



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Prisão do depositário infiel: enfim, o fim.
Uma síntese da evolução jurisprudencial do STF.

Juliana de Souza Barros

Rio de Janeiro
2009

JULIANA DE SOUZA BARROS

Prisão do depositário infiel: enfim, o fim.
Uma síntese da evolução jurisprudencial do STF.

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL: ENFIM, O FIM.
Uma síntese da evolução jurisprudencial do STF

Juliana de Souza Barros

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Juíza Leiga do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro .

Resumo:o presente trabalho tem como objetivo registrar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a prisão civil do depositário infiel até o reconhecimento, em dezembro de 2008, da incompatibilidade desta medida com o ordenamento jurídico brasileiro. A referida mudança de posicionamento da Suprema Corte, diante do advento da EC nº 45, assume papel de grande relevo nos dias de hoje, por ter sido fruto de uma re-inauguração dos debates acerca da hierarquia dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos em face da Constituição da República.

Palavras chave:depositário infiel, hierarquia, tratados internacionais

Sumário: 1- Introdução. 2- O contrato de depósito. 3- A prisão civil e o Princípio da Proporcionalidade. 4- A colisão entre os direitos interno e internacional. 5- Da hierarquia entre os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos face à Constituição da República. 6- O ultrapassado entendimento do STF: Hierarquia Legal 7- O novo posicionamento da Suprema Corte do Brasil: julgamentos dos *RE 349.703*, *RE 466.343* e *HC 87.585*.. 8- O Projeto de Emenda Constitucional nº 30. 9- Considerações Finais. Referências.

1- INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em um estudo sobre a evolução da jurisprudência do STF acerca da (in)admissibilidade da prisão do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro.

O advento da Emenda Constitucional nº 45 re-inaugurou as discussões sobre o tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal, cujo entendimento anterior sobre a matéria, no sentido de admitir a prisão do infiel depositário, causava, há muito, desconforto na doutrina e controvérsias na jurisprudência dos demais Tribunais do país.

O cerne deste estudo, portanto, é o novo entendimento do STF sobre a questão da referida medida privativa da liberdade, que à luz da interpretação do novel § 3º do art. 5º da Constituição da República, (introduzido pela EC nº 45), buscou compatibilizar as normas de direito interno com o que dispõem o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em seu artigo 11 e o Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 7º, § 7º.

Nesse contexto, o tema da prisão civil por dívida, analisado sob o prisma dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, assume posição de destaque nas ciências jurídicas, na medida em que conduz o jurista à percepção de uma nítida tendência dos dias de hoje: a abolição da prisão civil como meio de coerção processual.

Nas palavras do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, em seu voto proferido no HC 87585-TO, julgado em 03 de dezembro de 2008, essa modalidade de prisão civil “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*.”

Nota-se que o tema é de extrema relevância, pois materializa um importante debate envolvendo o alcance dos direitos fundamentais da pessoa humana, bem como das relações entre o direito positivo nacional e o direito externo.

Este estudo foi organizado da seguinte forma: inicialmente, faz-se uma breve apresentação da definição legal do contrato de depósito, com o objetivo de delimitar quem é o sujeito suscetível ao título de depositário infiel.

No item seguinte, é apresentada uma análise crítica sobre a previsão constitucional e legal da prisão civil. Neste ponto, faz-se uma contextualização da prisão civil com o moderno Estado Democrático de Direito, no qual a pena restritiva de liberdade vem sendo aplicada com cada vez mais parcimônia inclusive na esfera criminal. A reflexão acerca da proporcionalidade aqui tem cabimento porque, como se sabe, o Direito Penal é o ramo das ciências jurídicas que visa reprimir as condutas consideradas mais lesivas à sociedade, praticadas por aqueles sobre o qual recai um maior juízo de reprovabilidade.

Depois disso, apresentar-se-ão as antinomias entre as normas de Direito Interno e as normas internacionais incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, e, em seguida, far-se-á uma análise sobre a hierarquia dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos face à Constituição da República. A penúltima seção deste trabalho traz a evolução propriamente dita da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com a ultrapassada posição da Suprema Corte e seu atual entendimento. Por fim, serão apresentadas as considerações finais, mas não sem antes fazer menção ao projeto de Emenda Constitucional nº 30, que visa modificar o art. 5º, LXVII da Constituição da República para excluir do ordenamento jurídico brasileiro, de uma vez por todas, a possibilidade de prisão do depositário infiel.

2 - O CONTRATO DE DEPÓSITO

Dispõe o art. 627 do Código Civil que “pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame”. Da simples leitura do dispositivo legal depreende-se que a finalidade precípua deste tipo de contrato é a guarda de coisa alheia.

Por essa razão, conforme ensina Gonçalves (2004, p.362), a obrigação de restituir é da essência do contrato de depósito, “acarretando a sua temporariedade, pois o

depositário recebe o objeto móvel para guardar, até que o depositário o reclame (CC, art. 627)”.

O descumprimento da referida obrigação, qual seja, a de restituir a coisa móvel depositada, reduz o contratante ao *status* de depositário infiel. Note-se que o inadimplemento contratual aqui assume relevo de tal monta, que a Constituição da República, em seu art.5º, LXVII, prevê a infidelidade do depositário como uma das duas exceções à regra da vedação à prisão civil por dívida no ordenamento jurídico brasileiro. Ou seja, o constituinte originário que, de fato, proibiu a prisão civil por dívida, ressaltou as hipóteses do devedor de alimentos e do depositário infiel, autorizando, nesses casos, a restrição da liberdade.

Eis o dispositivo constitucional: “Art.5º, LXVII: não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

É a parte final da norma, portanto, o ponto de partida deste estudo, já que se trata do fundamento de validade de todas as normas infraconstitucionais que autorizam a prisão do infiel depositário, em contraposição aos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Aqui, aliás, cabe uma reflexão sobre um traço característico do contrato de depósito de ordem subjetiva. Qual é o real alcance do termo depositário infiel? É intuitivo, até pela etimologia das palavras que compõem a expressão, que uma condição *sine qua non* para que o contratante inadimplente seja tido como depositário infiel, é que ele seja parte em um contrato típico de depósito.

Seguindo por essa mesma trilha de raciocínio, ao definir depositário, Gustavo Tepedino, et al (2006, p.383), aludem à decisão proferida pela 7ª Câmara Cível do TJRJ no julgamento da Apelação nº 29136/2004, nos seguintes termos: “Depositário é aquele que, nos moldes do art. 1.265 do antigo Código, atual art. 627, recebe um bem para guardar, até que o

depositante o reclame, e que tem a obrigação de conservação da coisa depositada com o cuidado e diligência que costuma ter com o que lhe pertence”.

Contudo, o legislador, conforme consta da Lei nº 8.866/94, equiparou ao depositário a pessoa a que a legislação tributária ou previdenciária imponha a obrigação de reter ou receber tributos. Segundo esse diploma legal, será infiel o depositário que não recolher aos cofres públicos o valor retido. Esse depositário, sem que lhe seja garantido o regular exercício do contraditório e da ampla defesa, será submetido a um procedimento sumário que, ao final, poderá resultar na sua prisão..

E os excessos não param por aí.

Os Tribunais Superiores, instados a se pronunciar sobre a prisão civil, já admitiram, reiteradas vezes, a equiparação de outros contratos ao de depósito, estendendo ao contratante inadimplente a possibilidade de restrição de sua liberdade, como se depositário infiel fosse. Por todos, vale mencionar o contrato de alienação fiduciária, tendo em vista que os julgados que serviram de paradigma para este estudo trataram, justamente, da possibilidade de prisão de devedores-fiduciantes.

O Decreto-lei nº 911/69 equipara o devedor-fiduciante ao depositário infiel. Segundo o art. 4º, “se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar nas posses do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito” [...].

Em outras palavras, o devedor que deixar de cumprir a obrigação por qualquer razão que seja, poderá ter sua prisão decretada. Não se pode perder de vista, para que se possa realmente aferir o rigor da norma, que ainda que o motivo para o não pagamento seja a cobrança de juros extorsivos (conduta que não raro é praticada pelas instituições financeiras), desemprego ou doença grave do devedor, ainda assim, pelos ditames da lei, cabe a decretação da prisão.

Daí Tepedino (2006) concluir, sob o argumento de que a prisão do depositário não é pena, mas sim medida compulsória de natureza civil, que não se exige culpa ou dolo para a sua decretação. Serpa Lopes (1993), que a princípio parecia caminhar na contramão deste entendimento, em verdade harmoniza-se com ele, pois embora entenda ser necessário o elemento culpa, diz que esta se caracteriza *in re ipsa*, isto é, pela simples não restituição. Logo, a culpa sempre estará presente, pois, na prática, o simples fato de o depositário não restituir o bem já caracteriza a inobservância do dever de cuidado, o que para ele justificaria a decretação prisão.

Embora o STF tenha por décadas, antes de manifestar sua nova posição sobre a hierarquia dos Tratados Internacionais, chancelado essa equiparação do devedor alienante ao depositário, trata-se, *data máxima venia*, de norma flagrantemente inconstitucional. O art. 5º, LXVII da CRFB certamente se refere ao contrato típico de depósito quando ressalva a vedação à prisão civil, conforme os ensinamentos de MAZZUOLI (2001). O jurista elucida que “quando a Constituição fala em depositário infiel, está se referindo àquele do Código Civil (depósito clássico), pois é o único diploma legal que disciplina o contrato de depósito”.

Mais uma vez parece assistir razão a MAZZUOLI (2001) quando conclui que o constituinte não chancela a ampliação da permissão para prender, como fez o legislador em todos os casos em que previu o cabimento do constrangimento através de lei ordinária. Em primeiro lugar, porque a ressalva constitucional que autoriza a prisão é exceção, que, portanto, segundo as regras básicas de hermenêutica jurídica, deve ser interpretada restritivamente. Aliás, com mais rigor ainda deve ser interpretada essa regra, uma vez que se está diante de uma norma que restringe um Direito Fundamental, qual seja, a liberdade do indivíduo.

Em segundo lugar, e esse fundamento refere-se especificamente à inadmissibilidade da equiparação entre o depositário e o devedor alienante, é de que os dois contratos, mais do que características distintas, têm essências diversas. No contrato de

depósito típico, o depositário recebe a coisa com a obrigação de devolvê-la. Segundo Gonçalves (2004, P.361), “É mister, portanto, que a guarda da coisa constitua a função primordial, e não subsidiária, do contrato, como simples consequência de outra convenção”. Já na alienação fiduciária, ao contrário, o objetivo é que o devedor-fiduciante fique com a coisa para si, mediante o pagamento da dívida financiada.

Diante de tais argumentos, se está a sustentar que mesmo antes das do advento da EC nº 45, e da mudança de posicionamento do Supremo sobre a matéria, a equiparação do devedor-fiduciante ao depositário para fins de decretação prisão civil e quaisquer outras equiparações do gênero eram inconstitucionais.

Esse entendimento encontra guarida, inclusive, no Superior Tribunal de Justiça, cuja Terceira Turma, no julgamento do AgRg no Ag 887742 –PR, já em 11 de março de 2008, decidiu ser “cabível a prisão civil do depositário infiel nas hipóteses de contrato de depósito típico, não se estendendo, entretanto, essa permissão legal aos devedores que possuem débito calcado em contrato de alienação fiduciária”.

3 – A PRISÃO CIVIL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos HC 71.038-MG cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, há muito se manifestou no sentido de que a prisão civil não é pena. Esse mesmo entendimento foi o adotado pela clássica doutrina de Pontes de Miranda (1977), que diz tratar-se, tão-somente, de um meio coercitivo para se obter a execução da obrigação, que, *in casu*, é de restituir o bem depositado.

Embora esse posicionamento seja praticamente pacífico, não está imune a críticas. Afinal, a tese parece ser uma tentativa de dissociar o indissociável.

A idéia de pena, a bem da verdade, é inerente vocábulo “prisão”, ainda que este último venha acompanhado dos termos “civil” ou “administrativa”. Talvez seja porque dentre as diversas espécies de pena, é justamente a de prisão, modalidade classificada como pena privativa de liberdade, a que, sem dúvida, primeiro nos vem à mente. Isso revela o quanto as noções de *pena* e *prisão* estão relacionadas entre si.

Nesse contexto, não se pode perder de vista que até mesmo na seara do Direito Penal que, em nome da fragmentariedade que lhe é peculiar, visa a proteger somente os bens jurídicos mais valiosos na sociedade, a pena de prisão é aplicada como medida de *ultima ratio*. O próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC- 81875 de 2002, já se posicionou nesse sentido.

Ora, se o próprio Direito Penal recorre à pena privativa de liberdade com cada vez mais parcimônia, é, no mínimo, desproporcional que um ilícito civil possa acarretar na privação de liberdade do devedor.

Essa é mais uma razão de a previsão constitucional e legal da prisão do depositário infiel, a algumas das quais se fará menção no próximo item deste estudo, terem sido, ao longo de tantos anos, alvo de críticas pela doutrina brasileira.

4 – A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS INTERNO E INTERNACIONAL

No âmbito do ordenamento jurídico interno, existe previsão da prisão do depositário infiel não só no art.5º, inciso LXVII, mas também na legislação ordinária.

O primeiro diploma legal que previu tal possibilidade foi o Decreto 1.102/1903, de 21 de novembro de 1903, que instituiu regras para o estabelecimento de empresas de armazéns gerais, determinando os direitos e obrigações dessas empresas. Dispõe a aludida norma que as empresas de armazéns gerais respondem pela guarda, conservação e

pronta e fiel entrega das mercadorias que tiverem recebido em depósito, sob pena de prisão dos empresários, gerentes, superintendentes ou administradores que não efetuarem a entrega dentro de 24, vinte e quatro, horas depois que forem requeridas judicialmente.

Já o Decreto lei 911, de 1º de outubro de 1969, que estabeleceu normas de processo sobre alienação fiduciária em garantia, autoriza a prisão por dívida quando dispõe que o devedor fiduciante torna-se possuidor direto e depositário do bem, “com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal”.

O art. 652 do Código Civil de 2002 comina a prisão do depositário infiel, no seguintes termos: “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”.

Esse é o panorama interno, diametralmente oposto aos ditames internacionais que constam dos dois Tratados sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. Como é sabido, os referidos pactos vedam expressamente a prisão civil por dívida.

Em 24 de abril de 1992 entrou em vigor no Brasil o Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos, promulgado em 06 de julho de 1992 pelo então Presidente da república, Fernando Collor de Mello. No uso da atribuição que lhe confere o art. 84, VIII da Constituição da República, editou o Decreto 592, cujo art.11º prevê que “ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.

No dia 25 de setembro do mesmo ano, o Governo brasileiro depositou a carta de adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, que entrou em vigor, para o Brasil, na mesma data. O referido tratado, internalizado por meio do Decreto 678, editado em 06 de novembro de 1992, veda, em seu art. 7º, a prisão por dívida, trazendo, como única exceção, a possibilidade de restrição da liberdade do devedor de

alimentos, contra quem tenha sido expedido mandado de prisão por autoridade judiciária competente.

A flagrante antinomia que ora se apresenta não raro pode ser percebida nos mais diversos ramos do Direito. No afã de solucionar o conflito de normas que, diga-se de passagem, é sempre aparente, surgiu na doutrina um sem-número de teorias. Todas, com o objetivo de determinar qual a norma deve prevalecer.

Note-se que, no caso em tela, a colisão se dá entre disposições contidas na Constituição da República, especificamente em seu art. 5º, LXVII, e Tratados Internacionais, ratificados pelo Brasil, que versam sobre Direitos Humanos. Daí ter vindo à tona, mais uma vez, a discussão sobre a posição hierárquica ocupada por essas normas internacionais quando incorporadas ao nosso ordenamento jurídico.

5 - DA HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS FACE À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Rezek (2005) sempre sustentou que em qualquer caso de conflito entre norma constitucional e tratado, deve prevalecer a Constituição da República. Esta corrente doutrinária busca fundamento nos artigos 49, I e 84, VIII, ambos da Constituição de 1988. A conjugação desses dois dispositivos leva à conclusão de que um tratado ratificado ingressará na ordem jurídica brasileira como decreto legislativo. No entender desse jurista, a Supremacia da Constituição obsta que aquela norma internacional, agora internalizada sob a forma de decreto, a prevaleça sobre a Carta Constitucional.

Em sentido diametralmente oposto, Piovesan (1994) e o Ministro Celso Mello defendiam, desde sempre, a tese de que deve preponderar a norma mais benéfica à pessoa

humana. Essa regra é inafastável. A base constitucional dessa doutrina é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, insculpido no art. 1º, III da Constituição da República.

Nesse contexto, a Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 30 de dezembro de 2004, que, devido à relevância de seu conteúdo ficou vulgarmente conhecida como sendo a Reforma do Judiciário propriamente dita, revolucionou a ordem jurídica ao prever um mecanismo legislativo para se conferir *status* de norma constitucional a tratados que versem sobre Direitos Humanos.

Não se pode perder de vista, portanto, que a EC nº 45, ao introduzir o §3º (norma que prevê o referido processo legislativo) ao art. 5º da Constituição da República, revelou-se um verdadeiro divisor de águas.

Eis o texto do novel dispositivo constitucional: “Art.5º, §3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

A grande inovação do dispositivo, e neste ponto há que se reconhecer a proficiência do constituinte derivado, foi ter pacificado, ainda que parcialmente, uma controvérsia que, há tempos, estava instaurada, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Afinal, conforme fora antes mencionado, a natureza jurídica dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos nunca foi tema tranqüilo nas rodas de discussões jurídicas.

Hoje, quando da análise da posição hierárquica ocupada por um Tratado Internacional no ordenamento jurídico interno, a primeira variável a ser considerada (note-se, de cunho objetivo) é a matéria sobre a qual versa a norma internalizada. Caso o conteúdo do tratado seja Direitos Humanos, cabe a análise de um segundo aspecto, agora de caráter temporal, qual seja, a data de incorporação da aludida norma internacional à ordem jurídica pátria.

Isso porque uma coisa é certa: se o tratado foi ratificado posteriormente ao advento da aludida EC nº 45, pode-se afirmar, com segurança, que se aprovado sob o *quorum* especial fixado pelo novel §3º, terá a norma hierarquia constitucional. Melhor dizendo, nas palavras do próprio constituinte, os tratados que passem pelo crivo do art. 5º, §3º “serão equivalentes às emendas constitucionais”.

No entanto, a reforma, de fato, limitou-se a sanar apenas parte da divergência que envolve a matéria, uma vez que persiste a controvérsia sobre a natureza jurídica dos tratados internalizados em data anterior ao advento da Emenda Constitucional nº 45.

É justamente nessa categoria que se enquadram os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, ratificados pelo Brasil, que vedam a prisão por dívida. Tanto o Pacto Internacional sobre direitos Civil e Políticos (Decreto 592 de 06 de julho de 1992) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos- Pacto de San José da Costa Rica (Decreto 678, de 06 de novembro de 1992) foram promulgados na vigência da Constituição de 88, mas *antes* da introdução do §3º ao art. 5º pela Emenda Constitucional 45.

6- O ULTRAPASSADO ENTENDIMENTO DO STF: *HIERARQUIA LEGAL* DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS.

No julgamento do HC nº 72131 (1995), o STF firmou o entendimento de que os tratados internacionais sobre Direitos Humanos teriam a hierarquia de norma legal, em conformidade com o que já havia sido decidido antes, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004 (1977). A única inovação foi a de que quando instado a se manifestar no referido *habeas corpus*, o STF se manifestou, expressamente, no sentido de que o status de norma legal alcançava todos os tratados, inclusive aqueles que versassem sobre Direitos Humanos.

Conseqüentemente, naquela época, sendo ambas as normas, interna e externa, da mesma hierarquia, ressalte-se: de lei ordinária, em nome do Princípio da Especialidade entendia o Supremo Tribunal Federal pela prevalência da norma de direito interno, especial em relação à norma externa, prevista em um pacto de direito internacional.

Assim, embora os pactos internacionais sobre Direitos Humanos internalizados ao ordenamento jurídico brasileiro vedassem expressamente a prisão civil por dívida, o Supremo Tribunal Federal sempre admitiu a constrição da liberdade do depositário devedor.

Segundo o pregresso entendimento da Suprema Corte, portanto, as disposições contidas no decreto-lei 911/69 e no art. 11, I do dec 1.102/1903, foram recepcionadas pela Constituição da República de 1988. Seria constitucional, também, o art. 652 do Código Civil de 2002, que prevê a prisão civil do depositário infiel

7 - O NOVO POSICIONAMENTO DA SUPREMA CORTE DO BRASIL - JULGAMENTOS DOS *RE 349.703*, *RE 466.343* E *HC 87.585*

Os três julgados supramencionados versaram sobre a possibilidade de o alienante fiduciante ser equiparado ao depositário infiel para efeitos de prisão. Ambos os Recursos Extraordinários foram interpostos por bancos comerciais que, como é de praxe, pleiteavam a prisão do devedor fiduciante. O paciente do HC nº 87.585, por sua vez, insurgia-se contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça que manteve sua prisão, decretada em primeiro grau de jurisdição. Ao ser instado a se manifestar, em 03 de Dezembro de 2008, o Plenário do STF concedeu a ordem requerida, arquivou o Recurso Extraordinário nº 349.703 e, por unanimidade, negou provimento ao RE nº 466.343.

Esse desfecho decorreu do entendimento dominante entre os Ministros, no sentido de que a proibição da prisão civil por dívida, prevista no artigo 5º, inciso LXVII, da

Constituição da República, alcança tanto o depositário infiel propriamente dito, quanto as hipóteses de alienante fiduciante, o qual a jurisprudência, por muito tempo, vinha equiparando ao depositário.

Prevaleceu na Corte Suprema o entendimento que, aliás, muito se coaduna com a tese defendida pelo paciente do HC 87.585. Disse ele que, caso sua prisão fosse mantida, estaria respondendo pela dívida “através de sua liberdade, o que não pode ser aceito no moderno Estado Democrático de Direito, não havendo razoabilidade e utilidade da pena de prisão para os fins do processo”. Ele defendeu, ainda, a inconstitucionalidade das normas legais ordinárias que autorizavam a prisão civil, uma vez que essas se contrapunham à vedação contida no Pacto de San José da Costa Rica, que, segundo ele, fora elevado ao status de norma constitucional após a inserção do §3º no art. 5º da Constituição da República.

Esse foi justamente o tom das discussões que se instauraram, *in concreto*, naqueles três julgados, favorecendo, assim, a re-inauguração dos debates sobre a hierarquia dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos face ao ordenamento jurídico interno.

Atualmente, o panorama é o seguinte: foi descartada a tese anteriormente adotada pelo Supremo, no sentido de que as normas internacionais de Tratados sobre Direitos Humanos ingressavam no ordenamento jurídico como norma legal, com *status* de lei ordinária. Tanto é assim, que conforme se extrai dos julgados supramencionados, hoje, no entender do STF, a prisão civil por dívida passou a ser adstrita às hipóteses de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar. É que esse é o único entendimento que se harmoniza com as disposições do Pacto de San José da Costa Rica e do Pacto Internacional sobre direitos Civil e Políticos, ratificados pelo Brasil.

Aliás, é oportuno lembrar que quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 92.566, que se deu naquela mesma data (03.12.2008), o Plenário, por maioria, vencido o Ministro Menezes Direito, cancelou a Súmula 619, cuja redação era nos seguintes termos: “A

prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

A revogação daquele verbete revela, com mais clareza ainda, que a prisão do depositário infiel, foi extirpada da ordem jurídica brasileira, já que nem mesmo o depositário judicial, cuja infidelidade sempre foi tida como a mais reprovável de todas, pode ser privado de sua liberdade.

Ultrapassado o entendimento no sentido da hierarquia legal, hoje os debates giram em torno de dois posicionamentos. O primeiro, vencedor no STF, é no sentido de que são *supralegais* os Tratados Sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil; e o segundo, tradicionalmente defendido pelo Ministro Celso Mello e, na doutrina, dentre outros, por Flávia Piovesan, atribui aos referidos tratados o *status* de norma constitucional.

Nesse contexto, há pelo menos um ponto pacífico neste celeiro de teses jurídicas, não raro contraditórias, que tem se revelado ser o STF. É unânime, entre os nove ministros que se manifestaram sobre o tema, que é inviável atribuir-se caráter supraconstitucional aos tratados internacionais, versem eles ou não sobre Direitos Humanos. Segundo aquela casa, o óbice à tese da supraconstitucionalidade é o Princípio da Supremacia da Constituição.

7.1 - A TESE DO MINISTRO GILMAR MENDES: Tratados sobre Direitos Humanos têm *status* de norma *supralegal*.

Inicialmente, vale observar que o douto Ministro, ao proferir seu voto no RE 466.343 (DJU 12.12.2008), apontou a existência de uma flagrante incompatibilidade entre a prisão do depositário infiel e o Estado de Direito contemporâneo. Disse que o referido meio

de coerção destoa por completo dos chamados “valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos”

A bem da verdade, para chegar à impossibilidade da prisão do infiel depositário, a tese sustentada não destoa completamente do anterior entendimento da Suprema Corte, que conferia hierarquia legal aos aludidos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. Isso porque seu autor nega veementemente a possibilidade de se elevar os referidos tratados ao *status* de norma constitucional.

Inova, no entanto, ao reconhecer nessas normas internacionais um “caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais”, o que os faria “dotados de um atributo de supralegalidade”. Conclui, então, que “parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos”.

Noutras palavras, para essa vertente jurisprudencial, hoje vencedora no STF, os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos devem respeitar a supremacia das normas constitucionais, já que são dotados de *status* infraconstitucional. Ocupam, no entanto, um “lugar especial no ordenamento jurídico”, que assevera Gilmar Mendes ser superior à posição das leis ordinárias.

Aderiram aos supramencionados argumentos os Ministros Britto, Menezes Direito, Lewandowski e Carmem Lúcia (RE 466.343, 2008). Os Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, ainda não se posicionaram, tendo este último expressamente consignado que somente se manifestará sobre a matéria quando assim exigir o caso concreto.

Os Ministros Mello, Gracie, Peluso e Grau (RE 466.343, 2008) sustentaram a hierarquia constitucional do Tratados sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, conforme se verá a seguir.

7.2 - A CORRENTE CAPITANEADA PELO MINISTRO CELSO DE MELLO

Ainda que esta tese seja, por ora, minoritária no Supremo Tribunal Federal, nenhum estudo que envolva a evolução jurisprudencial sobre o tema pode deixar de lhe conferir o destaque merecido. Em primeiro lugar, pelo brilhantismo dos argumentos despendidos em sua defesa, tanto por parte de seu autor, o Ministro Celso de Mello, quanto por aqueles que aderiram aos técnicos argumentos do jurista. Depois, pelo fato de que esta pode vir a ser a tese vencedora, caso conte com a adesão dos dois ministros que ainda não se manifestaram sobre a matéria.

Para os adeptos desta corrente, hoje, mesmo depois do advento das exigências formais do art. 5º, §3º da Constituição da República, os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, internalizados até a entrada em vigor desse dispositivo, têm status de norma constitucional.

São dois os fundamentos apresentados pelo Ministro Celso de Mello: o primeiro, consiste no fato de que os tratados ratificados anteriormente à CF de 88 teriam sido recepcionados pelo §2º do art. 5º com *status* constitucional. O segundo argumento é o de que os tratados internalizados após a edição da Constituição de 1988 e antes da Emenda Constitucional nº 45 integram o bloco de constitucionalidade, sendo, portanto, normas materialmente constitucionais.

Cabe aqui consignar, por oportuno, que, segundo a doutrina, bloco de constitucionalidade “pode ser entendido como o conjunto normativo que contém disposições,

princípios e valores materialmente constitucionais fora do texto da Constituição formal” BIDART (1995).

A propósito, foi no julgamento do HC 87.575 que o Ilustre Ministro Mello expôs, minuciosamente, os fundamentos que alicerçam o seu entendimento acerca da hierarquia dos Tratados sobre Direitos Humanos.

Inicialmente, ressaltou a importância dos tratados e convenções internacionais “no plano da afirmação, da consolidação e da expansão dos direitos básicos da pessoa humana”. Concluiu que dentre esses direitos, o de não sofrer prisão por dívida, assume grande relevo, “ainda mais se se considerar que o instituto da prisão civil por dívida – ressalvada a hipótese excepcional do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar – vem sendo progressivamente abolido no âmbito do direito comparado.”

O Ministro fez menção à doutrina de Flávia Piovesan, cuja lição expõe que “por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade.” PIOVESAN (2006, p.71).

No entender da jurista, ao qual se filia o Ministro, o *quorum* qualificado está tão-somente a reforçar a natureza constitucional dos tratados internacionais ratificados, na medida em que adiciona “um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a ‘constitucionalização formal’ dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno”.

Igual entendimento é perfilhado pelo Ministro Peluso (2008), que contribui de forma brilhante para a defesa da tese que ora se apresenta. Inicia seu discurso com a impactante assertiva de que “o que a globalização faz e opera em termos de economia no mundo, a temática dos direitos humanos deve operar no campo jurídico”. Ao discorrer contra

a prisão civil do depositário infiel, não mede palavras ao dizer que o corpo humano jamais pode servir de pagamento de uma dívida.

Prossegue, ao longo de todo o voto, a afirmar que as normas de direitos humanos são sempre *ipso facto* materialmente constitucionais. Acrescenta ser possível extrair da conjugação dos parágrafos 2º e 3º, do art.5º da Constituição da república que os tratados que tenham ou não sido submetidos ao quorum especial do §3º só trazem uma distinção entre si, qual seja, a de regimes jurídicos. Conclui que a única consequência disso se dá no campo dos efeitos ou requisitos do ato de denúncia pelo qual o Estado pode desligar-se dos seus compromissos internacionais.

Note-se, conforme arremata o Ministro Celso de Mello, que a “relação de paridade normativa” entre convenções internacionais e leis internas brasileiras existe, tão-somente, para as hipóteses de Tratados Internacionais “cujo conteúdo seja materialmente estranho ao tema dos direitos humanos”.

Conclui, quanto aos Tratados que versem sobre Direitos Humanos, que com o advento da Emenda Constitucional nº 45 e a inserção do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados. De um lado, os tratados internacionais de proteção de direitos humanos materialmente constitucionais, quais sejam, aqueles que não foram submetidos ao *quorum* do §3º; e de outro, os que se pode chamar de material e formalmente constitucionais, submetidos ao crivo do novel dispositivo

Deve-se ter em mente que a idéia de que todos os Tratados Internacionais de Direitos Humanos são materialmente constitucionais, se sustenta com base no § 2º do art. 5º, *verbis*: . “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”.

No entanto, conforme leciona Celso de Mello, poderão ser também formalmente constitucionais, desde que para tanto, sejam submetidos ao crivo do §3º do art. 5º da Constituição da República.

8 - O PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 30

A mudança de entendimento do Supremo sobre o tema é um convite à apreciação do projeto de Emenda Constitucional nº 30, que objetiva dar nova redação ao inciso LXVII art. 5º da Constituição Federal. A iniciativa legislativa visa excluir a hipótese de infidelidade depositária como causa de prisão civil por dívida.

Ao fundamentar a favoravelmente à alteração da Constituição da República, o Senador Augusto Botelho (2003), autor do projeto, refere-se à existência de uma “premente necessidade de se adaptar o ordenamento jurídico pátrio aos tratados internacionais que foram ratificados pelo Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988”. Isso, segundo ele, só seria possível com a supressão da parte final do inciso LXVII, do art. 5º, da Constituição da República, uma vez que a permanência da previsão da prisão civil por dívida poderia propiciar abusos.

O inciso LXVII, do art. 5º, da Constituição Federal passaria, então a ter a seguinte redação: “Art.5º, LXVII – não ha verá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia”.

Vale observar que a referida, proposta de Emenda Constitucional, datada de 08 de maio de 2003, revela-se em total descompasso com o ordenamento jurídico interno e jurisprudência da época. Por outro lado, cai como uma luva ao que se têm hoje de mais

moderno no campo dos estudos sobre a hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos face à Constituição da República.

Conforme salientou o Senador Demóstenes Torres, relator do parecer nº 149/2009 da Comissão de Constituição e Justiça sobre o Projeto de Emenda Constitucional nº 30, o art. 5º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a art. 29 do Pacto de San José da Costa Rica, não autorizam que um Estado imponha limites aos direitos humanos superiores, previstos em tratados.

O voto foi pela aprovação da proposta de Emenda à Constituição nº 30/2003, segundo o relator, no o intuito de “ampliar o direito fundamental à liberdade pessoal”, ajustando, assim, “o ordenamento pátrio ao tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil”.

9 - CONCLUSÃO

Conforme se pode depreender deste trabalho de pesquisa, na realidade, a prisão civil do depositário infiel sempre foi utilizada como instrumento jurídico-processual para privilegiar determinadas categorias de credores. Dentre essas categorias pode-se apontar, sem medo de errar, as instituições financeiras, que durante anos se valeram de distorcida analogia para obter a prisão do devedor-fiduciante como se depositário fosse.

A jurisprudência majoritária dos Tribunais superiores sempre admitiu a custódia do depositário infiel, a despeito das críticas doutrinárias e da existência de dois Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil que vedam essa modalidade de prisão.

Nesse cenário, adveio a EC nº 45, que com a inserção do §3º ao art. 5º da CRFB, introduziu um mecanismo legislativo para elevar as normas de direito externo ratificadas pelo Brasil ao *status* de emenda constitucional. Conseqüentemente, o novel

dispositivo trouxe à tona uma re-discussão sobre o tema da hierarquia dos Tratados Internacionais em face da Constituição da República.

A Suprema Corte, que havia há muito tempo firmado posição no sentido de que todos os Tratados Internacionais ingressavam no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de lei ordinária, versassem eles sobre Direitos Humanos ou não, reviu seu entendimento. Hoje, no âmbito do STF é vencedora a tese desenvolvida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para quem os Tratados sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil têm *status* de norma “supra-legal”.

Instado a se manifestar, o STF entendeu ser a prisão do depositário incompatível com o ordenamento jurídico interno, já que a ele foram incorporados, em 1992, o Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, que vedam a restrição da liberdade neste caso.

Segundo a Corte Constitucional, diante da “supra-legalidade” dos referidos tratados, suas disposições devem prevalecer em detrimento das normas ordinárias de direito interno que autorizam a prisão.

Por fim, merece ser registrada aqui a existência do projeto de Emenda Constitucional nº 30 de 2003 tramitando no Congresso Nacional, que visa dar nova redação ao inciso LXVII art. 5º da Constituição Federal. O constituinte derivado propôs a supressão da parte final do referido dispositivo, que autoriza a prisão do depositário infiel.

A iniciativa legislativa parece louvável. Primeiro, porque representará sensível colaboração à melhoria do sistema constitucional brasileiro. É que a alteração no texto da Constituição, *in casu*, ensejará uma melhor adequação da Constituição da República aos ditames impostos por normas de Direito Internacional cuja finalidade precípua é resguardar os Direitos Humanos do indivíduo.

E depois, porque se coaduna com o moderno entendimento do Supremo sobre a matéria, que, conforme visto, não mais admite a hipótese de infidelidade depositária como causa de prisão civil por dívida.

REFERÊNCIAS.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*, 57 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988, 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Decreto nº. 592 de 6 de julho de 1992,. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 01.06.2009.

BRASIL. Decreto nº. 678 de 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 02.06.2009.

BRASIL. Decreto-lei n. 911 de 1º de outubro de 1969, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20.04.2009.

BRASIL. STF, HC 71038 - MG, 1ª T., Relator Ministro Celso de Mello, DJU 13.05.1994. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 04.06.2009.

BRASIL. STF, HC 72131 - RJ, Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, DJU 23.11.1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 02.06.2009.

BRASIL. STF, HC 81875 - RJ, 1ª T., Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJU 09.08.2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 05.06.2009.

BRASIL. STF, HC 92566 - RJ, Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, DJU 12.12.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 02.06.2009.

BRASIL. STF, RE 349.703- RJ, Pleno, Relator Ministro Carlos Britto, DJU 12.12.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 02.06.2009.

BRASIL. STF, RE 466.343 - SP, Pleno, Relator Ministro Cezar Peluso, DJU 12.12.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 02.06.2009.

BRASIL. STF, RHC 80004 - SE, Plenário, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, DJU 01.06.1977. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 02.06.2009.

BRASIL. STJ, AgRg no Ag 887742 – PR, 3ª T., Relator Ministro Sidnei Beneti, DJU 01.04.2008. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 04.06.2009.

BRASIL. TJRJ, Apelação Cível N° 2004.001.29136, Sétima Câmara Cível, Relator Desembargador Marco Aurélio Fróes, julgado em 03.05.2005. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 08.06.2009.

CAMPOS, German J. Bitart, *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.

CLÓVIS BEVILAQUA, *Código Civil*, v. V, p. 22/23, itens ns. 3 e 5, 1957, Rio de Janeiro: Francisco Alves.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. III: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004.

JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, A Ação de Depósito e o Pedido de Prisão, In: *Revista de Processo*, v. 36/12.

LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil*, v. IV, 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia. In: *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 290, p. 16-50, dez. 2001, p. 22.

MIRANDA. Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos, o princípio da dignidade humana e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: RT, 1994.

RESEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEPEDINO, Gustavo, et al. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.