



A CONSTITUIÇÃO E A SUPRALEGALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS CAUSAS, JURIDICIDADE E CONSEQUÊNCIAS¹

CONSTITUTION AND THE SUPRA-LEGALITY OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES IN BRAZIL: A CRITICAL ANALYSIS OF THE CAUSES, LEGALITY AND CONSEQUENCES

Robert de Alcântara Araripe Seabra²

Clarissa Fonseca Maia³

Mario Henryke Guerrero Palacios⁴

Resumo

O Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão recente, na ADPF nº 54, opinou pela descriminalização do aborto de fetos anencefalos, o que contradiz diretamente a tese de suprallegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH). Após décadas em uma doutrina consolidada no entendimento da validade dos tratados internacionais como legislação ordinária, o STF decidiu, em 2008, dois casos que marcariam para sempre sua história: a ADIN 3510 e o RE 466.343-1/SP. Foi no Recurso Extraordinário (RE) 466.343-1/SP, na apreciação quanto à inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel, em todas as modalidades de depósito, em face do Tratado Internacional sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que o STF sofreu uma mudança de paradigmas em suas decisões. Este julgado passou a constituir um “leading case” em matéria de internalização de tratados que versem sobre Direitos Humanos, até a edição da súmula vinculante 25, em 2009, pela Corte Constitucional Brasileira

¹ Artigo recebido em: 06/06/2012. Pareceres emitidos em: 26/07/2012 e 19/08/2012. Aceito para publicação em: 12/09/2012.

² Advogado, aluno dos Cursos de Especialização em Direito Público e em Direito Privado pela Universidade Federal do Piauí – UFPI, e de Preparação à Magistratura pela Escola de Magistratura do Estado do Piauí – ESMEPI, Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino do Vale do Parnaíba, CESVALE. E-mail: <seabra.adv@hotmail.com>

³ Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR, Professora de Pós Graduação em Direito Público pela Escola de Magistratura do Estado do Piauí – ESMEPI e Universidade Federal do Piauí – UFPI, Professora do Instituto Camilo Filho – ICF.

⁴ Alumno de la Universidad Anáhuac Mexico Público México Sur y asiste del Dr. Edgar Corzo Sosa, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.



que considera, até então, ilícita a prisão civil do depositário infiel qualquer que seja a modalidade do depósito, sob o argumento da supralegalidade, dotada de clara eficácia supraconstitucional. Assim, o presente trabalho buscou a análise crítica da internalização em carácter supralegal do Pacto de San José da Costa Rica, cuja adesão foi manifestada pelo Brasil em 1992, suas razões, seus fundamentos e suas consequências no ordenamento jurídico. Será realizada uma pesquisa de revisão bibliográfica e colação de partes de sentenças do STF, contrapondo pontos de vistas distintos abordados pela doutrina e extraindo-se a conclusão crítica do colacionado.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Internalização; Inconstitucionalidade; Depositário infiel.

Abstract

The Federal Supreme Court (STF), in a recent decision, the ADPF No. 54, opined the decriminalization of abortion of anencephalic fetuses, which directly contradicts the thesis supralegalidade of International Treaties on Human Rights (TIDH). After decades in one consolidated doctrine in understanding the validity of international treaties as ordinary legislation, the Supreme Court decided, in 2008, two cases that marked its history forever: the ADIN 3510 and RE 466.343-1/SP. It was at the Extraordinary Appeal (RE) 466.343-1/SP in assessment as to the unconstitutionality of prison unfaithful trustee, in all forms of deposit, in the face of the International Treaty on Human Rights (Pact of San José, Costa Rica), which STF suffered a paradigm shift in their decisions. This trial has become a “leading case” on internalization of treaties that deal with human rights, to the 25th edition of binding precedent in 2009 by the Brazilian Constitutional Court considers that, until then, civil wrongful imprisonment of an unfaithful trustee whatever the mode of deposit, arguing the supralegalidade, endowed with clear efficacy supraconstitucional. Thus, the present study sought to critical analysis of internalization in character supralegal Pact of San José, Costa Rica, whose membership was expressed by Brazil in 1992, its reasons, its foundations and its consequences in the legal system. There will be a literature review of research and collation of parts of sentences of the Supreme Court, opposing viewpoints and distinct doctrine addressed by extracting the completion of critical collated.

Keywords: Human Rights; Internalization; Unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

Na última década, o Poder Judiciário brasileiro foi marcado por inúmeros progressos e transformações que lhe ofereceram um comportamento mais afirmativo (justiça afirmativa) e proativo (ativismo judicial) para solucionar as lides de grande repercussão política e social, tornando-o protagonista na vida institucional brasileira.

O ativismo judicial, movimento que coloca o Poder Judiciário frente às decisões políticas e sociais para dirimir conflitos causados pela mora, desídia ou crise de confiabilidade dos demais poderes (executivo e legislativo), ganhou espaço



no Brasil e tem sido cada vez mais aceito como solução eficaz na concretização dos direitos fundamentais que se inserem na nova ordem jurídica mundial. Em destaque, neste novo cenário que se coloca, surgem os Direitos Humanos como perspectiva de retorno do *jusnaturalismo* sob a forma de *pós-positivismo jurídico*, imprimindo a ideia de uma cadeia de valores morais e jurídicos que seriam superiores às ordens constitucionais estabelecidas e às diferenças culturais, impondo sua consideração ainda que contrária à convenção social e jurídica.

Em decorrência do socorro que presta à nação pelo “abandono” dos demais poderes, o Poder Judiciário acabou se tornando, aos poucos, mais representativo do que o Poder Legislativo, no que se refere a questões de interesse social, conforme assevera o Professor Luís Roberto Barroso (2011), uma vez que este último encontra-se em uma grave crise institucional e funcional.

Em contrapartida, em *Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e o perigo de um terceiro turno da constituinte* (STRECK, 2009) resta clara a demonstração metafórica do paralelo entre as paixões momentâneas que cegam os Homens e o objetivo maior da constituinte, que é proteger o próprio gestor do poder de seus desmandos futuros, na imagem das ordens de Ulisses de que o amarrassem ao mastro e de lá não o soltassem, não importasse quais fossem suas ordens futuras. A *ordem jurídica recém-estabelecida* encontra um contexto de contradição entre a realização de seus valores fundamentais, sendo, de um lado, a Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, III, artigo 4º, II e artigo 5º, § 2º CF) através de sua extensão com base em um novo paradigma de valoração constitucional; e, de outra via, a manutenção da soberania nacional, jurídica e constitucional (artigo 1º, I e artigo 4º, I, artigo 60, ambos da CF) contra decisões que possam vir a extrapolar os poderes conferidos, sob o fundamento de uma possível, ineficaz e confusa “pacificação social”. Lenio Streck (2009) demonstra que ao considerar acima de qualquer custo e sem racionalismo essas paixões, desconsidera-se “o élan vital que imprime significado a uma Constituição”: ela é feita em momentos de “sobriedade” política para defender a sociedade destas erupções episódicas de paixões e desejos momentâneos. Destarte,

mesmo nos casos de desespero coletivo – como ocorre nos casos de guerra, o que aparece claramente nos textos de Homero – ,era necessário obedecer às razões e não às paixões temporárias ou aos interesses



derivados de cada um dos indivíduos. Como Ulisses e suas correntes, também a democracia pelos gregos passava pelo desenvolvimento de mecanismos que limitavam o exercício do poder e o racionalizavam, como, por exemplo, mecanismos de pré-compromissos ou de auto restrição. (STRECK, 2009)

Sob a problemática de um novo tipo normativo, ausente em natureza jurídica nos tipos enumerados (*numerus clausus*) ao artigo 59 da Constituição Federal, criado pelo STF por ativismo judicial ao argumento de proteção aos “direitos humanos”, este trabalho objetiva a análise crítica: das condições que levaram à criação do tipo “norma supralegal”, da valoração do Pacto que gerou divergência de posicionamentos em julgados e das consequências da aplicação deste novo tipo normativo para o direito brasileiro.

Para consecução dos fins a que se propõe, o presente estudo se baseia em revisão de literatura especializada de livros, artigos científicos, materiais da rede mundial de computadores e breve análise julgados que envolvem o tema. Assim, preliminarmente, tecer-se-á uma explanação conceitual dos institutos em análise, quais sejam, jurisdição constitucional, o ativismo judicial, os sistemas normativos, a lei, os direitos humanos, a internalização dos tratados, e os argumentos favoráveis e contrários à supralegalidade dos tratados internacionais que versarem sobre Direitos Humanos (DH), apontando enfim, porém sem esgotamento do tema, um posicionamento que achar coerente quanto ao abordado, e, em seguida, as conclusões obtidas do estudo.

1 O QUE É A SUPRALEGALIDADE

A “supralegalidade”, cujo conceito era, até o ano de 2008, inexistente no Brasil⁵, pode-se caracterizar atualmente como um típico exemplo de ativismo judicial, porém como se verá a seguir, extremamente questionável sob o ponto de vista científico.

⁵ O que ainda hoje persiste no sistema positivo (não se encontra entre os tipos normativos do art. 59), pois se trata de reconhecimento doutrinário e jurisprudencial (e, a partir de 2009, também sumular). Porém frise-se que a possibilidade de internalização de tratados sempre esteve presente, ainda que não da forma como foi permitida pelo STF.



O tipo de norma suprallegal, institucionalizado pela histórica decisão do dia 03 de dezembro de 2008, no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, surge como um divisor de águas na história jurídica nacional e constitui um “leading case”⁶ para decisões semelhantes anulando a eficácia das legislações contrárias.

Há que se falar ainda que esta decisão influenciou profundamente, senão unicamente, para a edição da súmula vinculante 25 (cujo texto foi extraído completamente da ementa do acórdão) e a revogação da súmula 619, tornando de oponibilidade *erga omnes* seus efeitos.

2 AS TEORIAS QUANTO A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS QUE VERSEM SOBRE DIREITOS HUMANOS (TIDH) NO BRASIL

Os TIDH internalizados pelo Brasil possuem as seguintes teorias quanto a sua hierarquia e oponibilidade: a) a que entende como supraconstitucional o *status* atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos, cujo seu principal expoente é Celso de Albuquerque Mello; b) a corrente que atribui hierarquia constitucional aos documentos internacionais de direitos humanos, defendida por Flávia Piovesan e Antônio A. Cançado Trindade; c) aquela que considera os acordos internacionais como lei ordinária, sendo esse o entendimento sustentado até pouco tempo pelo Supremo Tribunal Federal e; d) a interpretação que atribui caráter suprallegal aos tratados internacionais de direitos humanos, recentemente aventada pela maioria do Pretório Excelso.

A primeira teoria, da lavra de Celso de Albuquerque Mello considera natureza supraconstitucional. Essa tese, apoiada em uma mutação constitucional extensiva⁷ dos parágrafos 1º e 2º do art. 5º da CF, defende a ideia que nem mesmo

⁶ Guido Fernando Silva Soares em sua obra **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA** (1. ed., 2. tir., 1999, p. 40-42) ensina que o *leading case* é “uma decisão que tenha constituído em regra importante, em torno da qual outras gravitam” que “cria o precedente, com força obrigatória para casos futuros”

⁷ Define-se como “mutação constitucional extensiva” a utilização, a um só tempo, de uma interpretação extensiva com combinação por via sistemática (justificada por uma “lógica” na combinação de artigos, parágrafos e incisos) e uma mutação constitucional para fundamentar um entendimento totalmente alheio ao sentido original da norma, e muitas vezes, como o caso em análise, direcionando a um sentido totalmente contrário ao estabelecido pelo legislador originário.



normas constitucionais teriam o condão de suprimir a normativa internacional subscrita pelo Estado em tema de direitos humanos.

Critica-se esse posicionamento por ferir o princípio da supremacia da Constituição. Como bem destaca o Ministro Gilmar Mendes, “a equiparação entre tratado e Constituição esbarraria já na própria competência atribuída ao Supremo Tribunal para exercer o controle de regularidade formal e do conteúdo material desses diplomas internacionais em face da ordem constitucional nacional.”⁸

A aplicação dessa tese viola dispositivo constitucional, impossibilitando que seja exercido o controle de constitucionalidade sobre as convenções internacionais, conforme previsto no artigo 102, inciso III, alínea b da Constituição Federal, o qual estabelece que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Em razão do exposto, a presente teoria encontra grande resistência quanto a sua aplicação.

A segunda tese possui como expoentes Antônio Cançado Trindade e Flávia Piovesan. Para esses autores, os tratados internacionais de direitos humanos devem ser aceitos em nível constitucional, mesmo os recepcionados anteriormente à edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 e que forem aprovados pelo Congresso Nacional sem respeitar o quórum especial previsto no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal.

Essa corrente atribui hierarquia constitucional somente aos tratados internacionais de direitos humanos em razão de seu caráter especial, já os tratados internacionais comuns possuiriam hierarquia infraconstitucional.

Fundamentam seu posicionamento no previsto no § 2º, artigo 5º da Carta Constitucional, pois entendem tal previsão como uma cláusula aberta de recepção de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

⁸ STF, RE nº 466.343-1, p. 35. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.



Soma-se a isso o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais, ou seja, os tratados internacionais teriam aplicabilidade imediata, nos termos do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal.

Nesse sentido, Piovesan (2006, p. 94) diz que “se as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais demandam aplicação imediata e se, por sua vez, os tratados internacionais de direitos humanos têm por objeto justamente a definição de direitos e garantias, conclui-se que estas normas merecem aplicação imediata”.

Vale ressaltar que, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, somente os tratados internacionais que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, equivalerão às emendas constitucionais.

No entanto, ainda permanece a discussão em relação aos tratados internacionais de direitos humanos internalizados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004.

Outro entendimento defendido em torno da internalização dos tratados de direitos humanos é o de que os tratados possuem hierarquia de lei ordinária, sendo este o posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal até o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP.

Seu principal representante é Francisco Rezek, para quem tanto os tratados internacionais comuns, como também os de direitos humanos serão recepcionados pelo ordenamento jurídico interno em nível infraconstitucional (lei ordinária) e condicionados a um processo formal de recepção, qual seja, a aprovação pelo Congresso Nacional do texto que constitui o tratado e que passará, após a publicação de Decreto-Legislativo no Diário Oficial da União, a ser lei ordinária.

Essa corrente é tradicionalmente acolhida pela Suprema Corte desde o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque e que remonta ao ano de 1977. Vale lembrar que nesse caso não se tratava de questão envolvendo um tratado internacional de direitos humanos, mas sim sobre títulos de crédito⁹.

⁹ Os Ministros integrantes do Tribunal discutiram amplamente o tema das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno. O Relator, Ministro Xavier de Albuquerque, **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, vol. 3, n. 5, Jul.-Dez. p. 274-302.** **280**



Mesmo após a Constituição Federal de 1988 a tese continuou encontrando respaldo, conforme se verifica de um grande repertório de casos julgados¹⁰ que reafirmam o entendimento de que os tratados internacionais adentram no ordenamento jurídico interno como legislação ordinária e eventuais conflitos normativos resolvem-se pela regra *lex posterior derogat priori*.

Destaca-se que tal corrente atualmente possui a exceção prevista no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, que recepciona com *status* de emenda constitucional os tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados pelo quórum especial.

Por fim, a última tese defendida pela doutrina brasileira em relação ao grau hierárquico atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos é a que foi apresentada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP e que atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos um nível hierárquico intermediário, entre a Constituição Federal e a legislação ordinária.

Esse posicionamento, aventado pelo Ministro Gilmar Mendes, dispõe que os tratados internacionais de direitos humanos possuem caráter supralegal e que tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de qualquer norma legal com eles conflitantes, inclusive da legislação infraconstitucional que tenha sido editada após o início da vigência das convenções internacionais e que com elas sejam incompatível.

calcado na jurisprudência anterior, votou no sentido do primado dos tratados e convenções internacionais em relação à legislação infraconstitucional. A maioria, porém, após voto-vista do Min. Cunha Peixoto (Relator para o acórdão) entendeu que ato normativo internacional, no caso, a Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, poderia ser modificado por lei nacional posterior, ficando consignado que os conflitos entre duas disposições normativas, uma de direito interno e outra de direito internacional, devem ser resolvidas pela mesma regra geral destinada a solucionar antinomias normativas num mesmo grau hierárquico: *lex posterior derogat legi priori*. STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 40. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

¹⁰ STF, HC nº 72.131/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio (vencido), julg. em 23.11.1995; HC nº 74.383-8/MG, Rel. para o Acórdão Min. Marco Aurélio, julg. em 22.10.1996; HC nº 76.591-3/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. em 27.05.1998; HC nº 79.785-7/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 29.03.2000; HC nº 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 20.10.2000; ADI-MC nº 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.05.2001; RE nº 206.482/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 04.09.2003; HC nº 81.139/GO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.05.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jun. 2012.



Essa tese já vinha sendo sustentada pelo Min. Sepúlveda Pertence que entendia não ser possível acatar a tese de hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, em razão do princípio da supremacia da Constituição e aceitava “sem certezas suficientemente amadurecidas, (...) a outorga de força suprallegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes¹¹.

Denota-se dos casos levados à Suprema Corte que nem todos tratavam da mesma matéria, sendo que os Recursos Extraordinários nº 466.343-1 e 349.703-1 versavam sobre a impossibilidade de prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária. Por sua vez, no *Habeas corpus* nº 87.585-8 buscava-se afastar a prisão civil no caso de depositário convencional baseado no artigo 11, item 1 do Decreto nº 1.102 de 1903¹² e, no *Habeas corpus* nº 92.566-9, pretendia-se declarar ilícita a prisão civil do depositário judicial.

Ao fim do julgamento, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, negaram provimento ao Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, mantendo a decisão que entendeu não ser mais possível determinar a prisão civil nos casos em análise¹³. Mesmo tratando-se de matérias diversas, mas com alguns pontos de convergência, entre eles as denominações “prisão civil” e “depósito infiel”, o Supremo Tribunal Federal atribuiu a todos os casos o mesmo resultado final, reconhecendo a ilegalidade da prisão civil do depositário infiel em todas as modalidades de depósito.

O acórdão restou assim ementado:

¹¹ STF, HC nº 79.785-ED, p. 22. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

¹² Institui regras para o estabelecimento de empresas de Armazéns-Gerais, determinando os direitos e obrigações dessas empresas. Em seu artigo 11 prevê que as empresas de Armazéns-Gerais, além das responsabilidades especialmente estabelecidas nesta Lei, respondem: 1)Pela guarda, conservação e pronta e fiel entrega das mercadorias que tiverem recebido em depósito, sob pena de serem presos os empresários, gerentes, superintendentes ou administradores sempre que não efetuarem aquela entrega dentro de 24 (vinte e quatro) horas depois que judicialmente forem requeridas.

¹³ STF, HC nº 92.566-9/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 03.12.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.



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.** (grifo nosso)¹⁴

Esse texto que ementa a decisão do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP culminará na edição da Súmula vinculante nº 25, de mesmo teor da ementa, e na revogação da Súmula nº 619 que permitia, conforme a legislação pátria, a decretação da prisão do depositário judicial no processo que constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.

3 ANÁLISE CRÍTICA DA ADOÇÃO SUPRALEGAL DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

Neste ponto do ensaio busca-se analisar criticamente a validade, os efeitos e as consequências da internalização Supralegal do Pacto de San José da Costa Rica como Tratado ou Convenção que versa sobre Direitos Humanos no orbe jurídico brasileiro.

Na primeira adversidade impõe-se a problemática sobre o significado de tal expressão: “direitos humanos”. E junto a este signo outros se aliam para ampliar o arcabouço subjetivo¹⁵, ainda que sejam, contraditoriamente, conceitos básicos e de caráter objetivo, como o conceito do que seria “dívida”, “depositário infiel”, “prisão civil”, etc.

Não há um rol taxativo¹⁶ e universal do que seja Direitos Humanos. Desta maneira, na medida em que surgem novas tecnologias, tanto a natureza quanto o

¹⁴ STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 198. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 abr.2012.

¹⁵ Embora possuam conceitos claros e de simples definição a legislação e o abuso hermenêutico causou enorme confusão doutrinária e jurisprudencial por abuso das partes envolvidas, quer fosse do legislador ordinário, do magistrado, ou do que podemos chamar de legislador extraordinário (STF).

¹⁶ Caso houvesse um conceito estático ou um rol, como aponta o texto, “taxativo e universal”, não haveria necessidade de que se firmassem novos pactos internacionais



homem se modificam e estes direitos tendem a receber uma nova dimensão. Eram de uma maneira durante os movimentos abolicionistas e Democráticos, foram outros na revolução industrial (séc. XVIII), na revolução sexual (séc. XX), e tendem a se transformar novamente com a ampliação do direito de acesso a informação e consequente popularização massiva da internet (século XXI), algo inimaginável ao tempo da Declaração dos Direitos do Homem (1789).

Em se tratando de Direitos Humanos, Bobbio (2004) já alertava em sede internacional sobre os problemas que podem advir do desentendimento terminológico (signo, significante e significado) quando menciona que:

Contribuiu, para aumentar a confusão, o encontro cada vez mais frequente entre juristas de tradição continental e juristas de tradição anglo-saxônica, que usam frequentemente palavras diversas para dizer a mesma coisa e, por vezes, acreditam dizer coisas diversas usando as mesmas palavras. (BOBBIO, 2004, p. 26-27)

Usando um paralelo, em *Cem Anos de Solidão*, Gabriel Garcia Marques (1967) menciona que, em Macondo, “o mundo era tão recente que muitas coisas careciam de nome e para mencioná-las se precisava apontar com o dedo”. Da mesma forma, a previsão da suprallegalidade de direitos derivados de tratados internacionais não é tão nova quanto sua aplicação e denominação (em 2008), conforme se pensa.

O caráter suprallegal que foi atribuído pela Suprema Corte aos tratados internacionais de Direitos Humanos (art. 5º, § 1º, § 2º; e pós EC45/2004 também o § 3º da CF), encontra amparo no direito comparado, como se denota da Constituição Mexicana em seu artigo 1º¹⁷ (emendado em 12 de novembro de 2011), da Constituição Alemã em seu artigo 25¹⁸, da Constituição Francesa no artigo 55¹⁹ e

sobre o tema desde a “Declaração Universal dos Direitos do Homem” de 1789, onde já vigorava o conceito de universalidade destes direitos.

¹⁷ (...) *Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte* (...)

¹⁸ Artigo 25 da Constituição da Alemanha: “as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional.” STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 50. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2010.



na Constituição Grega, artigo 28²⁰, todas prevendo expressamente este nível hierárquico²¹. O Paraguai também adota esse entendimento e disciplina a questão no artigo 137 de sua Constituição, prevendo que os tratados internacionais prevalecem sobre as normas infralegais, ressaltando que estão hierarquicamente abaixo da Constituição, que é a norma suprema, não fazendo distinção entre os tratados de direitos humanos e os comuns²².

A Constituição Brasileira de 1988 não é diferente, embora tenha adotado um texto que margeia variáveis interpretativas, no qual se lê:

Art. 5º (...) § 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.

Desse texto normativo pode-se extrair uma interpretação simples e dois problemas básicos, estando o texto dividido em duas partes.

Em uma interpretação simplista, ainda pelo estilo da hermenêutica clássica em seus primeiros critérios (gramatical, sistemático, histórico, etc.), lê-se o que foi escrito, ou seja, que os direitos que constam na Constituição não excluem a aquisição em caráter genérico de outros direitos infraconstitucionais que sejam

¹⁹ Artigo 55 da Constituição da França de 1958: *“Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie.”*

²⁰ Artigo 28 da Constituição da Grécia de 1975: *“The generally recognized rules of international law and the international conventions after their ratification by law and their having been put into effect in accordance with their respective terms, shall constitute an integral part of Greek law and override any law provision to the contrary”*. Idem.

²¹ STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 210. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

²² Constituição do Paraguai de 1992: *“Artículo 137 - DE LA SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.”* PARAGUAI. Honorable Cámara de Senadores. Constitución De La Republica Del Paraguay. Disponível em: <http://www.senado.gov.py/leyes/?pagina=ley_resultado&id=2865>. Acesso em: 11 nov. 2008.



derivados de seu regime (normas de eficácia limitada²³) e princípios (programas e objetivos²⁴), ainda que não constem no texto original da Constituição.

Gramaticalmente, o legislador, dividindo o texto, através do conectivo “ou”, em dois tópicos, pretendeu, na primeira parte, ao tratar de outros direitos “decorrentes do regime e dos princípios” adotados pela Constituição, permitir a consideração de direitos em casos de lacuna do texto Constitucional e quiçá do legal²⁵, exatamente para assegurar a efetividade do art. 5º, XXXV, CF²⁶ em uma repetição desnecessária do art. 4º e 5º da LINDB²⁷ que parece mais ter confundido que simplificado o conjunto (sistema).

Na “segunda parte” o Constituinte originário buscou permitir a consideração no orbe jurídico pátrio (internalização) dos tratados e convenções em que a República Federativa do Brasil seja parte. Consta no texto apenas que estes direitos adquiridos por tratados internacionais não serão desconsiderados, mas em hipótese alguma que estes teriam valor Constitucional, automaticamente, permitindo o contrabando legislativo contramajoritário²⁸ em sede internacional.

Interpretar esta parte do texto estendendo aos tratados não internalizados pelo quórum de Emenda Constitucional (3/5) um *status* também constitucional fere diretamente a soberania e a independência do Estado (art. 1º, I e art. 4º, I, III, IV, da CF), além de oferecer poderes desmedidos sobre a Constituição ao Presidente do

²³ Normas que a Constituição pede pela criação ao legislador ordinário. Um exemplo de tal norma é a do artigo 48, CF, onde se lê: “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o Código de Defesa do Consumidor”.

²⁴ Normas que seguem os princípios programáticos e objetivos que a constituição estabelece para aquisição de direitos.

²⁵ Legislação específica, fontes – analogia, costumes, doutrina, jurisprudência e princípios gerais.

²⁶ A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

²⁷ “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.”

²⁸ Uma das características principais da Lei é sua edição pelo ente competente, no caso de um país democrático, escolhido pelo povo para, de acordo com a Constituição, seguir seus ditames. As leis que forem criadas por outra forma se opõe à vontade majoritária, são, por isto, chamadas contramajoritárias, tanto a legislação como a aplicação desta contrária à vontade da democracia.



Reich (algo temido por Kelsen ao idealizar o sistema de controle constitucional concentrado).

Não tardou para que fosse suscitada em sede doutrinária e jurisprudente uma interpretação extensiva que considerasse constitucionalmente protegidos e de aplicação imediata os tratados internacionais em face da combinação dos parágrafos 1º e 2º do art. 5º, CF. O Supremo Tribunal Federal até então já havia firmado o entendimento de oferecer a estes tratados a validade de Lei ordinária, ainda que as prosseguissem os questionamentos em controle difuso.

Para dirimir eventual conflito que passara a ser suscitado, sobre a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos e sua oponibilidade constitucional, o legislador resolveu emendar a Constituição (através da EC nº 45 de 2004) estabelecendo uma expressa proibição da interpretação extensiva do art. 5º, § 2º combinado com seu § 1º da CF, que trouxe o seguinte texto:

art. 5º (...) § 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Muito importante é a comparação deste texto com o texto que permeia a votação de Emendas Constitucionais do art. 60, CF, que expõe:

art. 60. (...) § 2º - A proposta será discutida e votada **em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos,** considerando-se **aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos** dos respectivos membros. (grifo do autor)

Note-se que **não se trata de uma liberdade exegética** oferecida ao julgador, muito ao contrário, trata-se de uma clara limitação à margem de qualquer interpretação. O § 3º estabelece claramente que nada poderá ser posto em paralelo à Constituição se não for aprovado pelo quórum exigido para tanto, respeitando-se a soberania popular. Ressalte-se que, quanto ao quórum de que trata, não obstante seja específica a disciplina do art. 5º, § 3º, CF²⁹, é o mesmo quórum exigido para

²⁹ Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.



emendas constitucionais de qualquer matéria ou disciplina³⁰. O legislador através da EC 45/2004 oferece ao Presidente da República, ao assinar um tratado que verse sobre Direitos Humanos, a oportunidade de ocupar a posição de um proponente a emendar a Constituição, emenda que poderá vir a ser aprovada, mantendo a todo custo a soberania nacional e Constitucional.

Com base nos instrumentos do direito pátrio³¹, inobstante a assinatura do Pacto de San José, o STF teria ampla competência para declarar a inconstitucionalidade do Decreto nº 911/1969 em seu artigo 4º, que oferece a possibilidade da prisão civil do devedor fiduciário como se depositário infiel fosse.

Em uma análise do texto constitucional poderão ser encontrados abundantes indícios que oferecem substância a esta tese, contrabalanceando o simulacro oferecido pelo Acórdão do RE 466.343-1/SP.

O artigo 5º, da CF, que abre o Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) do Livro I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) da CF, menciona em seu inciso LXVII:

Art. 5º. (...) LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

Neste aspecto há uma dupla garantia inclusa no artigo 5º, LXVII, CF, pois o legislador que poderia ter incerto uma norma de eficácia limitada^{32/33} ou ainda de

³⁰ O único exemplo, até então, de internalização sob o rito do art. 5º, §3º, CF, é o da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007 por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008.

³¹ STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 17. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012. p 86.

³² “Normas de eficácia contida: São aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência legislativa do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. Em cima das palavras do ilustre autor, observo que a legislação inferior, quando de sua regulamentação não será ilimitada. Nas normas de eficácia contida, a regra geral corresponde à regulamentação originária do poder constituinte e sua posterior restrição, por lei hierárquica inferior, trata-se da exceção; Jamais esta exceção tornar-se-á regra, de modo que seja alterado o cérebro normativo do poder constituinte. O núcleo fundamental de sua redação. Exemplo de norma de eficácia contida: “Art. 5º (...) XIII - É



eficácia contida³⁴ (tal como previa a Emenda de 1969 da Carta de 1967) preferiu constitucionalizar a coerção civil nos direitos e garantias fundamentais³⁵ (que possuem eficácia imediata) para obrigar as duas formas de adimplemento obrigacional (assegurando a efetividade do depósito judicial e o cumprimento da obrigação alimentar).

Nesta função de “dupla garantia”, assim como o inc. LXVII garante ao devedor que não poderá ser preso por dívida também garante ao alimentado e ao depositante a coerção para forçar o adimplemento da obrigação pelo alimentando e pelo depositário.

Porém, ainda na condição de apreciação pelo CN de Emenda Constitucional (art. 5º, § 3º, CF) na questão relativa à nulidade dos efeitos das normas constitucionais e pertinentes à prisão civil do depositário infiel (judicial e administrativo), de bens pertencentes à administração pública, esta Emenda ou Decreto Legislativo, teria uma legalidade duvidosa. Isto porque as cláusulas pétreas da Constituição (art. 60) mencionam em seu § 4º:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.

Dentre os direitos e garantias individuais que se encontram no art. 5º está o inciso LXVII, que oferece ao alimentado e ao depositante a segurança (garantia) da coerção civil sob o inadimplente injustificado da obrigação.

livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-de-greve-do-servidor-p%C3%BAblico-qual-sua-efic%C3%A1cia-legal>>

³³ Um exemplo sugerido seria: “Não haverá prisão civil exceto as previstas em Lei”.

³⁴ Segundo previa a Carta Política de 1967, com a Emenda de 1969, no parágrafo 17 do art. 153, a prisão civil do depositário infiel deveria se dar na forma da lei, ou seja, se estava diante de norma de eficácia contida. Atualmente, a locução na forma da lei foi afastada do texto constitucional, tornando-a norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

³⁵ Segundo o § 1º, art. 5º “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.



Há também de se convir que este bem em depósito judicial é muitas vezes um bem cuja apreensão administrativa já foi efetuada, mas, sem local apropriado, permaneceu sob depósito do “infrator” até que fosse homologado seu perdimento ou não, em última instância administrativa.

Pode-se dizer com segurança que, a partir do perdimento, o bem já faz parte do patrimônio público. Se o perdimento do bem o torna patrimônio público é obvio que apenas por aprovação do Congresso Nacional, especificamente a questão relativa a depósitos administrativos e judiciais, poder-se-ia considerar inaplicáveis estas modalidades de depósito (que envolvessem patrimônio nacional – bem público da União, dos Estados e dos Municípios). O posicionamento extrai-se da leitura do artigo 49, I, CF, cujo texto aponta:

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;

Entende-se que é de competência do Congresso Nacional resolver definitivamente quanto à proposta de declaração de inconstitucionalidade da prisão civil dos depositários infieis de bens pertencentes à administração pública, sendo esta apreciação resultante de Decreto Legislativo com validade de Emenda Constitucional por ser tratado que verse sobre direitos humanos (art. 5º, § 3º) e por afrontar diretamente a Constituição.

Do texto do artigo 7º, item 7, do Pacto de San José extrai-se:

Art. 7º Direito à Liberdade Pessoal (...)
7. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

De toda sorte, caso o STF entendesse necessário, a aplicação Supralegal do Pacto de San José (art. 7, 7) ao caso em tela estaria assegurada caso esta não contrariasse diretamente o texto Constitucional, o que não acontece, por exemplo, com a prisão do devedor fiduciário.



Acredita-se que neste aspecto, ao normatizar a prisão civil do devedor fiduciário, o legislador age com abuso do poder político, buscando favorecer injustificadamente grandes bancos e financeiras³⁶, pois conforme demonstra César Peluso na decisão em análise (RE nº 466.343-1/SP),

a aplicação do artigo 4º do Decreto-Lei nº 911/69 é inconstitucional, pois entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia não há afinidade ou conexão teórica. (...) prescrever que há depositário onde não há depósito, é impropriedade técnica, e dispor que é depositário quem não tem obrigação de custodiar e devolver, constitui sonora ficção jurídica³⁷.

O Ministro César Peluso, em seu voto, afastou a prisão civil do depositário infiel em razão de não se tratar de um contrato típico de depósito. Considerou, todavia, a desnecessidade de invocar o Pacto de San José da Costa Rica encontrando soluções no direito pátrio e na competência do próprio tribunal em reconhecer a inconstitucionalidade em controle difuso, sem descabimentos. Já o Min. Gilmar Mendes acompanhando o voto do Relator (Min. Peluso) pela ilegalidade da prisão civil do devedor fiduciário, acrescentou o fundamento da supralegalidade do Pacto, afirmando:

(...) desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém, acima da legislação interna.

³⁶ O Ministro Marco Aurélio lembra, no RE 466.343-1/SP, que além dos institutos serem diversos, o que já impossibilitaria a prisão civil, a equiparação da alienação fiduciária foi a forma encontrada (pelo legislativo) para, em certo período, dar garantias a entidades financeiras por quem logrou financiamento. Houve abandono da razoabilidade legiferante e do próprio texto Constitucional para uma ficção quase absoluta e ficção jurídica, equiparando-se a figura do devedor fiduciante e a do depositário infiel como se aquele assumisse a obrigação de não satisfazer o valor do bem alienado, mas de devolver o bem depositado, como é o caso do depositário. STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 17. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

³⁷ STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 17. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012. p 25.



Seu entendimento foi fundado no fato de, segundo o Ministro, ser o Brasil um Estado Constitucional Cooperativo. Neste modelo o Estado busca se disponibilizar “como referência para outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais.³⁸ O Estado é regido nas relações internacionais pela cooperatividade entre as nações, em uma das interpretações do art. 4º, IX, CF, o que se tem aliado à recente teoria do “Transconstitucionalismo” de Marcelo Neves (2009 apud SOLIANO, 2012), que prega a negociação e a cooperação dos Estados no cenário transnacional em matérias que envolvem Direitos Humanos. Há até os tratem do assunto como “crise da jurisdição constitucional” (CONI, 2006).

O Ministro Gilmar Mendes pontua que os tratados de direitos humanos não podem afrontar a supremacia da Constituição, porém, possuem um lugar especial reservado, no ordenamento jurídico pátrio.

A Min. Carmen Lúcia sustentou que deve ser dada uma interpretação proativa aos direitos fundamentais a fim de que os direitos e garantias expressos na Constituição sejam concretizados efetivamente. Por fim, ponderou que o contrato de depósito e a alienação fiduciária são completamente distintos e que este último não se enquadra na exceção do artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, destacando que, “diante desses novos modelos trazidos por Mendes, até mesmo as hipóteses da Constituição (prisão civil do depositário infiel e do devedor de alimentos) são duvidosas”. Observe-se que em todo o exposto foi tomado com centro o RE 466.343-1/SP (alienação fiduciária).

Impropriedades técnicas podem surgir em uma interpretação puramente literal do artigo 5º, LXVII, CF. Depósito infiel não é dívida. Se assim o fosse também seriam os valores ou bens subtraídos ardilosamente (por meio de apropriação indébita, estelionato, furto ou roubo) estando também paralisadas suas punições pela mesma interpretação dita “supralegal” do mesmo art. 7º, 7 do aludido Pacto, uma vez que não se limita a prisão civil. Ademais a dívida originária de depósito, ausente a má-fé em sua contração, não é punível nem civil, nem penalmente.

³⁸ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 75-77 apud MENDES. *Ibidem*, p. 43



Observe-se que o Código Civil, em seu artigo 642, menciona:

Art. 642. O depositário não responde pelos casos de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-los.

O ônus da prova exigido ao depositário demonstra que, entre apropriação indébita³⁹, estelionato⁴⁰ depósito infiel e a simples dívida do depósito, o elemento diferenciador é em um ponto a modalidade de contração da obrigação (incluindo seu *animus*) e em outro a notória presença da má fé. Verifica-se que “*in casu*” trata-se de má-fé presumida uma vez que o depositário deve provar que o extravio foi motivado por razões de força maior.

Logo, a dívida não é o fato gerador da prisão civil do depositário infiel, no Brasil, mas sim a má-fé do depositário que, maliciosamente, dá outra finalidade ao bem que tem por obrigação ter em sua guarda, muitas vezes acreditando na impunidade. O objetivo da prisão do depositário infiel é a coerção para que entregue o bem do qual possui guarda (isento do *animus domini*), assegurando-se a boa-fé, a efetividade administrativa e jurisdicional. A partir do momento da manifestação do *animus domini*, a posse é convertida em injusta⁴¹ e o depósito em infiel, sendo presumida a presença da má-fé em manifestar-se na posse com anseios de propriedade.

Ainda quanto à literalidade do artigo 5º, LXVII, CF, mostra-se imprópria a qualificação de prisão civil em todas as modalidades de depósito, pois conforme anota Ferreira Filho (1986, p. 601) “A prisão civil é aquela que não decorre da prática de um ilícito definido na lei como delito e que objetiva a remover os óbices que o depositário esteja criando à restituição da coisa”.

³⁹ “Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.” (sujeito a aumento de pena em casos de depósito necessário e judicial no art. 168, § 1º, incisos I e II do CP).

⁴⁰ “Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento. Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.” (art. 171, § 2º, I e II com aumento de pena § 3º, ambos do CP).

⁴¹ O que se vê, efetivamente, é a alteração do animus do sujeito que já possuía a coisa consigo. Está-se diante, assim, de um sujeito que tinha a posse justa e que, tendo em vista a alteração de sua intenção subjetiva, pela recusa em devolver a coisa, passa a ter posse injusta. (ZULIANI, 2009).



Pode-se ver claramente que, malgrado a ambiguidade do texto Constitucional, a prisão do depositário infiel não é prisão puramente civil, vez que também constitui crime. Cita-se dentre muitos exemplos o crime de apropriação indébita que traz, com qualificador, em seu texto:

Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. Aumento de pena § 1º - A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa: I - **em depósito necessário**; II - na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro **ou depositário judicial**; (grifo nosso).

Além de outros diplomas que preveem a responsabilidade criminal do depositário infiel em casos diversos como peculato (art. 327 c/c 312, CP), fraude à execução (art. 179, CP) além dos já citados. (NASCIMENTO, 2012)

A prisão civil é aquela que não decorre da prática de um ilícito definido na lei como delito e que objetiva a remover os óbices que o depositário esteja criando à restituição da coisa. (FERREIRA FILHO, 1986, p. 601)

Para Barbosa, o que está em jogo é a liberdade individual e neste aspecto,

o essencial é que a primazia conferida em nosso sistema constitucional à proteção à dignidade da pessoa humana faz com que, na hipótese de eventual conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais, a prevalência, sem sombra de dúvidas, há de ser outorgada à **norma mais favorável ao indivíduo**.⁴²

Demonstra pouca ou nenhuma eficácia a substituição da medida constitucional pela penal, já que o adimplemento ou a justificação do extravio pode ser considerado causa extintiva da prisão constitucional ou “civil” do depositário e a pretensão é a de devolução do bem.

É observável que as medidas de natureza penal, que buscam a simples punição do réu, estipularão um prazo certo para que este cumpra sua pena e “pague” por seu crime. O depositante sairá frustrado, sem a recuperação do bem

⁴² STF, RE nº 466.343-1/SP, p. 198. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 abr. 2012.



depositado, o réu não aproveitará a extinção da punibilidade ao devolver o bem e o Estado terá grande onerosidade com a perda de patrimônio público e a inefetividade jurisdicional.

Há ainda que se falar no alarmante quadro de insegurança jurídica que gera a consideração, pelo STF (sedimentada pela Súmula vinculante nº 25), de que os Tratados de DH possam paralisar a eficácia de normas constitucionais, possibilitando sua arguição para outros casos de crimes contra o patrimônio e a ordem tributária, afinal também, pelos mesmos critérios, podem se considerar dívidas.

Sobre a mudança brusca de posicionamento, impõe-se a problemática de Leis que, como a Lei 11.105/2005, foram alvo do posicionamento anterior (infraconstitucionalidade).

Em meados de 2008 o STF decidiu pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança, que previa o uso de embriões humanos para pesquisas, considerando que o direito brasileiro adota a teoria natalista do início da personalidade humana. Teria, o Pacto de San José, *status* de norma *infraconstitucional* estando abaixo das legislações ordinárias posteriores à sua edição através do critério *lex posterior derogat lex priori*⁴³.

No ordenamento Constitucional não há qualquer menção à teoria que aponte o início da personalidade jurídica, estando apenas sua previsão, no diploma que lhe dá ensejo, ou seja, no Código Civil, em seu artigo 2º que afirma:

Art. 2º - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Já o Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 4º, item 1, aponta:

Artigo 4º - Direito à vida 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. **Esse direito deve ser protegido pela lei** e, em geral, **desde o momento da concepção**. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

⁴³ Prescreve a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – Lei 4657/42 – “art. 2º, § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.



Destarte percebe-se que o Pacto adota a teoria concepcionista da personalidade, proibindo a experiência em embriões humanos, uma vez que já formado o *zigoto* através da união (concepção) das células germinativas, masculina e feminina, há a proteção deste novo ser.

Assim, como a consideração suprallegal afetou a validade de normas que permitem a prisão do depositário infiel, também dilacera todo o entendimento legal e doutrinário sobre a tese que sustenta o direito de sucessão, patrimônio, personalidade, entre outros institutos no ordenamento jurídico (principalmente civil), todos dependentes intrinsecamente do critério adotado pela personalidade jurídica do nascituro. Sustentar a suprallegalidade deste tratado (especificamente) provoca a inconstitucionalidade das decisões que lhe deram razão infraconstitucional. Lenza (2010), anota que:

maioria da doutrina brasileira acatou, inclusive por influência do direito norte americano, a teoria da nulidade ao se declarar a nulidade de lei ou ato normativo (afetando o plano da validade). (...) trata-se de vício “congenito”, “de nascimento” do ato normativo. A ideia de a lei ter “nascido morta” (*natimorta*), já que existente enquanto ato estatal, mas em desconformidade (seja em razão de vício formal ou material) em relação à noção de “bloco de constitucionalidade” (ou paradigma de controle) consagra a teoria da nulidade, afastando a teoria da anulabilidade.

Porém, a ausência de previsão constitucional da teoria do início da personalidade não pode ser considerada uma omissão, uma vez, afirma Hesse (1991), na qualidade de Carta política a Constituição deve prezar pela sua estabilidade e:

A ‘constitucionalização’ de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição.

A necessidade de revisão ampla de todos os diplomas que um dia passaram pelo STF em controle difuso e foram rejeitados sob os argumentos de que os tratados seriam normas ordinárias e não teriam validade sobre a lei posterior ou sobre a lei específica (na resolução padrão de antinomias)⁴⁴ é imperiosa.

⁴⁴ Através da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente estudo e análise crítica, constatou-se que a supralegalidade, assim como fôra adotada pelo STF, de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos é viciada: pelas razões legais e retóricas que a fundamentam; pela incompetência do Supremo Tribunal Federal ou qualquer ente em ferir cláusulas pétreas; por ser tomada mencionando as modalidades de depósito genericamente; por abrir margens a uma ditadura dos “direitos humanos”; por ferir a soberania popular e nacional; pelo risco à segurança jurídica no possível contrabando legislativo em sede internacional; entre outras razões que restaram demonstradas.

Em que pese a força da Emenda nº 45/2004 como limitador à liberdade exegética do julgador, este agiu no vício jurisdicional e, nas consequências óbvias de sua desmensuração, deverá considerar ou desconsiderar em sua totalidade a dita supralegalidade, por razões de juridicidade, legalidade e segurança jurídica, evitando-se a adoção da constitucionalidade ou inconstitucionalidade “por tiras”⁴⁵ aos prazeres do caso e aos gostos do julgador.

Foi demonstrado que a intenção do Legislativo, ao Emendar a CF com o § 3º, por meio da EC nº 45, era dirimir a divergência do judiciário sobre o art. 5º, § 2º, CF, inobstante tenha, ao que tudo indica, enevado-se qualquer certeza sobre o tema.

Porém, com relação especificamente à apreciação da ilegalidade da prisão do depositário infiel, é impossível a paralisação da eficácia do artigo 5º, LXVII, CF, ainda que aprovado pelo quórum de EC (três quintos) visto tratar-se de garantia individual alçada à condição de cláusula pétrea pelo artigo 60, § 4º, IV, CF.

⁴⁵ Faz referência ao conto “O Mercador de Veneza” de Willian Shakspeare. Neste conto, Shylock, um rico agiota judeu, após assinar um contrato de empréstimo com o italiano e cristão, Antônio, no qual previa como garantia da dívida uma “tira” de sua carne (1 £), recorre à justiça para exigir uma coisa ou outra. O italiano estando falido pensa sucumbir aos sádicos desejos do judeu quando, advogando em seu socorro, Pórcia disfarçada de Eminente doutora em Direito, manipula e convence o Doge do vício no contrato pela não previsão do sangue de Antônio. A tira de carne deveria ser retirada sem sangue (o que se sabe ser impossível).



Ainda na insistência da internalização a qualquer custo do pacto, este não pode contrariar a Constituição, ainda que possa, não pode paralisar a eficácia do artigo 5º, LXVII, CF.

Quanto à prisão do depositário infiel, em face do Pacto de San José que proíbe prisão por dívidas, não seria prisão por dívida de boa-fé (pois a lei civil exime de responsabilidade civil e penal se o extravio se deu por caso fortuito ou força maior). Seria o depósito infiel um extravio por má-fé presumida e não por dívida.

Mostrou-se haver também um excesso legislativo, considerando-se ilegítima a norma, ao imputar a prisão por depósito infiel aos casos de genuína dívida com natureza completamente diversa da de depósito – casos de alienação fiduciária – que nada tem haver com o depósito, conforme já asseverado pelo Ministro César Peluso no acórdão do RE 466.343-1/SP⁴⁶.

Foram encontrados impedimentos legais com base na Constituição, art. 49, I (só o Congresso poderia decidir, pois no depósito estão inclusos os judiciais e administrativos). Por outra via, pela leitura do art. 60, § 4º, IV nem o Congresso poderia decidir, mesmo por emenda, pois há uma dupla garantia no art. 5º, LXVII, CF, que o alça à condição de cláusula pétrea pelo art. 60, § 4º, IV; a garantia dos devedores (que não poderão ser presos a não ser por alimentos e depósito infiel) e a garantia dos credores (estado-juiz, de ter efetivada a segurança dos depósitos judiciais, e cidadãos, de ter adimplida a prestação alimentar e depositária). Assim a arguida “suprallegalidade” que se pretendeu dar ao Pacto de San José constitui verdadeira “supraconstitucionalidade” para realizar sob qualquer argumento e a qualquer preço os anseios de paixões momentâneas, como no cenário descrito por Streck (2009, p. 75-83).

Como consequências da suprallegalidade do Pacto de San José da Costa Rica, assim como adotada pelo STF, a presente análise concluiu que haverá sérios riscos ao Estado Democrático, como hoje entendido, no sistema jurídico nacional. É gritante a margem à ingerência ou contrabando legislativo internacional. Isto porque “Direitos Humanos” é um conceito abstrato, que se diz universal, porém é

⁴⁶ Excesso legislativo seria uso ilegítimo do poder o que torna legítima a invalidação do ato legislativo pelo STF. Assim ainda sem o Pacto o direito Brasileiro possui instrumentos próprios ao saneamento constitucional dos exageros legislativo.



plasticamente mutável, e que pode ser facilmente manipulado. Há ainda o risco da utilização relativa das normas, solidificando o temerário “império dos juízes” como demonstram as decisões que, versando sobre o mesmo Pacto de San José, o consideram norma ordinária e derogada pelas normas posteriores ao tratar da ADIN nº 3.510 e a recente decisão (2012) que descriminaliza o aborto de fetos anencefálicos pela ADPF 54; e “supralegal” com efeito de paralisar inclusive normas constitucionais ao cuidar do depositário infiel em 2008 (RE 466.343-1/SP e outros em conjunto).

O Chefe de Estado ao assinar um tratado internacional estará legislando em concreto, conseguindo um quórum simples favorável terá normas superiores à de votações ordinárias. Os países externos estarão em posição de superioridade sob o controle da Ordem Interna ao manipular estes Tratados firmando-os com o Executivo de modo que, poder-se-ia até tratar de perigo à segurança jurídica, quem sabe até mesmo à segurança nacional.

A tese concepcionista levaria consigo “por arrastamento”⁴⁷ a decisão recente da permissão (descriminalização) de aborto de fetos anencéfalos junto com a declaração de inconstitucionalidade das decisões contrárias ao pacto de DH dito supralegal.

Assim, admitir a supralegalidade em seu todo, conforme já fora em “tiras”, seria retroceder da decisão e de todas as que foram tomadas com base na mesma doutrina, pela teoria de controle de constitucionalidade brasileira com efeitos *ex tunc*.

Caso contrário, estaríamos vivendo em um “império de juízes” que desvinculados à Constituição e a Lei, estariam soltos ao sabor de suas vontades. Como não são estabelecidos critérios mínimos de segurança e objetividade há um estímulo para o constante aumento de aventuras jurídicas o que compromete a racionalidade do Estado de Direito. Ademais o juiz o não pode imiscuir-se neste paternalismo judicante destruindo bases normativas de validade do direito ao seu bel prazer, furtando-se das limitações normativas ao pretexto de realização de uma

⁴⁷ A dependência ou a interdependência normativa entre os dispositivos de uma lei pode justificar a extensão da declaração de inconstitucionalidade a dispositivos constitucionais mesmo nos casos em que estes não estejam incluídos no pedido inicial da ação. (RUSSO, 2012).



suspeita e pessoal concepção de “justiça social”. Se o juiz não está vinculado nem a lei nem a precedentes⁴⁸, mas apenas a sua própria consciência (STRECK, 2010), nela fundamentando suas decisões, ainda que *contra legem* ou contra precedentes⁴⁹, as bases maiores do Estado, sob o comando e razão de ser na legalidade e no controle Constitucional, estarão seriamente ruídas, rompendo-se as correntes que o prendem ao mastro do navio salvando-o do efeito encantador do “canto das sereias” e das ciladas que lhe aguardam nestes caminhos tortuosos.

REFERÊNCIAS

- AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Madrid: Moya y Plaza, 1880, I-I, 29, a.3.
- BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2011.
- BOBBIO, Noberto, 1909. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- COELHO, Fabio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, [s.d.].
- CONI, Luis Cláudio Queiroz. **Internacionalização do poder constituinte**. 2006. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Internacionais) – Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento (ICPD), Centro Universitário de Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/biblioteca/pesquisarBibliotecaDigital.asp>>.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas de Direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1986.

⁴⁸ Neste ponto lembre-se o importante papel argumentativo do *Stare Decises*, e a obrigação de motivar as decisões até mesmo na aplicação do precedente, sem tautologias retóricas, no sistema americano.

⁴⁹ No sistema *common law* é a “*judicial review*” – *revisão constitucional* – que estabiliza as decisões com precedentes constitucionais e o “*stare decises*” é a base argumentativa, a lei possui uma validade secundária no direito costumeiro.



- HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- HESSE, KONRAD. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- MÁRQUES, Gabriel García. **Cem anos de solidão**. 48. ed. Rio de Janeiro: Record, 1967
- NASCIMENTO, Leandro Raphael Alves do. **Da responsabilidade civil e criminal do depositário infiel**. Disponível em: <http://www.faminasbh.edu.br/revista_eletronica/download/Volume5/int01.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2012.
- LASSALE, Ferdinand. **¿Que es una Constitución?**. Madrid: Cenit, 1931.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. **Diretos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Max Limonad, 2006.
- PUGNALONI, Melina Maria de Carvalho. **Um juiz pode, no exercício jurisdicional, infringir a lei?** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 16 ago. 2012.
- REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Ativismo judicial e estado de direito**. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v4n1/a5.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2012.
- RUSSO, Diogo de Assis. **A teoria da inconstitucionalidade por arrastamento**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 07 ago. 2012.
- SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- STF, RE nº 466.343-1/SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.
- SOLIANO, Vitor. **Transconstitucionalismo, interconstitucionalidade e Heterorreflexividade**: alternativas possíveis para a proteção dos Direitos Humanos na relação entre ordens jurídico-constitucionais distintas – primeiras incursões. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2147/1585>>. Acesso em: 10 ago. 12.
- STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 15, n. 1, p. 160, jan./abr. 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e Constituição**: da proibição do excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. **É possível fazer direito sem interpretar?**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-19/senso-incomum-jurisprudencia-transita-entre-objetivismo-subjetivismo>> Acesso em: 12 de ago. 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.



STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e o perigo de um terceiro turno da constituinte. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. v. 1, n. 2, p. 75-83, 2009.

ZULIANI, Matheus Stamillo Santarelli. Posse justa e posse injusta. Aplicações práticas e teóricas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2241, 20 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13363>>. Acesso em: 15 ago. 2012.