenamento jurídico constitucional. Segmento doutrinário e jurisprudencial – 11. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: A proposta do presente estudo diz respeito à garantia de liberdade do indivíduo. A par das medidas cautelares restritivas de locomoção, que encontram sua aplicabilidade na seara penal, nosso ordenamento jurídico prevê, ainda que de modo excepcional, as prisões de natureza civil.

A questão que resta a ser dirimida tem como meta o exame do cabimento ou não da prisão civil por dívida, particularmente a correspondente ao do depositário infiel, sob a ótica do Direito Constitucional Internacional.

As disposições legais que tratam do assunto serão analisadas, seja no âmbito interno, quanto externo, mormente no que diz respeito à Convenção Americana dos Direitos do Homem, sem perder de vista o tema central que reclama a atenção especial dos operadores do direito para a solução da demanda, que é o da máxima efetividade das normas garantidoras dos direitos humanos.

Para tanto, necessário será traçar o processo de integração das cláusulas internacionais em nosso direito interno, individualizando qual a posição jurídica que as mesmas encontram dentro do ordenamento jurídico (inclusive mediante a utilização do direito comparado), analisando, ao final, os resultados e benefícios obtidos.

Palavras-chave: Prisão civil. Disposições legais – Integração das normas internacionais no direito interno – Natureza jurídica – Direito comparado – Posicionamento doutri-

nário - Resultados da integração dos acordos internacionais de direitos humanos no direito interno brasileiro - Incompatibilidade da prisão civil do depositário infiel com o atual ordenamento jurídico constitucional.

1. Introdução e finalidade

A transição do regime autoritário para o democrático importou em grandes avanços para a Nação, tanto no plano das relações internas quanto externas, ocasionando mudanças nos aspectos político, social, econômico e jurídico do País. Quanto a este último, embora a Carta Constitucional de 67 (alterada pela Emenda 1/69) já assegurasse os direitos e garantias individuais em seus arts. 153 e 154, tutelando, v.g., a garantia da ampla defesa, bem como a contraditoriedade da instrução criminal, não é dado olvidar que somente com a Constituição Federal de 1988 é que estas disposições ganharam uma dimensão e força maior, principalmente no que tange à questão dos direitos humanos que, a despeito de terem sido objeto de grandes violações naquele período, passaram a ganhar o *status* de verdadeiros princípios de ordem constitucional a serem observados pelos operadores do direito, com o fito de zelar pela observância do "devido processo legal". Se antes este já tinha corpo, passou a ganhar alma.

Entretanto, passados mais de doze anos da data da sua promulgação, observamos que a efetivação de todo o conjunto daquelas garantias asseguradas pelo novo poder constituinte, ainda, está longe de ser consagrada em sua plenitude.

Dificuldades de interpretação e assimilação podem ser algumas, dentre tantas, causas justificadoras desse fenômeno, que é verificado principalmente através das decisões emanadas dos nossos Tribunais Superiores que, muitas das vezes, se negam em aplicar, em sua máxima extensão, o rol de direitos assegurados expressamente pela Lei Maior.

Embora as fontes de direito interno não tenham o poder necessário para consagrar de modo efetivo os direitos fundamentais do homem, resta questionar se o contrário ocorreria caso dispuséssemos de outra fonte normativa da ordem jurídica, qual seja, a do direito internacional, de molde a extrair da mesma a sua força coercitiva capaz de implementar de maneira eficaz as disposições legais referentes aos direitos fundamentais do indivíduo (mormente em face da norma *pacta sunt servanda*), à medida que o Estado-Parte, quando da submissão àquele acordo, comprometer-se-ia a observá-lo e a obedecê-lo, sob pena de ser responsabilizado perante a organização mundial.

Neste contexto é que se insere a proposta do presente estudo, mais, especificamente, no que diz respeito à garantia de liberdade do indivíduo.

A par das medidas cautelares restritivas de locomoção, que encontram sua aplicabilidade na seara penal, nosso ordenamento jurídico prevê, ainda que de modo excepcional, as prisões de natureza civil.

A questão que resta a ser dirimida tem como meta o exame do cabimento ou não da prisão civil por dívida, particularmente a correspondente ao do depositário infiel, sob a ótica do Direito Constitucional Internacional.¹

As disposições legais que tratam do assunto serão analisadas, seja no âmbito interno, quanto externo, mormente no que diz respeito à Convenção Americana dos Direitos do Homem, sem perder de vista o tema central que reclama a atenção especial dos operadores do direito para a solução da demanda, que é o da máxima efetividade das normas garantidoras dos direitos humanos.

Para tanto, necessário será traçar o processo de integração das cláusulas internacionais em nosso direito interno, individualizando qual a posição jurídica que as mesmas encontram dentro do ordenamento jurídico, analisando, ao final, os resultados e benefícios obtidos.

2. Prisão civil. Disposições legais

A prisão de natureza civil, ainda que inicialmente defesa pela ordem constitucional vigente, encontrou no corpo da Constituição Federal, art. 5.º, LXVII, duas exceções restritivamente previstas, quais sejam: “a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, bem como a do depositário infiel”.

Ao contrário da modalidade da prisão penal, que tem como fundamento legal a cautelaridade ou, em se tratando de sentença condenatória transitada em julgado, o próprio exercício da pretensão executória estatal, a prisão civil por dívida, oriunda de obrigação alimentar, é vista pela nossa doutrina pátria como sendo “o meio de coerção para conseguir o adimplemento da prestação por obra do devedor, nela não se vislumbrando o menor traço de índole punitiva”.² A do depositário infiel, por seu turno, embora não detenha “caráter apenatório, mas tão-somente dissuasório, objetiva a remover os óbices que o depositário esteja criando à restituição da coisa”.³

Todavia, em que pese os esforços para destituir o caráter punitivo da prisão civil por dívida, não é dado desconsiderar que o limiar desta prisão é muito tênue, a partir do momento em que a natureza coativa do ato traz em si uma situação expiatória inerente, posto que impõe como consequência do descumprimento da obrigação a restrição à liberdade de locomoção do indiví-

⁽¹⁾ O presente estudo não tem por escopo discutir se o fiduciante se equipara, para efeitos constitucionais, ao depositário infiel.

⁽²⁾ Cf. José Cretella Júnior, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1988, p. 562, vol. 1.

⁽³⁾ Cf. Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1988-1989, p. 310, vol. 2.

duo, tanto mais pela circunstância de que por outros meios legais previstos em nosso estatuto processual civil, o mesmo objeto de quitação da dívida poderia ser logrado.

Atento a este fator, bem como a outros, o direito internacional cuidou de tratar de maneira mais humanitária a questão em apreço.

Com uma preocupação mais voltada à efetiva proteção dos direitos humanos, no sentido de restringir ao máximo qualquer tipo de medida restritiva de liberdade, consagrada como o bem maior legado ao homem desde o seu nascimento, os textos cuidaram de dar tratamento diverso às prisões de natureza civil.

É o que se deduz do disposto no art. 7.º, § 7.º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que assim dispôs acerca do tema: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade jurídica competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, por seu turno, preceituou que: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual” (art. 11).⁴

3. Integração das normas internacionais no direito interno

O primeiro passo para que se inicie o processo de integração das normas internacionais no direito interno consubstancia-se na expressa anuência por parte do Estado em obrigar-se por um tratado, seja através da ratificação, aceitação, aprovação ou aderência.⁵

Tanto é assim que a Convenção de Viena, em seu art. 52 prevê a nulidade do acordo quando o consentimento se der mediante ameaça ou uso de força.⁶

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 84, VIII, tratou de incorporar ao ordenamento jurídico interno, os tratados em geral, ao estabelecer que: “compete privativamente ao Presidente da República: celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

(4) Referidos acordos internacionais foram ratificados pelo Brasil, respectivamente, em 25.09.1992 e 24.01.1992, tendo o primeiro sido incorporado ao nosso direito positivo constitucional através do Dec. 678/92.

(5) O art. 11 da Convenção de Viena enuncia que o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim for acordado.

(6) “Art. 52. É nulo o tratado cuja conclusão foi obtida pela ameaça ou com o emprego de força, em violação dos princípios de direito internacional incorporados na Carta das Nações Unidas”.

Desse modo, celebrado o acordo pelo Poder Executivo, através do Presidente da República, o mesmo é submetido à aprovação do Congresso Nacional,⁷ mediante referendo. A seguir, em havendo aquela aceitação, expede-se um ato com força de lei – decreto legislativo.

Após a aprovação do Poder Legislativo, o acordo vem a ser promulgado pelo Poder Executivo, mediante decreto assinado pelo Presidente da República e, após, publicado na imprensa oficial.⁸

Situação diversa ocorre quando a convenção tenha por escopo a proteção dos direitos humanos. Neste caso, aplicável seria o preceito contido no § 1.º do art. 5.º da CF, *in verbis*: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Isto quer dizer que a incorporação do acordo ocorreria de forma automática, não sendo necessário nenhum ato com força legislativa para torná-lo obrigatório dentro da ordem interna.

Antônio Augusto Cançado Trindade, em estudo sobre o Impacto de Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos nas recentes Constitui-

⁽⁷⁾ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

⁽⁸⁾ Quanto à questão da vigência dos tratados no plano normativo interno, a ratificação do tratado, pelo Poder Executivo, somente ocorre após a aprovação do texto pelo Congresso Nacional. Assim, *celebrado o tratado por representante do Poder Executivo, aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado, por decreto, pelo Presidente da República (ratificação), com a publicação do texto em português no órgão da imprensa oficial, tem-se como integrada a norma internacional no direito interno*. É que um tratado somente pode ser considerado regularmente concluído no Brasil, quando é promulgado, por decreto do Presidente da República, e tenha sido objeto de aprovação pelo Congresso Nacional. Este ato de promulgação do decreto (ato do chefe de Estado) nada mais é senão um ato de publicidade da existência do tratado, norma jurídica de vigência atual ou eminente. Quando publicado, é introduzido na ordem interna legal e opera desde o momento próprio. Essa publicidade é de todo necessária para que o tratado venha a integrar o acervo normativo nacional, habilitando-se ao cumprimento por particulares e governantes, e à garantia de vigência pelo Judiciário.

Decretos promulgatórios de tratados internacionais costumam determinar sua vigência – a do decreto – na própria data da publicação. Caso contrário, aplica-se a norma da Lei de Introdução ao Código Civil (Dec.-lei 4.457, de 04.09.1942), que difere em quarenta e cinco dias essa vigência.

Entretanto, ainda que o tratado não tenha vigência imediata, nem por isso o compromisso internacional deixa de estar consumado, mormente em razão do princípio *pacta sunt servanda*. Desse modo, inviável, de ponto de vista jurídico, a intenção de uma possível retratação por parte do Estado, a pretexto de o pacto ainda não ter entrado em vigor. (Neste sentido vide: José Francisco Rezek, *Direito dos tratados*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 382 *et seq.*; *Direito internacional público: curso elementar*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 50 e 84-85; e Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1996, p. 73 *et seq.*)

ções, preleciona que “a Constituição Federal brasileira de 1988 em seu art. 5.º, § 2.º, além de ter concedido tratamento especial e diferenciado aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados, reconheceu e sancionou os tratados de proteção internacional dos direitos humanos. Neste contexto, se para os acordos internacionais em geral exigia-se a intermediação pelo Poder Legislativo, de modo a outorgar a suas disposições, vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais neles garantidos passariam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno. Ademais, com exceção de seis cláusulas contidas na Convenção Americana, que reclamariam a existência de lei ou medidas complementares, as demais seriam auto-aplicáveis – *self-executing*, seja em razão da obrigação que incorporam, bem como pelo seus caracteres de exigibilidade direta e imediata”.⁹

Também nesta esteira de pensamento, Flávia Piovesan defende a possibilidade da “invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais”.¹⁰

Com efeito, conforme assinala Dalmo de Abreu Dallari,¹¹ considerando que os direitos fundamentais contidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem foram proclamados pela Assembléia Geral das Nações Unidas e não-somente reconhecidos ou concedidos, podemos afirmar que a sua existência independe de qualquer decisão ou formalidade.

E foi justamente essa a vontade dos legisladores ao consagrar, inclusive, três objetivos fundamentais no referido documento, quais sejam, o da *certeza, segurança e a possibilidade* dos direitos. O primeiro, como forma de estabelecer de maneira prévia e clara aqueles direitos e deveres; o segundo para o fim de garantir o respeito dos direitos fundamentais, em qualquer circunstância; e, o terceiro, com vistas a assegurar a todos os homens os meios necessários à fruição dos direitos.

Assim, o operador do direito deve se nortear pela eficácia imediata das normas de proteção dos direitos humanos, que proclamadas como normas jurídicas anteriores aos Estados, hão de ser aplicadas independentemente de sua inclusão nos direitos dos Estados pela formalização legislativa.

4. Destinatários das normas de direito internacional

Não só o Estado, como pessoa jurídica, é sujeito de direitos e obrigações por parte do direito internacional, a pessoa física também o é, ainda que de modo

⁽⁹⁾ *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado. São Paulo, 1996. p. 21 *et seq.* e 34.

⁽¹⁰⁾ Op. cit., p. 104.

⁽¹¹⁾ *Elementos de teoria geral do Estado*. 20 ed. São Paulo : Saraiva, 1998.

mediato e para quem não haja a correlação de sanção, como ocorre com aquele, em face da responsabilidade civil por obra da violação do compromisso assumido.

É o que se deduz dos acordos que tenham como escopo nodal a proteção dos direitos humanos, posto que a observância por parte do Estado quanto aos deveres assumidos, espontânea e voluntariamente, perante o organismo mundial, tem como finalidade a garantia dos direitos fundamentais do indivíduo.

Neste sentido, é o teor do preâmbulo da Convenção Americana de Direitos Humanos quando assim dispõe: “os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos estados americanos”.

E mais, o art. 1.º do mesmo documento estabelece que: “os Estados-Partes hão de se comprometer a respeitar os direitos e liberdade nele reconhecidos, de molde a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa (entendida esta como ser humano) que esteja sujeita à sua jurisdição”.

Portanto, dizer que o direito internacional, como outro qualquer, consubstancia-se na regulamentação da conduta humana, ou seja, do homem em particular, significa que o destinatário final tanto dos direitos quanto dos deveres conferidos é senão a pessoa física, constituindo o Estado, no mais das vezes, em expressão personificadora desse processo.¹²

5. Sistema da ordem jurídica estatal. Teorias monista e dualista

Do ponto de vista da teoria monista, que por seu turno dividiu-se em duas correntes, o direito internacional e o direito interno constituiriam uma única ordem jurídica, sendo que na primeira, a primazia seria daquele¹³ e, na segunda, deste. Em ambas as situações, entretanto, haveria uma característica em comum expressa na unicidade dos respectivos ordenamentos jurídicos.

Já a visão dualista, consiste em considerar o direito internacional como um sistema de normas jurídicas independente e distinto, ou seja, entre o ordenamento jurídico internacional e nacional existiria um verdadeiro isolamento, com o fim, inclusive, de evitar o surgimento de eventuais conflitos insolúveis entre os dois ordenamentos, a reclamar, portanto, este isolamento.¹⁴

Todavia, assim não é dado considerar, posto que, embora, nesta interação entre as normas internas e externas surjam contradições entre si, ao operador do

⁽¹²⁾ Cf. Hans Kelsen, *Teoria pura do direito* (tradução João Baptista Machado; revisão para a edição brasileira Silvana Vieira), 3. ed., São Paulo, Martins Fontes, 1991, p. 343.

⁽¹³⁾ Monismo internacionalista adotado por Kelsen.

⁽¹⁴⁾ Acerca do tema em enfoque, vide Hans Kelsen, op. cit., p. 344 *et seq.*

direito caberá dar a interpretação jurídica cabível, na busca da solução legal e justa ao caso em concreto, conforme mais adiante será exposto.

6. Natureza jurídica das normas de direito internacional

A Constituição brasileira de 1988, em seu art. 5.º, § 2.º, cuidou de recepcionar os direitos e garantias previstos nos tratados internacionais de que o Brasil fosse parte, dispondo que aqueles já previstos na esfera interna não teriam o condão de excluir os demais conjecturados no ordenamento jurídico mundial.

Ao assim agir, poderíamos concluir que a intenção do legislador brasileiro foi a de adotar a teoria monista com primazia da ordem jurídica interna, dado que condicionou esta integração ao expresse reconhecimento por parte do Estado, numa nítida intenção de dar um tratamento, quando muito, paritário com o das normas internas, mas, de modo algum, supranacional.

Desse modo, oportuna é a discussão acerca da natureza jurídica das normas de direito internacional, ou seja, se a ordem jurídica constitucional do Estado recepcionou-as no mesmo nível que os seus preceitos, ou quando não, de modo supremo ou, ainda, de maneira inferior, nos termos do mencionado dispositivo legal.

Entretanto, antes de adentrarmos a este assunto específico, para um melhor esclarecimento acerca do tema enfocado, examinaremos, inicialmente, os modelos comparativos, com o escopo de verificar qual o nível de reconhecimento dado pelas Constituições de outros países às regras contidas nos acordos internacionais por eles celebrados.

6.1 Direito comparado

Verificando-se o texto constitucional da República Federal da Alemanha, constatamos que o tratamento dado às normas de direito internacional foi o de superioridade perante as normas de direito interno.

É o que se deduz da leitura do seu art. 25, a saber: "As regras gerais do direito internacional fazem parte integrante do direito federal. Prevaecem sobre as leis e delas resultam diretamente direitos e deveres para os habitantes do território alemão".

Cumprе observar, que a Lei Fundamental Alemã, datada de 23.05.1949, nasceu no período pós-guerra, sendo que a elaboração do documento teve como finalidade básica a realização do Estado Social de Direito.¹⁵

De maneira diversa, a Constituição italiana, mesmo a despeito da similitude guardada com a Constituição alemã, seja pela identidade do objeto de interesse

⁽¹⁵⁾ Neste sentido, vide Jorge Miranda, *Constituições de diversos países*, 3. ed., Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, e.p., 1986, I vol., p. 20.

quando da sua organização, seja porque nascida em uma época pós-fascista (27.12.1947), deixou de consagrar, de maneira objetiva, o valor jurídico das regras de direito internacional, consoante se infere do disposto em seu art. 10: "o ordenamento jurídico italiano conforma-se com as normas de direito internacional geralmente reconhecidas".

Do mesmo modo, a Constituição espanhola deixou de atribuir a especificidade da posição hierárquica das normas de direito internacional no plano interno. É o que se observa da leitura do dispositivo legal contido no art. 10.º, § 2.º: "As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades reconhecidas pela Constituição serão interpretadas em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os tratados e acordos internacionais sobre essas matérias ratificados pela Espanha".

Supraconstitucional, entretanto, foi o valor estabelecido pela Carta Constitucional da Holanda às cláusulas internacionais, ao firmar em seu art. 94 que: "As disposições legais em vigor no Reino deixarão de se aplicar quando colidirem com disposições de tratados obrigatórias para todas as pessoas ou com decisões de organizações internacionais".

Por fim, a Constituição portuguesa, em seu art. 8.º, § 1.º, estabeleceu *in verbis*: "As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português".

Por outro lado, em seu art. 16, dispôs que: "1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem".¹⁶

Embora as Constituições espanhola, italiana e portuguesa não dêem o mesmo tratamento às normas de direito internacional como o faz a alemã, por outro lado, podemos enunciar que suas respectivas cláusulas não tratam de maneira taxativa os direitos fundamentais, pelo contrário, são preceitos de *ordem aberta* ou se preferirmos falar, de *cláusulas de não tipicidade de direitos fundamentais*.¹⁷

⁽¹⁶⁾ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, ao discorrerem sobre o art. 16, enunciam tratar-se de cláusula aberta, com aplicabilidade do regime geral dos direitos fundamentais. Acrescentam que no tocante à Declaração Universal, a interpretação constitucional em matéria de direitos fundamentais há de ser feita sob sua vertente, ou seja, no caso de polissemia de uma norma constitucional de direitos fundamentais, deve-se dar preferência ao sentido que permita uma interpretação conforme a Declaração Universal. Do mesmo modo, quando do preenchimento de conceitos indeterminados. O contrário se verifica quando a interpretação endógena da Constituição se apresentar mais favorável aos direitos fundamentais (*Constituição da República portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1993. p. 138-139).

⁽¹⁷⁾ Jorge Miranda, ao dispor acerca do mencionado art. 16, n. 1, da Constituição portuguesa, defende a ocorrência da abertura de novos direitos fundamentais, dado que a

Ademais, mesmo a despeito de os textos constitucionais deixarem de dar a atribuição específica do valor jurídico das normas de direito internacional, a doutrina estrangeira tem se orientado pelo afastamento da paridade hierárquico-normativa das convenções internacionais, quando se tratar de tratados de proteção dos direitos humanos, em face do conteúdo materialmente constitucional.¹⁸

6.2 Constituição Federal brasileira de 1988. Interpretação

A nossa Lei Maior, por seu turno, de modo análogo ao da portuguesa, em seu art. 5.º, § 2.º, assegurou que “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 seja parte”.

Resta dirimir, portanto, qual a interpretação correta a ser dada ao referido preceito legal, a fim de aferirmos qual a natureza conferida pelo poder constituinte brasileiro às cláusulas internacionais, integrantes do ordenamento jurídico nacional.

Nesse particular, a Convenção Americana dos Direitos do Homem cuidou de estabelecer de maneira expressa os deveres do Estado signatário em obrigar-se a respeitar os direitos e liberdades nela pactuados, devendo, para tanto, estarem garantidos em nível de direito interno. Do contrário, “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no art. 1.º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades” (art. 2.º).

O encargo contido neste dispositivo legal teve como propósito o de “superar obstáculos e tomar as medidas cabíveis para assegurar a aplicação de todas as normas (inclusive as programáticas) da Convenção e garantir assim a proteção dos direitos nela consignados em quaisquer circunstâncias”.¹⁹

cláusula, explica o autor, apesar de não ser, em rigor, exemplificativa, traz uma enumeração aberta, sempre disposta a ser complementada por novas faculdades para lá daquelas que se encontrem definidas ou especificadas em cada momento, daí porque, chamá-las de cláusulas abertas ou de não atipicidade de direitos fundamentais. Vai além ao dispor que esta abertura justifica-se pelo princípio que rege o ordenamento jurídico, o da realização da pessoa humana como decorrência imediata da afirmação da sua dignidade (*Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1993. Tomo I, p. 152).

⁽¹⁸⁾ Acerca do afastamento do valor legislativo ordinário das Convenções Internacionais de conteúdo materialmente constitucional, vide, José Joaquim Gomes Canotilho, *Di-reito constitucional*, 5. ed., Coimbra, Almeida, 1991, p. 913.

⁽¹⁹⁾ Cf. Antônio Augusto Cançado Trindade, *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*, op. cit., p. 33.

Com efeito, a interação harmônica entre a normas contidas na Convenção Americana dos Direitos do Homem e na Carta Constitucional Brasileira foi expressamente prevista no bojo deste documento.

A corroborar ainda mais este entendimento, encontramos no art. 29 do aludido pacto a pedra de toque que faltava para afastar quaisquer dúvidas quanto à aplicabilidade das disposições de ordem externa no direito interno. Referido preceito consagra de uma vez por todas as normas de interpretação das suas respectivas cláusulas, tornando defeso a qualquer dos Estados-Partes, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdade reconhecidos no referido acordo ou limitá-los em maior medida do que a neles previstos, ou ainda, o de restringir o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de quaisquer dos Estados ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados. Preocuparam-se os redatores do referido documento em evitar possíveis interpretações falaciosas.²⁰

Portanto, é a própria Convenção a ditar as regras de interpretação a serem seguidas pelas partes signatárias (no caso o Brasil), quando da aplicação de suas normas no direito interno.

Para tanto, verifica-se que o meio que mais se adequa a este sistema de interpretação, reclamado pelos redatores do aludido Pacto, é tanto o lógico quanto o sistemático.

O primeiro, justificado pela busca do ideal consagrado pelo elaborador do preceito; o segundo, pelo modo a ser examinado e aferido o texto legal, ou seja, em consonância com o sistema jurídico garantidor dos direitos do homem, de molde a evitar a ocorrência de conflitos entre regras de conteúdo equivalente.

Por conseguinte, se dessume que o propósito maior da Convenção Americana consubstanciou-se na salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais do homem.

Neste sentido, também podemos observar, foi a preocupação do constituinte brasileiro ao dispor que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, cujo fundamento, dentre outros, é o da dignidade da pessoa humana, bem como ao estabelecer que nas suas relações internacionais, o Brasil rege-se-ia pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4.º, II, da CF). Ademais, o próprio § 2.º do art. 5.º supracitado, deixa clara a intenção do poder constituinte em recepcionar as normas de direito internacional como sendo normas de direito constitucional material, haja vista o caráter do seu próprio tema, qual seja, o dos direitos e deveres do homem. Aqui o que dita o valor jurídico do preceito é justamente a natureza material do seu conteúdo. Em

⁽²⁰⁾ Examinando a questão de interpretação dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos, Cançado Trindade enfatiza a preocupação de que aquela seja levada a efeito de molde a possibilitar que o acordo tenha os efeitos apropriados e não restritivos. Como sustentáculo desta premissa cita o art. 31 da Convenção de Viena (*A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 47).

se tratando de direitos e garantias fundamentais, forçoso é o reconhecimento do valor jurídico constitucional das cláusulas internacionais.

Com isso, resta hialino que a par da teoria monista com primazia da ordem jurídica estadual, adotada pelo legislador pátrio, as normas internacionais foram recepcionados pelo nosso ordenamento jurídico com verdadeiro *status* de disposições constitucionais.

7. Soberania estatal

Os constitucionalistas mais conservadores poderiam insurgir-se em face da natureza constitucional conferida às normas internacionais, sob o argumento de que, com isso, a soberania estatal estaria de todo ameaçada.

Entretanto, se levarmos em conta que a Convenção Americana dos Direitos do Homem só foi incorporada ao nosso ordenamento jurídico interno após o referendo do Congresso Nacional, cuja composição está expressa tanto por representantes do povo, quanto dos Estados e do Distrito Federal, verificaremos que, na verdade, aquele poder supremo foi resguardado.

Neste sentido, o pensamento Kelseniano já pregava que o direito internacional, válido a partir do momento em que o Estado o reconhece como vinculante em relação a si, surge não como uma ordem jurídica supra-estadual, nem mesmo como independente da própria ordem estadual, mas sim, na medida em que é direito, como uma parte integrante da própria ordem jurídica estadual. A este direito denominou-o de “Direito estadual externo”, em virtude das relações que por ele eram reguladas do Estado com o Exterior, bem como, imediata e mediatamente com os indivíduos. A soberania estadual, nem por isso estaria ameaçada.²¹

Por fim, não é dado olvidar que a reverência da soberania é um dos alicerces do direito internacional público.

8. Posicionamento doutrinário: contribuição para a defesa internacional efetiva dos direitos fundamentais do homem

Apesar da matéria ora em estudo não ser objeto de muitas discussões dignas da importância que o tema reclama, parte da doutrina pátria mais sensível já manifesta os primeiros sinais de contribuição para a defesa da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais do homem, ao se enveredar por esta linha de pensamento, qual seja, a do valor jurídico constitucional conferido às cláusulas internacionais de proteção do direito humano.²²

(21) Hans Kelsen, op. cit., p. 350 *et seq.*

(22) Há, ainda, os que defendem a supremacia das normas de direito internacional. Hildebrando Accioly assim posiciona-se ao propugnar a idéia da maioria dos internacionalistas contemporâneos, que o direito internacional seja superior ao Estado, dado derivar de um princípio superior à vontade dos mesmos (apud *Manual de direito internacional público*, 11. ed., 5.ª tiragem, São Paulo, Saraiva, 1985, p. 5).

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco, acerca das garantias processuais da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, entendem que os direitos e garantias processuais inseridos na Convenção possuem índole e nível constitucional.²³

Ainda, no dizer de Flávia Piovesan, “a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta 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”.²⁴

Portanto, não é só o texto da lei a assegurar a incorporação das normas e princípios da Convenção Americana dos Direitos do Homem como parte integrante do direito constitucional brasileiro, os juristas também assim o fazem.

9. Resultados da integração dos acordos internacionais de direitos humanos no direito interno brasileiro, dentro de uma perspectiva jurídica

De tudo o que foi exposto até o presente momento, poderíamos deduzir que as normas do direito internacional teriam várias funções, dentre as quais, orientar, adicionar, complementar e estender os preceitos de direitos humanos constantes na Constituição Federal, bem como preencher suas lacunas.

Entretanto, a questão que suscita dúvidas está expressa no surgimento de conflito entre as normas previstas na Constituição Federal, bem como no tratado internacional, no tocante à proteção dos direitos humanos.

Há os que defendam a adoção do critério da prevalência do preceito mais favorável à vítima, ou seja, o que dê maior proteção aos direitos fundamentais, tendo em vista que a primazia, no caso, não seria nem do direito internacional ou interno, mas, sim, da regra que melhor proteja os direitos consagrados do indivíduo.²⁵

De forma contrária, encontramos posicionamento diverso, que inadmitte que o mesmo Estado sujeito de direito interno e de direito internacional, esteja submetido a duas ordens jurídicas que se chocam, dado que o direito na sua essência é um só. Assim sendo, tendo em vista que a ordem internacional acarreta a responsabilidade do Estado quando ele viola um de seus preceitos e o

⁽²³⁾ *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 85.

⁽²⁴⁾ *Op. cit.*, p. 82-83.

⁽²⁵⁾ Neste sentido vide, Flávia Piovesan, *op. cit.*, p. 123 *et seq.* No mesmo entendimento, Cançado Trindade, ao estatuir que “Não mais há pretensão de primazia de um ou outro, como na polêmica clássica e superada entre monista e dualista. No presente domínio de proteção, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno” (*Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*, *op. cit.*, p. 43 *et seq.*).

Estado aceita esta responsabilidade, este Estado necessariamente teria que dar primazia ao direito internacional.²⁶

Também, a ratificação de um tratado, desde que vigore ou passe a vigorar no plano internacional, produziria os seguintes efeitos para o Estado signatário: cessaria a eficácia da lei interna contrária a qualquer norma do tratado, dado que o direito constituído na ordem jurídica internacional seria superior ao direito autônomo emanado de uma das partes do acordo. A busca precípua consubstanciar-se-ia na harmonização das ordens jurídicas de cada Estado com a ordem jurídica internacional.²⁷

Oportuno ressaltar que a Convenção de Viena, assinada pelo Brasil em 23.05.1969, tratou da questão da superioridade das normas internacionais em seu art. 27 ao dispor que: "uma parte não poderá invocar as disposições do seu direito interno como justificação do incumprimento de um tratado".

Desse modo, verifica-se que a intenção do redator do acordo foi justamente a de evitar que as cláusulas internacionais se transformassem em letra morta, diante de um impasse com as normas de direito interno.

No caso da Constituição Federal brasileira, verifica-se que a superioridade será do dispositivo legal que melhor assegure o cumprimento dos direitos fundamentais do homem. Só assim os princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito estarão sendo velados e respeitados em sua plenitude, como determina a Lei Maior.

10. Incompatibilidade da prisão civil do depositário infiel com o atual ordenamento jurídico constitucional. Segmento doutrinário e jurisprudencial

Portanto, em uma apreciação preambular, conclui-se que as garantias expressas na Convenção Americana dos Direitos do Homem não de ser devidamente observadas pelos operadores do direito, dada a natureza constitucional que as revestem, devendo prevalecer a norma que preserve efetivamente os direitos humanos.

Nesta linha de pensamento, por conseguinte, verifica-se que a prisão civil decretada em face da condição de depositário infiel, por ter sido expressamente vedada pela Convenção Americana, conforme se depreende do teor do supramencionado art. 7.º, § 7.º, e, tomando-se em consideração os diversos preceitos já mencionados, mediante uma interpretação harmônica, coerente e eficaz, se apresenta defesa.

É que, havendo uma disposição de natureza constitucional que garanta de maneira mais ampla a liberdade do indivíduo, de molde a reduzir os casos previstos em lei no tocante às prisões de caráter civil, somente admitindo aquela oriun-

(26) Cf. Celso Albuquerque Mello, *Curso de direito internacional público*, 10. ed., 1.º vol., Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 102 *et seq.*

(27) Arnaldo Süssekind, citando Fauchille, *Tratados ratificados pelo Brasil*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1981, p. 20 *et seq.*

da de dívida decorrente de obrigação alimentar, não é mais dado permitir em nosso ordenamento jurídico a prisão civil do depositário infiel.

Somente assim, os direitos fundamentais do indivíduo estarão sendo plenamente resguardados e respeitados, em consonância com os valores constitucionais que se expressam patentemente em nosso atual ordenamento jurídico.

Na realidade, verifica-se que a intenção do redator da Convenção Americana foi a de, justamente, evitar práticas abusivas na cobrança de dívidas, que importem em constrangimento ou ameaça à pessoa do devedor, pelo que inaceitável é que a nossa Carta Constitucional, a par de garantir os direitos fundamentais do indivíduo, preveja uma medida restritiva de direito de caráter unicamente intimidatório, cujo bem juridicamente protegido (patrimônio), esteja num parâmetro valorativo acima do *status libertatis* do homem (bem maior que lhe é afeto).

Nesse sentido, com muita propriedade, assinala Arnaldo Quirino que: “A regra constitucional que autoriza a prisão do depositário infiel deve ser vista com certa reserva, já que as legislações mais avançadas estão excluindo essa modalidade de prisão de seus sistemas jurídicos, em atenção ao princípio da proporcionalidade da pena, segundo o qual a perda da liberdade individual pela prisão somente se entende razoável se tiver por finalidade proteger direitos ou um bem jurídico equivalente à liberdade, como, por exemplo, o direito à vida, à integridade física, à liberdade de locomoção etc., daí por que deve a prisão civil por dívida ser restringida aos casos de inadimplimento de obrigação alimentar”.²⁸

Por outro lado, impende assinalar que o legislador pátrio, atento a evitar justamente essas práticas abusivas na cobrança de dívidas, cuidou de estatuir no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, em seu art. 42 que: “na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”.

E como meio de assegurar a obediência a este dispositivo legal, o mesmo *codex*, em seu art. 71 cominou pena de detenção de três meses a um ano e multa à conduta expressa na “utilização, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de quaisquer outros procedimentos que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira, com o seu trabalho, descaso, ou lazer”.²⁹

(28) *Prisão ilegal e responsabilidade civil do Estado*. São Paulo : Atlas, 1999. p. 42.

(29) É bem verdade que as práticas comerciais abusivas vedadas pelo comentado art. 42 dizem respeito à cobrança de dívidas extrajudiciais. Entretanto, se levarmos em conta que o próprio legislador entendeu que aquelas medidas tinham como efeitos nocivos o aumento do número de insolvências civis, a instabilidade matrimonial, perda de emprego, bem como invasão da privacidade (cf. Ada Pellegrini Grinover *et alii*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 4. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995, 254 *et seq.*), o que se dirá da restrição de liberdade, que expõe de maneira violenta e vexatória o devedor, não encontrando justificativa, ademais, por se tratar de cobrança judicial exercida em função de processo judicial; ao contrário, posto que aí sim é que a observância ao devido processo legal é obrigatória.

Não é por outra razão, que nossa doutrina tem se orientado no sentido de entender defesa a privação da liberdade por 'dívida', salvo nos casos de inexecução de obrigações alimentares.³⁰

Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, em sua obra *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro* leciona que: "A prisão do devedor civil, ou do depositário, exsurge sem dúvidas aos olhos de qualquer intérprete como inadequada, desproporcional e desnecessária, por vir não para estabelecer equilíbrio entre bens jurídicos de igual relevância, mas tão-somente como instrumento de coerção para recomposição de patrimônio do credor. Nessa medida, a antinomia entre os textos convencionais e o dispositivo constitucional é flagrante, e ainda que não se fale em ser, tal dispositivo, inconstitucional, a antinomia existente há de ser resolvida pelos critérios de interpretação ditados pelo direito internacional dos direitos humanos: havendo dois interesses em confronto, resolve-se pela adoção do critério *pro hominis*".³¹

Por outro lado, no dizer de Antônio Carlos Malheiros, "Assim, difícil contrariar-se a tese da impossibilidade de prisão civil por dívida (ou, até mesmo pelo não cumprimento de obrigação contratual), exceção feita aos inadimplementos de débitos alimentares, podendo-se, até, diante de todo o exposto, discutir-se sobre ter continuado eficaz a previsão constitucional (art. 5.º, LXVII), que fala de outros casos de prisão civil de depositário infiel, após o advento dos referidos dispositivos (também constitucionais), trazidos pelos citados tratados internacionais".³²

A jurisprudência dos nossos Tribunais, ainda que de maneira um tanto tímida, assim também tem se manifestado, conforme se depreende do trecho do julgado do 1.º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, a saber: "Ocorre que o art. 7.º, n. 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José, estatui que ninguém deve ser detido por dívidas, salvo os casos de inadimplemento de obrigação alimentar. Tal diploma entrou em vigor internacionalmente em 18.07.1978, tendo sido ratificado pelo Brasil em 25.09.1992. O Congresso Nacional o aprovou pelo Decreto Legislativo 27 de 26.05.1992. Pelo Decreto do Poder Legislativo 678 de 06.11.1992 determinou-se o seu cumprimento no País".³³

(30) Neste sentido, vide Clémerson Merlin Cléve, *Temas de direito constitucional*, São Paulo, Acadêmica, 1993, p. 165.

(31) São Paulo, RT, 2000, p. 116.

(32) *Revista Especial do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região*, Seminário Incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro, São Paulo, Imesp, 1997, p. 56.

Flávia Piovesan, adotando o critério da prevalência da norma mais favorável à vítima no tocante à proteção dos direitos humanos, entende deva ser afastada a possibilidade de prisão do depositário infiel. Op. cit. p. 125.

Acerca do tema, vide também Fábio Henrique Podestá, in *RFMU* n. 14, p. 29 *et seq.*, jan./jun. de 1996, São Paulo.

(33) *Revista Especial do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região*, Seminário Incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro, op. cit., p. 52.

Na mesma esteira de entendimento o julgado do Tribunal de Justiça de Brasília, no HC 0007248/96/DF, rel. Des. Romeu Barbosa Jobim:

“Constitucional. Processual penal. *Habeas corpus*. Contrato de alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão convertida em depósito. Depositário infiel. Situação assemelhada que, entretanto, não tem o condão de gerar os efeitos decorrentes do depósito clássico. Prisão civil. Descabimento. Não-recepção pela nova ordem constitucional dos dispositivos da Lei 4.728/65 e Dec.-lei 911/69. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), promulgada pelo Dec. 678, de 06.11.1992, que, assim, a inseriu no direito positivo brasileiro. Cumprimento obrigatório dos tratados internacionais. Abolição por aquela convenção da prisão por dívida, salvo inadimplemento de obrigação alimentar. Ordem concedida.

1. A prisão civil de depositário infiel a que se refere o art. 5.º, LXVII, da CF, como óbvio, não compreende a decorrente de contrato de alienação fiduciária, mesmo no caso de conversão da ação de busca e apreensão em depósito, posto que, ainda que não localizado o bem, a obrigação pactuada continua sendo pecuniária, ou seja, de pagar e não de devolver a coisa.

2. O referido inc. LXVII do art. 5.º da CF, não comporta nenhum tipo de elastério, por isso que nele não se agasalham os preceitos emanados do art. 66 da Lei 4.728/65, alterado pelo Dec.-lei 911/69, porque, como norma excepcional que é, e de inquestionável caráter punitivo, tem vedada sua interpretação extensiva. Em outras palavras, a prisão do depositário infiel restringe-se aos casos estritos de depósito clássico (CCB, art.1.265) isto é, àquelas hipóteses em que alguém, por força de lei ou de contrato, recebe objeto móvel alheio para guardá-lo, até que o depositante o reclame.

3. Demais, por força do Dec. 678, de 06.11.1992, hoje acham-se integradas ao nosso direito positivo as normas emanadas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que, no seu art. 2.º, VII, limita a prisão civil ao caso de inadimplemento de obrigação alimentar, restando, portanto, no âmbito do território brasileiro, abolida a segregação pessoal por quaisquer outros tipos de dívidas.

4. Decisão: deferiu-se o *writ*. Maioria”.³⁴

No que se refere aos julgados do STJ, podemos observar uma certa divergência entre as Turmas julgadoras, no que tange à legalidade ou não da prisão civil do depositário infiel, embora, em época recente, seja possível verificar um certo movimento daquela Corte em entender pela viabilidade da medida restritiva de liberdade, em se tratando de depositário infiel, não equiparado ao fiduciante.³⁵

⁽³⁴⁾ DJ 26.02.1998, p. 97.

⁽³⁵⁾ Conforme já mencionado no início desse trabalho, não temos a intenção de tratar do tema que envolve a prisão civil do devedor na alienação fiduciária, mas, tão-somente, ressaltar que a partir de precedente da Corte Especial no EREsp 149.518/GO (rel. Min.

Nesse sentido, são os julgados a seguir transcritos:

“*Habeas corpus*. Depositário infiel. Prisão. Ilegalidade.

I – O Pacto de São José da Costa Rica, que ingressou no sistema brasileiro, pelo Dec. 678, de 06.11.1992, não afastou a prisão do depositário infiel, prevista no art. 5.º, LXVII, da Constituição, tanto mais que, na espécie, não se trata de devedor fiduciário.

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

III – Recebendo máquinas em depósito judicial e não as devolvendo quando solicitado, pode ser decretada a prisão do depositário, sem necessidade de declarar-se o valor da dívida.

IV – Recurso ordinário desprovido”.³⁶

“Recurso ordinário de *habeas corpus*. Prisão civil. Depositário infiel.

I – Nomeado depositário judicial nos autos de medida cautelar vinculada à separação litigiosa, não pode o paciente alienar as quotas da sociedade a ser objeto de futura partilha, pena de prisão civil como depositário infiel. O Pacto de São José da Costa Rica não impede a custódia civil, amparada na Constituição Federal.

II – Recurso de *habeas corpus* improvido”.³⁷

“*Habeas corpus*. Prisão civil. Depositário infiel.

I – Admissível a prisão civil de depositário que, assumindo a obrigação de restituir os bens penhorados, não o faz, a despeito de intimado. Alegação extemporânea de que inexistira a apreensão física dos objetos, matéria esta ademais dependente de dilação probatória, insuscetível de efetivar-se no âmbito do *habeas corpus*.

II – Impertinência, no caso, da invocação do ‘Pacto de San José da Costa Rica’. Ordem denegada”.³⁸

Em sentido contrário, é o teor das seguintes ementas:

“Constitucional. *Habeas corpus*. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Interpretação do art. 66 da Lei 4.728/65, alterado pelo Dec.-lei 911/69, em face do novo ordenamento constitucional. Ordem concedida.

I – O paciente foi condenado em ação de busca e apreensão, convertida em ação de depósito, a restituir bem (veículo) objeto de contrato de alienação fiduciária em garantia. Foi decretada a prisão civil do paciente.

Ruy Rosado de Aguiar, unânime, *DJU* de 28.02.2000), aquela Corte tem pacificado o entendimento de afastar a ameaça ou ordem de prisão do devedor em caso de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária em garantia.

(36) RHC 10523/RJ, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 3.ª T., *DJ* 27.11.2000, p. 00154.

(37) RHC 10076/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª T., *DJ* 04.09.2000, p. 00146.

(38) HC 9.556/PR, rel. Min. Barros Monteiro, 4.ª T., *DJ* 17.12.1999, p. 00369.

II – A Constituição Federal prevê a prisão civil por dívida em apenas dois casos: inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e depositário infiel (art. 5.º, LXVII). No § 2.º desse mesmo art. 5.º, está dito que ‘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’.

Em 1991, foi incorporado em nosso ordenamento constitucional, pelo Decreto Legislativo 226, de 12.12.1991, textos do pacto internacional sobre direitos civis e políticos, que em seu art. 11 veda taxativamente a prisão civil por descumprimento de obrigação contratual. Por outro lado, no caso específico da ‘alienação fiduciária em garantia’, não se tem um contrato de depósito genuíno. O devedor fiduciante não está na situação jurídica de depositário. O credor fiduciário não tem o direito de exigir dele a entrega do bem. Nem mesmo de proprietário deve ser rotulado, pois nem sequer pode ficar com a coisa, mas apenas com o produto de sua venda, deduzido o montante já pago pelo devedor.

III – Ordem concedida”.³⁹

“RHC. Constitucional. Alimentos. Prisão civil.

– A Constituição da República autoriza a prisão civil para compelir o devedor a honrar o dever de alimentar. Aqui, não se coloca o debate de superveniência jurídica, face a convenção de San José de Costa Rica. Esse texto afasta a sanção ao depositário infiel, mantendo, contudo, a coercibilidade ao devedor renitente de alimentos”.⁴⁰

Quanto ao posicionamento adotado pelo STF, verifica-se que a questão acerca da legalidade da prisão civil do depositário infiel não apresenta divergência, entendendo o Excelso Pretório sê-la cabível.

É que nesse particular, impende assinalar que o Plenário daquela Corte, nos autos do HC 72.131/RJ, já pacificou o entendimento de que o Pacto de São José da Costa Rica é norma de natureza infraconstitucional, não podendo se contrapor à permissão do art. 5.º, LXVII, da CF, no que tange à prisão civil do depositário infiel.⁴¹ Por outro lado, referido pacto constituindo, no mais, norma de caráter geral não teria derogado as normas infraconstitucionais especiais sobre o tema da prisão civil do depositário infiel.

⁽³⁹⁾ HC 0003545, rel. Min. Adhemar Maciel, 6.ª T., DJ 18.12.1995, p. 44.620.

⁽⁴⁰⁾ RHC 5954/MG, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6.ª T., DJ 04.08.1997, p. 34.889.

⁽⁴¹⁾ Uma das raras manifestações que expressou entendimento diverso, esteve consubstanciada no voto do então Min. Francisco Rezek, nos autos do HC 74383-8, que, na oportunidade, ao tratar do pacto de São José da Costa Rica, aduziu que: “Essa convenção vai além, depura melhor as coisas, e quer que em hipótese alguma, senão a do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, se possa prender alguém por dívida. O texto a que o Brasil se vinculou quando ratificou a convenção de São José da Costa Rica não tolera sequer a prisão do depositário infiel verdadeiro”.

Nesse sentido, é o teor dos seguintes arestos, *in verbis*:

“*Habeas corpus*.

I – Esta Corte, por seu Plenário (HC 72.131), já firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se ao disposto no art. 5.º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel.

II – A essas considerações, acrescenta-se outro fundamento de ordem constitucional para afastar a pretendida derrogação do Dec.-lei 911/69 pela interpretação dada ao art. 7.º, item 7.º, desse Pacto. Se se entender que esse dispositivo, que é norma infraconstitucional, revogou, tacitamente, a legislação também infraconstitucional interna relativa à prisão civil do depositário infiel em caso de depósito convencional ou legal, essa interpretação advirá do entendimento, que é inconstitucional, de que a legislação infraconstitucional pode afastar exceções impostas diretamente pela Constituição, independentemente de lei que permita impô-las quando ocorrer inadimplemento de obrigação alimentar ou infidelidade de depositário.

III – *Habeas corpus* indeferido”.⁴²

“Ementa: Recurso extraordinário. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil.

I – Esta Corte, por seu Plenário (HC 72131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do art. 5.º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel.

II – Esse entendimento voltou a ser reafirmado recentemente, em 27.05.1998, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do RE 206.482. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.

III – Inconstitucionalidade da interpretação dada ao art. 7.º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica no sentido de derrogar o Dec.-lei 911/69 no tocante à admissibilidade da prisão civil por infidelidade do depositário em alienação fiduciária em garantia.

IV – É de observar-se, por fim, que o § 2.º do art. 5.º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional.

V – Recurso extraordinário conhecido e provido”.⁴³

(42) HC 79.870/SP, Min. Moreira Alves, 1.ª T., DJ 20.10.2000, p. 00112, *Ement.* vol. 02009-02, p. 00270.

(43) RE 274183/GO, rel. Min. Moreira Alves, 1.ª T., j. 26.09.2000.

“Competência. *Habeas corpus*. Ato de tribunal de alçada criminal.

I – Na dicção da ilustrada maioria, em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer *habeas corpus* dirigido contra ato de tribunal ainda que não possua a qualificação de superior. Convicção pessoal colocada em segundo plano, em face de atuação em Órgão fracionário.

II – Prisão civil. Penhor rural. A regra constitucional é no sentido de não haver prisão civil por dívida. As exceções, compreendidas em preceito estrito e exaustivo, correm à conta do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e da figura do depositário infiel – inc. LXVII do art. 5.º da CF. Supremacia da realidade, da organicidade do Direito e glosa do aspecto formal, no que o legislador ordinário, no campo da ficção jurídica, emprestou a certos devedores inadimplentes a qualificação, de todo imprópria, de depositário infiel.

III – Prisão civil. Dívidas. Subsistência legal. O fato de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, situado no mesmo patamar da legislação ordinária, resultou na derrogação desta no que extrapolava a hipótese de prisão civil por inadimplemento de prestação alimentícia”.⁴⁴

11. Conclusão

O simples fato de os Tribunais interpretarem, no plano do direito interno, o tratado de modo diferente do que se impõe no plano do direito internacional, não exime o Estado de deixar de cumprir suas obrigações convencionais de direitos humanos.⁴⁵

A cláusula *pacta sunt servanda* sim é que regerá o cumprimento rigoroso por parte do Estado (neste incluídos todos os seus Poderes, principalmente o Judiciário) das disposições contidas no Acordo Internacional ao qual se submeteu, sob pena de responsabilidade perante a organização mundial.

Portanto, diante de tudo o que foi exposto, é dado afirmar que a prisão civil por dívida do depositário infiel apresenta-se incabível.

É a conclusão que podemos extrair tanto da Convenção americana, por torná-la defesa, como da Constituição brasileira, diante da recepção das cláusulas deste acordo em nível constitucional e, por fim, da prevalência, tanto da norma que garanta efetivamente o direito fundamental, como dos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito reconhecidos em nossa Lei Maior.

Bibliografia

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. 5.ª tiragem. São Paulo : Saraiva, 1985.

⁽⁴⁴⁾ HC 74.383/MG, rel. Min. Neri da Silveira, rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio, 2.ª T., DJ 27.06.1997, p. 30227, *Ement.* vol. 01875-03, p. 00625.

⁽⁴⁵⁾ Nesse sentido vide Antônio Augusto Cançado Trindade, *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*, op. cit., p. 23.

- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1988-1989. 2.º vol.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra : Almedina, 1991.
- e MOREIRA, Vital Moreira. *Constituição da República portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1993.
- CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. São Paulo : Acadêmica, 1993.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1988. vol. 1.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo : Saraiva, 1992. 3.º vol.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo : Saraiva, 1990-1992. vol. 2.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1995.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* (tradução João Baptista Machado; revisão para a edição brasileira Silvana Vieira). 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1991.
- MALHEIROS, Antônio Carlos. *Revista Especial do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, Seminário Incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. São Paulo : Imesp, 1997.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1994. 1.º vol.
- MIRANDA, Jorge. *Constituições de diversos países*. 3. ed. Lisboa : Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1986. vol. I e II.
- . *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1993. Tomo I.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo : Max Limonad, 1996.
- PODESTÁ, Fábio Henrique Podestá. *RFMU* n. 14, jan./jun. de 1996, São Paulo, 1996.
- QUIRINO, Arnaldo. *Prisão ilegal e responsabilidade civil do Estado*. São Paulo : Atlas, 1999.
- REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Forense : Rio de Janeiro, 1984.
- . *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo : Saraiva, 1989.
- STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo : RT, 2000.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Tratados ratificados pelo Brasil*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1981.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo : Saraiva, 1991.
- . *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo : Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.