A (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL NO BRASIL: ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE (IM)POSSIBILITY OF PRISION KEEPER OF THE INFIDEL IN BRAZIL: REVIEW OF THE DECISION RENDERED BY THE SUPREME COURT

MARCELO BULIANI BOLZAN*

Recebido para publicação em março de 2011.

RESUMO: A presente obra é um estudo sobre como o Supremo Tribunal Federal decidiu acerca da impossibilidade de prisão civil do depositário infiel no Brasil. Adotando a teoria do Direito juspositivista, o trabalho se inicia com a seleção das previsões normativas sobre o tema, desde a Constituição Federal de 1988 até as leis ordinárias, passando pela análise dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e que tratam do assunto. Na sequência, são relacionadas as correntes doutrinárias sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, passando para uma breve demonstração da jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal até o ano de 2008, quando houve considerável alteração no entendimento daquela Corte. Parte-se, então, para a análise dos argumentos constantes nos votos de cada um dos Ministros do STF que votaram nos recursos selecionados para estudo, com elaboração de críticas individuais para cada voto proferido, concluindo-se com uma crítica geral. Por fim, analisam-se as consequências da alteração jurisprudencial, com a revogação de súmula e edição de súmula vinculante, criticando-se as providências tomadas pela Corte Constitucional brasileira.

Introdução

O presente trabalho consiste na análise de como o Supremo Tribunal Federal decidiu acerca da impossibilidade de prisão civil do depositário infiel. Partindo das previsões constitucionais, de normas constantes em tratados internacionais e nas normas nacionais, passando pela análise crítica da doutrina sobre o tema, busca-se demonstrar qual a possível interpretação sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, conclusão essa que será fundamental para a elaboração da crítica final. O estudo adota a teoria do Direito positivista em sentido estrito, a qual separa o direito da moral e da política. Sendo esse o corte metodológico para a realização de todo o trabalho, não se busca menosprezar outras teorias do Direito, tampouco outros métodos interpretativos, mas apenas apontar e demonstrar a utilidade de uma forma de concepção do Direito que tem recebido severas críticas nos últimos anos, principalmente após a Segunda Guerra Mundial. Diferentemente do que se costuma dizer, o positivismo jurídico não está superado, havendo grande literatura em defesa deste modelo.

* Mestre em Direito de Estado com Concentração em Direito Constitucional pela PUC/SP. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela ESDC. Procurador do Estado de São Paulo.

As críticas elaboradas no presente trabalho não se pautam em argumentos emotivos ou valorativos, mas exclusivamente racionais e lógicos, condizentes com a teoria acolhida. Porém, independentemente da teoria jurídica eleita, as críticas à doutrina vazia e aos argumentos não convincentes são o núcleo deste estudo. Não se busca o apoio em argumentos de autoridade[1] ou na doutrina dominante, mas em argumentos sólidos e comprováveis.

Após a análise da doutrina, o estudo colaciona julgados do Supremo Tribunal Federal até o ano de 2008, em que houve uma alteração radical no entendimento da Corte Excelsa. A partir daí, em item próprio, são analisados os votos de cada um dos Ministros que se manifestaram nos julgamentos dos recursos utilizados como paradigma. São eles os RE 446.343/SP, RE 349.703/RS, HC 92.566/SP e HC 87.585/TO. Após o resumo dos argumentos expostos por cada um dos Ministros, serão elaboradas críticas individualizadas. Ao final do referido item, uma crítica geral será formulada.

No item final serão demonstradas algumas consequências da alteração da jurisprudência constitucional, com a revogação de súmula e edição de súmula vinculante, seguidas das respectivas críticas.

1 Esclarecimentos Preliminares

O presente trabalho pretende analisar a decisão final, proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quanto à questão acerca da possibilidade de prisão do depositário infiel. Para tanto, far-se-á, em um primeiro capítulo, uma exposição das previsões constitucionais sobre o tema, bem como serão indicadas as diversas posições defendidas pela doutrina, assim como será indicada a posição jurisprudencial classicamente assumida pelo Supremo Tribunal Federal. No capítulo seguinte, analisar-se-ão, de maneira aprofundada, os julgamentos proferidos nos Recursos Extraordinários (RE) nº 446.343/SP e nº 349.703/RS, assim como nos *Habeas Corpus* (HC) nº 92.566/SP e nº 87.585/TO, todos concluídos no dia 03 de dezembro de 2008.

O motivo da seleção dos referidos julgados se justifica ante o fato de que foram julgados em conjunto pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, ou seja, foram julgados em uma mesma sessão e com a participação de todos os Ministros daquela Corte[2].

[1] "O argumento de autoridade não tem valor metodológico. É um expediente retórico que esconde a incapacidade de justificar uma opinião pelo seu conteúdo. Quem não pode convencer os demais do caráter correto de sua opinião tenta intimidá-los com a referência a autoridades" (Müller, 1997, p. 278, *apud* DIMOULIS, 2003, p. 201). "O argumento científico tem mais peso do que o de *autoridade*" (MAXIMILIANO, 2010, p. 153).

[2] Os termos "Corte" e "Tribunal" são utilizados no presente trabalho como sinônimos. Entretanto, há quem prefira distinguir tais termos: "O termo 'corte', contudo, pode sugerir a ideia de que não se trata de autêntico *tribunal* (tese

É certo que há outros julgados do STF que poderiam ser utilizados no presente trabalho. Entretanto, devido à necessidade de se analisar aprofundadamente cada voto proferido, por cada um dos Ministros, fica claro que seria impossível a realização de um estudo de qualidade com tamanho volume de material. Além disso, outros julgados, proferidos por alguma das turmas do STF, limitam-se às opiniões de alguns dos Ministros que compõem o nosso Tribunal Constitucional, não refletindo o posicionamento dos demais membros.

Ainda que se considere que os votos proferidos pelos Ministros do STF costumam ser repetidos em diversos julgados distintos, foram os resultados dos julgamentos proferidos nos RE nº 446.343/SP, RE nº 349.703/RS, HC nº 87.585/TO e HC nº 92.566/SP que alteraram e revolucionaram a jurisprudência da Corte Máxima do Brasil, que acabou, inclusive, editando uma Súmula Vinculante a respeito do tema.

Por tais motivos, as análises detalhadas serão realizadas exclusivamente com relação aos citados julgados, sem prejuízo de referências a outras decisões, quando se mostrar necessário para eventuais esclarecimentos ou para exemplificações. Este é caso, por exemplo, do Capítulo 2, no qual será abordada a jurisprudência dominante no STF até o ano de 2008. Naquele capítulo, não serão analisados pormenorizadamente cada julgado, mas serão citados alguns julgamentos, com fim meramente ilustrativo, de forma a demonstrar o quão sólida era a jurisprudência, no sentido da possibilidade de prisão do depositário infiel.

Assim como a jurisprudência constitucional brasileira anterior ao ano 2008 será abordada de maneira ilustrativa e não exaustiva, assim também o será a abordagem acerca da doutrina sobre a possibilidade de prisão do depositário infiel. Sobre este ponto, cumpre fazer mais alguns esclarecimentos.

O tema acerca da eventual possibilidade de prisão do depositário infiel, no Brasil, adquiriu maior relevância e tornou-se ponto de discórdia entre doutrinadores e juristas, na medida em que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) foi subscrita pelo Brasil, em 25 de setembro de 1992, e incorporada ao direito positivo brasileiro através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Segundo o art. 7º, nº 7,

aqui afastada), bem como traduz polissemia indesejável, já que em diversos estados o termo é empregado para fazer referência aos corpos legislativos, além de ter sido utilizado largamente na História para refletir o lugar onde o poder real se instalava (e também para indicar as pessoas que cercavam o monarca)" (TAVARES, 2005b, p. 154). "Uma Corte constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independentemente deste ou dos poderes públicos. Uma Corte Suprema ou um Tribunal Supremo, ou mesmo a Câmara Constitucional de uma Corte Suprema, podem ser jurisdições constitucionais. Contudo, como veremos, pouco importa que esta ou aquela Corte Constitucional seja formalmente denominada 'Conselho', 'Tribunal' ou mesmo 'Corte Suprema Constitucional', desde que corresponda à definição que acabamos de esboçar [...]" (FAVOREU, 2004, p. 15).

daquele Pacto, a prisão civil por dívidas foi vedada, salvo no caso de inadimplemento de obrigação alimentar. Conforme abaixo será demonstrado, a possibilidade de prisão do depositário infiel passou a ser questionada por respeitáveis defensores dos Direitos Humanos, apesar da previsão da Constituição Federal de 1988 admitir tal prisão. Deste modo, intensa e volumosa doutrina foi publicada sobre o tema, com elaboração argumentativa de qualidade inquestionável.

Ante o exposto, é fácil perceber que o debate doutrinário sobre a possibilidade de prisão do depositário infiel já permitiria o desenvolvimento, não apenas de uma monografia específica, mas de uma obra completa sobre o tema.

Por tal motivo, e para não frustrar os objetivos específicos do presente trabalho, optou-se por trazer à colação apenas alguma literatura jurídica, limitada a alguns autores de reconhecido destaque na área, consignando que a inevitável omissão de uma ou outra obra de referência não se faz por descuido ou desinteresse, mas apenas para não se desviar dos estritos objetivos da presente pesquisa.

Cumpre esclarecer, então, qual o critério adotado para a escolha dos autores citados. Os próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal utilizaram as lições de alguns doutrinadores para justificar os seus votos. Em especial, o Ministro Gilmar Mendes chegou a classificar as correntes doutrinárias sobre o tema, de maneira esquemática. Foi esse, então, o critério adotado neste estudo. Buscar-se-á seguir a classificação proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, bem como citar, sempre que possível, os autores transcritos nos votos proferidos nos recursos em questão, sem prejuízo da utilização de outros autores cuja doutrina seja especialmente cara ao autor destas linhas.

1.1 Método de análise

O presente trabalho visa a análise da doutrina e dos argumentos utilizados pelos Ministros do STF, quando do julgamento dos RE nº 446.343/SP, RE nº 349.703/RS, HC nº 87.585/TO e HC nº 92.566/SP. Trata-se, portanto, de uma análise sobre a fundamentação utilizada pela Corte Suprema em um caso paradigma ou *leading case*.

Referidas análises, assim como as eventuais críticas elaboradas, seguirão o modelo do positivismo jurídico. Trata-se, mais especificamente, de utilização do positivismo jurídico *stricto sensu*, que conforme a definição de DIMOULIS é a:

> Teoria do direito, pertencente ao positivismo jurídico *lato sensu*, segundo a qual a validade das normas jurídicas e sua interpretação independe de

> mandamentos e valores de origem moral ou política. Admite a tese da necessária separação entre direito e moral, assim como entre direito e política (DIMOULIS, 2006, p. 276).

Considerada a classificação proposta por BOBBIO, distinguindo-o entre positivismo jurídico como *método*, positivismo jurídico como *teoria* e positivismo jurídico como *ideologia* (BOBBIO, 2006, p. 134-238), o presente trabalho se utilizará do positivismo jurídico como método (BOBBIO, 2006, p. 238) ou positivismo metodológico (DIMOULIS, 2006, p. 100).

Como a ciência consiste na descrição avaliatória da realidade, o método positivista é pura e simplesmente o método científico e, portanto, é necessário adotá-lo se se quer fazer ciência jurídica ou teoria do direito. Se não for adotado, não se fará ciência, mas filosofia ou ideologia do direito (BOBBIO, 2006, p. 238).

A classificação de BOBBIO é criticada por DIMOULIS, nos seguintes termos:

> Isso indica que o juspositivismo "como método" não possui autonomia. Nada mais é do que a forma de realizar pesquisas na ótica positivista. Não podemos pensar em um juspositivista que adotaria o PJ [Positivismo Jurídico] como método, mas rejeitaria o PJ [Positivismo Jurídico] como teoria – e vice-versa. Assim sendo, a distinção parece-nos desnecessária. (DIMOULIS, 2006, p. 100).

A crítica de DIMOULIS à tese metodológica como desdobramento da definição do positivismo jurídico é assim justificada:

> Consideramos que esse desdobramento da definição do PJ [Positivismo Jurídico] é supérfluo. Se admitirmos que o direito depende ontologicamente da decisão das autoridades legislativas e não dos valores morais, culturais ou políticos adotados por quem não possui competência para legislar, o intérprete (que seguramente não é legislador) e o estudioso do direito (que tampouco pode legislar) devem ignorar, em seu trabalho jurídico, valores e considerações pessoais que entrem em conflito com mandamentos do legislador sobre a forma e o conteúdo da decisão. Caso contrário, estariam em conflito com a tese ontológica que caracteriza o PJ [Positivismo Jurídico] *stricto sensu*. Isso significa que a tese metodológica é uma decorrência lógica da tese ontológica que define de forma satisfatória o PJ [Positivismo Jurídico] *stricto sensu* (DIMOULIS, 2006, p. 102).

Neste contexto, a interpretação das previsões normativas da Constituição Federal de 1988, relativas à hierarquia conferida aos tratados internacionais de direitos humanos, será fruto de uma atividade cognitiva e não volitiva[3].

[3] Adota-se a distinção entre o espaço de interpretação (cognitivo) e o espaço de concretização (volitivo) "no sentido estrito da criação de uma norma, como decorrência da escolha entre alternativas autorizadas por normas gerais anteriores" (DIMOULIS, 2006, p. 253, nota 123). "A distinção entre espaço de interpretação (cognitiva) e espaço de

Traçando o limite da interpretação cognitiva de uma norma, a doutrina desempenha um papel fiscalizador em relação às pessoas ou autoridades competentes, identificando a moldura, dentro da qual a concretização pode ocorrer sem distorcer a vontade expressa no texto normativo. Em todos os casos devem ser aplicados os métodos de interpretação *gramatical* e *sistemática* para constatar, de forma objetiva, a vontade legislativa incorporada nas normas vigentes, mantendo a tese da possibilidade e necessidade de uma interpretação cognitiva (DIMOULIS, 2006, p. 254-255, destaques originais).

Conforme forem sendo analisadas as correntes doutrinárias sobre o tema, buscar-se-á identificar suas eventuais inconsistências, de acordo com a visão juspositivista *stricto sensu.* "Para o positivismo, o direito positivo é dotado de objetividade direta, que decorre da formalização de seus mandamentos em textos dotados de existência comprovável" (RAMOS, 2010, p. 63).

Uma das etapas da interpretação jurídica é a reconstrução das propostas interpretativas, visando identificar e reconstruir as propostas interpretativas formuladas em relação ao problema em exame, seja pelas autoridades competentes e pelos doutrinadores, seja pela jurisprudência dominante (DIMOULIS, 2006, p. 239). Essa "reconstrução não se limita à sistematização, mas inclui a discussão crítica dos fundamentos das interpretações dadas" (DIMOULIS, 2006, p. 240).

A visão juspositivista sobre a validade do sistema jurídico como um todo se baseia em uma *teoria externa* que analisa os fatos sociais que criam direito. A visão juspositivista sobre a interpretação deve se basear, ao contrário, em uma *teoria interna*. Únicos critérios para aferir a verdade de uma proposta interpretativa são as disposições em vigor, isto é, os elementos normativos criados pelas autoridades competentes e constituindo a determinação primária da aplicação do direito. Todas as normas válidas e somente essas são fontes que permitem avaliar as propostas dos intérpretes (DIMOULIS, 2006, p. 229-230, destaques originais).

O mesmo será feito quando da análise dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos recursos já citados, procurando enfatizar os pontos em que os argumentos utilizados se distanciaram da ótica juspositivista *stricto sensu*, mormente os argumentos jusmoralistas. O moralismo jurídico ou jusmoralismo, apesar de pertencer ao positivismo jurídico em sentido lato, é "uma teoria do direito que afirma a estreita e múltipla vinculação entre o direito e a moral" (DIMOULIS, 2006, p. 86). "A abordagem moralista é de

concretização (volitiva) constitui uma importante autolimitação dos intérpretes que devem se ater ao texto, estabelecendo o limite a partir do qual a interpretação não é possível" (DIMOULIS, 2006, p. 253-254).

cunho 'unicionista', pois considera necessária a união entre direito e moral" (DIMOULIS, 2006, p. 86). Assim, buscar-se-á identificar os argumentos moralistas que "propugnam pela correção do direito" (DIMOULIS, 2006, p. 86).

Essa opção metodológica tem duas consequências extremamente problemáticas. Primeiro, o moralista abdica do poder da crítica franca e direta, disfarçando-a como interpretação corretiva. Segundo, acredita que o julgador tem a capacidade de encontrar em cada caso a solução justa e adequada, não levando em consideração que os sistemas jurídicos são controvertidos, podendo ser criticados a partir de determinados pontos de vista políticos. (DIMOULIS, 2006, p. 202).

Contudo, as críticas aos julgamentos não se limitará ao método interpretativo, que corresponde a uma teoria jurídica eventualmente acolhida, como também serão criticados eventuais procedimentos adotados, quer pelos Ministros, individualmente, quer pelo Supremo Tribunal Federal, como órgão colegiado.

2 Prisão do Depositário Infiel

O estudo acerca da eventual possibilidade de prisão do depositário infiel deve começar com a análise das previsões constitucionais que tratam da matéria. Em seguida, serão citados os tratados internacionais que regularam o tema, ou seja, a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica, bem como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. A partir daí, seguir-se-á com o estudo da doutrina sobre o tema, passando para a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até o ano de 2008, quando houve uma alteração de posicionamento da Corte Suprema brasileira.

2.1 Previsão Constitucional

A possibilidade de prisão do depositário infiel está prevista no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal de 1988[4], que afirma que "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

[4] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 16 out. 2010.

A previsão constitucional, que veda a prisão por dívidas, existe no Brasil desde a Constituição de 1934[5], que em seu art. 113, nº 30, dispunha: "Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas".

Com exceção da Carta de 1937, as sucessivas Constituições do Brasil mantiveram tal previsão, sendo que a Constituição de 1946[6] iniciou a previsão das exceções à vedação de prisão civil, no art. 141, §32, que dizia "Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei".

O art. 150, §17, da Constituição do Brasil de 1967[7], continha disposição praticamente idêntica, afirmando que "Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel, ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar na forma da lei".

Com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, a chamada "Constituição de 1969" manteve a previsão em seu art. 153, §17, que assim garantia: "Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei".

A possibilidade de prisão do depositário infiel, prevista no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição brasileira de 1988, é comumente analisada em conjunto com outros artigos da Carta[8] Política de 1988 (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 702), tais como os §§ 1º a 4º, do art. 5º, da CF:

> §1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.
> §2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.
> §3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por

[5] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em 16 out. 2010.
[6] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em 16 out. 2010.
[7] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em 16 out. 2010.
[8] Utiliza-se a expressão "Carta" como sinônimo de "Constituição", ainda que, tecnicamente, seja possível distinguir os termos com base origem do Diploma Supremo. Segundo LENZA (2005, p. 45), "Constituição é o *nomen juris* que se dá à Lei Fundamental promulgada, democrática ou popular, que teve a sua origem por uma Assembléia Nacional Constituinte. Por outro lado, Carta é o nome reservado para aquela Constituição outorgada, imposta de maneira unilateral pelo agente revolucionário através de ato arbitrário e ilegítimo".

> três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.[9]
> §4º. O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

O art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que indica a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil é outro exemplo citado pela doutrina (PIOVESAN, 1997, p. 58). Outro artigo sempre lembrado é o art. 4º, inciso II, e parágrafo único, da CF (PIOVESAN, 1997, p. 66), que determina a prevalência dos direitos humanos como um princípio que rege as relações internacionais do Brasil: "Considerando a relevância que os direitos e garantias individuais possuem no ordenamento jurídico brasileiro, é bom lembrar o art. 60, § 4º, inciso IV, da CF, não admite, sequer, a deliberação de qualquer proposta de emenda constitucional tendente a aboli-los".

É também relevante citar o art. 105, inciso III, alínea "a", da CF, utilizado como argumento no sentido da hierarquia infraconstitucional dos tratados internacionais, já que são equiparados à lei federal e a competência para julgar a negativa de vigência de tais espécies normativas é do Superior Tribunal de Justiça. Segundo este artigo, "compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência".

No mesmo sentido da equiparação entre leis ordinárias e tratados internacionais, o art. 102, inciso III, alínea "b", da CF, dispõe que "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal".

2.2 Os tratados internacionais que vedam a prisão do depositário infiel

2.2.1 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966[10], adotado pela Resolução nº 2.200 A (XXI) da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e

[9] REZEK (2008, p. 102) chama esta regra de *cláusula holandesa* por analogia com o modelo prevalente nos Países Baixos. "Excepcional, provavelmente única, a Constituição holandesa, após a revisão de 1956, tolera, em determinadas circunstâncias, a conclusão de tratados derrogatórios do seu próprio texto, cuja promulgação é capaz de importar, por si mesma, uma reforma constitucional" (REZEK, 2008, p. 97).

ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992 (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 692, nota 517), promulgado pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, dispõe em seu art. 11: "Ninguém pode ser aprisionado pela única razão de que não está em situação de executar uma obrigação contratual".

2.2.2 O Pacto de São José da Costa Rica

Em 25 de setembro de 1992, o Brasil depositou carta de adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, que foi incorporada ao direito brasileiro através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992[11]. Neste Tratado Internacional houve previsão expressa acerca da prisão civil, em seu art. 7º, nº 7, que a limitou ao devedor de obrigação alimentar, dispondo que "Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar".

2.3 A legislação ordinária brasileira que admite a prisão civil

2.3.1 O Decreto-Lei nº 911, de 01 de outubro de 1969

O art. 4º do Decreto-Lei nº 911, de 01 de outubro de 1969[12], com a redação introduzida pela Lei nº 6.071, de 03 de julho de 1974, dispõe que "Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil".

Trata-se de norma criada sob a vigência da Constituição de 1969, que, como já visto, admitia a prisão do depositário infiel como exceção à regra da impossibilidade de prisão civil.

Esta lei não institui, propriamente, a prisão civil do depositário infiel, mas remete à aplicação do Código de Processo Civil que admite tal prisão, como abaixo será demonstrado. A citação desta lei é relevante, pois cria uma hipótese de *equiparação* entre o devedor fiduciante e o depositário, ou seja, atribui efeitos jurídicos a situações distintas como se fossem idênticas. Diante de tal equiparação, houve grande discussão acerca da constitucionalidade desta norma, como será demonstrado adiante, quando da análise da jurisprudência.

[10] Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_592_1992.htm>. Acesso em 21 nov. 2010.
[11] Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_678_1992.htm>. Acesso em 21 nov. 2010.
[12] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em 19 ago. 2010.

2.3.2 O Código Civil de 1916

O antigo Código Civil, aprovado pela Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916[13], admitia a prisão do depositário infiel, em seu art. 1.287, que dispunha: "Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo, mediante prisão não excedente a 1 (um) ano, e a ressarcir os prejuízos (art. 1.273)".

2.3.3 O novo Código Civil de 2002

O art. 652 do Novo Código Civil, aprovado pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002[14], praticamente repete a previsão do Código anterior, afirmando que "Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos".

2.3.4 O Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil brasileiro foi aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973[15] e sofreu uma série de alterações. Em seu texto, encontram-se várias previsões de prisão civil, como no art. 666, §3º, que, com a redação dada pela Lei nº 11.382/2006, dispõe sobre a prisão do depositário judicial infiel: "A prisão de depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito".

De igual forma, o art. 885 admite a prisão do devedor de título que não o restitui ou o sonega, bem como o art. 902, §1º, que trata da ação de depósito, admite a prisão, por até 01 (um) ano.

2.4 A doutrina acerca do tema

Para definir se as normas nacionais que admitem a prisão civil do depositário infiel são, ou não, vigentes na atualidade, há que se determinar qual a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. Melhor explicando: se a Constituição Federal admite a prisão civil do depositário infiel e uma lei nacional regulamenta tal previsão constitucional, estabelecendo os casos e as circunstâncias em que será decretada tal a prisão, não há dificuldades em concluir que a prisão civil do depositário infiel é possível. Mas, havendo norma

[13] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em 19 ago. 2010.
[14] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 19 ago. 2010.
[15] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em 19 ago. 2010.

posterior, proveniente de tratado internacional, que vede a prisão civil do depositário infiel, há que se verificar qual a hierarquia que referido tratado internacional adquire ao ser incorporado no direito brasileiro. Se o tratado tiver hierarquia constitucional, as normas infraconstitucionais nacionais contrárias ao tratado perderão sua fonte de validade e serão revogadas. Neste caso, ainda que uma lei posterior ao tratado seja editada, contrariando a norma do tratado, tal lei será nula por estar viciada de inconstitucionalidade. O exemplo é o seguinte: o art. 1.287 do Código Civil de 1916 admitia a prisão civil do depositário infiel. Tal previsão foi revogada pelo art. 7, nº 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que impede a prisão civil do depositário. Se este Pacto tiver hierarquia constitucional, o art. 652 do Novo Código Civil será inconstitucional por admitir tal prisão. Aplica-se, neste caso, o princípio da hierarquia na solução de conflito aparente de normas: lei superior revoga lei inferior.

No caso do tratado internacional ter hierarquia igual à de lei ordinária, é possível que o tratado que vede a prisão civil revogue a lei anterior com ele incompatível. Trata-se da aplicação do princípio de solução de incompatibilidades de leis no tempo: lei posterior revoga lei anterior. Mas, neste caso, o próprio tratado que revogou lei anterior poderá ser revogado por lei posterior. Eis o exemplo: o art. 7, nº 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) revogou o art. 1.287 do Código Civil de 1916. Mas o Novo Código Civil de 2002 revogou o art. 7, nº 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) por admitir, novamente, a prisão do depositário infiel.

Verifica-se, portanto, que a determinação da hierarquia normativa dos tratados internacionais, mormente nos casos de direitos humanos, é fundamental para a solução de casos como os acima citados. Assim, passa-se ao estudo da doutrina[16] sobre o tema.

2.4.1 Hierarquia supraconstitucional

[16] "A doutrina jurídica pode ser definida como o conjunto da produção intelectual dos juristas que se empenham no conhecimento teórico do direito. Trata-se dos ensinamentos e entendimentos de pessoas que possuem formação jurídica e se dedicam à análise de problemas de interpretação do direito" (DIMOULIS, 2003, p. 199). "[...] os escritos da doutrina não possuem formalmente força jurídica: são opiniões pessoais sobre a interpretação do direito em vigor. Mesmo assim, a doutrina continua sendo um elemento extremamente importante para o conhecimento e a aplicação do direito, porque os juristas reconhecidos exercem um considerável poder enquanto grupo social ('comunidade dogmática')" (Calsamiglia, 1986, p. 132-146, *apud* DIMOULIS, 2003, p. 200). "[...] a interpretação das normas legais, efetuada pelo jurista, quer na qualidade de cientista, quer na qualidade de técnico do Direito, influencia as decisões judiciais" (AMARAL, 2010, p. 55).

A doutrina acerca da hierarquia normativa dos tratados internacionais no direito interno brasileiro é muito variada. Autores entusiastas do Direito Internacional costumam defender o primado do direito internacional sobre o direito interno.

Na teoria do direito internacional existem as chamadas teorias dualista e monista, sendo que esta última se subdivide em monismo com primado no direito interno e monismo com primado no direito internacional (REZEK, 2002, p. 4; XAVIER, 2000, p. 106)[17].

De acordo com a teoria dualista, direito internacional e direito interno são duas ordens jurídicas distintas e independentes, por isso, para que uma norma de direito internacional seja aplicada no âmbito interno de um Estado, é necessária sua "transformação" em direito interno, incorporando-a ao seu sistema jurídico ("teoria da incorporação") (MELLO, 2000, p. 109-110). Já o monismo sustenta a existência de uma única ordem jurídica, podendo ter primazia o direito interno ou o direito internacional (MELLO, 2000, p. 111).

Para a corrente filiada ao monismo com primado no direito interno, o Estado seria absolutamente soberano, não se sujeitando a outro sistema jurídico que não tenha sido emanado de sua própria vontade. Assim, o direito internacional seria um "direito estatal externo" (MELLO, 2000, p. 111).

A corrente filiada ao monismo com primado no direito internacional, desenvolvida pela escola de Viena, sustenta que as normas de direito internacional têm predominância em relação às normas de direito interno (MELLO, 2000, p. 112).[18]

Como os internacionalistas costumam aderir à teoria monista com primado no direito internacional, há quem defenda a hierarquia supraconstitucional dos tratados internacionais de qualquer espécie, apoiando-se na Convenção de Havana sobre tratados (1928), ratificada pelo Brasil, que afirma que "os tratados continuarão a produzir os seus efeitos ainda que se modifique a constituição interna dos contratantes" (MELLO, 2000, p. 119)[19]. Outros autores

[17] Xavier (2000, p. 106, nota 30), cita Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, que "observam que a questão abstrata tem vindo a perder relevância, pois passou a receber solução expressa pelo direito internacional convencional e pelos textos constitucionais. Na ausência destes, a opção por uma ou outra posição andava intimamente ligada à posição que houvesse assumido quanto ao fundamento do direito internacional. Assim, os dualistas ou monistas com primado do direito interno são voluntaristas. Já os monistas do direito internacional têm uma posição antivoluntarista (normativistas, sociologistas, jusnaturalistas)".

[18] KELSEN (1998, p. 383 et seq.; 2000, p. 551) não adota uma das teorias sobre o monismo, por entender que a escolha não pode ser feita pela ciência do Direito, mas por preferências éticas e políticas. Segundo o jusfilósofo de Viena, "[u]ma pessoa cuja postura política é marcada pelo nacionalismo e pelo imperialismo estará naturalmente inclinada a aceitar a hipótese da primazia do Direito nacional. Uma pessoa cujas simpatias são pelo internacionalismo e pelo pacifismo estará inclinada a aceitar a hipótese da primazia do Direito internacional" (2000, p. 551).

[19] Admitindo a primazia de tratados internacionais de direitos humanos sobre normas da Constituição Federal brasileira, desde que mais favorável à vítima, veja-se PAGLIARINI, 2007, p. 386.

afirmam que "os tratados internacionais têm caráter *supralegislativo*, mas *infraconstitucional*, exceto em matéria de direitos e garantias, em que têm caráter *supraconstitucional*" (XAVIER, 2000, p. 119, destaques originais)[20].

A tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria. No Recurso Extraordinário nº 80.004, decidido em 1977, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. A grande maioria dos votos está fundamentada em autores antigos e dualistas, como é o caso de Triepel. Sustentar que a nossa Constituição é omissa nesta matéria significa apenas que a jurisprudência passa a ter um papel mais relevante, mas não que a jurisprudência possa ignorar a tendência atual do direito nesta matéria adotando uma concepção de soberania que desapareceu em 1919, pelo menos entre os juristas (MELLO, 2000, p. 119).

Sobre a teoria adotada no Brasil quanto aos tratados internacionais de direitos humanos, afirma MELLO:

> A Constituição de 1988 adota o dualismo ao fazer a incorporação do DI [Direito Internacional] no D. Interno, pelo menos em um setor determinado, ao estabelecer que os direitos do homem consagrados em tratados internacionais fazem parte do direito interno (MELLO, 2000, p. 119).

Ocorre que nem a doutrina é pacífica quanto a tese (monista ou dualista) adotada pela Constituição Federal de 1988, no art. 5º, §2º. Sobre essa norma, XAVIER afirma:

> O direito brasileiro consagra, pois, uma *cláusula geral de recepção automática plena* do direito internacional convencional, de harmonia com a visão monista. O direito internacional convencional vigora, assim, na ordem interna brasileira, por efeito da vinculação internacional do Estado brasileiro, e vigora na sua qualidade de direito internacional, não se dando uma "transformação" ou "ordem de execução", caso a caso, ou seja, entrando em vigor independentemente de conversão legal (*princípio da aplicabilidade direta e imediata*) (XAVIER, 2000, p. 117, destaques do autor).

Outro crítico da adoção da teoria dualista pela Constituição Federal é DALLARI, que afirma:

> Diversamente do que sustentam alguns doutrinadores, que vêem na existência do decreto-legislativo e do decreto presidencial evidência da

[20] Sobre o tema, XAVIER (2000, p. 119, nota 54) cita Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, que, ao analisarem a Constituição de Portugal, afirmam: "A.C.P. ao dizer que 'os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das regras aplicáveis do Direito Internacional' (art. 16, §1º) está, ainda que implicitamente, a conceder grau supraconstitucional a todo o Direito Internacional dos Direitos do Homem, tanto de fonte consuetudinária, como convencional. De fato, a expressão 'não excluem' não pode ter alcance meramente quantitativo: ela tem de ser interpretada como querendo significar também que, em caso de conflito entre as normas constitucionais e o Direito Internacional em matéria de direitos fundamentais, será este que prevalecerá".

> adoção de modelo dualista, tal não ocorre, pois referidos diplomas normativos são apenas receptivos e não constitutivos do direito; admitir-se, por hipótese, o contrário, ou seja, que o decreto do Congresso Nacional ou o decreto do Presidente da República sejam os diplomas que, na ótica dualista, dêem vida ao direito estabelecido no plano internacional, significaria admitir, em flagrante contradição com o princípio da reserva legal, que um decreto legislativo ou um decreto pudessem instituir, por exemplo, normas penais, já que há tratados com esse escopo em que o Brasil é parte (a *Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes*, entre outros). Tratados vigoram no Brasil como tal e têm ao menos força de lei, o que se comprova inclusive pelo presente debate em torno do seu posicionamento hierárquico, que não faria sentido em ambiente dualista, pois, nessa hipótese, a hierarquia que corresponderia às normas convencionais internacionais seria a mesma do diploma interno que as reproduzisse e assinalasse a vigência no território nacional (ou seja, no Brasil os tratados teriam sempre *status* hierárquico de decreto) (DALLARI, 2005, p. 88, nota 16).

Interessante registrar a observação realista de REZEK, acerca da teoria monista com primado no direito internacional:

> [...] o primado do direito das gentes sobre o direito nacional do Estado soberano é ainda hoje uma proposição doutrinária. Não há, em direito internacional positivo, norma assecuratória de tal primado. Descentralizada, a sociedade internacional contemporânea vê cada um de seus integrantes ditar, no que lhe concerne, as regras de composição entre o direito internacional e o de produção doméstica. Resulta que, para o estado soberano, a constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação da estatura da norma jurídica convencional. Dificilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. Assim, posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder (REZEK, 2002, p. 96).

Qualquer que seja a teoria (monista ou dualista) acerca da incorporação dos tratados internacionais ao direito interno, é certo que não se pode admitir a hierarquia supraconstitucional de um tratado. Nenhuma espécie normativa pode se sobrepor à Constituição Federal do Brasil. Isso porque a própria Carta Maior indica que os tratados internacionais têm hierarquia infraconstitucional, ao prever, no art. 105, inciso III, alínea "a", da CF, a competência para julgar a negativa de vigência de tais espécies normativas ao Superior Tribunal de Justiça, equipando-os à lei federal. Outra disposição constitucional a ser invocada é o art. 102, inciso III, alínea "b" da CF, que determina a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou

última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

O controle de constitucionalidade se fundamenta na rigidez constitucional, que "decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal" (SILVA, 2008, p. 45). Da rigidez emana o princípio da supremacia da constituição, que significa que a Lei Fundamental "se coloca no vértice do sistema jurídico do país", que é a "lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos" (SILVA, 2008, p. 45).

Ora, se um tratado pode ser declarado inconstitucional, como resultado da rigidez constitucional e da supremacia da Constituição, é evidente que um tratado não pode se sobrepor à Lei Maior, que lhe confere o próprio fundamento de validade interno.

Se o Tribunal, que exerce o papel de guardião da Constituição (art. 102, *caput*), pode declarar a inconstitucionalidade de tratado internacional, isso significa que, na hierarquização constitucional das fontes jurídicas, os tratados são inferiores à Constituição, não podendo derrogar ou ab-rogar previsões normativas dessa última. Em caso de incompatibilidade, a sanção será a inconstitucionalidade do tratado (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 44).

Pelas razões expostas, a teoria da hierarquia supraconstitucional deve ser rejeitada, sob pena de negativa de supremacia da Constituição.

2.4.2 Hierarquia constitucional

Outra corrente doutrinária, formada por defensores dos direitos humanos, pode bem ser representada por PIOVESAN, que, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentar o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, já considerava que os tratados internacionais de direitos humanos teriam natureza de norma constitucional, por força da previsão constante no art. 5º, § 2º, da CF (PIOVESAN, 1997, p. 82-83)[21]. Em reforço a esta tese, afirma que os direitos fundamentais teriam natureza materialmente constitucional (PIOVESAN, 1997, p. 84):

> A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo texto

[21] No mesmo sentido, MIRANDA, 2007, p. 59.

> constitucional. [...] Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado "bloco de constitucionalidade", densificando a regra constitucional positivada no parágrafo 2º, do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta (PIOVESAN, 1997, p. 85-86).

A visão de PIOVESAN é compartilhada por MIRANDA, que defende uma concepção material de direitos fundamentais, que independeria de sua previsão constitucional. Tal posicionamento, entretanto, é vinculado ao jusnaturalismo, que pretende a imutabilidade e a universalidade de tais direitos.[22]

Admitir que direitos fundamentais fossem em cada ordenamento aqueles que a sua Constituição, expressão de certo e determinado regime político, como tais definisse, seria o mesmo que admitir a não consagração, a consagração insuficiente ou a violação reiterada de direitos como à vida ou ao trabalho, a liberdade de crenças ou a participação na vida pública só porque de menor importância ou desprezíveis para um qualquer regime político; e a experiência, tanto na Europa dos anos 30 a 90 do século XX como doutros continentes, aí estaria a mostrar os perigos advenientes dessa maneira de ver as coisas (MIRANDA, 2008a, p. 11).

A utilização da doutrina portuguesa não é despropositada, pois a Constituição de Portugal possui previsão normativa similar à brasileira, dispondo em seu art. 16, nº 1, que "Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional".[23]

Segundo MIRANDA, o art. 16, nº 1, da Constituição portuguesa indica que a Lei Fundamental daquele país não elenca taxativamente os direitos fundamentais, fazendo uma "enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de novos direitos ou de novas faculdades de direitos para lá daquelas que se encontram definidas ou especificadas em cada momento" (MIRANDA, 2008a, p. 176), por isso, fala em "*cláusula aberta* ou de *não tipicidade* de direitos fundamentais" (MIRANDA, 2008a, p. 176).

Voltando ao caso brasileiro, PIOVESAN defende, ainda, que os tratados internacionais de direitos individuais seriam, inclusive, protegidos pelo art. 60, § 4º, da CF, constituindo cláusula pétrea, sendo impossível sua abolição ainda que por emenda constitucional (PIOVESAN, 1997,

[22] "Não excluímos – bem pelo contrário – o apelo ao Direito natural, o apelo ao valor e à dignidade da pessoa humana, a direitos derivados da natureza do homem ou da natureza do Direito" (MIRANDA, 2008a, p. 12).
[23] Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 04 nov. 2010.

p. 98). Apesar dessa característica, admite que tais tratados podem ser denunciados por parte do Estado signatário (PIOVESAN, 1997, p. 99), o que implicaria na supressão de tais direitos.

Mesmo após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, PIOVESAN continua a defender a hierarquia constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos. Na sua visão, a hierarquia constitucional seria garantida pelo § 2º do art. 5º da CF. O § 3º, incluído ao art. 5º, "objetiva, ao seu modo, responder à polêmica doutrinária e jurisprudencial concernente à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos" (PIOVESAN, 2005, p. 71). Reconhecendo que "seria mais adequado que a redação do aludido § 3º ao art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados" (PIOVESAN, 2005, p. 71), a autora entende que mesmo os tratados de direitos humanos já ratificados antes da EC 45/2004 – e, portando, não aprovados com o *quorum* previsto no art. 5º, § 3º, da CF – são materialmente constitucionais. A diferença seria a seguinte: enquanto todos os tratados internacionais de direitos humanos já são *materialmente* constitucionais, por força do art. 5º, § 2º, da CF, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados na forma prevista pelo § 3º do art. 5º da CF, são *material* e *formalmente constitucionais* (PIOVESAN, 2005, p. 72).

> [...] O *quorum* qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro formalmente constitucional. Na hermenêutica dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. Isto porque não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quorum* de aprovação. A título de exemplo, destaque-se que o Brasil é parte da Convenção contra a tortura desde 1989, estando em vias de ratificar seu Protocolo Facultativo. Não haveria qualquer razoabilidade se a este último – tratado complementar e subsidiário ao principal – fosse conferida hierarquia constitucional, enquanto ao instrumento principal fosse conferida hierarquia meramente legal. Tal situação importaria em agudo anacronismo do sistema jurídico (PIOVESAN, 2005, p. 72).

A diversidade de regimes entre as duas categorias de tratados implica em consequências quanto à possibilidade de denúncia por parte do Estado signatário. Enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser denunciados pelo Estado signatário, os tratados material e formalmente constitucionais que tratem de direitos e garantias individuais não podem ser denunciados, pois os direitos consagrados nestes tratados seriam resguardados pelo art. 60, § 4º, da CF, constituindo cláusula pétrea (PIOVESAN, 2005, p. 73).

Esse não foi o entendimento de DALLARI, que, ao analisar a omissão do § 3º do art. 5º, quanto aos tratados internacionais de direitos humanos anteriores à EC 45/2004, afirma:

> Essa omissão não é desprovida de conseqüências, pois, além de o Congresso Nacional não atribuir expressamente dimensão constitucional aos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda 45, a nova exigência de maior quórum na provação legislativa acaba aparentemente por endossar a interpretação de que as disposições do § 2º do art. 5º, vigentes desde a promulgação da Constituição, em 1988, não teriam o condão, por si sós, de gerar para os tratados nessa matéria os efeitos de norma da Constituição. Tal condição só ocorreria daqui em diante e desde que atendidas as exigências do novo § 3º, do art. 5º. Assim, paradoxalmente, a adoção, pelo Congresso Nacional, de preceito a princípio voltado a conferir maior relevância a tratados internacionais de direitos humanos, acabou por comprometer seriamente a tese, mais favorável à promoção dos direitos humanos, de que os tratados nessa matéria já teriam *status* constitucional (DALLARI, 2005, p. 91).

A tentativa de solucionar a questão, conferindo hierarquia *materialmente* constitucional aos tratados de direitos humanos aprovados nos termos do art. 5º, § 2º da CF e hierarquia *material* e *formalmente* constitucional aos tratados de direitos humanos aprovados nos termos do art. 5º, § 3º da CF (aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros) carece de sentido prático.

A Constituição Federal do Brasil é formal (LENZA, 2005, p. 47), ou seja, só é constitucional "o que estiver inserido na Carta Maior, seja em razão do trabalho do Poder Constituinte Originário, seja pela introdução de novos elementos através de emendas, desde que observadas as regras colocadas pelo Originário" (LENZA, 2005, p. 43). Em outras palavras, "somente o critério formal poderá indicar se uma norma é ou não constitucional" (PALU, 2001, p. 41).

A única conceituação de Constituição relevante é a formal[24]:

> Dentre todas as conceituações de Constituição, a mais relevante para o direito é aquela calcada no critério formal. Isto porque as classificações, as categorizações ou as conceituações apenas apresentam relevância diante do direito, na medida em que a elas se faça corresponder um regime jurídico próprio, vale dizer, um feixe de normas pertinentes. Abandonando este princípio metodológico, nada nos impedirá de classificar os Textos Constitucionais em função dos mais abstrusos critérios (tamanho, cor etc.). Tal atividade, entretanto, se por um lado pode apresentar-se como em si mesma espiritualmente gratificante, do ponto de vista prático nenhuma valia ofereceria, posto que em nada facilitaria o aclaramento da funcionalidade do sistema (BASTOS, 2000, p. 48).

[24] "Constituição, sob o aspecto formal, é um conjunto de normas jurídicas elaboradas de maneira especial e solene. Juridicamente, é esse o conceito mais relevante para o Direito positivo brasileiro" (TAVARES, 2002, p. 57). "A partir desta noção, não posso distinguir, na Constituição, normas material e formalmente constitucionais. Porque a matéria não importa, na medida em que uma norma de primeiro escalão ou grau não pode, qualquer que seja seu conteúdo, ser contrariada por uma norma de escalão ou grau inferior" (AMARAL, 2010, p. 97).

Assim, ainda que se reconheça que um tratado seja *materialmente* constitucional, mas não *formalmente* constitucional, referido tratado não poderá servir de parâmetro de controle de constitucionalidade de normas.

Isso quer dizer que as normas internacionais de direitos humanos só serão recepcionadas como direito constitucional interno, *formal*, se o decreto legislativo que as referendarem for aprovado nas condições indicadas, de acordo com o processo de formação de emendas constitucionais, previsto no art. 60 da Constituição. *Direito constitucional formal*, dissemos, porque só nesse caso adquirem a supremacia própria da Constituição, pois de *natureza constitucional material* o serão sempre, como o são todas as normas sobre direitos humanos. A diferença importante está aí: as normas infraconstitucionais que violarem as normas internacionais acolhidas na forma daquele § 3º são inconstitucionais, e ficam sujeitas ao sistema de controle de constitucionalidade na via incidente como na via direta; as que não forem acolhidas desse modo, ingressam no ordenamento interno no nível da lei ordinária e eventual conflito se resolverá, no nosso entender, pelo modo de apreciação da relação entre *lei especial* e *lei geral* (SILVA, 2008, p. 183, destaques do autor).

Em outras palavras, qualificar uma norma de materialmente constitucional é algo que pode ter valor meramente acadêmico, mas não implica na superioridade hierárquica desta mesma norma, pois a hierarquia decorre do critério formal.

Os tratados internacionais de direitos humanos são qualificados por alguns autores como "materialmente constitucionais" (PIOVESAN, 2005, p. 72; MORAES, 2005, p. 53). Esse termo pode gerar equívocos. Os direitos humanos internacionalmente garantidos integram a matéria tradicionalmente contemplada pelas Constituições escritas e ensinada pelos constitucionalistas. Nesse sentido, os referidos direitos humanos têm qualidade "materialmente constitucional", tal como pode ser "materialmente constitucional" qualquer decreto ou portaria que regulamente temas de direitos fundamentais. Ora, essa qualidade só apresenta interesse doutrinário, indicando que o constitucionalista se interessa por essas normas, e não influencia a força jurídica das normas em pauta, questão essa exclusivamente formal, isto é, de hierarquia das normas jurídicas que resulta da posição de cada dispositivo no ordenamento jurídico, independentemente de sua classificação "material" em determinado ramo do direito (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 46, nota 35).

Outro expoente da doutrina da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos é TRINDADE, autor da proposta de inclusão do § 2º ao art. 5º da Constituição Federal:

> O artigo 5(2) da Constituição Brasileira de 1988, – tal como relatamos em nosso livro *A proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): As Primeiras Cinco Décadas*, – resultou de proposta que apresentamos, na época como Consultor Jurídico do Itamaraty, à Assembléia Nacional Constituinte, em audiência pública do dia 29 de abril de 1987, tal como consta das *Atas das Comissões da Assembléia Nacional Constituinte*. Nossa esperança, na época, era no sentido de que esta disposição constitucional fosse consagrada concomitantemente com a pronta adesão do Brasil aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e à Convenção Americana sobre Diretos Humanos, – o que só se concretizou meia década depois, em 1992 (TRINDADE, 2003, p. 512).

Cumpre observar que a intenção do legislador não integra o conteúdo da lei, ou seja, a lei aprovada adquire autonomia em relação ao seu idealizador. Não se prestigia a tese subjetivista da *voluntas legislatoris*, segundo a qual o significado de uma regra deveria seguir "a vontade que lhe pretendeu imprimir o legislador constituinte" (BASTOS, 1999, p. 118).

A busca da vontade do legislador histórico está de certa forma superada atualmente. É que se trata de tese pouco democrática e de escassa importância. Mais do que isso, interporia-se (*sic*) entre a interpretação e a aplicação do Direito um obstáculo de ordem intransponível, visto que não é tarefa jurídica a de adentrar-se na psique alheia. Não se pode querer reproduzir os meandros da mente do legislador, mesmo porque nos regimes democráticos, são muitos os legisladores, quase sempre reunidos em colegiados em que são apresentadas inúmeras modificações aos projetos originários. Tal constatação torna este enunciado uma meta praticamente intangível (BASTOS, 1999, p. 119).

Outra não é a lição de KELSEN:

> Já que o estatuto passa a existir quando se completa o procedimento legislativo, sua "existência" não pode consistir na vontade real dos indivíduos pertencentes ao órgão legislativo. Um jurista que deseja demonstrar a existência de uma lei não tenta, de modo algum, provar a existência de fenômenos psicológicos. A "existência" de uma norma jurídica não é um fenômeno psicológico (KELSEN, 2000, p. 46-47).

Ao contrário do subjetivismo, a teoria objetivista "gira ao redor da lei, do texto, 'da palavra que se fez vontade'" (BONAVIDES, 2008, p. 454).

A lei que se desprende do legislador não só se formula como adquire autonomia para seguir com seu conteúdo um curso autônomo, amoldando-se, na totalidade e unidade do sistema jurídico, àquelas exigências impostas segundo as circunstâncias e as necessidades do processo de evolução do direito (BONAVIDES, 2008, p. 454).

Os objetivistas no campo do Direito Público, nomeadamente do Direito Constitucional moderno, formam já uma corrente respeitável de intérpretes, talvez a que mais pese entre os constitucionalistas (BONAVIDES, 2008, p. 455).

Segundo TRINDADE, os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos têm caráter especial e hierarquia constitucional:

> O disposto no artigo 5(2) da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei 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 passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direita e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno (TRINDADE, 2003, p. 513).

Esse mesmo autor reconhece, entretanto, que a hierarquia entre normas de tratados e de direito interno "resultam de critérios valorativos e da discricionariedade dos constituintes nacionais, variando, pois, de país a país" e que isso não ocorre "em razão da natureza intrínseca da norma jurídica" (TRINDADE, 2003, p. 515). Desta forma, o autor aceita o fato de que cada país pode conceder às normas de tratados internacionais de direitos humanos a hierarquia que bem entender, ressaltando, o fato de ser uma tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tais tratados (TRINDADE, 2003, p. 515).

Quanto à questão de primazia do direito internacional ou do direito interno, TRINDADE afirma que a "primazia é da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno" (2003, p. 542).

O valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem, é por essa razão que a análise da ruptura – o hiato entre o passado e o futuro, produzido pelo esfacelamento dos padrões da traição ocidental – passa por uma análise da crise dos direitos humanos, que permitiu o "estado totalitário da natureza". Este "estado da natureza" não é um fenômeno externo, mas

interno à nossa civilização, geradora de selvageria, que tornou o homem sem lugar no mundo (LAFER, 2001, p. 118).

TAVARES (2005a, p. 47), ao analisar o § 3º, incluído ao art. 5º da CF, através da Emenda Constitucional nº 45/04, afirma que seriam possíveis, no mínimo, duas leituras quanto aos tratados celebrados anteriormente à Emenda e já internalizados pelo rito anterior: "(i) permanecerem com *status* próprio do veículo que os internalizou, ou seja, mantêm o patamar de lei; (ii) passarem automaticamente a ter *status* de emenda constitucional, numa espécie de recepção". E conclui:

> Assim, se a nova "regra" constitucional continua a permitir que os tratados e, agora, também as convenções, versando (e adotando) direitos humanos, possam ser incorporados ao Direito positivo brasileiro, há total compatibilidade com esses documentos que, anteriormente, já haviam sido editados como Direito vigente no Brasil. Só que, a partir de então, seu status passará, automaticamente, a ser o de emenda constitucional (pois, necessariamente, nesses casos, o de norma constitucional), não só porque não poderão ser alterados senão por nova emenda, mas também porque não poderão ser abolidos ou restringidos, em hipótese alguma (proibição de retrocesso) (TAVARES, 2005a, p. 48).[25]

Como foi demonstrado, a tese da hierarquia constitucional não convence, ao menos após a inclusão do § 3º ao art. 5º, da CF, pela EC 45/2004, pois além de propor uma leitura teleológica da previsão normativa, desconsidera a exigência constitucional de quórum qualificado para a equivalência às emendas constitucionais.

2.4.3 Hierarquia supralegal

Há quem defenda que os tratados internacionais de direitos humanos, ainda que não aprovados pelo quórum qualificado, previsto no art. 5º, § 3º da CF, teria hierarquia supralegal e infraconstitucional, já que os direitos fundamentais se situariam "no ápice de todo o ordenamento jurídico" (SARLET, 2007, p. 88; MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 692-710).

Tendo em vista que a tese da supralegalidade foi defendida pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto proferido no RE 466.343-SP, as críticas a tal teoria serão formuladas no item 3.6.1.

2.4.4 Hierarquia equivalente à da lei ordinária

[25] No mesmo sentido, de que os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro antes da EC 45/2004 teriam hierarquia constitucional, veja-se REZEK, 2008, p. 103.

Para outra parte da doutrina, os tratados internacionais podem ser de duas categorias, observada a atual redação do art. 5º, §§ 2º e 3º da CF. No caso de tratados que versem sobre direitos humanos e sejam aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, terão hierarquia de emenda constitucional. Caso não tratem de direitos humanos ou não tenham sido aprovados com o quórum qualificado do § 3º do art. 5º da CF, terão hierarquia equivalente à das leis ordinárias (AGRA, 2008, p. 227; MORAES, 1997, p. 293).

Antes da EC 45 de 2004, os tratados internacionais eram independentemente de seu objeto e conteúdo, incorporados mediante ato do Congresso Nacional (Decreto Legislativo) que ratificava tratado celebrado pelo Presidente da República (art. 49, I e 84, VIII, da CF), sendo em seguida editado um Decreto presidencial, apesar da ausência de previsão normativa constitucional em relação a este último.

Essa forma de aprovação deixava claro que todos os tratados internacionais tinham posição hierárquica igual à das leis ordinárias. Se para a incorporação do tratado é necessário e suficiente o voto da maioria simples dos membros do poder legislativo federal com posterior concordância do Presidente da República, como aceitar que uma lei posterior, que também emana da vontade da maioria do Congresso Nacional e deve ser promulgada pelo Presidente da República, não tivesse a capacidade formal de modificar as previsões do tratado?

Tem-se aqui uma típica situação de paralelismo nas formas de criação do direito: "quem faz pode desfazer", o que torna juridicamente impossível afirmar que o tratado internacional incorporado ao direito interno não possa sofrer modificações mediante decisão das autoridades que lhe conferiram validade jurídica (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 45).

Esta interpretação é a que melhor se identifica com o texto constitucional, que não expressou qualquer pretensão de atribuir valor superior aos tratados internacionais de direitos humanos, salvo se aprovados com quórum de emenda constitucional.

2.5 A jurisprudência dominante no STF até 2008

Durante a vigência da Constituição de 1937, já havia, no Supremo Tribunal Federal, quem defendesse a supremacia dos tratados e convenções internacionais sobre as normas internas infraconstitucionais. Veja-se, por exemplo, o seguinte trecho do voto do Ministro Relator Philadelpho de Azevedo, no julgamento da Apelação Cível nº 7.872/RS:

> Chegamos, assim, ao ponto nevrálgico da questão – a atuação do tratado, como lei interna, no sistema de aplicação do direito no tempo, segundo o equilíbrio de normas, em regra afetadas as mais antigas pelas mais recentes.
> O Ministro Carlos Maximiliano chegou a considerar o ato internacional de aplicação genérica no espaço, alcançando até súditos de países a ele estranhos, quando tiver a categoria do Código, como o conhecido pelo nome Bustamente (voto in Direito, vol. 8, p. 329).
> Haveria talvez aí um exagero, interessando, antes, examinar, em suas devidas proporções, o problema do tratado no tempo, sendo claro que ele, em princípio, altera as leis anteriores, afastando sua incidência, nos casos especialmente regulados.
> A dificuldade está, porém, no efeito inverso, último aspecto a que desejávamos atingir – o tratado é revogado por leis ordinárias posteriores, ao menos nas hipóteses em que o seria uma outra lei?
> A equiparação absoluta entre a lei e o tratado conduziria à resposta afirmativa, mas evidente o desacerto de solução tão simplista, ante o caráter convencional do tratado, qualquer que seja a categoria atribuída às regras de direito internacional.
> Em países em que ao Judiciário se veda apreciar a legitimidade de atos do legislativo ou do executivo se poderia preferir tal solução, deixando ao Governo a responsabilidade de se haver com as potências contratantes que reclamarem contra a indevida e unilateral revogação de um pacto por lei posterior; nunca, porém, na grande maioria das nações em que o sistema constitucional reserva aquele poder, com ou sem limitações.
> Na América, em geral, tem assim força vinculatória a regra de que um país não pode modificar o tratado, sem o acordo dos demais contratantes [...]
> (Supremo Tribunal Federal, Apelação Cível nº 7.872/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Philadelpho de Azevedo, j. 11.10.1943).

No mesmo sentido, e sob a vigência da mesma Constituição de 1937, o Ministro Lafayette de Andrada defendeu a *especialidade* dos tratados internacionais em relação às leis internas de cada país, afirmando que "[...] os tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitos às leis gerais de cada país, porque, em regra, visam justamente a exclusão dessas mesmas leis" (Supremo Tribunal Federal, Apelação Cível nº 9.587/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Lafayette de Andrada, j. 21.08.1951).

O Supremo Tribunal Federal admitia a prisão do depositário infiel, mesmo após a adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), como se verifica nos seguintes Acórdãos:

> "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida.

> (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 72.131/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.11.1995, DJ 01.08.2003)
>
> PRISÃO CIVIL – REGRA – EXCEÇÕES – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – VIABILIDADE. Na dicção da ilustrada maioria dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, em relação à qual guardo reservas, dentre as exceções à regra segundo à qual não haverá prisão civil por dívidas está a decorrente de relação jurídica formalizada sob a nomenclatura alienação fiduciária em garantia.
> (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 72.183/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.02.1996, DJ 22.11.1996)
>
> PRISÃO CIVIL – DÍVIDAS – SUBISISTÊNCIA 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.
> (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 74.383/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 22.10.1996, DJ 27.06.1997)
>
> EMENTA: PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL. LEGITIMIDADE. ART. 5º, INC. LXVII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do "Habeas corpus" 72.131 (Plenário, 23.11.95), decidiu ser legítima a prisão do devedor fiduciante que não cumpre o mandado judicial para entregar a coisa ou seu equivalente em dinheiro, tendo em vista que houve recepção do Decreto-Lei nº 911/69 pela Carta Política atual. Recurso extraordinário conhecido e provido.
> (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 206.086/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 12.11.1996, DJ 07.02.1997).

Em 1997, foi julgada a ADI-MC nº 1.480/DF, na qual o STF decidiu que a solução normativa para a questão da incorporação dos tratados internacionais, mesmo dos que tratam de direitos fundamentais, deveria ser encontrada na Constituição da República, sendo que tais tratados ou convenções internacionais teriam a mesma hierarquia das leis ordinárias e não de leis complementares:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONVENÇÃO Nº 158/OIT – PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA – ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) – POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 – REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR – CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) – CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) – CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA

APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS – POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO – PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em conseqüência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro – não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O poder Judiciário – fundado na supremacia da Constituição da República – dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a

> solução do conflito, a aplicação do critério cronológico ("*Lex posterior derogat priori*") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.
> (Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar nº 1.480-3/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04.09.1997).

A partir do julgamento da ADI-MC 1.480/DF a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi consolidada, sendo pacífica a orientação de que os tratados internacionais não impediam a prisão do depositário infiel, ainda que nos casos de contrato de alienação fiduciária em garantia, como se verifica, a título exemplificativo, dos seguintes Acórdãos:

> EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E PENAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DEPOSITÁRIO INFIEL: PRISÃO CIVIL. "HABEAS CORPUS". No julgamento do "H.C." 72.131, o plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o Decreto-Lei nº 911/69 foi recepcionado pela Constituição federal de 1988, inclusive no ponto em que admite prisão civil do alienante fiduciante, quando se torne depositário infiel, como ali previsto.
> (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 74.875/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 18.02.1997, DJ 11.04.1997).

> EMENTA: "HABEAS-CORPUS". PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. MOTIVO DE FORÇA MAIOR: APROPRIAÇÃO INDÉBITA DO BEM DEPOSITADO. 1- A Constituição proíbe a prisão civil por dívida, mas não a do depositário que se furta à entrega de bem sobre o qual tem a posse imediata, seja o depósito voluntário ou legal (art. 5º, LXVII). 2- Os arts. 1º (art. 66 da Lei nº 4.728/65) e 4º do Decreto-lei nº 911/69, definem o devedor alienante fiduciário como depositário, porque o domínio e a posse direta do bem continuam em poder do proprietário fiduciário ou credor, em face da natureza do contrato. 3- Comprovado que o bem adquirido por alienação fiduciária em garantia foi objeto de apropriação indébita, configura constrangimento ilegal o decreto de prisão como depositário infiel. 4- "Habeas-Corpus" deferido.
> (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 77.053/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 23.06.1998, DJ 04.09.1998).

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECRETO-LEI 911/69. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO CIVIL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE A RECORRER DA DECISÃO QUE CONCEDE HABEAS-CORPUS. 1. Habeas-corpus. Concessão. Ministério Público. Legitimidade a recorrer da decisão. Precedente. 2. O Decreto-lei 911/69 foi recebido pela nova ordem constitucional e a equiparação do devedor fiduciante ao depositário infiel não afronta a Carta da República, sendo legítima a prisão civil daquele que descumpre, sem justificativa, ordem judicial a entregar a coisa ou seu equivalente em dinheiro, nas hipóteses autorizadas por lei. Recurso extraordinário conhecido e provido.
> (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 206.482/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 27.05.1998, DJ 05.09.2003).

> EMENTA: Habeas corpus. - 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 artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derrogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre a prisão civil do depositário infiel. - A essas considerações, acrescenta-se outro fundamento de ordem constitucional para afastar a pretendida derrogação do Decreto-Lei nº 911/69 pela interpretação dada ao artigo 7º, item 7º, desse Pacto. Se se entender que esse dispositivo, que é norma 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 permite impô-las quando ocorrer inadimplemento de obrigação alimentar ou infidelidade de depositário. *Habeas corpus* indeferido.
> (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 79.870/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 16.05.2000, DJ 20.10.2000).

No final do ano 2002, seguindo a doutrina de Cançado Trindade e de Flávia Piovesan, o Ministro Sepúlveda Pertence já atribuía, "sem certezas suficientemente amadurecidas", força *supralegal* aos tratados internacionais de direitos humanos, como se vê em trecho de seu voto condutor no RHC 79.785/RJ:

> Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim – aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade [...] e pela ilustrada Flávia Piovesan [...] – a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a completarem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.
> (Supremo Tribunal Federal, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 79.785-7/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.03.2000, DJ 22.11.2002).

Mas o entendimento defendido pelo Ministro Sepúlveda Pertence ainda era isolado, sendo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permanecia admitindo a prisão civil do depositário infiel. Nesse sentido:

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECRETO-LEI 911/69. INCOMPATIBILIDADE COM A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO CIVIL. LEGITIMIDADE.
> 1. O Decreto-lei 911/69 foi recebido pela nova ordem constitucional e a equiparação do devedor fiduciário ao depositário infiel não afronta a Carta da República, sendo legítima a prisão civil do devedor fiduciante que descumpre, sem justificativa, ordem judicial a entregar a coisa ou seu equivalente em dinheiro, nas hipóteses autorizadas por lei. 2. Prisão civil de depositário do bem. Descabimento, em caso de roubo. Não é depositário infiel de um bem alienado fiduciariamente, se este lhe é posteriormente roubado. Precedente. Agravo regimental não provido.

(Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 350.996/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 17.12.2002, DJ 04.04.2003).

No ano de 2002, o Supremo Tribunal Federal proferiu uma interessante decisão no HC 81.319/GO. Ainda que tenha mantido a orientação de possibilidade da prisão civil do depositário infiel, o Tribunal Pleno confirmou a decisão proferida na ADI-MC 1.480/DF, mas sinalizou que seria "altamente desejável", que, à semelhança do direito constitucional comparado, o Congresso Nacional viesse a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos celebrados pelo Estado brasileiro:

EMENTA: "HABEAS CORPUS" – IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO, QUE, PROFERIDA POR MINISTRO-RELATOR, NÃO FOI SUBMETIDA À APRECIAÇÃO DE ÓRGÃO COLEGIADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ADMISSIBILIDADE – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL – INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS) – CONCESSÃO DE "HABEAS CORPUS" DE OFÍCIO, PARA DETERMINAR QUE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, AFASTADA A PREJUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º DO DECRETO-LEI Nº 911/69, ANALISE AS DEMAIS ALEGAÇÕES DE DEFESA SUSCITADAS PELO PACIENTE. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE. - A prisão civil do devedor fiduciante, nas condições em que prevista pelo DL 911/69, reveste-se de plena legitimidade constitucional e não transgride o sistema de proteção instituído pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Precedente. OS TRATADOS INTERNACIONAIS, NECESSARIAMENTE SUBORDINADOS À AUTORIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NÃO PODEM LEGITIMAR INTERPRETAÇÕES QUE RESTRINJAM A EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS INCONSTITUCIONAIS. - A possibilidade jurídica de o Congresso Nacional instituir a prisão civil no caso de infidelidade depositária encontra fundamento na própria Constituição da República (art. 5º, LXVII). A autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental do Estado, considerada a supremacia absoluta de que se reveste o estatuto político brasileiro, não se expõe, no plano de sua eficácia e aplicabilidade, a restrições ou a mecanismos de limitação fixados em sede de tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos). - A ordem constitucional vigente no Brasil – que confere ao Poder Legislativo explícita autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (art. 5º, LXVII) – não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante tratado ou convenção internacional, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República. A ESTATURA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS: UMA DESEJÁVEL QUALIFICAÇÃO JURÍDICA A SER ATRIBUÍDA "DE JURE CONSTITUENDO", A TAIS CONVENÇÕES CELEBRADAS PELO BRASIL. - É irrecusável que os tratados e convenções internacionais não podem transgredir a normatividade subordinante da Constituição da República nem dispõem de força normativa para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais e dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental (ADI

> 1.480/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). - Revela-se altamente desejável, no entanto, "de jure constituendo", que, à semelhança do que se registra no direito constitucional comparado (Constituições da Argentina, do Paraguai, da Federação Russa, do Reino dos Países Baixos e do Peru, v.g.), o Congresso Nacional venha a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos celebrados pelo Estado brasileiro. Considerações em torno desse tema.
> (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 81.319/GO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24.04.2002, DJ 19.08.2005).

Verifica-se que, com tal decisão, o Supremo Tribunal Federal admitia que, para se atribuir hierarquia constitucional ou supralegal aos tratados e convenções de direitos humanos seria necessária uma alteração no Texto Constitucional de 1988, através de emenda constitucional.

Até aqui foi visto que a prisão civil do depositário infiel, *nos contratos de alienação fiduciária em garantia*, era admitida pelo Supremo Tribunal Federal. Obviamente que nos casos de depósito judicial, utilizado como "meio coercitivo para se obter a execução da obrigação de restituir o depósito" (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 68.609/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 01.07.1991, DJ 30.08.1991), a prisão civil também era admitida:

> *HABEAS CORPUS* – DEPOSITÁRIO JUDICIAL – INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA – PRISÃO CIVIL – LEGITIMIDADE – SÚMULA 619/STF – PEDIDO INDEFERIDO
> (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 71.038/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15.03.1994, DJ 13.05.1994).

Aliás, a prisão civil do depositário *judicial* é exatamente aquela contemplada na exceção prevista no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição de 1988, conforme interessante observação feita pelo Ministro Francisco Rezek no voto proferido no HC 74.383/MG:

> [...] Os mesmos civilistas que, mais tarde, ludibriando a Constituição, inventaram as figuras do depósito voluntário, materializada naquela situação que todos nós entendemos: a de alguém que recebe, por exemplo, pela confiança do juiz, os bens da viúva ou do órfão para que os guarde fielmente e os devolva um dia; e que quando chamado a devolvê-los, de modo insolente, intolerável, os sonega. Este é o depositário infiel de que fala a tradição dos próprios civilistas, que um dia degeneraram na produção de burlas à Constituição. Este é o depositário infiel de que fala a Carta de 1988, no inciso LXVII do rol de direitos. Esse é o depositário infiel cuja prisão o constituinte brasileiro, embora avesso à prisão por dívida, tolera, Nunca – e me bastaria o texto da Carta para ao poder admiti-lo – se dirá que o depositário infiel a que se refere a Carta, como exceção possível ao mandamento que proíbe prisão por dívida, seja aquele falso depositário produzido por legislação ordinária no Brasil dos anos recentes (por sinal, os menos brilhantes da nossa história política, constitucional e legislativa). Toda norma que, no direito ordinário, quer mascarar de depositário que na realidade não o é, agride a Constituição.

(Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 74.383/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22.10.1996, DJ 27.06.1997).

Verifica-se, portanto, que, se existia alguma dúvida acerca da possibilidade de prisão do depositário infiel, em caso de alienação fiduciária em garantia, ante o fato de que o Decreto-Lei nº 911/69 teria feito uma extensão da figura do depositário infiel a um contrato que em nada se assemelha com o contrato de depósito típico – como criticado pelo Ministro Francisco Rezek no HC 74.373/MG –, não havia dúvidas semelhantes no caso do depositário judicial, por se tratar de um caso de depósito típico.

E M E N T A: HABEAS CORPUS - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL QUE, SEM JUSTO MOTIVO, DEIXA DE RESTITUIR OS BENS PENHORADOS – INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA CARACTERIZADA - POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL NO ÂMBITO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DA PROPOSITURA DE AÇÃO DE DEPÓSITO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS) - RECURSO IMPROVIDO. PRISÃO CIVIL, DEPOSITÁRIO JUDICIAL DE BENS PENHORADOS E INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA. - O depositário judicial de bens penhorados, que é responsável por sua guarda e conservação, tem o dever ético-jurídico de restituí-los, sempre que assim for determinado pelo juízo da execução. O desvio patrimonial dos bens penhorados, quando praticado pelo depositário judicial *ex voluntate propria* e sem autorização prévia do juízo da execução, caracteriza situação configuradora de infidelidade depositária, apta a ensejar, por si mesma, a possibilidade de decretação, no âmbito do processo de execução, da prisão civil desse órgão auxiliar do juízo, independentemente da propositura da ação de depósito. Precedentes. A QUESTÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL E A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. - A ordem constitucional vigente no Brasil - que confere ao Poder Legislativo explícita autorização a disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (art. 5º, LXVII) - não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante tratado ou convenção internacional, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República. Precedentes. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, além de subordinar-se, no plano hierárquico-normativo, à autoridade da Constituição da República, não podendo, por isso mesmo, contrariar o que dispõe o art. 5º, LXVII, da Carta Política, também não derrogou - por tratar-se de norma infraconstitucional de caráter geral (*lex generalis*) – a legislação doméstica de natureza especial (*lex specialis*), que, no plano interno, disciplina a prisão civil do depositário infiel.
(Supremo Tribunal Federal, Recurso em *Habeas Corpus* nº 80.035/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 21.11.2000, DJ 17.08.2001).

Se estivesse superada a questão equiparação do devedor-fiduciante (Decreto-Lei nº 911/69) à figura do depositário infiel, pareceria, em uma análise preliminar, que não haveria motivos para distinguir entre um depositário infiel no caso de uma relação jurídica de direito privado (depósito contratual, por exemplo) e um depositário infiel em caso de depósito

judicial. Mas tal distinção apareceu como preocupação do Ministro Relator Menezes Direito, nos debates realizados durante o julgamento do HC 92.541/PR, preocupação, aliás, que foi acompanhada pelos Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Veja-se o seguinte trecho dos debates:

> DEBATES
> O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Senhor Presidente, sei que está em curso, no Pleno, o julgamento da questão do depositário infiel. No Superior Tribunal de Justiça, nós liberamos com a interpretação do Pacto de São José da Costa Rica; fiquei, lá, vencido porque mantinha jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.
> Sempre defendi, no STJ, que se o Supremo Tribunal Federal decidiu, não tínhamos mais de questionar. Esse processo relativo ao depositário infiel foi levado por duas vezes à Corte Especial do Tribunal, provocados os processos na Corte pela Terceira Turma, que eu tinha a honra e a alegria de integrar. Nas duas vezes em que a Terceira Turma levou ao Órgão Especial, entendeu de enfrentar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e afastar a prisão do depositário judicial.
> Quando vim para cá, verifiquei que já estava no Pleno uma mudança dessa jurisprudência, com cinco ou seis votos já encaminhados no sentido de uma reinterpretação do Pacto de São José da Costa Rica. Sou obediente à jurisprudência.
> Sempre que seja possível encontrarmos uma outra saída, o fazemos, mas normalmente se segue a jurisprudência.
> Agora, a minha dificuldade é a seguinte. Entendo até que se possa dar essa interpretação com relação ao Pacto de São José da Costa Rica no que diz com o depositário infiel, mas com o depositário judicial? Que é o que me parece, embora aquele precedente que esteja em curso no Pleno refira-se, se bem tenho lembrança, ao depositário infiel, há entendimento de que essa decisão alcançaria o depositário judicial. Mas será possível que nós vamos deixar o depositário judicial? Isso é uma afronta à decisão judicial.
> Então, este caso que trago refere-se ao depositário judicial, não ao depositário infiel.
> O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): V. Exa. quer afetar ao Pleno? Porque o caso que lá está diz respeito ao depositário infiel.
> O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Eu que consulto. Pelo que me lembro é depositário infiel. Mas pelo que andei consultando, examinando, o Ministro Carlos Ayres pode confirmar isto.
> O Sr. Ministro Carlos Britto: É uma distinção que V. Exa. faz muito interessante, muito importante.
> O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): A orientação que está se formando é a de que vai alcançar o depositário judicial. Mas será possível que nós vamos fazer alcançar o depositário judicial? Ou seja, Ministro Marco Aurélio, V. Exa., então, tem uma enorme experiência nesta matéria na Justiça do Trabalho, em que isso acontecia com muita freqüência, e eu, na Justiça Estadual.
> O Juiz ordena o depósito judicial, com a cobertura da Justiça, portanto, de um determinado bem, quer dizer, a Justiça é que está nomeando aquele depositário judicial.
> O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ele passa a exercer o múnus público.
> O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): O depositário descumpre o depósito judicial, e nós vamos dizer que se aplica o Pacto de São José da Costa Rica?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Assina um termo de responsabilidade perante a Justiça.
O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): V. Exa. propõe a afetação do processo?
O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Se V. Exa. achar, eu levaria este caso.
O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Eu penso, porque assim o Pleno se pronunciará.
A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu sei que já houve decisão – nunca me lembro os números, apesar de ter o caderno aqui – sobre depositário judicial, e a Primeira Turma decidiu que o depósito judicial não se incluía naquela situação. Nós votamos no sentido de que, no caso do depositário infiel, a infidelidade decorre de obrigação, e aqui de uma determinação judicial, pelo que não se inclui na situação de depositário infiel, e nós, neste caso, persistimos no julgamento, exatamente na visão do Ministro Menezes Direito. Ou seja, no caso não é depositário infiel a que se refere a Constituição, pois o que estamos julgando é aquele depósito que decorre de uma obrigação descumprida, o que torna infiel aquele que acolheu, assumiu a obrigação. Neste caso, estamos diante de uma determinação judicial, portanto, de natureza diferente.
O Sr. Ministro Carlos Britto: No âmbito de uma relação jurídica de direito privado. Aqui é diferente. V. Exa. tem também essa indicação?
O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Tenho aqui um precedente de que V. Exa. foi Relator que diz o seguinte:
O depositário judicial assume o *munus* público de órgão auxiliar da Justiça, pois a ele é confiada a guarda dos bens que garantirão a efetividade da decisão a ser proferida no processo judicial. É o vínculo funcional entre o Juízo e o depositário que permite, verificada a infidelidade, a decretação da prisão deste último. (...)
E há um outro também do Ministro Lewandowski na mesma linha. Estou trazendo a informação que me deram; não participei, penso que o Ministro Pertence já votou, então eu não tenho voto nesse caso. Mas, apenas como estamos na Turma, estou manifestando a minha preocupação se o Plenário mandar alcançar o depositário judicial.
A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas não é este o objeto do que está lá.
O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Se não é, podemos manter os nossos precedentes.
O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Eu manteria o entendimento, por ora, nesse sentido. Eu, também, me manifestei várias vezes. Entendo que há uma distinção muito clara entre a prisão decorrente do descumprimento de uma obrigação de natureza eminentemente civil e a prisão decorrente do descumprimento de uma ordem judicial, de múnus público que é assumido pelo depositário judicial.
A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Múnus assumido perante o Poder Judiciário.
O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Nesse ponto, eu não teria nenhuma dificuldade em acompanhar esse entendimento.
A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Nem eu.
O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): A única dificuldade que eu vejo, Presidente, no precedente de que Vossa Excelência foi Relator, a invocação que V. Exa. faz é de um precedente do Ministro José Carlos Moreira Alves, em que Sua Excelência, em tese, sustenta a possibilidade da prisão do depositário infiel.
O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas não é esse?
O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Não, não é o caso do Ministro Carlos Britto. V. Exa. desenvolveu o raciocínio nessa linha que eu li. O Ministro Lewandowski assentou-se nesse precedente do Ministro Moreira

Alves, um precedente genérico do depositário infiel, porque essa era a jurisprudência do Supremo.

Agora, de qualquer maneira, se todos concordarem, eu reforçaria essa posição aqui, destacando que se cuida do depositário judicial, mantendo o precedente da Primeira Turma, e, lá no Plenário, votar nesse sentido. Não sei qual é a posição do eminente Presidente.

Diante do que está sendo visto aqui, eu manteria a nossa decisão da Primeira Turma, de dizer que pode prender depositário judicial.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Sustento entendimento contrário. Penso que a atuação judicante é vinculada, e vinculada ao direito posto. Há a previsão constitucional da prisão civil do depositário. O preceito não é auto-aplicável, dependendo de regência pela legislação comum. Ora, se o Brasil subscreveu o Pacto de São José da Costa Rica, e se o Pacto limita prisão por dívida, gênero, ao inadimplemento inescusável de prestação alimentícia, houve a revogação da legislação comum. Essa é a premissa de meu voto.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: É preciso interpretar o que é prisão por dívida. É importante.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Ministro, apenas quis revelar o convencimento. Não vou discutir a matéria, porque conheço a jurisprudência da Turma. Reafirmo o que sempre disse nesses dezessete anos de Tribunal. A única coisa que faço questão é de demonstrar o convencimento sobre o tema. Não faço questão de formar em corrente majoritária.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Acho que todos nós também pensamos assim.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Todos temos o mesmo pensamento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): É que não quero que venham refutar minha colocação simplesmente por refutar.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Não estou refutando, apenas estou justificando o meu ponto de vista também.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): V. Exa. pode justificar como quiser.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: É um *obter dictum*.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Estava calado. O Ministro indagou a posição do Presidente, revelei-a. Agora, se não concordam, proclamarei o convencimento da maioria e registrarei o voto vencido.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Aqui a dúvida era essa. Quer dizer, eu tenho a impressão de que, se todos estiverem de acordo, o Ministro Marco Aurélio está vencido, porque já anunciou, e era importante conhecer o pensamento de V. Exa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Só falei porque V. Exa. me incitou a revelar o convencimento.

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Claro, acho importante isso, mas eu manteria essa orientação no caso do depositário judicial.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Peço vênia e reporto-me ao que veiculei.

O preceito constitucional, quanto à prisão por dívida, não é auto-aplicável. Essa prisão foi disciplinada mediante legislação ordinária. O Brasil, posteriormente, subscreveu o Pacto de São José da Costa Rica, que limita a prisão – evidentemente o Pacto não se sobrepõe à Constituição Federal, poderá haver um novo diploma regendo a matéria – ao inadimplemento inescusável de prestação alimentícia.

Por isso, entendo que não subsiste a prisão do depositário, mesmo sendo depositário judicial.

> (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 92.541/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, j. 19.02.2008, DJE 24.04.2008, RTJ 206-371).

Essa discussão entre os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal demonstra que o depositário judicial, na visão da maioria dos Ministros daquela Turma, se mostra como uma figura jurídica diferente da de um depositário em relação jurídica de direito privado. O depositário judicial exerceria um múnus público, que visaria resguardar a autoridade e eficácia das decisões judiciais e da própria ordem constitucional, como assentou o Ministro Carlos Britto no voto proferido no HC 84.484/SP:

> [...]
> 16. Como se sabe, a constrição da liberdade do depositário judicial que age com infidelidade não se qualifica como prisão derivada de interpretação extensiva de decreto ou lei, de maneira a equiparar determinado tipo de contrato à figura do depósito contratual, para daí se extrair a figura do depositário infiel e, com isso, justificar sua custódia (cf. RE 228.625, Rel. Min. Pertence). Não se cuida, também, de depósito decorrente de relação contratual, em que ainda se discute sobre o cabimento da "ação de depósito" e, consequentemente, do cabimento da própria prisão civil, quando os bens depositados são fungíveis, diante do que dispõe o art. 645 do Código Civil (antigo art. 1.280 do código revogado).
> 17. Em verdade, o que embasa a legitimidade da prisão do depositário judicial infiel é a circunstância de que, nessa modalidade de depósito necessário, o juiz confia ao depositário a guarda de bens, penhorados, sequestrados, arrestados, constituindo-se, por isso, um vínculo derivado dessa ordem judicial. Com o intuito, naturalmente, de preservar os bens objeto da constrição.
> 18. Nesse contexto, diversamente do que ocorre no depósito contratual, o depositário judicial assume um *munus publico*, de órgão auxiliar da Justiça, motivo pelo qual a utilização ou destinação do bem depositado sem a prévia autorização do Juízo caracteriza a infidelidade depositária, apta a ensejar prisão, independentemente de ação de depósito [...]
> [...]
> 21. No caso vertente, diante da clareza do dispositivo constitucional, nem sequer procede invocar o Pacto de São José da Costa Rica, até porque, conforme falado, ao se cuida de interpretação extensiva de determinado contrato de ordem a equipará-lo à figura do depósito – como nas hipóteses de alienação fiduciária (HC 72.131) –, mas, sim, da figura do depositário judicial infiel.
> 22. Desse modo, mesmo aqueles que, iguais a mim, são avessos à ideia da prisão civil, admitem nesses casos tal medida, uma vez que expressamente autorizada pela Carta Magna, que, com isso, também visa a resguardar a autoridade e eficácia das decisões judiciais, e, consequentemente, da própria Ordem constitucional.
> (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 84.484/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, j. 30.11.2004, DJ 07.10.2005).

Apesar desse entendimento, de que o depositário judicial exerceria um múnus público e que sua prisão civil, em caso de infidelidade, continuaria permitida pela Constituição Federal, ainda que não se permitisse mais a prisão do depositário infiel decorrente de relação

contratual, a modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acabou abrangendo todas as situações de depósito, inclusive o judicial, como se verá a seguir.

2.6 O novo posicionamento do STF

Aos 03 de dezembro de 2008, foram julgados em conjunto, na mesma sessão Plenária, o Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, relatado pelo Ministro Cezar Peluso, o Recurso Extraordinário nº 349.703/RS, cujo relator foi o Ministro Carlos Britto, e os *Habeas Corpus* nº 87.585/TO e nº 92.566/SP, ambos da relatoria do Ministro Marco Aurélio. Todos estes recursos versavam sobre a possibilidade de prisão do depositário infiel.

Alterando por completo a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, referidos julgados acolheram a tese de que o art. 7º, 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) teria hierarquia superior à das leis ordinárias internas (supralegal), pelo que, no Brasil, não haveria previsão normativa infraconstitucional para prisão do depositário infiel.

São estas as ementas dos referidos Acórdãos:

> 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, inciso LXVII, e § 1º, § 2º e § 3º, da CF, à luz do art. 7º, 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE 349.703 e dos HC 87.585 e HC 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.
> (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008, DJe 04.06.2009).
>
> PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para 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. O *status* normativo *supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPARAÇÃO DO

> DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIOALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
> (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 349.703/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, j. 03.12.2008, DJe 04.06.2009).
>
> DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.
> (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 87.585/TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.2008, DJe 25.06.2009).
>
> PRISÃO CIVIL – PENHOR RURAL – CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA – BENS – GARANTIA – IMPROPRIEDADE. Ante o ordenamento jurídico pátrio, a prisão civil somente subsiste no caso de descumprimento inescusável de obrigação alimentícia, e não no de depositário considerada a cédula rural pignoratícia.
> (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 92.566/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.2008, DJe 04.06.2009).

Essa alteração de orientação do Supremo Tribunal Federal merece estudo aprofundado. Não se trata, apenas, de uma nova interpretação, mas da negação de tudo aquilo que o Supremo vinha afirmando ao longo dos tempos. Se tal interpretação foi razoável ou se se tratou de efetivo ativismo judicial, será esse o objeto de análise do próximo capítulo. Para tanto, serão comentados todos os votos proferidos, por cada um dos Ministros daquela Corte, com análise crítica dos argumentos utilizados para justificar a referida mudança de interpretação.

3 Análise dos votos proferidos pelos Ministros do STF

3.1 Esclarecimentos preliminares

Antes de adentrar na análise dos votos proferidos pelos Ministros do STF nos RE nº 446.343/SP, RE nº 349.703/RS, HC nº 87.585/TO e HC nº 92.566/SP, cumpre fazer alguns esclarecimentos acerca da metodologia utilizada.

A íntegra dos votos proferidas nos citados recursos estão disponíveis na internet, no *site* do Supremo Tribunal Federal, que serviu de fonte de consulta para o presente trabalho. Os documentos lá disponibilizados são os originais, devidamente digitalizados. A fim de facilitar a consulta aos trechos citados nesta obra, serão indicadas, como referências, as páginas do documento original, tal como consta nos arquivos consultados.

É evidente que não se irá transcrever na íntegra os votos de cada um dos Ministros, seja pela desnecessidade de tal medida, já que o acesso à integralidade dos votos se encontra disponível pela internet, seja com o fim de evitar que o presente trabalho se torne desnecessariamente extenso e enfadonho. Por esse motivo, será apresentado um resumo dos *argumentos* utilizados por cada membro da Corte Suprema, notadamente aqueles que merecem algum tipo de crítica.

Como são quatro os julgados estudados no presente trabalho, será indicado, no início dos resumos dos argumentos de cada Ministro, o número do recurso que serve de referência, a fim de facilitar ao leitor a consulta às fontes.

Outro ponto a ser esclarecido refere-se às matérias discutidas nos citados recursos. Em todos eles se discutia a possibilidade de prisão do depositário infiel, no caso específico de contrato de alienação fiduciária em garantia, previsto no art. 4º do Decreto-Lei nº 911, de 01 de outubro de 1969, com a redação introduzida pela Lei nº 6.071, de 03 de julho de 1974. Por se tratar de controle de constitucionalidade realizado de maneira difusa e concreta, através de Recursos Extraordinários e *Habeas corpus*, a questão de constitucionalidade tinha como parâmetro a norma prevista no art. 153, § 17, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969[26].

Esclareça-se que controle de constitucionalidade com parâmetro em Constituição revogada não é admitido através de Controle Concentrado e Abstrato (POLETTI, 2000, p. 172 et seq.; BERNARDES, 2004, p. 121), mas apenas por controle difuso e concreto (PALU, 2001, p. 22 et seq.). Tal ocorre porque, no caso de mudança da Constituição, a lei anterior perde o seu fundamento de validade e é revogada pela nova Constituição, não sendo o caso de se falar em inconstitucionalidade superveniente[27]. O controle concentrado de constitucionalidade de

[26] Veja-se o item 2.1 supra.
[27] A inconstitucionalidade superveniente é admitida em Portugal, como se verifica em MIRANDA, 2007, p. 335 et seq. e MIRANDA, 2008b, p. 190 et seq..

normas pré-constitucionais poderá ser realizado, no Brasil, apenas em caso de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) (BERNARDES, 2004, p. 123).[28]

3.2 Voto do Ministro Ilmar Galvão

O julgamento do RE nº 349.703/RS teve início aos 03.04.2003, com voto proferido pelo Ministro Relator Ilmar Galvão. Em seu voto, o Ministro analisa as metas estabelecidas para o Estado brasileiro, dispostas no art. 3º da Constituição Federal (p. 678), passando à análise da prevalência dos direitos humanos entre os princípios orientadores das relações internacionais do Brasil, dispostas no art. 4º da CF (p. 679).

Após discorrer sobre alguns tratados internacionais e direitos fundamentais, o Ministro Ilmar Galvão cita a doutrina de Jorge Miranda[29], que classifica as normas de direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material (p. 684).

Analisando a disposição expressa no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, o Ministro afirma que "tornou-se difícil sustentar, entre nós, a tese dualista, segundo a qual os tratados não geram, por si sós, direitos subjetivos, os quais ficam condicionados ao ato normativo editado pelo Poder competente" (p. 687). Entretanto, reconhece que:

> Esse, todavia, não é o entendimento que predomina no Supremo Tribunal Federal, mas o de que todos os tratados, indistintamente, ingressam em nosso ordenamento jurídico como lei ordinária, sob pena de admitir-se a possibilidade de modificação dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição. (p. 687).

Prossegue o Ministro Ilmar Galvão afirmando que tal entendimento "já soa como injustificado" (p. 687), já que a norma do art. 5º, § 2º, da CF, tem caráter aberto e, ainda que os tratados de proteção os direitos humanos não possam emendar a Constituição, poderiam "adicionar novos princípios que equivalem às próprias normas constitucionais, como se estivessem nela escrito, ampliando o que se costuma chamar de 'bloco de constitucionalidade'" (p. 687-688). Seriam "normas materialmente constitucionais que, conquanto não se incorporem ao Texto Fundamental, ampliam o núcleo mínimo de direitos e garantias nele consagrados, ganhando hierarquia constitucional" (p. 688).

[28] Sobre o tema veja-se TAVARES, 2001.
[29] "Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas activas das *pessoas* enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, *direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material*" (MIRANDA, 2008a, p. 9, destaques originais).

Eventuais conflitos entre uma norma de Direito Internacional de Direitos Humanos e um preceito constitucional, diz o Ministro, poderia "ser composto pelo princípio da primazia da norma mais favorável à vítima, corolário do princípio da prevalência dos direitos humanos consagrados no art. 4º, II, da Carta" (p. 688).

Criticando a jurisprudência até então prevalecente, o Ministro afirma que posição do Supremo Tribunal Federal traduziria "escassíssima capacidade de absorção das tendências que, ao fim de nosso século, exibem o direito internacional e o direito constitucional comparado" (p. 689). E reconhece que ele próprio formou com a maioria o entendimento de que, na alienação fiduciária, "não se tem contrato de depósito fictício, mas *real* e *indisfarçável*" (p. 691).

Para pôr-se de acordo com as "modernas teorias" citadas, diz o Ministro, o Supremo Tribunal Federal necessitaria mudar seu entendimento, para adotar a tese de que o art. 5º, § 2º, da CF, "elevou à categoria de normas integrantes do chamado 'bloco da Constituição' as normas decorrentes dos tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil seja parte" (p. 693). Se assim fosse, diz o Ministro, "já não faria sentido a aprovação do novo texto proposto pela reforma do Poder Judiciário que se acha no Congresso, destinado a constituir o § 3º, do art. 5º, da CF" (p. 693).

Diz ainda o Ministro Relator do RE 349.703/RS:

> Conseqüentemente, além da aprovação da emenda, haverá de haver a revogação da expressão "*e a do depositário infiel*" contida no inciso LXVII do art. 5º da CF por conseqüência da aprovação, pelo *quorum* estabelecido na emenda, do Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos ou do Pacto de San José da Costa Rica, providência dependente da vontade do legislador que, se existente, poderá vir a ser posta em prática, de modo muito mais simples, qual seja, a aprovação de emenda constitucional supressiva do referido texto (p. 694).

Confessa o Ministro Ilmar Galvão que o seu posicionamento anterior, de admitir a prisão do devedor fiduciante, foi movido por *pragmatismo*, pois entendia que o contrato de alienação fiduciária em garantia, sem o contrato de depósito nele embutido, perderia sua função de viabilizar a aquisição de certos bens, por muitas pessoas que não dispunham de crédito para tanto (p. 394). E como, atualmente, essa espécie de contrato poderia ser garantida por seguro, de cerca de 2% (dois por cento) do saldo devedor, conforme teria ele próprio apurado, o Ministro entendeu que não haveria mais o risco pragmático de privação dos integrantes de classes menos favorecidas (p. 695).

3.2.1 Críticas ao voto do Ministro Ilmar Galvão

Além das críticas que já foram feitas quando do estudo acerca da tese da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos (item 2.3 supra), há se observar que o Ministro Ilmar Galvão se utiliza de expressões de cunho moralista ao afirmar que a jurisprudência clássica do STF traduziria "escassíssima capacidade de absorção das tendências" ou que "modernas teorias" propõem a elevação da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos.

Tais afirmações não passam de mera retórica, na tentativa de desmoralizar a jurisprudência anterior e demonstrar a "tendência" moderna de valorização dos direitos humanos. Não se pretende classificar tais expressões em certas ou erradas, pois a valoração moral subjetiva que o Ministro faz da legislação é irrelevante para a interpretação constitucional. Por mais que o Ministro Ilmar Galvão entenda ultrapassada a tese pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, o fato é que a Constituição não elevou os tratados de direitos humanos à hierarquia constitucional.[30]

O próprio Ministro afirma que se o STF adotasse a tese da hierarquia constitucional, não seria necessária a inclusão do § 3º ao art. 5º da CF. Mas o § 3º foi incluído ao art. 5º da CF, de modo a demonstrar que a tese da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos não era correta. Se o fosse, como afirma o Ministro, não faria sentido a inclusão.

Veja-se, ainda, que o próprio Ministro reconhece que, se a intenção do legislador constitucional fosse impedir a prisão do depositário infiel, bastaria a revogação da expressão "e a do depositário infiel" contida no inciso LXVII do art. 5º da CF. Como tal revogação não ocorreu, permanecendo no Texto Constitucional de 1988, há que se interpretar que a possibilidade de prisão do depositário infiel ainda é uma vontade da Constituição Federal.

[30] "A tendência de enxergar o direito em vigor em termos de 'princípios', considerando que a solução de problemas concretos pode ser dada pela ponderação de princípios, é uma opção metodológica irracional. Algo abstrato, como o princípio, não pode ajudar na formulação de uma solução concreta. Diante das construções principiológicas, típicas do moralismo jurídico, o estudioso deve ter a coragem de imitar a criança da história sobre as novas roupas do imperador e alegar a inutilidade dos princípios quando se busca a concretização de uma norma. Pensando em casos que ocuparam recentemente ao espaço jurídico no Brasil, o princípio da dignidade humana não permite dizer o que deve ser juridicamente decidido em relação à clonagem e à pesquisa biogenética. Da mesma forma, os direitos fundamentais à vida e à liberdade não indicam quando deve ser permitido um aborto. E o princípio da solidariedade não demonstra em quais condições as aposentadorias devem ser tributadas. Alegar o contrário significa aceitar a postura irracional dos admiradores das roupas do imperador ou querer extrair dos princípios a solução de nossa preferência" (DIMOULIS, 2006, p. 253).

Por fim, note-se que a confissão do Ministro de que seu posicionamento anterior, admitindo a prisão do devedor fiduciante, foi movido por *pragmatismo*, demonstra a ausência de comprometimento com um método de interpretação específico, pois o intérprete autêntico[31] ora se utiliza de métodos utilitaristas[32], ora se pretende um intérprete moralista, buscando corrigir a Constituição, de acordo com sua concepção de justiça.

3.3 Voto do Ministro Moreira Alves

O Ministro Moreira Alves, seguindo o mesmo raciocínio pragmático exposto pelo Ministro Ilmar Galvão, limitou-se a afirmar, no RE 349.703/RS, que considerava que:

> [...] sem a prisão civil o instituto da alienação fiduciária se enfraquece extremamente, e se trata de uma garantia de acentuado caráter social para possibilitar o devedor de utilizar-se da coisa comprada, não podendo pagá-la integralmente.
> Tenho longas razões, em vários votos, pela legitimidade constitucional da prisão civil na alienação fiduciária em garantia (p. 696).

3.3.1 Críticas ao voto do Ministro Moreira Alves

As mesmas críticas quanto ao pragmatismo defendido pelo Ministro Ilmar Galvão podem ser aplicadas ao Ministro Moreira Alves, já que seu voto, além de defender uma *finalidade* subjetivamente reconhecida na legislação, não mais se esforça em demonstrar a correção ou a justificação de sua tese.

Tal postura demonstra passa uma ideia de que os Ministros do Supremo Tribunal Federal não necessitam discutir e rediscutir temas relevantes. Que uma decisão já proferida pode ser simplesmente repetida, sem maiores argumentações, ainda que novas interpretações estejam sendo trazidas à Corte Suprema para debate.

3.4 Voto do Ministro Sydney Sanches

Igualmente sucinto, o voto do Ministro Sydney Sanches no RE 349.703/RS apenas pontuou:

> Na Turma, em inúmeros casos, tenho provido os recursos extraordinários para decretá-la [a prisão civil], acompanhado sempre pelos colegas.

[31] No sentido utilizado por Kelsen (1998, p. 394), autêntica é a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito.
[32] A doutrina do "utilitarismo social" de JHERING, também conhecida como "Jurisprudência pragmática", defende que "o fim é o criador de todo o Direito" e que "não existe nenhuma proposição jurídica que não deva a sua origem a um fim, ou seja, a um motivo prático" (LARENZ, 2005, p. 59). A "Jurisprudência pragmática" foi o ponto de partida para a "Jurisprudência dos interesses", que "considera o Direito como «tutela de interesses»" (LARENZ, 2005, p. 65).

> Mantenho minha orientação, que é, também, a do Tribunal e, então, peço vênia para adiantar meu voto no sentido do cabimento da prisão civil em caso de depositário infiel, na alienação fiduciária (p. 697).

3.4.1 Críticas ao voto do Ministro Sydney Sanches

A crítica ao voto do Ministro Moreira Alves se repete aqui. O Ministro Sydney Sanches simplesmente se reporta a casos passados, em que já votou no sentido da possibilidade da prisão civil de depositário infiel em contrato de alienação fiduciária. Mesmo que o Ministro Ilmar Galvão tenha defendido a tese da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, o Ministro Sydney Sanches, tal como o Ministro Moreira Alves, não se preocupa em rebater tal tese ou em demonstrar sua inconsistência. Limita-se a dizer que o que decidiu já está decidido e consolidado. Não se deu ao trabalho, sequer, de repetir quais são os argumentos para sua decisão.

Veja-se que não se está a discutir, aqui, se seu voto foi correto, mas o quanto o Ministro se preocupa em divulgar suas razões.

Não se diga que o Ministro fez referência a decisões anteriores, pois *nesta* decisão o Ministro simplesmente não expôs as razões de seu convencimento. Cada processo julgado pelo STF dá ensejo a um novo debate, mesmo que relativo a questões repetidas. É desta forma que se possibilita a modificação de posicionamentos e alteração da jurisprudência.

Se não se admite a uma parte que faça referências a manifestações constantes em outros processos (pois o que não está nos autos não está no mundo), não se pode admitir que um Ministro diga que já demonstrou seu posicionamento em outros processos, exigindo uma pesquisa jurisprudencial para o conhecimento de seus argumentos.

3.5 Voto do Ministro Cezar Peluso

O Ministro Cezar Peluso foi o relator do RE nº 446.343/SP. Tendo como pano de fundo a eventual compatibilidade entre a norma prevista no art. art. 4º do Decreto-Lei nº 911, de 01 de outubro de 1969, com a norma prevista no art. 153, § 17, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, o Ministro Cezar Peluso não analisou a questão sob a ótica dos tratados internacionais, especificamente o Pacto de São José da Costa Rica, pois se limitou a analisar a se a equiparação feita pelo Decreto-Lei nº 911/69 estaria abrigada pelo Texto Constitucional então vigente, isto é, se a norma infraconstitucional poderia estender a figura do depositário infiel a um contrato que em nada se assemelha com o contrato de depósito típico.

Após analisar as características do contrato de depósito típico e da alienação fiduciária em garantia, conclui o Ministro Peluso que "[...] à luz dos caracteres próprios de cada negócio jurídico, a alienação e o depósito não são contratos redutíveis a modelo comum, nem sequer a padrões afins" (p. 1116), alegando ser "[i]mpossível, portanto, encontrar, na alienação fiduciária em garantia, resíduo de contrato de depósito e, até, finidade de situações jurídico-subjetivas entre ambos" (p. 1117).

Mas a questão acerca da extensão legal da figura de depositário ao caso de alienação fiduciária ganha contornos constitucionais quando analisada de acordo com a previsão do art. 153, § 7, da Emenda Constitucional nº 1/69, que vedava a prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei. Sob esta ótica, conclui o Ministro Peluso que a extensão seria inconstitucional, pois:

> [...] a legislação ordinária não pode, mediante ficção – que disso não passa todo processo de equiparação arbitrária de posições jurídicas –, igualar situações, figuras ou institutos, para submeter pessoas à violência da exceção constitucional, sem ao menos incidir-lhe em afronta indireta (p. 1129).

Assim, concluiu:

> [...] por dar pela ilegitimidade da prisão civil neste caso, não precisa ir ao Pacto de São José da Costa Rica, como, assentando-se em muitos dos argumentos aqui deduzidos, não o precisou o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, para, em seu voto sucinto mas irrespondível, sustentar igual coisa (p. 1131).

Desta feita, os argumentos trazidos pelo Ministro Cezar Peluso se limitaram à impossibilidade de prisão civil no caso de alienação fiduciária em garantia, por entender o Ministro que se tratava de equiparação inconstitucional entre negócios jurídicos distintos, violando a intenção constitucional, que excepcionava a prisão civil apenas ao caso de contrato de depósito típico, além, é claro, do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar.

Após os votos de vários Ministros, em especial o voto do Ministro Gilmar Mendes e do Ministro Celso de Mello, que trouxeram à baila a questão da prisão do depositário infiel, à luz do Pacto de São José da Costa Rica, o Ministro Cezar Peluso esclareceu que não havia avançado na "questão da admissibilidade ou constitucionalidade da prisão civil nos demais

casos de depósito, por não saber que este recurso [RE 466.343/SP] seria julgado em conjunto com os outros dois incluídos na pauta" (p. 1268).[33]

Passando a analisar o tema, pautando-se em lições do Ministro Franciso Rezek e concordando com argumentos desenvolvidos pelo Ministro Celso de Mello, o Ministro Peluso afirmou que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LXVII, não estatui a prisão civil. Ela proíbe a prisão civil, em seu preceito principal, e, no preceito secundário, abre uma exceção, admitindo que a legislação ordinária conceba a prisão civil do depositário infiel e do alimentante. Segundo seu voto, a incorporação do art. 7º, nº 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos à ordem jurídica interna brasileira demonstrou uma opção normativa do legislador infraconstitucional de excluir a admissibilidade da prisão civil do depositário. Assim, entendeu ser "irrelevante saber qual o valor, a autoridade ou a posição taxinômica que os tratados internacionais ocupam perante o ordenamento jurídico brasileiro" (p. 1271), pois em qualquer das concepções a respeito, a prisão civil do depositário infiel seria inadmissível, qualquer que seja a natureza do depósito, se convencional, necessário, judicial ou qualquer outro, esclarecendo que:

> [...] em sede de restrição à liberdade individual, a interpretação, como o sabe toda a gente, é estritíssima, senão restritiva, de modo que não caberia, atribuindo conteúdo semântico à figura prevista na exceção constitucional, alargá-la à luz do conceito de depositário infiel para efeito de distinguir, nas suas classes, entre depositário judicial – para quem seria admissível a prisão – e os demais depositários, para os quais seria ela inadmissível! (p. 1271-1272).

Discorrendo sobre a concepção jurídico-romana do homem como *corpus vilis* (corpo humano com baixo valor, sem dignidade) até a introdução do princípio da responsabilidade patrimonial no campo dos negócios jurídicos (p. 1272), o Ministro Peluso rejeita a ideia de que o corpo humano possa ser "suscetível de experimentos normativos que impliquem sua submissão à violência de técnicas de coerção física para cumprimento de obrigações de estrito caráter patrimonial" (p. 1273), concluindo:

> É coisa inconcebível. E inconcebível é, agora, que continuemos a admitir, de modo claro ou velado, que o corpo humano possa ser objeto de técnicas de violência física para induzir o cumprimento de obrigações de caráter patrimonial.
> Por isso, Senhora Presidente, não consigo conceber como seria lícito equiparar – salva a razão histórica da tradição legislativa que se materializou na exceção constitucional – as duas hipóteses excepcionais do preceito secundário (p. 1274).

[33] Na verdade, outros três processos, com o mesmo tema, estavam na pauta daquela data, os RE 349.703/RS, HC 87.585/TO e HC 92.566/SP.

No voto proferido no RE 349.703/RS, assim como no HC 87.585/TO, o Ministro Peluso, que até então estava hesitante quanto à taxinomia dos tratados em face da Constituição, assumiu a posição de que "a temática dos direitos humanos, por dizer respeito aos direitos fundamentais, que têm primazia na Constituição", são sempre *ipso facto* materialmente constitucionais (p. 850). Assim, por força dos §§ 2º e 3º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, haveria uma simples distinção entre os tratados sem *status* de emenda constitucional, mas materialmente constitucionais (§ 2º), e os que são material e formalmente constitucionais (§ 3º). A distinção entre as duas espécies de tratados teria relevância apenas quanto aos efeitos ou os requisitos do ato de denúncia pelo qual o Estado poderia se desligar dos seus compromissos internacionais (p. 851).

3.5.1 Críticas ao voto do Ministro Cezar Peluso

A posição assumida pelo Ministro Cezar Peluso, de rejeitar a prisão civil de depositário infiel, em caso de contrato de alienação fiduciária, se mostrou correta.

Realmente, não poderia uma lei ordinária alargar um conceito definido pela Constituição Federal, de modo a incluir, de maneira fictícia, uma hipótese que não se enquadra na exceção constitucional que limita direitos fundamentais garantidos. Em outras palavras, não poderia a lei ordinária dizer que uma situação jurídica diversa do depósito seria "equiparada" ao depósito para o fim de permitir a prisão civil do devedor. Como o próprio Ministro afirmou:

Prescrever que há depósito onde não há depósito, é impropriedade técnica, e dispor que é depositário quem não tem obrigação de custodiar e devolver, constitui sonora ficção jurídica.

Por outro lado, como se consignou, o expediente hermenêutico de dilatação do conceito técnico introduz o germe de destruição da própria garantia constitucional. Se falham os requisitos racionais de equiparação, por diversidade de suporte fático, nada impede passe a lei ou o intérprete a outras assimilações arbitrárias, a ponto de fazer, da garantia, coisa nenhuma (p. 1130).

Quanto à equiparação dos tratados internacionais de direitos humanos a normas constitucionais, a crítica exposta quando da análise doutrinária é tão válida quanto não necessitaria ser repetida.

O que chama a atenção no voto do ministro Cezar Peluso é sua indignação com a equiparação que fez o Texto Constitucional entre a prisão civil do depositário infiel e do

devedor de obrigação alimentar, assim como quanto à própria possibilidade de submissão do corpo à penalização por obrigação patrimonial. O que se pretende dizer é que tal indignação, de ordem moral, não pode visar a correção da própria Carta Constitucional. Gostando o Ministro ou não, é esta a previsão constitucional que vigora no Brasil.

Não se faz, aqui, uma crítica à moral do Ministro Cezar Peluso, que tem todo o direito de discordar das previsões constitucionais. O que se busca demonstrar é que tais (pré)conceitos contaminam a interpretação constitucional, de forma a induzir o intérprete a uma conclusão que seja condizente com seus valores morais, ainda que tal conclusão, tecnicamente, não se mostre compatível a Norma Maior.

3.6 Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes proferiu um dos mais completos e extensos votos acerca da prisão do depositário infiel[34]. Além disso, foi o primeiro a analisar o tema sob o enfoque dos tratados internacionais de direitos humanos.

Inicia o seu voto no RE 466.343/SP, o Ministro Gilmar Mendes, apontando que "legislações mais avançadas em matéria de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais" (p. 1135). A seguir, sistematizou quatro correntes principais[35] acerca do *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos:

> a) a vertente que reconhece a natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;
> b) o posicionamento que atribui caráter *constitucional* a esses diplomas internacionais;
> c) a tendência que reconhece o *status* de *lei ordinária* a esse tipo de documento internacional;
> d) por fim, a interpretação que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos. (p. 1137).

Analisando cada uma das doutrinas elencadas, inicia com a vertente *supraconstitucional* (letra "a"). Cita a doutrina de Celso de Albuquerque Mello e demonstra "a dificuldade de utilização dessa tese à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o

[34] A primeira parte do voto do Ministro Gilmar Mendes pode ser encontrada em MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 692-710.
[35] Essas mesmas principais correntes podem ser encontradas em CANOTILHO, 2003, p. 820.

ordenamento jurídico" (p. 1139), concluindo que tal tese "anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais" (p. 1139).

O argumento de que existe uma confluência de valores supremos protegidos nos âmbitos interno e internacional em matéria de direitos humanos não resolve o problema. A sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão "direitos humanos" poderia abrir uma via perigosa para a produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna. O risco de normatizações camufladas seria permanente (p. 1139-1140).

Prossegue o Ministro apontando que eventual equiparação entre tratado e Constituição esbarraria na competência atribuída ao STF para exercer o controle formal e do conteúdo material dos diplomas internacionais em face da ordem constitucional (p. 1140). Ante tais "inconvenientes" (p. 1141), passa a analisar a tese do *status constitucional* dos tratados (letra "b").

A tese do *status constitucional* está fundamentada no § 2º do art. 5º da Constituição federal de 1988, que a entende "como uma *cláusula aberta de recepção* de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil" (p. 1141). Exemplificando a tese com as doutrinas de Flávia Piovesan e Antonio Augusto Cançado Trindade, o Ministro faz alusão, ainda, às disposições das Constituições da Argentina (art. 75, "22") e da Venezuela (art. 23), que prevêem expressamente a hierarquia constitucional aos tratados de proteção de direitos humanos.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, a tese da hierarquia constitucional teria sido "esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Reforma do Judiciário" (p. 1144) na medida em que acrescentou o § 3º ao art. 5º da CF.

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

[...]

[...] a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil [...] (p. 1144).

Seguindo esse raciocínio, o Ministro afirma que, após a reforma, ficou mais difícil defender a tese da legalidade ordinária, afirmando que seria necessário ponderar se, no contexto atual, "em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos" (p. 1147), tal tese não teria se tornado completamente defasada.

Observa, então, o Ministro, que vivemos em um Estado Constitucional Cooperativo, apoiando-se na lição de Peter Häberle[36] para afirmar que a cooperação entre os Estados pode "induzir ao menos a tendência que apontem para um enfraquecimento dos limites entre o direito interno e o externo, gerando uma concepção que faz prevalecer o direito comunitário sobre o direito interno" (p. 1148). E segue apontando textos constitucionais que consagram a abertura institucional a ordens supranacionais, como o Alemão (Preâmbulo e art. 24, I), o Italiano (art. 11), o Português (art. 8º e 16) e o Espanhol (art. 9º, nº 2, e 96, nº 1).

No que tange à Constituição brasileira de 1988, o Ministro aponta os artigos 4º, parágrafo único, e o art. 5º, §§ 2º a 4º, como "disposições que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional" (p. 1150). Novamente, o Ministro aponta textos constitucionais, desta vez de países latino-americanos, que "avançaram no sentido de sua inserção em contextos supranacionais" (p. 1151), como Paraguai (art. 9º), Argentina (art. 75, inciso 24), Uruguai (art. 6º).

Afirmando que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal "tem de ser revisada criticamente" (p. 1152), o Ministro Gilmar Mendes transcreve trechos da obra de Cançado Trindade para rechaçar a tese da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos, mesmo antes da EC 45/2004, concluído:

> Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante "*pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado*".
> Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos

[36] "'Estado Constitucional Cooperativo' é o Estado que justamente encontra a sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim como no campo da solidariedade. Ele corresponde, com isso, à necessidade internacional de políticas de paz" (HÄBERLE, 2007, p. 4).

> humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade* (p. 1154, destaques originais).

Mais uma vez, o Ministro Gilmar Mendes cita artigos de constituições estrangeira que consagram a tese da supralegalidade, como a da Alemanha (art. 25), da França (art. 55) e da Grécia (art. 28). Até o Reino Unido foi citado como "dando mostras de uma verdadeira revisão de conceitos" (p. 1155) por ter diminuído o poder do Parlamento, já que o *European Communities Act*, de 1972, atribuiu ao direito comunitário "hierarquia superior em face de leis formais aprovadas pelo Parlamento, como no caso *Factortame Ltd. v. Secretary of State for Transport (n. 2) [1991]*" (p. 1156).

O Ministro Gilmar Mendes cita, também, o art. 98 do Código Tributário Nacional, que dispõe que o direito internacional prevalece sobre o direito interno infraconstitucional. Segundo ele, seria uma incongruência admitir-se o caráter especial e superior (hierarquicamente) dos tratados sobre matéria tributária em relação à legislação infraconstitucional, mas não o admitir quando se trata de tratados sobre direitos humanos (p. 1156).

Alegando ser "imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional" (p. 1160), o Ministro conclui que a internalização de tratados internacionais que cuidam de direitos humanos "tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante" (p. 1160), sendo isso o que teria ocorrido com o art. 652 do Novo Código Civil (p. 1161).

Depois de exaustiva análise da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, o Ministro Gilmar Mendes abordou a questão da prisão civil do devedor-fiduciante em face do princípio da proporcionalidade, sob o aspecto da proibição de excesso, e o princípio da reserva legal proporcional. Em todos os casos, a conclusão foi de que seria incabível a prisão do depositário infiel, no caso de contrato de alienação fiduciária em garantia.

Após a exposição do voto de outros membros do STF, em especial, do Ministro Celso de Mello, o Ministro Gilmar Mendes manifestou-se novamente, buscando demonstrar que a tese da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos implica no risco de atomização das normas constitucionais, pois os tratados passariam a ser parâmetro de controle de constitucionalidade, o que geraria insegurança jurídica (p. 1266). E completa:

> No modelo europeu, que se tem repetido – há o caso da Áustria e, agora, o da Holanda em relação à Convenção Européia dos Direitos Humanos –, trata-se de uma declaração relativamente a um tratado e, portanto, a um conjunto de normas explícito (p. 1267).

Já em outro momento, o Ministro retoma a palavra, reiterando que:

> [...] Se nós olharmos as outras constituições, nós veremos que, em geral, se aponta, como acontece na Europa, a Convenção Européia de Direitos Humanos como aquela dotada de hierarquia constitucional.
> Portanto, na verdade, esse bloco de constitucionalidade de que fala o Ministro Celso de Mello fica bastante definido. Entre nós já haveria dificuldade em saber qual seria o tratado com esta conotação, além do Pacto de San José. E teríamos, portanto, essa pluralização, a que chamei de atomização, de normas com hierarquia constitucional com todas as conseqüências e, até mesmo, com a possibilidade de conflito. (p. 1280-1281).

Em outro momento, ainda posterior, o Ministro Gilmar Mendes confirma seu voto, expondo que "o bloco de constitucionalidade não é prejudicado pelo não-reconhecimento expresso da hierarquia constitucional" (p. 1308), prosseguindo com o questionamento acerca da própria qualificação de um tratado como de direitos humanos:

> Mas fico a imaginar a confusão, diria até a babel, que podemos instaurar. Primeiro, com a pergunta sobre se determinado tratado é tratado de direitos humanos. E eu infelizmente não tenho a tranqüilidade da Ministra Ellen Gracie, talvez até por não ter essa segurança quanto à feitura dessa distinção. (p. 1309).

O Ministro Gilmar Mendes, então, após um breve intervalo para o lanche, pela derradeira vez, no mesmo julgamento, pede a palavra. Cita o caso dos Estados Unidos Mexicanos, em que, apesar de a Constituição não trazer norma expressa nesse sentido, a "Suprema Corte de Justicia de La Nación vem interpretando o art. 133 do texto constitucional no sentido de que os tratados internacionais se situam abaixo da Constituição, porém acima das leis federais e locais" (p. 1315). Acrescenta o exemplo de outros países que vêm reconhecendo a prevalência dos tratados internacionais sobre leis internas, como a França, a Holanda, a Itália, o Chipre e a Rússia (p. 1317), bem como Bélgica e Luxemburgo e um caso específico da Finlândia (p. 1318).

Após repetir diversos argumentos já exposto, o Ministro Gilmar Mendes aborda a espécie normativa dos tratados:

> Ora, se o texto constitucional dispõe sobre a criação de normas internacionais e prescinde de sua conversão em espécies normativas internas – na esteira do entendido no RE 71.154/PR, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, Pleno, DJ 25.8.1974 – deve o intérprete constitucional

> inevitavelmente concluir que os tratados internacionais constituem, por si sós, espécies normativas infraconstitucionais distintas e autônomas, que não se confundem com as normas federais, tais como decreto-legislativo, decretos executivos, medidas provisórias, leis ordinárias ou leis complementares.
> Tanto é assim que o art. 105, III, "a" da Constituição Federal reserva a possibilidade de interposição de recurso especial contra decisão judicial que "contrariar *tratado* ou lei federal, ou negar-lhes vigência". Note-se que a equiparação entre "tratado" e "lei federal" no mencionado dispositivo não indica paridade com "lei federal ordinária", mesmo porque o termo "lei federal" contempla outras espécies normativas, como decreto, lei complementar, decreto-legislativo, medida provisória etc. (p. 1327).

Conclui, assim, seu extenso voto, afirmando que o tratado internacional não necessita "ser aplicado na estrutura de outro ato normativo interno nem tem *status* paritário com qualquer deles, pois tem assento próprio na Carta Magna, com requisitos materiais e formais peculiares" (p. 1328).

3.6.1 Críticas ao voto do Ministro Gilmar Mendes

A primeira observação a ser feita refere-se às notas de rodapé que exemplificam cada uma das correntes citadas pelo Ministro acerca do *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Enquanto que a corrente indicada pela letra "a" (natureza supranacional) traz o exemplo da doutrina de Celso Duviver de Albuquerque Mello; a corrente indicada pela letra "b" (caráter supranacional) é exemplificada por juristas como Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan; e a corrente indicada pela letra "c" (*status* de lei ordinária) é ilustrada por um julgamento do próprio STF (RE nº 80.004/SE); a interpretação indicada pela letra "d" (caráter *supralegal*) é representada por artigos das Constituições da Alemanha (art. 25), da França (art. 55) e da Grécia (art. 28).

Veja-se o que dizem tais artigos constitucionais estrangeiros:

> Art. 25 da Constituição da Alemanha – "As regras gerais de direito público internacional fazem parte do direito Federal. Elas têm precedência sobre as leis e criam diretamente direitos e deveres aos habitantes do território Federal".[37]
>
> Art. 55 da Constituição da França – "Os tratados ou acordos devidamente ratificados ou aprovados terão, desde o momento de sua publicação, autoridade superior à das leis, dependendo, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte".[38]

[37] Disponível em: <http://www.constitution.org/cons/germany.txt>. Acesso em: 04 nov. 2010.
[38] Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/espanol/8bb.asp>. Acesso em 04 nov. 2010.

> Art. 28 da Constituição da Grécia – "As regras de direito internacional geralmente reconhecidas e as convenções internacionais, após ratificadas por lei e tendo produzido efeitos de acordo com seus respectivos termos, constituem parte integrante das leis da Grécia e revogam as previsões em contrário. A aplicação das regras de direito internacional e convenções internacionais nos casos estrangeiros produzirão efeitos sob condição de reciprocidade".[39]

Assim, esta primeira observação demonstra que o caráter *supralegal* existente nos citados países não advém de *exclusiva* interpretação, como afirma o Ministro Gilmar Mendes, mas de *expressa disposição constitucional*. Se o Texto Maior afirma que os tratados de direitos humanos são hierarquicamente superiores às leis nacionais, não há espaço interpretativo para modificar tal hierarquia. Isso quer dizer que qualquer interpretação, que naturalmente se vincula ao texto como parâmetro de partida, deverá concluir pela *supralegalidade* dos tratados de direitos humanos.

Esta crítica, sozinha, não tem força suficiente para afastar a interpretação que o Ministro Gilmar Mendes deu aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Afinal, o fato da Constituição brasileira não trazer expressamente tal previsão não implica no seu descabimento. Mas é um ponto importante que, somado a outros eventualmente existentes, pode demonstrar que tal interpretação pode não ter sido a mais correta[40].

Assim como outros, o Ministro Gilmar Mendes fala em "legislações mais avançadas" para dar a conotação da importância de se atribuir uma hierarquia especial aos tratados internacionais de direitos humanos. Mas seu voto é repleto de comparações e argumentos questionáveis.

Primeiro, o Ministro rebate a tese da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, ante a evidente dificuldade de controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais.

Depois, seguiu afirmando que a tese de hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos teria sido esvaziada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que, através de uma "declaração eloquente", não afirmou que os tratados teriam tal hierarquia. Lembrou, ainda, os perigos de uma ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão "direitos humanos" e, consequentemente, de produções normativas camufladas

[39] Disponível em: <http://www.cecl.gr/RigasNetwork/databank/Constitutions/Greece.html>. Acesso em 04 nov. 2010.

[40] "[...] há de se assinalar que, em matéria de interpretação jurídica, inexiste a valência verdadeiro/falso, pertencente às ciências exatas. Ao contrário, o Direito é uma ciência convencional e, assim, admite a mutação de sua própria interpretação, sem que a anterior pudesse ser considerada verdadeira e, doravante, passasse a ser falsa" (TAVARES, 2002, p. 69).

de "direitos humanos" e que estariam alheias ao controle de constitucionalidade. Nesse sentido, utilizou a expressão "atomização da Constituição" para indicar os riscos da tese de hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

Pensando na insegurança jurídica que adviria da tese da hierarquia constitucional, o Ministro lembrou que na Europa, quando se fala em "bloco de constitucionalidade", se está a referir à Convenção Europeia de Direitos Humanos[41] e não de todo e qualquer tratado internacional de direitos humanos.

Até aqui, agiu bem o Ministro Gilmar Mendes. Entretanto, o Ministro prosseguiu afirmando a insuficiência da tese da legalidade ordinária, pois, segundo ele, a Emenda Constitucional nº 45/2004 teria demonstrado que os tratados internacionais de direitos humanos teriam um lugar privilegiado no ordenamento jurídico brasileiro. Ora, é evidente o lugar privilegiado que têm os tratados internacionais de direitos humanos. Tanto o têm que podem ser equivalentes à emenda constitucional, quando forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Mas para justificar a tese da *supralegalidade*, o Ministro Gilmar Mendes, pautado em lições de Peter Häberle sobre cooperação entre os Estados, cita diversos ordenamentos que consagram a tese da *supraconstitucionalidade*! O Ministro cita, ainda, o art. 4º, parágrafo único, e o art. 5º, §§ 2º a 4º, da Constituição brasileira como "disposições que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional"! Veja-se que o Ministro cita uma tese, por ele mesmo rebatida (supraconstitucionalidade), para justificar uma interpretação que a tese citada não indica!

Segue o Ministro justificando a tese da supralegalidade como forma de evitar o descumprimento unilateral de um tratado, o que, em tese violaria a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados[42].

Primeiramente, cumpre observar que a Convenção de Viena ainda não havia sido ratificada pelo Brasil, como o afirmou o próprio Ministro Gilmar Mendes em seu voto (p. 1324)[43]. Ainda que fosse, não se trata de um argumento válido. Mesmo que o Brasil acolhesse

[41] A Convenção Europeia de Direitos do Homem é considerada pelo Tribunal Europeu como um "instrumento constitucional da ordem pública europeia" (CANOTILHO, 2003, p. 521).
[42] Segundo o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados "Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado". Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>. Acesso em 21 nov. 2010.
[43] Esse argumento não mais subsiste. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados foi aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 496, de 17 de julho de 2009 (Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-496-17-julho-2009-589661-publicacaooriginal-114586-pl.html>. Acesso em 02 fev. 2011), promulgado pelo Presidente da República através do

a tese da hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, haveria possibilidade de descumprimento unilateral de um tratado pelo Brasil, desde que houvesse modificação da Constituição brasileira (se não se tratar de cláusula pétrea) e o tratado perdesse seu fundamento de validade.

Assim, verifica-se que a única tese compatível com a intenção constante no Tratado de Viena é a da hierarquia supraconstitucional. Nem por isso se admite tal teoria, como a afastou o próprio Ministro Gilmar Mendes.

O Ministro bem lembrou as dificuldades em se afirmar, com certeza, quais os tratados internacionais que tratam de direitos humanos e, consequentemente, quais os tratados que fariam parte do "bloco de constitucionalidade". Tal objeção contra a tese da hierarquia constitucional pode ser estendida, sem maiores problemas, para a tese da supralegalidade. Se não podemos identificar, com segurança e tranquilidade, quais os tratados internacionais que tratam de direitos humanos, como seria possível identificar o que seria supralegal? Como o faria o legislador ordinário que pretendesse regulamentar algum tema? Como saberiam os intérpretes? Como saberiam os Ministros do Supremo Tribunal Federal?[44]

Veja-se que a tese da supralegalidade não consegue ultrapassar as críticas feitas às demais teses, que não a tese da legalidade ordinária.

Há que se verificar, também, que a mesma "declaração eloquente" que a EC 45/2004 teria feito, ao não dizer que os tratados de direitos humanos teriam hierarquia constitucional, pode ser utilizada para afirmar que a EC 45/2004 *não disse* que os tratados de direitos humanos têm hierarquia supralegal. Se a Constituição não diz que há superioridade hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos (salvo aqueles que têm hierarquia de emenda constitucional) em relação às leis ordinárias é porque tal superioridade não há. Aliás, basta um argumento para refutar a tese da supralegalidade: considerando que o § 3º foi acrescentado ao art. 5º da CF para "responder à polêmica doutrinária e jurisprudencial concernente à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos" (PIOVESAN, 2005, p. 71), caso fosse a intenção do legislador constitucional atribuir a hierarquia

Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009 (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em 02 fev. 2011). Entretanto, a ratificação dessa Convenção não altera a conclusão, exposta no trabalho, de que há possibilidade de descumprimento unilateral de um tratado pelo Brasil.

[44] "É relativamente fácil afirmar que valem como 'lei' todos os imperativos aprovados pelo Congresso Nacional. Mas como ter certeza sobre os comandos que vigoram se a validade se submete ao requisito da consonância com a dignidade humana ou qualquer outro princípio? A partir do momento em que a regra de reconhecimento passa a incluir, além da autoridade e do procedimento, elementos materiais, estamos diante de uma teoria que impede a certeza sobre o direito válido, mantendo as dúvidas, oscilações e margens de subjetivismo que objetivava eliminar a teoria de Hart sobre a regra de reconhecimento" (DIMOULIS, 2006, p. 145).

supralegal a tais tratados, a EC 45/2004 poderia ter alterado o § 2º do art. 5º para constar "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, *os quais possuem hierarquia supralegal*". Assim não dispôs o poder constituinte reformador.

A única característica hierárquica reconhecida expressamente pela Constituição aos tratados internacionais de direitos humanos é a de que, quando forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Fora dessa situação, são espécies normativas com a mesma hierarquia de leis ordinárias.

A previsão do art. 5º, § 2º da CF, que admite ao direito brasileiro os direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, não afirma a superioridade de tais direitos e garantias.

Reconhecer a *recepção automática* do direito internacional comum não significa, concomitantemente, proclamar a *superioridade* das normas de direito internacional perante as normas de direito interno. Falta, no texto constitucional, uma norma como a da *Grundegesetz* alemã (art. 25º), onde depois de se afirmar, como no art. 8º da Constituição portuguesa, que as normas do direito internacional geral são parte integrante do Direito federal, se acrescenta que «essas normas (do direito internacional geral) prevalecem sobre as leis, criando, de forma directa, direitos e obrigações para os habitantes do território federal» (CANOTILHO, 2003, p. 820).

A interpretação do Ministro Gilmar Mendes, de que os tratados internacionais de direitos humanos seriam supralegais, cria uma situação inusitada: incorporado um tratado de direitos humanos ao direito brasileiro, através do voto da maioria simples dos membros do Congresso Nacional, através de Decreto legislativo, com posterior concordância do Presidente da República, o tratado passaria a ter hierarquia supralegal. Assim, não poderia o Congresso Nacional revogar a disposição prevista no tratado, tampouco tratar o tema de forma incompatível com tal tratado. Para alterar o tratado, seria necessário outro tratado, com a mesma hierarquia supralegal, fazendo com que o poder legislativo federal ficasse à mercê da vontade dos Chefes de Estado signatários de tratados internacionais. Mas a Constituição Federal poderia ser emendada e retirar o fundamento de validade do tratado anterior, derrogando-o. Assim, uma previsão normativa constante em um tratado de direitos humanos dificilmente seria alterada por uma espécie normativa de igual hierarquia, sendo necessária a

utilização de uma norma superior (Constituição) para modificar uma norma inferior (tratado). Além de violar o "paralelismo nas formas de criação do direito: 'quem faz pode desfazer'" (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 45), seria como utilizar um canhão para matar uma mosca!

Outro problema reside na eficácia normativa da Constituição. Quer gostemos, ou não, a Constituição Federal admite, no art. 5º, inciso LXVII, a prisão civil do depositário infiel. Fica a cargo do legislador ordinário regulamentar tal previsão, indicando os casos em que a prisão civil será cabível, desde que, evidentemente, se trate de uma situação de depósito típico. Ao vedar ao legislador ordinário a possibilidade de implementar a norma da Constituição Federal, dentro dos seus limites, acaba-se vedando a própria Constituição. Trata-se de uma interpretação constitucional a partir de uma norma inferior[45], o que não se admite na hermenêutica constitucional.

Quanto ao art. 98 do Código tributário Nacional, tal dispositivo, "invocado por alguns como demonstração da primazia do direito internacional em todos os sentidos, deve ser interpretado como regra específica e especialíssima de direito fiscal" (DOLINGER, 2008, p. 106), sendo que há quem entenda que essa norma mesma é inconstitucional, por inexistir "supremacia jurídica dos decretos legislativos que ratificam tratados internacionais (tributários ou não-tributários) sobre as leis federais, estaduais, municipais ou distritais" (CARRAZA, 2001, p. 202).

3.7 Voto da Ministra Cármen Lúcia

O curtíssimo voto proferido pela Ministra Cármen Lúcia, no RE 466.343/SP, se limitou a acompanhar os votos proferidos pelo Ministro Relator Cézar Peluso e pelo Ministro Gilmar Mendes.

Registrando que o devedor, em contrato de alienação fiduciária em garantia, não é depositário, ponderou que o art. 4º do Decreto-Lei nº 911/69 não foi recepcionado pela Constituição brasileira, tampouco seria aplicável por força do art. 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica, por se tratar de dívida de dinheiro (p. 1194-1195). Concluindo:

[45] "A interpretação da constituição conforme as leis tem merecido sérias reticências à doutrina. Começa por partir da ideia de uma constituição entendida não só como espaço normativo aberto mas também como campo neutro, onde o legislador iria introduzindo subtilmente alterações. Em segundo lugar, não é a mesma coisa considerar como parâmetro as normas hierarquicamente superiores da constituição ou as leis infraconstitucionais. Em terceiro lugar, não deve afastar-se o perigo de a interpretação da constituição de acordo com as leis ser uma *interpretação inconstitucional*, quer porque o sentido das leis passadas ganhou um significado completamente diferente na constituição, quer porque as leis novas podem elas próprias ter introduzido alterações de sentido inconstitucionais. Teríamos, assim, a *legalidade da constituição* a sobrepor-se à *constitucionalidade da lei*" (CANOTILHO, 2003, p. 1234).

> Então, nesse caso, acolho inteiramente o que foi posto pelo Ministro Gilmar Mendes no sentido de já não haver, inclusive, aplicação para a parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição de 88 (p. 1195).

3.7.1 Críticas ao voto da Ministra Cármen Lúcia

No brevíssimo voto proferido pela Ministra Carmen Lúcia há que se ressaltar sua manifestação final, no sentido de "já não haver, inclusive, aplicação para a parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição de 88".

Veja-se que a Ministra afirma acompanhar os votos dos Ministros Cézar Peluso e Gilmar Mendes, mas conclui que um tratado internacional impediu a aplicação de uma parte do Texto Constitucional brasileiro. Em outras palavras, a Ministra entendeu que um tratado pode afastar a aplicação da Constituição Federal, ou seja, tem hierarquia constitucional.

Ocorre que essa não foi a conclusão do voto do Ministro Gilmar Mendes, que jamais afirmou que o tratado de direitos humanos poderia afastar a aplicação da Constituição. Segundo Mendes, um tratado internacional de direitos humanos poderia paralisar a eficácia jurídica da legislação ordinária, *infraconstitucional*, com ele conflitante.

Assim, constata-se que o voto da Ministra Carmen Lúcia, apesar de afirmar acompanhar os votos dos Ministros Cézar Peluso e Ministro Gilmar Mendes, na verdade, adotou exclusivamente a tese do Ministro Cezar Peluso, concluindo que tratados internacionais de direitos humanos têm hierarquia constitucional no Brasil.

3.8 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro Ricardo Lewandowski considerou aquela sessão do julgamento do RE 466.343/SP como "um verdadeiro avanço" (p. 1196) com relação ao tema dos direitos fundamentais, dizendo que se deveria "dar uma interpretação proativa" (p. 1197) aos direitos e liberdades fundamentais. Ressaltando que as restrições aos direitos fundamentais deveriam ser interpretadas restritivamente, como o já havia alertado o Ministro Peluso (p. 1196), bem como abraçando a tese da "mudança de paradigmas que se estabelece no cenário internacional" (p. 1196), como o fez o Ministro Gilmar Mendes, conclui que:

> [...] a alienação fiduciária não se encaixa naquela exceção do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição que admite – e até isso é duvidoso, dentro desses novos paradigmas trazidos à colação pelo Ministro Gilmar Mendes – a prisão civil no caso de depositário infiel na hipótese de inadimplemento de obrigação alimentícia (p.1197-1198).

3.8.1 Críticas ao voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O voto proferido pelo Ministro Lewandowski não trouxe novidades ao julgamento, limitando-se, como muitos, a acompanhar os votos condutores dos Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes.

O que chama a atenção é que o Ministro não adota uma tese específica sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ao dizer que a "alienação fiduciária não se encaixa naquela exceção do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição que admite [...] a prisão civil no caso de depositário infiel", mas põe em dúvida o próprio fato da Constituição realmente admitir tal prisão!

Lendo o trecho acima transcrito, fica claro que o Ministro afirma ser duvidoso se a Constituição Federal de 1988 admite a prisão do depositário infiel. Novamente, há, aqui, uma grave imprecisão técnica do Ministro, ao confundir o fato de um tratado internacional de direitos humanos possuir hierarquia constitucional ou supralegal e paralisar a eficácia jurídica da legislação ordinária, infraconstitucional, com ele conflitante e o fato, absolutamente incontroverso, de que a Constituição Federal de 1988 admitir a prisão civil do depositário infiel.

Ora, o texto constitucional é claro no sentido de admitir a prisão do depositário infiel. Quanto a tal fato, não se levantou qualquer dúvida, seja na doutrina, na jurisprudência clássica do Supremo Tribunal Federal, ou até mesmo nos demais votos proferidos nos recursos ora analisados.

Assim, não há como compreender que um Ministro do Supremo Tribunal Federal afirme que "é duvidoso, dentro desses novos paradigmas trazidos à colação pelo Ministro Gilmar Mendes" que o art. 5º, inciso LXVII, da Constituição admite a prisão civil no caso de depositário infiel. Os argumentos trazidos pelo Ministro Gilmar Mendes não trouxeram essa dúvida, que reside exclusivamente na mente do Ministro Lewandowski.

3.9 Voto do Ministro Joaquim Barbosa

O Ministro Joaquim Barbosa acompanhou os votos proferidos até então, dando especial atenção ao fato de que, por estar em jogo a liberdade individual, "talvez a mais preciosa das liberdades fundamentais do ser humano" (p. 1199), o legislador ordinário não poderia inventar novas autorizações para a prisão civil (p. 1119-1200). Devido à "situação de conflituosidade entre a norma do Pacto de San José da Costa Rica e a norma doméstica de 1969" (p. 1200),

concluiu o Ministro que "a prevalência, sem sombra de dúvidas, há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo" (p. 1201).

3.9.1 Críticas ao voto do Ministro Joaquim Barbosa

O voto do Ministro Joaquim Barbosa não trouxe novidades ao julgamento, adotando a tese defendida por TRINDADE, no sentido de que a "primazia é da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno" (TRINDADE, 2003, p. 542).

Apesar da adesão à tese de TRINDADE, o Ministro Joaquim Barbosa não deixou claro se aderiu à tese da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

3.10 Voto do Ministro Carlos Britto

O voto proferido pelo Ministro Carlos Britto foi breve, acolhendo os votos dos Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes. Em determinado trecho, afirma:

> O Ministro Gilmar Mendes também trouxe à colação, em reforço da sua tese, o Pacto de San José da Costa Rica, que temos aqui nesta Corte entendido que entra no direito brasileiro como norma supralegal: abaixo da Constituição, é certo, mas acima das leis comuns (p. 1205).

E completa seu voto no RE 466.343/SP com a seguinte explicação:

> [...] a doutrina adensa a opinião de que, quando uma lei ordinária vem para proteger um tema tratado pela Constituição como direito fundamental, essa lei se torna bifronte ou de dupla natureza. Ela é ordinária formalmente, porém é constitucional materialmente, daí a teoria da proibição de retrocesso. Quando se versa tutelarmente um direito fundamental, mediante lei ordinária, faz-se uma viagem legislativa sem volta porque já não se admite retrocesso (p. 1206).

3.10.1 Críticas ao voto do Ministro Carlos Britto

A primeira crítica que deve ser feita ao voto do Ministro Carlos Britto é o fato de afirmar que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que o Pacto de São José da Costa Rica "entra no direito brasileiro como norma supralegal: abaixo da Constituição, é certo, mas acima das leis comuns". O Ministro usa a expressão "que temos aqui nesta Corte entendido que". Considerando que o Ministro, durante todo o seu voto, utiliza a primeira pessoa do singular ("eu"), quando utiliza a primeira pessoa do plural ("nós") pode-se presumir que se refere ao órgão colegiado, ao Tribunal. E a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

demonstra que a Corte Maior brasileira não adotava tal tese até os julgamentos finais dos recursos ora analisados!

Isso não significa uma inconsistência do voto, mas se trata de uma informação inverídica, como já foi demonstrado. Salvo a posição isolada de um ou outro Ministro, o Supremo Tribunal Federal não conferia ao Pacto de São José da Costa Rica hierarquia supralegal.

Quanto à utilização da tese da hierarquia materialmente constitucional, a crítica já formulada para a doutrina é, aqui, igualmente válida.

3.11 Voto do Ministro Marco Aurélio

Já no início de seu voto no RE 466.343/SP, o Ministro Marco Aurélio reconhece que o Supremo Tribunal Federal estava a rever a própria jurisprudência, "não apenas ante a modificação sofrida pelo Colegiado diante dos novos membros que vieram a integrá-lo como também diante da própria dinâmica da vida" (p. 1207). Afirmou que "a prisão civil é um resquício do velho Direito romano" esperando viver "o dia em que ela não mais figurará no nosso ordenamento jurídico" (p. 1207).

Acolhendo a tese de que a norma que admitiu a prisão do devedor, em contrato de alienação fiduciária em garantia, abandonou a razoabilidade e feriu o texto constitucional, através de uma equiparação fictícia (p. 1207), o Ministro Marco Aurélio afirmou que o pacto de San José da Costa Rica não está no mesmo patamar dos dispositivos constitucionais, pois, para tanto, precisaria observar "o mesmo procedimento alusivo às emendas constitucionais" (p. 1208). Entretanto, reconheceu que, "[q]uando subscrevemos esse Pacto, a legislação regulamentadora do texto constitucional quanto ao depositário infiel ficou suplantada" (p. 1208).

3.11.1 Críticas ao voto do Ministro Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio pontua uma questão interessante: a modificação da composição do Colegiado como meio de modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Não é este o tema do presente trabalho, motivo que nos impede de aprofundar o estudo de tal questão. Entretanto, é uma observação que tem relevância para a conclusão final do presente trabalho.

Apesar de demonstrar a satisfação com a alteração da jurisprudência e confessar esperar viver o dia em que a prisão civil não mais figurará no nosso ordenamento jurídico, o Ministro Marco Aurélio não avançou na atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, limitando-se a afirmar que a legislação regulamentadora do texto constitucional ficou suplantada com a subscrição do Pacto de São José da Costa Rica.

Tal afirmação, entretanto, não deixa clara a posição do Ministro quanto à eventual hierarquia supralegal ou meramente legal dos tratados de direitos humanos.

3.12 Voto do Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello pediu vista dos autos do RE 466.343/SP, após os votos dos Ministros Cezar Peluso, Marco Aurélio e Gilmar Mendes, aos quais prestou reverência (p. 1211). Em seu voto, pontuando que a questão básica a ser esclarecida seria definir "se ainda subsiste, no direito positivo brasileiro, no plano infraconstitucional da legislação interna, a prisão civil do depositário infiel" (p. 1211), considerando o que dispõem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos.

Ressaltou o Ministro que o tema:

> [...] estimula reflexão a propósito de uma clara tendência que se vem registrando no sentido de abolição desse instrumento de coerção processual, que se constitui resquício de uma prática extinta, já na Roma republicana, desde o advento, no século V a.C., da "*Lex Poetelia Papiria*", saudada, então, enquanto marco divisor entre dois períodos históricos, como representando a "aurora dos novos tempos" (p. 1212).

Afirmou o Ministro que "o Supremo Tribunal Federal se defronta com um grande desafio, consistente em extrair, dessas mesmas declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia" (p. 1216), sendo que o "respeito e a observância das liberdades públicas impõem-se ao Estado como obrigação indeclinável, que se justifica pela necessária submissão do Poder Público aos direitos fundamentais da pessoa humana" (p. 1218). Assim afirma que "a emergência das sociedades totalitárias está causalmente vinculada, de modo rígido e inseparável, à desconsideração da pessoa humana, enquanto valor fundante e condicionante, que é, da própria ordem político-jurídica do Estado" (p. 1220).

Reconhecendo seu posicionamento anterior, de que os tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculada) teriam posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias (p. 1229), o Ministro afirmou se inclinar para o reconhecimento de que tratados

internacionais sobre direitos humanos estariam impregnados de natureza constitucional (p. 1230).

Citando as doutrinas de Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Celso Lafer, Valério Mazzuoli, Francisco Rezek e André Ramos Tavares, o Ministro reconsiderou seu posicionamento anterior (p. 1246), reconhecendo a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos:

> [...] em face da relevantíssima circunstância de que viabilizam a incorporação, ao catálogo constitucional de direitos e garantias individuais, de outras prerrogativas e liberdades fundamentais, que passam a integrar, subsumindo-se ao seu conceito, o conjunto normativo configurador do bloco de constitucionalidade (p. 1247).

O Ministro Celso de Mello prosseguiu com algumas observações, quanto ao Substitutivo à Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 96/92, oferecido pela Deputada Zulaiê Cobra, então Relatora da Comissão Especial da Reforma do Poder Judiciário, para superar a polêmica em torno do alcance do § 2º do art. 5º da Constituição. Segundo o Ministro, a Deputada assim justificou seu Substitutivo:

> Buscando a efetividade da prestação jurisdicional, acolhemos também sugestão do Ministro Celso de Mello, Presidente do Supremo Tribunal Federal, no sentido da outorga explícita de hierarquia constitucional aos tratados celebrados pelo Brasil, em matéria de direitos humanos, à semelhança do que estabelece a Constituição Argentina (1853), com a reforma de 1994 (art. 75, n. 22), introdução esta no texto constitucional que afastará a discussão em torno do alcance do art. 5º, § 2º (p. 1249).

Defendendo esse novo posicionamento, o Ministro Celso de Mello sugere uma "evolução do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte" (p. 1250), observando que a previsão constitucional que veda a prisão civil por dívida:

> [...] pode sofrer mutações, que resultantes de atividades desenvolvidas pelo próprio legislador comum, quer emanadas de formulações adotadas em sede de convenções ou tratados internacionais, quer, ainda, ditadas por juízes e Tribunais, no processo de interpretação da Constituição e de todo o complexo normativo nela fundado (p. 1250-1251).

Assim, defende que a interpretação judicial desempenha papel fundamental, não apenas "na revelação do sentido das regras normativas que compõem o ordenamento positivo, mas, sobretudo, na adequação da própria Constituição" (p. 1251). Apoiando-se na lição de Francisco Campos, afirma que "no poder de interpretar os textos normativos, inclui-se a prerrogativa judicial de reformulá-los" (p. 1251).

E prossegue, afirmando *evoluir* (p. 1254), para conferir aos tratados internacionais de direitos humanos qualificação constitucional (p. 1255).

Desse modo, a relação de eventual antinomia entre os tratados internacionais em geral (que não versem o tema dos direitos humanos) e a Constituição da República impõe que se atribua, dentro do sistema de direito positivo vigente no Brasil, irrestrita precedência hierárquica à ordem normativa consubstanciada no texto constitucional, ressalvadas as hipóteses excepcionais previstas nos §§ 2º e 3º do art. 5º da própria Lei Fundamental, que confere hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos (p. 1260).

3.12.1 Críticas ao voto do Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello adotou a tese da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Porém, é preciso analisar os argumentos expostos em seu voto, para pontuar o quanto sua interpretação é moralista.

Desde o início, o Ministro faz referências à prisão civil como resquício de uma prática extinta já na República romana. Prossegue, então, comparando a desconsideração da pessoa humana às sociedades totalitárias. Tais argumentos, embora não se questione sua eventual correção, têm caráter meramente retórico, pois o fato é que a Constituição Federal de 1988, a chamada Constituição Cidadã, prevê hipóteses de prisão civil. Dizer que tais hipóteses de prisão são eticamente descabidas é um discurso voltado para a política, não para o direito. Nada impede que os cidadãos descontentes com tal previsão constitucional realizem pressões políticas para a revogação parcial do texto constitucional. Em matéria de interpretação, entretanto, tais observações são desprovidas de sentido.

Outro fato interessante é a citação da manifestação da então Deputada Federal Zulaiê Cobra. O fato de a deputada ter afirmado que a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 96/92 teria acolhido sugestão do Ministro Celso de Mello apenas demonstra a intenção[46] do Ministro de interpretação no sentido da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Mas, mais que isso, demonstra que o próprio Ministro sabia que seria necessária a alteração da Constituição Federal para que os tratados internacionais de direitos humanos passassem, efetivamente, a ter hierarquia constitucional. Como a Reforma do

[46] "[...] na perspectiva juspositivista, é preciso rejeitar os métodos teleológicos que adulteram os conteúdos normativos fazendo referência a uma suposta e oculta vontade do legislador (teleologia subjetiva) ou a necessidade de modificação da norma em detrimento de seu conteúdo (teleologia objetiva). Nos dois casos, o intérprete faz um indevido recurso a elementos que não pertencem ao sistema jurídico" (DIMOULIS, 2006, p. 244). "O juiz deve 'ler' a norma não sob a luz de seus valores e ideologia redimensionados por ocasião da elaboração da norma, porém dos valores e ideologias da própria norma" (DINIZ, 2005, p. 492).

Judiciário, representada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, não alterou o Texto Maior da forma como proposto pelo Ministro Celso de Mello, resulta que a interpretação que pretende fazer do art. 5º, §§ 2º e 3º é equivocada.

Ora, se se pretende incluir no texto constitucional uma norma expressa afirmando que os tratados internacionais de direitos humanos têm hierarquia constitucional e se tal proposta é rejeitada pelo poder constituinte reformador, conclui-se que a proposta não foi aceita, ou seja, tais tratados não têm hierarquia constitucional.

Para justificar sua interpretação, o Ministro Celso de Mello abusa da retórica[47] ao afirmar sua "evolução", expressão carregada de carga valorativa que induz o auditório a concordar com seu discurso. Tanto o faz no aspecto pessoal, ao dizer que "evolui" ao modificar seu posicionamento, quanto no aspecto Colegiado, aos sugerir a evolução do pensamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, visando minimizar a radical alteração jurisprudencial da Corte Suprema brasileira, o Ministro se apoia na possibilidade de ocorrência de mutações constitucionais como forma de alteração do sentido da norma constitucional.

Mutação constitucional pode ser definida como:

> [...] o processo informal de mudanças da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressalvados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais (BULOS, 1997, p. 57).

No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello afirma ser competência dos juízes a adequação ou até a reformulação da Constituição Federal, em evidente adesão ao jusmoralismo, pois "os moralistas entendem que o direito formalmente válido pode e deve ser corrigido por obra de seu intérprete/aplicador, no intuito de conformá-lo às exigências da moral" (DIMOULIS, 2006, p. 89).

3.13 Voto do Ministro Menezes Direito

O Ministro Menezes Direito proferiu voto no HC 87.585/TO, o qual foi reproduzido nos demais processos julgados no mesmo dia (RE nº 446.343/SP, RE nº 349.703/RS e HC nº 92.566/SP). Assim as citações terão como base o HC 87.585/TO.

[47] Sabe-se que a retórica é tautológica e recorre a argumentos emocionais. Isso significa que impressiona quem desconhece o tema e só satisfaz quem é partidário da posição do orador (DIMOULIS, 2006, p. 46).

O ministro Menezes Direito inicia seu voto com a citação de alguns precedentes do STF que julgaram os tratados internacionais de direitos humanos como lei ordinária (HC 72.131/RJ) (p. 317-318) e que entenderam se tratar de norma supralegal (RHC 79.785) (p. 318-319). Discorreu, então, sobre as correntes monista e dualista (p. 319-325).

Sobre a questão de se atribuir natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, o Ministro alertou:

> Embora esse raciocínio mereça de minha parte grande encantamento, reconheço que não haveria como estabelecê-lo sem violentar a disciplina criada pelo constituinte, presente a realidade da sociedade internacional de nossos dias. Isso adquire mais força ainda se considerarmos que o constituinte derivado abriu a possibilidade de incorporação dos atos normativos internacionais com *status* constitucional desde a Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Assim, não se pode deixar de reconhecer que a vontade constituinte não pode amparar-se naquilo que Bitar Campos chamou de bloco de constitucionalidade para se alçar essas espécies normativas internacionais diretamente ao plano constitucional. Veja-se que essa solução, que tem respaldo na teoria dos direitos humanos como inerentes à natureza do ser do homem e não ao seu reconhecimento nos planos nacionais, poderia criar concretamente alguns obstáculos insuperáveis, como a questão do controle da constitucionalidade das próprias espécies normativas internacionais, presente o atual estágio do direito constitucional brasileiro (p. 327).

Recusando-se a aderir a tese da equivalência às leis ordinárias, o Ministro Menezes Direito adotou a solução trazida pelo Ministro Orozimbo Nonato, "de estabelecer um degrau de ingresso dos tratados e convenções, que ele chamou de 'leis especiais' (AC nº 9.587/DF, 21/8/1951)" (p. 328).

Realmente, esse *status* conferido por Orozimbo Nonato sequer pode dizer-se de supralegalidade. Esses atos não são supralegais, mas, sim, especiais, isto é, são atos de hierarquia diferenciada na medida em que oriundos de um plano que está além, pela própria natureza do seu conteúdo substantivo, de hierarquização legislativa doméstica. Eles ficam no plano legal, mas com hierarquia superior, porquanto ingressam de forma diferente da produção normativa doméstica (p. 328).

Por esses argumentos, o Ministro Menezes Direito entendeu como "suspensa a eficácia das normas internas ordinárias que estabelecem a prisão civil do depositário infiel tanto sob regime da alienação fiduciária como sob o regime do puro contrato de depósito regulado pelo Código Civil" (p. 329), mas não incluiu nesse cenário o depositário judicial, que teria natureza jurídica "apartada da prisão civil própria do regime dos contratos de depósito" (p. 329).

Nesse caso específico [do depósito judicial], a prisão não é decretada com fundamento no descumprimento de uma obrigação civil, mas no desrespeito a um múnus público. Entre o Juiz e o depositário dos bens apreendidos judicialmente a relação que se estabelece é, com efeito, de subordinação hierárquica, já que este último está exercendo, por delegação, uma função pública (p. 329-330).

Assim, conclui o Ministro que a prisão do depositário judicial infiel permaneceria possível, sendo aplicável a Súmula nº 619/STF ("A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito"), pois, nesse caso, "o depositário judicial não assume nenhuma dívida, mas tão-só, um encargo judicial, envolvendo a própria dignidade do processo judicial" (p. 330).

3.13.1 Críticas ao voto do Ministro Menezes Direito

O posicionamento assumido pelo Ministro Menezes Direito de não conferir hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos foi correto. A novidade trazida em seu voto foi o caráter especial conferido a tais tratados, algo diferente da hierarquia supralegal, mas com o mesmo resultado prático.

Entretanto, por ter o mesmo resultado prático, a tese da especialidade merece as mesmas críticas à tese da supralegalidade, pois todos os argumentos contra esta se aplica àquela.

Ponto interessante no seu voto, o Ministro Menezes Direitos faz uma distinção entre as figuras do depositário relação contratual e do depositário judicial. Tal distinção foi demonstrada no debate realizado durante o julgamento do HC 92.541/PR, acima transcrito (item 2.5). Porém, apesar de, naquele debate, os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia terem concordado com a necessária distinção do depositário judicial, tais Ministros não acompanharam a exceção feita pelo Ministro Menezes Direitos durante os julgamentos ora analisados.

Apesar da distinção que o Ministro Direito fez, a questão somente teria verdadeira relevância se a tese acolhida fosse da hierarquia equivalente à das leis ordinárias, pois o § 3º, acrescentado ao art. 666, do Código de Processo Civil, pela Lei nº 11.382/2006, dispõe que "A prisão de depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito", é do ano de 2006, portanto, posterior ao Pacto de São José da Costa

Rica, incorporada ao direito brasileiro no ano de 1992. Tendo o Ministro Menezes Direito adotado a tese do caráter especial dos tratados, algo equivalente à supralegalidade, a distinção se mostra descabida e reflete apenas a preocupação pessoal do Ministro em manter a "dignidade do processo judicial".

3.14 Críticas gerais

Apesar da grande repercussão do voto do Ministro Gilmar Mendes, que inovou ao atribuir hierarquia *supralegal* aos tratados internacionais de direitos humanos, não houve sequer um Ministro que tenha acolhido integralmente a sua tese. Apesar dos elogios ao voto proferido e apesar da ementa publicada no RE 349.703/RS, que afirma que os tratados de direitos humanos têm hierarquia supralegal, dos 12 (doze) Ministros que foram citados neste trabalho, 07 (sete) aderiram à tese da hierarquia *constitucional* dos tratados internacionais[48], 01 (um) atribuiu hierarquia *supralegal*[49], 03 (três) não abordaram a questão da hierarquia[50] e 01 (um) recusou a hierarquia constitucional para atribuir *caráter especial*[51].

Venceu a tese da hierarquia constitucional, ainda que o legislador constitucional tenha buscado resolver a celeuma introduzindo o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal. Ainda que o poder constituinte reformador tenha deixado claro que não reconhecia a hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos – salvo no caso de aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros – os Ministros do Supremo Tribunal Federal resolveram em sentido contrário.

Por mais que a tese da supralegalidade mereça críticas – e o fizemos – a tese da hierarquia constitucional é, do ponto de vista hermenêutico, muito mais injustificável. Os Ministros não disseram apenas que os tratados de direitos humanos são *especiais* (tese compatível com a supralegalidade), mas que são *especialíssimos*, adentrando na esfera constitucional ("bloco de constitucionalidade") sem qualquer parâmetro de controle prévio.

Os Ministros não apenas reconheceram a hierarquia *materialmente* constitucional de todo e qualquer tratado internacional de direitos humanos, como atribuíram a essa hierarquia *material* as mesmas consequências da hierarquia *formal*, ou seja, a superioridade como

[48] Ministros Ilmar Galvão, Cezar Peluso, Carmén Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello.
[49] Ministro Gilmar Mendes.
[50] Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches e Joaquim Barbosa.
[51] Ministro Menezes Direito.

parâmetro interpretativo e, consequentemente, como parâmetro de controle de constitucionalidade.

Esse entendimento faz tábula rasa da máxima extraída do postulado constitucional da maior efetividade possível, segundo a qual "a lei não emprega palavras inúteis" (BASTOS, 1999, p. 105) ou "não se deve determinar o significado de uma regra de maneira tal que algumas partes desta regra sejam redundantes" (Wróblewski, 1985, p. 48)[52]. Se os tratados internacionais de direitos humanos já possuem, por natureza, hierarquia constitucional, qual a relevância do § 3º acrescentado ao art. 5º da CF pelo legislador constitucional?

Conclui-se que a maioria dos Ministros do STF pode ser classificada como moralista, no sentido utilizado no presente trabalho, ou seja, utilizam argumentos de ordem moral para "corrigir" a Constituição, "forçando" sua adequação a conceitos morais e, portanto, subjetivos. Mais que isso, conclui-se que a ementa do RE 349.703/RS transmitiu uma conclusão diferente (e, portanto, errada) daquela aprovada pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

De qualquer forma, é importante frisar que a decisão judicial transitada em julgado é válida e prevalece sobre as demais, ainda quando tenha ultrapassado a *moldura* legal (AMARAL, 2010, p. 55). É por isso que KELSEN afirma que a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica[53]. Ela cria Direito (KELSEN, 1998, p. 394).

A propósito importa notar que, pela via da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.

Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, m que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. É fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo – especialmente pelos tribunais de última instância (KELSEN, 1998, p. 394-395).

[52] Em sentido contrário, entendendo que a lei pode conter palavras inúteis, veja-se AMARAL, 2010, p. 107.
[53] Em sentido contrário, MAXIMILIANO (2010, p. 151): "A interpretação judicial distingue-se da autêntica por não ter efeito compulsório senão no caso em apreço e somente para o juiz inferior, na hipótese de recurso provido, ou para os litigantes: ainda assim, obriga relativamente *à conclusão apenas, e não quanto aos motivos*, aos *considerandа*".

Outra crítica importante refere-se à metodologia, ou, mais propriamente, à ausência de metodologia interpretativa clara seguida pelos Ministros. Metodologia, "significa no sentido tradicional a totalidade das regras técnicas da interpretação no trato com normas jurídicas, como e.g. da interpretação gramatical ou sistemática, o procedimento analógico e regras similares" (MÜLLER, 2008, p. 2). Ainda que se possa afirmar que a maioria deles parece aderir ao moralismo jurídico como teoria do Direito[54], os métodos de interpretação não são discutidos pelo Supremo Tribunal Federal. E essa deficiência não é exclusividade brasileira:

> Uma pesquisa dos argumentos interpretativos utilizados na Argentina pela *Corte Suprema de Justicia de la Nación* demonstrou que o Tribunal invoca e aplica todos os possíveis métodos de interpretação, sem se preocupar com o problema de seus conflitos internos que são responsáveis pela aleatoriedade dos resultados.
> A situação não é diferente no Brasil. Apesar da falta de pesquisas específicas, a leitura de decisões indica que os tribunais não problematizam as formas de interpretação, utilizando métodos casuisticamente e legitimando os mais variados resultados (DIMOULIS, 2006, p. 244).

Sobre o "caos metodológico", são formuladas críticas até ao Tribunal Constitucional da Alemanha:

> A jurisprudência constitucional, pelo menos aquela seguida na Alemanha pelo Tribunal de Karlsruhe, não proporcionou até agora uma unidade coerente na adoção de métodos interpretativos, antes, pelo contrário, se avolumam as queixas acerca da instabilidade hermenêutica ali verificada com a frequente mudança de posições, a qual, segundo muitos, ameaça imergir toda a problemática da interpretação constitucional num verdadeiro "caos metodológico" (BONAVIDES, 2008, p. 456).

Em conexão com a ausência de método, verifica-se que, enquanto alguns Ministros se esforçam em fundamentar adequadamente seus votos, outros não demonstram tal pretensão. Além do eventual descumprimento de obrigação legal (art. 93, inciso IX, da CF), a ausência de fundamentação dificulta a revisão e discussão do julgamento pela doutrina jurídica.[55]

[54] Essa é uma conclusão de exclusiva responsabilidade do autor, tendo em vista os julgamentos analisados neste trabalho, não impedindo que outros estudos possam concluir em sentido diverso.

[55] "A representação e publicação da *fundamentação* deve, por um lado, convencer os atingidos, por outro tornar a decisão controlável para um possível reexame por tribunais de instância superior, para outras chances da tutela jurídica e com vistas à questão da conformidade à constituição. Um outro elemento consiste na introdução da decisão publicada e fundamentada na discussão da práxis e da ciência jurídicas e da política jurídica e constitucional" (MÜLLER, 2008, p. 37, destaques originais). "A metódica deve poder decompor os processos da elaboração da decisão e da fundamentação expositiva em passos de raciocínio suficientemente pequenos para abrir o caminho ao feed-back *controlador por parte dos destinatários da norma, dos afetados por ela, dos titulares de funções estatais* (tribunais revisores, jurisdição constitucional etc.) *e da ciência jurídica*" (MÜLLER, 2008, p. 37-38, destaques originais). "O resultado da interpretação deve estar acompanhado de uma completa justificativa tanto em relação aos métodos escolhidos como em relação à proposta interpretativa sugerida. Em seguida, deve ser realizada uma discussão crítica entre pessoas que compartilham a finalidade da interpretação objetiva. O debate

4 Súmulas

O julgamento dos RE 446.343/SP, RE 349.703/RS, HC 92.566/SP e HC 87.585/TO, não foi uma mera alteração na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Uma vez que jurisprudência[56] é o resultado da prática reiterada dos Tribunais, sequer se poderia falar em "alteração da jurisprudência" ante um julgamento realizado em uma única sessão Plenária. Ainda que tenham sido julgados quatro recursos diferentes, os julgamentos do Supremo Tribunal Federal tratam apenas de matéria de direito, que era a mesma em todos os recursos analisados. Assim, em termos realistas, houve apenas um julgamento, com razões repetidas em todos os recursos.

Ainda que tenha sido assim, o Supremo Tribunal Federal não titubeou em tomar algumas providências, como consequência do resultado dos recursos estudados. Tais consequências serão analisadas a seguir.

4.1 Revogação da Súmula 619

A primeira consequência dos julgamentos estudados é que, especificamente no HC 92.566/SP, houve revogação expressa da Súmula 619 do STF, que afirmava: "A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito".[57]

Em que pese a discussão iniciada na Primeira Turma pelo Ministro Menezes Direito, durante os debates realizados no julgamento do HC 92.541/PR (item 2.4), pretendendo distinguir entre um depositário infiel no caso de uma relação jurídica de direito privado e um depositário infiel em caso de depósito judicial, tal sugestão não foi acolhida, ao final. O Ministro Menezes Direitos foi voto vencido com relação a tal pretensão.

Ante a visível empolgação dos Ministros com a reviravolta da jurisprudência da Corte Suprema do Brasil, a Súmula 619 do STF foi revogada durante o julgamento do HC 92.566/SP, sem maiores discussões.

---

permitirá confirmar ou corrigir a proposta interpretativa com base em argumentos objetivos" (DIMOULIS, 2006, p. 245).

[56] "Podemos entender a jurisprudência como um conjunto de decisões uniformes dos tribunais, resultantes da aplicação das mesmas normas em casos semelhantes" (DIMOULIS, 2003, p. 194). No mesmo sentido: DINIZ, 2005, p. 295. "Uma decisão isolada não constitui jurisprudência; é mister que se repita, e sem variações de fundo. O precedente, para constituir jurisprudência, deve ser *uniforme* e *constante*" (MAXIMILIANO, 2010, p. 151).

[57] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=619.NUME.NAO S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em 09 nov. 2010.

Importante pontuar, ainda, que a revogação da Súmula 619 do STF continha disposição praticamente idêntica à norma contida no § 3º do art. 666 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.382/2006: "A prisão de depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito".

Assim, verifica-se que a revogação da Súmula 619 do STF não resolveu a questão, pois permanece no ordenamento jurídico pátrio a previsão normativa do § 3º do art. 666 do Código de Processo Civil. É certo que a tese da hierarquia constitucional acolhida pelo Tribunal implicaria na inconstitucionalidade do § 3º do art. 666 do Código de Processo Civil. Mas, como a inconstitucionalidade não foi declarada, ainda que de forma incidental, não foram tomadas as providências descritas no art. 52, inciso X, da CF, que afirma competir privativamente ao Senado Federal, suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Desta forma, a possibilidade de questionamentos acerca da validade da referida norma processual permanece sendo uma realidade.

4.2 Edição da Súmula Vinculante nº 25

A revogação da Súmula 619 do STF durante o julgamento do HC 92.566/SP não foi o suficiente para o Supremo Tribunal Federal, que pretendia algo ainda mais notável.

Já que os recursos analisados não tratavam de controle abstrato de constitucionalidade (que teria efeitos *erga omnes*), mas de controle difuso (com efeitos *inter partes*), o Supremo Tribunal Federal aproveitou os julgamentos dos RE 446.343/SP e RE 349.703/RS, "entre outros precedentes", para aprovar a Proposta de Súmula Vinculante (PSV) 31-DF, editando, aos 16.12.2009, a Súmula Vinculante nº 25, com o seguinte teor: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".[58]

A partir de sua publicação na imprensa oficial, o que ocorreu em 12.02.2010, a citada súmula passou a ter efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, conforme dispõe o art. 2º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

4.3 Críticas

[58] A proposta de Súmula Vinculante 31 Distrito Federal, que resultou na Súmula Vinculante nº 25 está disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607644&pgI=1&pgF=100000>. Acesso em 09 nov. 2010.

O Supremo Tribunal Federal agiu de forma prematura ao editar a Súmula Vinculante nº 25. Isso porque o art. 103-A da Constituição Federal de 1988, assim como o art. 2º da Lei nº 11.417/2006, determinam, como condição para a edição da súmula vinculante, que tenha havido *reiteradas decisões* sobre a matéria constitucional.

Ocorre que não houve reiteradas decisões sobre a impossibilidade de prisão civil do depositário infiel. Houve, como já afirmado, uma única decisão, que foi repetida em quatro recursos julgados no mesmo dia, na mesma sessão Plenária. Ainda que se trate de recursos distintos, verifica-se que as decisões não foram *reiteradas* pelo Tribunal. Não se pode afirmar qual decisão foi proferida primeiro, se a do RE 446.343/SP, ou do RE 349.703/RS, do HC 92.566/SP ou do HC 87.585/TO. Isso porque a decisão foi única, meramente "colada" em diversos processos distintos.

Interessante registrar que o *site* do Supremo Tribunal Federal indica, na pesquisa de Súmulas Vinculantes, que a Súmula Vinculante nº 25 teria como precedentes os seguintes recursos: RE 562.051 RG (julgado em 14.04.2008), RE 349.703 (Pleno, julgado em 03.12.2008), RE 466.343 (Pleno, julgado em 03.12.2008), HC 87.585 (Pleno, julgado em 03.12.2008), HC 95.967 (2ª Turma, julgado em 11.11.2008), HC 91.950 (2ª Turma, julgado em 07.10.2008), HC 93.435 (2ª Turma, julgado em 16.09.2008), HC 96.687 MC (2ª Turma, julgado em 13.11.2008), HC 96.582 (1ª Turma, julgado em 29.10.2008), HC 90.172 (2ª Turma, julgado em 05.06.2007) e HC 95.170 MC (2ª Turma, julgado em 27.06.2008).[59] Ocorre que, com exceção dos recursos ora estudados (RE 446.343, RE 349.703 e HC 87.585), os demais foram decididos em datas anteriores à decisão plenária (03.12.2008), por uma das Turmas do STF (logo, sem a participação de todos os Ministros da Corte), em casos de *Habeas Corpus*, cuja decisão é urgente. Em outras palavras, os recursos indicados não foram precedentes *da Corte*, mas de *parte dela* (Turma), sendo que as decisões eram meras repetições dos votos que já haviam sido proferidos nos RE 446.343, RE 349.703.

Quando a Constituição Federal e a lei fazem referência a "reiteradas decisões sobre matéria constitucional", como requisito da edição de súmula vinculante, fica evidente que a intenção é que a matéria esteja sedimentada, pacificada no Supremo Tribunal Federal.

No caso em estudo, verifica-se que a jurisprudência sedimentada no Supremo Tribunal Federal era justamente contrária ao que foi aprovado na Súmula Vinculante nº 25, ou seja, a jurisprudência do STF admitia a prisão do depositário infiel em diversos casos, inclusive no

[59] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=25.NUME.ES.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em 09 nov. 2010.

caso de contrato de alienação fiduciária em garantia. Bastou uma única sessão de julgamento, com resultado em sentido contrário à jurisprudência anterior, para que o Supremo Tribunal Federal editasse a Súmula Vinculante nº 25, como se de reiteradas decisões se tratasse.

Ao analisar a Lei da Súmula Vinculante (Lei nº 11.417/2006), TAVARES faz uma interessante observação:

> Esta última observação levanta, ainda, uma interessante indagação: o processo de discussão próprio da súmula vinculante, que envolve os ministros do STF em um *quorum* qualificado, pode levar a uma decisão diferente das decisões que justificaram sua propositura? De um lado seria um desapego que legitimaria qualquer decisão independentemente do seu amadurecimento (agravado por ser uma decisão contrária às anteriores). Significaria compreender a exigência de reiteradas decisões como mera formalidade. Contudo, de outro lado, impedir que após uma discussão séria e marcada pelo *quorum* de maioria a decisão possa produzir efeitos e uma nova súmula possa ser adotada seria desmerecer o esforço dos ministros. Mas como a Constituição pautou-se na idéia de amadurecimento prévio, é mais consistente adotar a primeira tese da impossibilidade de súmula contrária às decisões reiteradas (TAVARES, 2007, p. 48).

Interpretando-se o texto constitucional nesse sentido, verifica-se que, por mais que os ministros tenham decidido a Súmula Vinculante nº 25 por unanimidade (presente, portanto, o requisito do *quorum* qualificado), a decisão foi tomada sem que tenha havido reiteradas decisões ou, pior, contrária às reiteradas decisões daquela Corte.

Nem se alegue que por se tratar de decisão mais benéfica aos direitos fundamentais, os critérios objetivos determinados pela Constituição Federal podem ser afastados, pois não há margem de liberdade para tal interpretação. O texto constitucional não fez qualquer ressalva, não podendo o intérprete "criar" tal exceção, ainda que fundamentado na melhor das intenções. De igual forma, não se mostra plausível admitir que "reiteradas decisões" possa equivaler aos julgamentos realizados em uma única sessão. Se a Constituição Federal pretendesse admitir que um único debate sobre matéria constitucional fosse suficiente para a edição de súmula vinculante, teria afirmado algo como "desde que a decisão seja unânime", ou "desde que não haja oposição de qualquer Ministro". Mas a unanimidade, assim como a ausência de oposição por parte de qualquer Ministro daquela Corte, não representa a sedimentação ou o amadurecimento da matéria.

Conforme foi exposto no presente trabalho, os votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal merecem as mais variadas críticas, desde a absoluta ausência de exposição de razões para o convencimento pessoal, até a exposição de razões puramente retóricas e desprovidas de cientificidade.

Tanto a matéria relativa à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, quanto à própria possibilidade de edição de súmulas vinculantes, já receberam diversas críticas pela doutrina, em diversos sentidos diferentes. Parece razoável exigir que a edição de uma súmula vinculante, que aproxima perigosamente o juiz à figura do legislador, seja precedida de múltiplas decisões, de diversos debates, de argumentação e contra-argumentação aos fundamentos adotados, de sedimentação, pacificação e amadurecimentos suficientes para a certeza da tomada de ação com efeito vinculante.

Conclusões

O presente trabalho pretende iniciar uma cultura, pouco difundida no Brasil, de discutir as decisões judiciais. Assim, realizou-se uma análise pormenorizada de *como* decidiu o Supremo Tribunal Federal, de como votaram cada um dos Ministros daquela Corte, com quais argumentos e, enfim, com qual metodologia foi discutido o tema da prisão do depositário infiel. Utilizando o método positivista *stricto sensu*, foram analisadas as normas aplicáveis e criticadas as correntes doutrinárias sobre o tema. Foram apresentados, também, os julgamentos clássicos do Supremo Tribunal Federal, que sustentaram a jurisprudência pacífica acerca da possibilidade de prisão do depositário infiel, mesmo após a incorporação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) ao direito brasileiro.

Na sequencia, foram analisados os votos dos Ministros da Corte Suprema do Brasil, criticando-se seus argumentos – ou a ausência deles – assim como as consequências de tal alteração jurisprudencial, com a revogação de súmula e edição de súmula vinculante, sem a devida maturação da discussão. Concluiu-se que o resultado final, aprovado pela maioria dos Ministros, foi pela hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, e não a tese da supralegalidade, como divulgado pela mídia e pela doutrina jurídica. Tal divulgação é resultado da simples leitura da ementa do Acórdão, que não expressou corretamente a manifestação majoritária dos membros da Corte Constitucional. Somente uma análise mais aprofundada pôde demonstrar a verdadeira decisão proferida pelo STF.

As conclusões do presente estudo não são aquelas acolhidas pelo Supremo Tribunal Federal. Sabe-se que, na prática, a questão já foi resolvida e, agora, trata-se de matéria pacífica e sumulada. Vinculante, inclusive. O poder de decisão existe para essa finalidade, para

pôr um fim a uma questão[60]. Mas a decisão final não é, necessariamente, a melhor. Como aponta DIMOULIS:

> Visto em perspectiva dinâmica, o sistema jurídico é composto de sucessivas decisões dos órgãos competentes. Certas ou equivocadas do ponto de vista moral, adequadas ou inadequadas do ponto de vista social, legais ou ilegais do ponto de vistas jurídico, essas decisões possuem a característica de resolver uma questão de forma impositiva, de acordo com a etimologia da palavra "decisão", do verbo *decidere*: cortar, separar o desejado do não desejado com base no poder de fazer tal ato de escolha e não, evidentemente, com base no caráter certo, racional ou consensual do "corte".
>
> Isso ocorre com as votações majoritárias e com as decisões judiciárias dotadas de força de coisa julgada. O recurso a tais procedimentos oferece respostas definitivas, mas não indica o que realmente diz a norma: se o intérprete institucionalmente competente diz aquilo que a norma diz, a norma sempre dirá aquilo que cada intérprete dirá! (DIMOULIS, 2006, p. 233).

Porém, a conclusão final deste trabalho não pode ser somente do autor, mas de cada leitor que se dispuser a analisar as críticas aqui formuladas. Não se pretende convencer a todos, até porque "As controvérsias interpretativas são inegáveis, mas suas causas não se vinculam a insuficiências metodológicas, e sim a fatores subjetivos que determinam a rejeição de determinadas interpretações" (DIMOULIS, 2006, p. 243). Pretende-se demonstrar que críticas construtivas podem ser feitas e devem ser pensadas, mesmo quando dirigidas contra o órgão de cúpula do Poder Judiciário, pois "uma cultura segundo a qual 'decisão judicial se obedece, mas também se discute' é mais útil à democracia do que o contrário (MENDES, 2008, p. 26, nota 65).

Assim, ciente de que este estudo pode ser objeto de outras tantas críticas – e provavelmente o será –, principalmente pela adoção de uma teoria do Direito acusada de "superada" pelos "antipositivistas", espera-se ter dado o primeiro passo para a criação de uma cultura de discussão, de questionamento, de pensar o direito e de como ele é aplicado.

Referências

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *O positivismo jurídico.* Belo Horizonte: Fórum, 2010.
BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional.* 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC)/Celso Bastos Editor, 1999.
BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

[60] "A jurisprudência é a fonte mais geral e extensa de exegese, indica soluções adequadas às necessidades sociais, evita que uma questão doutrinária fique eternamente aberta e dê margem a novas demandas: portanto diminui os litígios, reduz ao mínimo os inconvenientes da incerteza do Direito, porque de antemão faz saber qual será o resultado das controvérsias" (MAXIMILIANO, 2010, p. 147).

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.
BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.* Compiladas por Nello Morra, tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 23. ed., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.
BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1997.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra, PT: Almedina, 2003.
CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário.* 16. ed., rev., ampl. e atual. até a Emenda Constitucional nº 31/2000. São Paulo: Malheiros, 2001.
DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Tratados internacionais na Emenda Constitucional 45. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 83-98.
DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito: definição e conceitos básicos; norma jurídica; fontes, interpretação e ramos do direito; sujeito de direito e fatos jurídicos; relações entre direito, justiça, moral e política; direito e linguagem.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
_____. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político.* São Paulo: Método, 2006. (Coleção Professor Gilmar Mendes, v. 2).
DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito.* 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral.* 9ª ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais.* Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.
HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Tradução Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.
KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado.* Tradução Luís Carlos Borges, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
_____. *Teoria pura do Direito.* Tradução João Baptista Machado, 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 4. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito.* 4. ed. Tradução José Lamego. Lisboa, PT: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005.
MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público.* Prefácio M. Franchini Netto à 1. ed., 12. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* Tomo II, 6. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2007.
_____. *Manual de direito constitucional.* Tomo IV, 4. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2008a.
_____. *Manual de direito constitucional.* Tomo VI, 3. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2008b.
MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1997. (Coleção temas jurídicos nº 3).
MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito.* Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. In: DIMOULIS, Dimitri (Coord. Geral). *Dicionário brasileiro de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007, verbete: Tratado Internacional, p. 383-386.
PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos.* 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* São Paulo: Max Limonad, 1997.
PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*, São Paulo: Método, 2005, p. 67-81.
POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis.* 2. ed. rev. e ampl. de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.* São Paulo: Saraiva, 2010.
REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar.* 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.
_____. *Direito internacional público: curso elementar.* 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
_____. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006.* São Paulo: Método, 2007.
_____. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a Justiça: comentários completos à EC nº 45/04.* São Paulo: Saraiva, 2005a.
_____. *Teoria da justiça constitucional.* Saraiva: 2005b.
_____. *Tratado da argüição de preceito fundamental: Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Saraiva, 2001.
TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. vol. I, 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoria general de la interpretación jurídica*. Traducción Arantxa Azurza, revisión y nota introductoria Juan Igartua Salaverría. Madrid: Civitas, 1985.
XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil: tributação das operações internacionais.* 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SÍTIOS DA *INTERNET*
ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em: <http://www.constitution.org/cons/germany.txt>. Acesso em: 04 nov. 2010.
BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto Legislativo nº 496, de 2009*. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-496-17-julho-2009-589661-publicacaooriginal-114586-pl.html>. Acesso em 02 fev. 2011.
BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Disponível em <http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>. Acesso em 21 nov. 2010.
BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Decreto n° 592, de 6 de julho de 1992 - Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_592_1992.htm>. Acesso em 19 ago. 2010.
BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Decreto n° 678, de 6 de Novembro de 1992 - Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_678_1992.htm>. Acesso em 19 ago. 2010.
BRASIL. Planalto. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em 16 out. 2010.
BRASIL. Planalto. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em 16 out. 2010.
BRASIL. Planalto. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 16 out. 2010.
BRASIL. Planalto. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em 16 out. 2010.
BRASIL. Planalto. *Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em 02 fev. 2011.
BRASIL. Planalto. *Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em 19 ago. 2010.
BRASIL. Planalto. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil de 2002)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 19 ago. 2010.
BRASIL. Planalto. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil de 1916)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em 19 ago. 2010.
BRASIL. Planalto. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em 19 ago. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar nº 1.480-3/DF*, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04.09.1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em 11 out. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 350.996/MG*, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 17.12.2002, DJ 04.04.2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=376198>. Acesso em 11 out. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Apelação Cível nº 7.872/RS*, 1ª Turma, Rel. Min. Philadelpho de Azevedo, j. 11.10.1943. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=519551&codigoClasse=161&numero=7872&siglaRecurso=&classe=ACi>. Acesso em 11 out. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Apelação Cível nº 9.587/DF*, 2ª Turma, Rel. Min. Lafayette de Andrada, j. 21.08.1951. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25026>. Acesso em 11 out. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 68.609/DF*, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 01.07.1991, DJ 30.08.1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71089>. Acesso em 11 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 71.038/MG*, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15.03.1994, DJ 13.05.1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72852>. Acesso em 11 out. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 72.131/RJ*, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.11.1995, DJ 01.08.2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em 11 out. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 72.183/SP*, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.02.1996, DJ 22.11.1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73608>. Acesso em 11 out. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 74.383/MG*, Segunda Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 22.10.1996, DJ 27.06.1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75194>. Acesso em 11 out. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 74.383/MG*, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22.10.1996, DJ 27.06.1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75194>. Acesso em 11 out. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 74.875/SP*, Primeira Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 18.02.1997, DJ 11.04.1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75564>. Acesso em 11 out. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 77.053/SP*, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 23.06.1998, DJ 04.09.1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77075>. Acesso em 11 out. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 79.870/SP*, Segunda Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 16.05.2000, DJ 20.10.2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78179>. Acesso em 11 out. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 81.319/GO*, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24.04.2002, DJ 19.08.2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78700>. Acesso em 11 out. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 84.484/SP*, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, j. 30.11.2004, DJ 07.10.2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79636>. Acesso em 11 out. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 87.585/TO*, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.2008, DJe 25.06.2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em 28 maio 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 92.541/PR*, Primeira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, j. 19.02.2008, DJE 24.04.2008, RTJ 206-371. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523359>. Acesso em 11 out. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 92.566/SP*, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.2008, DJe 04.06.2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595384>. Acesso em 26 set. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Proposta de Súmula Vinculante 31 Distrito Federal*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607644&pgI=1&pgF=100000>. Acesso em 09 nov. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Habeas Corpus nº 80.035/SC*, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 21.11.2000, DJ 17.08.2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102680>. Acesso em 11 out. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 206.086/SP*, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 12.11.1996, DJ 07.02.1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=240294>. Acesso em 11 out. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 206.482/SP*, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 27.05.1998, DJ 05.09.2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=240509>. Acesso em 11 out. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 349.703/RS*, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, j. 03.12.2008, DJe 04.06.2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>. Acesso em 28 maio 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 466.343/SP*, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008, DJe 04.06.2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 28 maio 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.785-7/RJ*, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.03.2000, DJ 22.11.2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>. Acesso em 11 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 619*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=619.NUME.NAOS.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em 09 nov. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 25*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=25.NUME.ES.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em 09 nov. 2010.
FRANÇA. *Constituição de 04 de outubro de 1958*. Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/espanol/8bb.asp>. Acesso em 04 nov. 2010.
GRÉCIA. *Constituição da Grécia*. Disponível em: <http://www.cecl.gr/RigasNetwork/databank/Constitutions/Greece.html>. Acesso em 04 nov. 2010.
PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*, 1976, obtida pela internet. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 04 nov. 2010.