

03/12/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
RECORRENTE(S) : **BANCO BRADESCO S/A**
ADVOGADO(A/S) : **VERA LÚCIA B. DE ALBUQUERQUE E**
OUTRO(A/S)
RECORRIDO(A/S) : **LUCIANO CARDOSO SANTOS**

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro GILMAR MENDES, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Votou o Presidente, Ministro GILMAR MENDES, em assentada anterior. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro JOAQUIM BARBOSA.

Brasília, 03 de dezembro de 2008.



CEZAR PELUSO - RELATOR



RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
RECORRENTE(S) : **BANCO BRADESCO S/A**
ADVOGADO(A/S) : **VERA LÚCIA B. DE ALBUQUERQUE E**
 OUTRO(A/S)
RECORRIDO(A/S) : **LUCIANO CARDOSO SANTOS**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Banco Bradesco S/A, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, no julgamento de apelação, confirmou sentença de procedência de ação de depósito, fundada em alienação fiduciária em garantia, deixando de impor cominação de prisão civil ao devedor fiduciante, em caso de descumprimento da obrigação de entrega do bem, tal como o postulara o autor fiduciário, por entendê-la inconstitucional, como deixou expresso em embargos declaratórios.

Sustenta o recorrente, com fundamento no art. 102, III, **a**, da Constituição Federal, que o acórdão impugnado teria infringido o art. 5º, inc. LXVII, da Constituição da República, nos termos em que o aplicava a casos idênticos a jurisprudência dominante desta Corte (fls. 79-89).

É o sucinto relatório.



22/11/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO**V O T O****O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator):**

1. O recurso repropõe a questão ainda atual, a que esta Corte tem, por maioria, dado resposta positiva,¹ da compatibilidade, ou não, de certa leitura do art. 4º do Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, agora com a redação introduzida pela Lei nº 6.071, de 3 de julho de 1974 - que concede ao credor fiduciário ação de depósito fundada no contrato de alienação fiduciária em garantia, quando não encontre o bem ou não se ache este na posse do devedor fiduciante - com a norma do art. 153, § 17, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que vedava a prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso de depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei.

Noutras palavras, trata-se de aferir se a seqüela da prisão civil, inerente à ação de depósito, se ajusta, ou não, à exceção prevista no cânone

¹ Cf. **HC nº 72.131**, Pleno, Rel. p/ ac. Min. **MOREIRA ALVES**, DJU 01.08.03, j. 22.11.95; **HC nº 72.183**, 2ª Turma, Rel. Min. **MARCO AURÉLIO**, DJU 22.11.96; **RECr nº 206.086**, 1ª Turma, Rel. Min. **ILMAR GALVÃO**, DJU 07.02.97; **HC nº 74.875**, 1ª Turma, Rel. Min. **SYDNEY SANCHES**, DJU 11.04.97; **RE nº 206.482**, Pleno, Rel. Min. **MAURÍCIO CORREA**, DJU 05.09.03; **HC nº 76.651**, Pleno, Rel. p/ac. Min. **NELSON JOBIM**, DJU 30.04.04; etc.. Com base nesses e noutros precedentes – em que ficaram vencidos os Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, **MARCO AURÉLIO** e **CARLOS VELLOSO** -, a Corte ensaiou proposta de súmula com o seguinte enunciado: “É legítima a prisão civil do devedor vencido em ação de depósito fundada em alienação fiduciária em garantia.” A proposta foi retirada para nova meditação sobre o tema.



RE 466.343 / SP

constitucional, quando a depositário infiel ficou equiparado, por força da norma subalterna, o devedor fiduciante.

2. Pressuposta, na questão, equiparação legal de posições jurídico-subjetivas de figurantes dum e doutro negócio jurídico, começo por analisar os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia, para efeito de demonstrar que, entre ambos, no que concerne ao tema do recurso, não existe afinidade alguma, conexão teórica entre dois modelos jurídicos que permita à razão passar, facilmente, de um para outro.

Não é caso de perquirir eventual consemelhança no plano fático, diante do qual se poderiam considerar pontos comuns, assim porque os objetos da indagação aqui são já fatos juridicamente qualificados, isto é, fatos normatizados segundo distintos valores, como porque, até no nível factual, seria custoso encontrar-lhes similitude, pois a construção jurídica da alienação fiduciária em garantia, à luz da experiência, é baseada sobretudo no artifício da *ficção jurídica*, concebida como técnica própria do mundo do Direito, por meio da qual se criam verdades jurídicas que não encontram correspondência alguma na realidade física.²

Não custa lembrar que, consoante terminologia talvez algo antiquada, mas expressiva, a causa final do contrato de depósito está, como

² É nesse sentido de confronto crítico de realidades próprias da ciência jurídica com o mundo dos fatos que se distinguem as técnicas normativas da ficção e da presunção legal ou *iuris*, pois esta, seja na modalidade relativa (*iuris tantum*), seja na absoluta (*iuris et de iure*), exprime sempre verdade jurídica que corresponde àquilo que costuma dar-se no mundo dos fatos (*id quod*

RE 466.343 / SP

dispunha o art. 1.265 do revogado Código Civil, na guarda e restituição da coisa depositada.³ A tipicidade do depósito consiste em que a **custodia rei** é o fim precípua do contrato, de modo que a obrigação de restituir é seu elemento estrutural ou essencial. Guarda-se a coisa para ser restituída e, nisso, exaure-se a substância jurídico-conceitual do depósito, que é negócio concebido no interesse do **tradens**, e não, do **accipiens**.

Daí se tira que, como síntese, a *guarda da coisa* é o conteúdo econômico-social desse negócio jurídico, o que repele, desde logo, toda idéia de acessoriedade, acidentalidade, ou subsidiariedade da custódia. Onde seja esta instrumental, não há contrato de depósito. E essa particularidade identifica as espécies derivadas de depósito (como o irregular, o necessário, etc.) e, sem ela, não há como nem por onde reconhecer a existência do negócio jurídico matriz.

O depósito tem notas comuns a diversos tipos de contrato, como sucede com a tença e a custódia. A tença é ingrediente remoto das representações normativas, sem nenhuma repercussão no tema, dado o caráter genérico com que entra, mediante qualificação jurídica própria, em massa enorme de contratos. E *“La obligación de custodia es muchas veces un simple fenómeno concomitante de otras relaciones obligatorias..... En tales casos, la*

plerumque accidit). Na ficção, a verdade jurídica estabelecida é sempre o contraditório da realidade factual, isto é, daquilo que aí não acontece.

³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed.. RJ: Borsoi. 1972. t. XLII/318-319, §§ 4.655 e 4.656.

RE 466.343 / SP

custodia que levan consigo está sujeta en principio a las normas de la relación obligatoria en que tienen lugar".⁴

Não basta, pois, a presença de elementos negociais comuns para divisar afinidade entre os contratos, salvo no sentido, irrelevante para o caso, de que todos compartilham a natureza genérica da respectiva classe. Para que se possa vislumbrar alguma relação lógico-jurídica capaz de denotar afinidade de conceitos, é indispensável vínculo específico, pelo qual o depósito, na sua tipicidade, componha, ainda que funcional e secundariamente, a estrutura analítica doutro negócio jurídico.

Em síntese, **a obrigação de guardar para restituir**, inerente à tipicidade do depósito, integra, como consectário da causa final do negócio, a figura do depositário, de modo que, e isto não é sem relevo, depois de notar que a norma do art. 1.275 do Código Civil não constara do Projeto primitivo, "*por contrária à natureza do contrato*", sustentava **CLOVIS**, com boas razões, que,

"(...) se ao depositário se concede o direito de usar da coisa, já não haverá depósito ..."⁵

⁴ **HEDEMANN, Justus W.** *Derecho de obligaciones*. v. III do *Tratado de derecho civil*. trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1958. p. 440. Cf., ainda, **R. FUBINI.** *El contrato de arrendamiento de cosas*. trad. de Sánchez Giménez. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1930. p. 34-35, nº 20. Aí, a natureza da relação jurídica em que se insere o fenômeno da custódia, sem tipificação de depósito, é que dita a disciplina da obrigação correspondente, a qual não se assujeita, portanto, aos princípios e normas do contrato de depósito. É o caso, p. ex., do contrato de transporte.

⁵ *Código civil dos estados unidos do brasil comentado*. 10ª ed.. RJ: Francisco Alves, 1957. v. VI/13, obs. nº 1 ao art. 1.275. Basta imaginar-se aparente contrato de depósito de quantia de dinheiro, no qual **cláusula de uso** autorizasse ao depositário servir-se do bem!

RE 466.343 / SP

No outro extremo, a abertura de crédito, com garantia de alienação fiduciária, constituindo unidade negocial finalística, decomponível em vários contratos coordenados, revela, em primeiro plano, o escopo fundamental de provisão de recursos para aquisição de bens duráveis, ao qual estão preordenados todos os negócios jurídicos elementares. Como desempenha papel de garantia do pagamento de crédito, a alienação fiduciária em garantia assume cunho de acessoriedade em relação à causa econômica do conjunto negocial,⁶ donde não haver erro em reconhecer-se que é contrato modelado no interesse primário do credor ou fiduciante.

Nesse complexo negocial, a abertura de crédito, salvo a força aglutinadora que exerce em torno dos fins dos negócios jurídicos encadeados, também pouco interessa ao caso, ao qual releva sobretudo a alienação fiduciária em garantia, que pode definir-se como negócio jurídico em que um dos figurantes adquire, em confiança, determinado bem, com a obrigação de o devolver ao implemento de certa condição acordada. É o sentido largo que cabe à espécie.⁷

A alienação fiduciária em si pode comportar fins diversos, como, p. ex., transmissão ulterior do bem a terceiro ou administração da coisa, mas, no caso, destina-se a garantir a execução de *dívida de dinheiro* firmada naqueloutro

⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2ª ed.. RJ: Forense. 1979. p. 65, nº 5: "é a alienação fiduciária contrato acessório daquele de que decorre o crédito que a propriedade fiduciária visa a garantir."

⁷ SOUZA LIMA, Otto de. *Negócio fiduciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1962. p. 170; GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 18 e 80; BUZAID, Alfredo. *Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia*. In: Revista



RE 466.343 / SP

contrato, que a precede na ordem lógico-jurídica. Por conta das vantagens inegáveis que apresenta sobre as demais modalidades de garantia de crédito, foi, na Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965 (art. 66), e no Decreto-Lei nº 911, concebida com o declarado propósito de garantir a liquidez das operações das instituições financeiras.⁸

Algumas de suas peculiaridades provam a asserção inicial de que parte dessa estrutura normativa está armada à base de ficções jurídicas. Assim, a extralegalidade encobre, decididamente, o artifício da celebração de negócio não perseguido pelos contraentes, os quais não pretendem, no fundo, a transmissão da propriedade, ainda que restrita e sob condição resolutiva, mas a garantia do financiamento. Por outro lado, como não há tradição efetiva da coisa para o adquirente fiduciário, o *constituto possessório* ou a *traditio ficta*,⁹ pela qual se finge a entrega por só transmutação do caráter da posse, é fruto do mesmo processo técnico ficcional do Direito. Esta circunstância, aliás, por sua intuitiva ressonância na solução da causa, merece atenção singular. Embora não entre em contato físico com a coisa alienada, cuja posse é desde logo transferida ao fiduciante, o qual passa, por mera construção jurídica, a possuir **pro alieno**, o

dos Tribunais, v. 401, p. 19; e **FORSTER, Nestor José**. *O negócio fiduciário*. In: Revista Forense, v. 216, p. 18.

⁸ Veja-se a justificativa dos idealizadores da emenda que introduziu o atual art. 66 no projeto, quando alude ao propósito de colocar o instituto “à disposição do sistema financeiro e das empresas” e “favorecendo conseqüentemente o mercado de capitais” (apud **MOREIRA ALVES**, op. cit., p. 9).

⁹ **MOREIRA ALVES** (op. cit., p. 47-53) entende que o caso não seria de *constituto ex lege*, mas de *traditio ficta*, segundo a qual a transmissão da posse se dá *ope legis*. A distinção é inconseqüente para a espécie, pois o que sobreleva, em ambas as figuras, é o mecanismo de **ficção** com que opera a lei.

RE 466.343 / SP

fiduciário assume fictícia obrigação de a restituir, quando se verifique a condição de pagamento da dívida.

3. Perante a tipicidade de cada negócio, advertida doutrina e não menos sensível jurisprudência nunca descobriram, em nenhum aspecto estrutural da alienação fiduciária em garantia, a presença de verdadeiro contrato de depósito. A própria redação primitiva do art. 66 e seus §§ da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, não continha expressão correspondente, nem nos textos de direito processual. Antes, afirmava-se:

“A circunstância de atribuir a lei ao fiduciante a condição de depositário não significa a coexistência de um contrato de depósito.”¹⁰

Por mais que relutasse, tampouco jamais consegui enxergar, no arcabouço negocial da alienação fiduciária em garantia, qualquer vestígio de um contrato de depósito com função instrumental. É verdade que o Prof. **ALFREDO BUZAID**, colhendo semelhança com o penhor e invocando **GALVÃO TELES**,¹¹ deu pela presença do depósito na hipótese de inadimplemento contratual do fiduciante, com recusa de restituição do bem, porque a relação jurídica prevista no art. 66 da Lei nº 4.728 assim o identificaria e, ainda, “*porque o fiduciante*

¹⁰ **GOMES, Orlando**. op. cit., op. cit., p. 83.

¹¹ Op. cit., p. 24.



RE 466.343 / SP

possui a coisa em nome do fiduciário".¹² Receio que lhe não posso dar razão, porque a semelhança entrevista não se dá:

“A significação particular da **traditio** como modo derivado da aquisição da propriedade mobiliária afasta comparações com o fenômeno da constituição do penhor sem a tradição efetiva da coisa empenhada. Não cabe a assertiva do mesmo escritor de que se trata de situação semelhante a do penhor sem entrega. Na alienação fiduciária, o fiduciante transfere seriamente a propriedade do bem dado em garantia, enquanto na constituição do direito pignoratício, o devedor conserva a propriedade do bem empenhado. A tradição, no penhor que a exige de forma efetiva, não se acompanha da intenção de transferir domínio, muito menos quando não há translação material do objeto. Nas duas formas, verifica-se a tradição, como transferência de posse, não de propriedade. A diferença aclara-se com o exame da posição do devedor pignoratício e do fiduciante. Aquele se torna depositário da coisa que, embora empenhada para garantir o pagamento da dívida, continua a lhe pertencer. É, em suma, singularmente, depositário de coisa própria. O fiduciante passa, também, por determinação legal, à condição de depositário, ou, quando menos, a ter suas responsabilidades, mas, para guardar e conservar coisa de outrem, coisa pertencente ao fiduciário, que, eventualmente, poderá vir a lhe pertencer, outra vez.”¹³

Conquanto se apoiasse no argumento de que a transferência do domínio não se opera independentemente da tradição, tal crítica prova, não obstante alguma inadequação conceitual, a clara assimetria ou dessemelhança entre os institutos.

Em segundo lugar, do só fato de, possuindo em nome do fiduciário, recusar-se o fiduciante à entrega do bem, após resolvido o contrato, não se pode passar *ipso facto* à afirmação da existência de relação de depósito, e não, de relação possessória, porque não há empecilho à caracterização de

¹² *Ibidem*, nº 42.



RE 466.343 / SP

esbulho na situação pressuposta, o qual justifica, como, com acerto, afirma **PONTES DE MIRANDA**, o apelo também para a ação de vindicação de posse.¹⁴ Se a posse direta do fiduciante, embora não própria, não anula a indireta do fiduciário, e se seu título está, como rezava a redação original do § 2º do art. 66 da Lei nº 4.728, nas condições do contrato, ligadas à singularidade da expectativa da resolução da propriedade pelo pagamento, nada impede que, resolvido o contrato que lhe assegurava e legitimava a posse direta, esteja configurado o esbulho, tal como se passa, em fenômeno análogo, no comodato, sem que, por isso, se descubra, neste ou naquela, relação jurídica de depósito.

É que, ademais, consoante se viu 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. Numa primeira perspectiva, considerados sobretudo os fins predominantes do negócio complexo em que se insere a alienação fiduciária, prende-se cada qual à tutela de interesses de natureza muito distinta, de modo que desempenham ambos funções sociais e jurídicas não menos díspares.

Ao depois, não há parentesco, nem similaridade quanto às posses, visto que o depósito supõe a entrega efetiva do bem ao depositário, enquanto, na alienação em garantia, tal entrega só pode imaginar-se mediante artifício montado a partir da suposição de que o fiduciário, que recebe a posse por ficção jurídica (*constituto possessório* ou *traditio ficta*), possa tê-la entregue,

¹³ **GOMES, Orlando.** op. cit., p. 74 e 75.

¹⁴ *Tratado de Direito Privado.* 3ª ed.. RJ: Borsoi, 1972. t. LII/366 e 367, § 5.487, nº 4.

RE 466.343 / SP

na modalidade indireta, ao fiduciante - o que não corresponde à realidade, pela razão óbvia de que nunca a teve antes disso, pois recebe apenas a indireta, ficando a direta com o fiduciante.

Dai, no caso de inadimplemento deste, falar-se, a rigor, em obrigação de dar coisa certa, excluída idéia de restituição, eis que nada recebeu daquele, senão que conservou ou reteve. A posse pertence ao fiduciante, mas o fiduciário é que, na verdade, tem obrigação técnica de restituição em caso de resolução da propriedade; por isso garante-se ao fiduciante a pretensão à restituição.

Finalmente, e isto é decisivo, na origem da alienação fiduciária, o fiduciante recebe a posse da coisa, não para custódia desta, nem o credor fiduciário a deixa (e não “entrega”) para esse fim, senão para dela usar e gozar em posição idêntica à do compromissário comprador, e, por consequência, nenhuma obrigação tem de restituir, salvo na hipótese de descumprimento do contrato, e não, na execução dele (termo prefixado no depósito ou à requisição do depositante), como é da essência mesma do depósito.¹⁵ E já se viu que, se, de acordo com a própria finalidade econômica e causa jurídica do contrato, o suposto depositário adquire o direito de usar da coisa, já não há aí depósito.

Impossível, portanto, encontrar, na alienação fiduciária em garantia, resíduo de contrato de depósito e, até, afinidade de situações jurídico-subjetivas entre ambos. Quanto à identificação do depósito, já nada seria mister

¹⁵ Cf. **GOMES, Orlando**. op. cit., p. 121, nº 95; *Revista dos Tribunais*, v. 412, p. 184 e 191, e v. 414, p. 167; e TASP, 8ª Câmara, **Ag. Pet. nº 165.351**, Rel. Des. **ALVES BRAGA**.

RE 466.343 / SP

acrescentar, quando alguns dos defensores da viabilidade da ação de depósito e da prisão civil, confessando a dificuldade teórica em que se entalam, invocam a existência, não daquele contrato, mas apenas da esdrúxula figura de *depositário ex vi legis*, o que será objeto de apreciação detida mais adiante.

E de conexão estreita, que revele afinidade, de igual não se pode cogitar, pois sequer em parte convém à alienação o conceito de depósito, salvo quanto à mera *tença* do fiduciante, a qual em si não se presta à demonstração de coisa alguma, ou quanto à situação que, irradiando obrigação de entregar o bem em caso de desfazimento do contrato, guarda similitude, não, própria e especificamente, com o depósito, mas com todos os contratos em que há exercício condicionado da posse, como na locação e no comodato. A obrigação de entrega por parte do fiduciante é, aliás, *sui generis* e, pois, irredutível a outro esquema contratual, porque se destina à satisfação do crédito da financeira, e não, ao atendimento de uma exigência fundada no poder inerente ao domínio.

Alguma afinidade jurídica entre a alienação e outros contratos, essa pode encontrar-se com o negócio indireto, o simulado, a venda com reserva de domínio, ou a retrovenda. Não, todavia, com o depósito.

4. Assentada tal premissa, cumpre subir à norma do art. 153, § 17, da Emenda Constitucional nº 1/69, que, vedando a prisão civil por dívida, abre duas exceções, nos casos de depositário infiel e do responsável por inadimplemento de obrigação alimentar.



RE 466.343 / SP

A regra tem por antecedente histórico o art. 113, nº 30, da Constituição de 1934, a primeira a estabelecer, entre os direitos e as garantias individuais, que “*não haverá prisão por dívidas, multas ou custas*”, sem qualquer outra restrição. A vedação não constou da Carta de 1937, mas ressuscitou, algo encurtada, na de 1946, que, no art. 141, § 32, consignava fórmula idêntica à que ora vige.

Diante da taxativa disposição da norma constitucional confrontada, já não faz sentido indagar se a hipótese seria de constrição proveniente de infidelidade como depositário, de proibição de pena por não pagamento de dívida, ou de meio coercitivo para entrega de coisa. Cuida-se de prisão civil, admissível, como tal, tão-só naquelas duas exceções constitucionais, que permitiram a sobrevivência do art. 1.287 do velho Código Civil e do art. 367 do Código de Processo Civil de 1939, ambos os quais contemplavam prisões civis por dívida, pois o primeiro, que foi o antecedente material e histórico do segundo, configurou desvio do pensamento jurídico dominante, na medida em que “*não quis seguir doutrina liberal que, entre nós, condenava qualquer prisão civil por dívida*”.¹⁶

Embora a norma constitucional tenha catalogado por implicitude, a título de exceção, entre os casos de prisão civil por dívida, a hipótese do depositário infiel, já não há lugar para distinções acerca da natureza penal ou processual da privação da liberdade. É suficiente que a hipótese se não acomode às exceções, para que incida a proibição constitucional peremptória.



RE 466.343 / SP

Na espécie de prisão inerente à ação de depósito fundada em alienação fiduciária em garantia, o fiduciante assujeita-se à prisão civil, menos porque se recuse a entregar o bem do que *pelo fato de ser devedor inadimplente* e de a entrega possibilitar a satisfação, não de poder dominial, que seria próprio de depositante, mas do crédito do fiduciário. Tanto assim o é que, se o satisfaz desde logo, escapa a risco da constrição e à própria obrigação de entregar o bem, na qual se forceja por ver algo semelhante a obrigação de restituir, o que em tudo é diverso da relação jurídica do depósito, em cujo quadro há autêntica obrigação de restituir, e a pretensão de restituição do depositante tem causa e fins muito diferentes.

Isso mostra, à exaustão, que se trata de *prisão civil por dívida de dinheiro*. O que estava à base do art. 1.287 do Código Civil anterior era a repulsa da consciência jurídica ao fato de o depositário, que recebeu ao dono a coisa (quase sempre) para a custodiar e devolver, se recusar a fazê-lo, não obstante a submissão à prisão não aplaque essa repulsa, nem esgote as exigências da Justiça.¹⁷ Por isso é que, cuidando-se de estritíssima relação de depósito, em que a admissibilidade da prisão, no caso de recusa de devolução, já *“tem caráter violento, conservando-se nas legislações, como resquício da prática odiosa da prisão por dívida”*, ponderava a doutrina que,

¹⁶ BEVILAQUA, Clóvis. op. cit., v. V, p. 22, obs. nº 1.

¹⁷ DEL VECCHIO, Giorgio. *A justiça*. trad. de António Pinto de Carvalho. SP: Saraiva, 1960. p. 189, nota nº 33.

RE 466.343 / SP

“Embora a lei não prescreva coerções para que se configure a infração, não deve o juiz decretar a prisão de plano.”¹⁸

5. Quanto à norma constitucional em si, ninguém tem dúvida de que, abrindo vistosa exceção a uma garantia individual, de um lado guarda os foros de norma de direito singular e, de outro, autoriza privação da liberdade física.

Que se está diante de restrição a garantia individual, seria fraqueza de espírito buscar demonstrá-lo. O mesmo se pode dizer quanto ao conteúdo de limitação da liberdade pessoal, de que a prisão é a privação por antonomásia.

E que o preceito pertença à classe das normas ditas excepcionais ou singulares, tampouco exigiria algum esforço intelectual. Das normas,

“... as singulares são verdadeiras exceções ou contradições abertas no sistema, constituindo no dizer do juriconsulto “*ius contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem introductum*” (PAULO, Dig., i, 3, FR. 16). O tipo de norma jurídica singular de mais imediata identificação é aquele em que o legislador abre, com suas próprias palavras, exceção a um princípio, a um conceito, a uma norma regular, afirmando princípio, conceito ou norma de significação contrária. Não é o intérprete, nesses casos, que tem de revelar o caráter excepcional do comando jurídico, para tachá-lo de singular. É o próprio legislador que enuncia sua vontade como exceção a outra vontade, expressa em outra norma de âmbito geral.”¹⁹

¹⁸ **GOMES, Orlando.** *Contratos*. 2ª ed.. RJ: Forense, 1966. p. 347 e 348, nº 271. A frase anterior, entre aspas, é do mesmo autor.

¹⁹ **SAN TIAGO DANTAS, F. C. de.** *Problemas de direito positivo*. RJ: Forense, 1953. p. 219.

RE 466.343 / SP

A superposição desses caracteres normativos postula regime próprio de interpretação.

6. À luz dos fundamentos e da função vital dos direitos e garantias individuais, bem como do dogma liberal universal da exclusiva autoridade da lei (*“ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei”*), não surpreende que este e aqueles sejam mais particular e firmemente afirmados, quando, perante o dado óbvio de que toda lei é sempre de algum modo restritiva, a restrição nomológica tenda a ampliar-se a ponto de comprometer os princípios e arruinar a liberdade.

Doutro turno, se, por razões particulares de conveniência ou de utilidade social, o ordenamento abre exceção ao tratamento genérico de uma ordem de fatos, para disciplina autônoma de certa categoria, está claro, à míngua de razão normativa que o legitime, que se não pode estender, por interpretação, o regime especial a outras hipóteses. Ao lado do regime geral é que se acham as forças sociais preponderantes na reconstituição semiológica e na aplicação de toda regra de direito positivo, sobretudo quando hospede garantias fundamentais ou valores individuais supremos.

Mais de uma razão jurídica está, assim, a predicar que a cláusula constitucional de que se trata é de todo alérgica a interpretação extensiva, capaz de atingir situações que, não se tratasse de norma excepcional restritiva da liberdade pessoal, até poderiam caber-lhe no âmbito de incidência,



RE 466.343 / SP

quando concorressem fundamentos para expansão de seu sentido emergente.

Escusava que o enfatizasse a doutrina:

“Quando se dá o contrário, isto é, quando a letra de um artigo de repositório parece adaptar-se a uma hipótese determinada, porém se verifica estar esta em desacordo com o espírito do referido preceito legal, não se coadunar com o fim, nem com os motivos do mesmo, presume-se tratar-se de um fato da esfera do Direito Excepcional, interpretável de modo estrito.”²⁰

“Do que foi dito, já se apura que o principal critério para determinar se um dispositivo legal é excepcional, é sua inextensibilidade. Quando tratarmos da interpretação extensiva e da analogia desenvolveremos esse ponto, e concluiremos que a “ratio legis” de caráter geral pode estender-se aos casos omissos, ao passo que a “ratio legis” de caráter excepcional, há de ficar confinada aos casos que especifica.”²¹

É o que constava, aliás, do art. 6º da Introdução ao Código Civil, abrogado menos por superação científica que por constituir objeto mais curial à dogmática. *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*. E é bom não esquecer que a “*garantia dos direitos individuais deve ser interpretada de maneira a ampliar, em benefício da liberdade, os preceitos de entendimento duvidoso*”,²² nem que, desde **GAIO**, se reconhece que em todos os assuntos e circunstâncias a liberdade é que merece maior favor.²³

É por isso que, como acentua **VIEIRA DE ANDRADE**, o princípio *in dubio pro libertate*, cuja fórmula resume tópico ou elemento importante “*para a*

²⁰ **MAXIMILIANO, Carlos**. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 8ª ed.. RJ: Freitas Bastos, 1965. p. 237.

²¹ **SILVEIRA, Alípio**. *Hermenêutica no direito brasileiro*. SP: Revista dos Tribunais, 1968. v I.I, p. 211.

²² **CAVALCANTI, Themistocles Brandão**. *Do Controle da Constitucionalidade*. RJ: Forense, 1966, p. 47.



RE 466.343 / SP

tarefa de interpretação das normas constitucionais", constitui emanção do princípio mesmo da dignidade da pessoa humana e, como tal, "*deve considerar-se um princípio geral no domínio dos direitos fundamentais*", no sentido "*de que as restrições aos direitos devem ser expressas ou, pelo menos, poder ser claramente inferidas dos instrumentos normativos aplicáveis*".²⁴

Nem vai tão longe a época em que se preconizava interpretação dita literal²⁵ da Constituição, quando a resposta à questão suscitada tendesse a cercear o exercício de direitos fundamentais ou a embaraçar garantias da liberdade individual, idéia de cuja defesa, no Brasil, ninguém levou a palma a **RUI BARBOSA**, para quem o Direito se subentende sempre a favor da liberdade, a qual não suporta artifício de condições restritivas por inferência.²⁶

Tampouco a norma constitucional suporta recurso à analogia, que, seja de atribuição, seja de proporcionalidade, se reduz sempre a indução parcial baseada numa presunção, a de que duas coisas, que guardem ponto de semelhança, podem parecer-se (e não, que se pareçam deveras) quanto a outros.

Seria impróprio avivar que alguns autores chegam até a contrariar esses princípios todos, admitindo interpretação extensiva em hipótese

²³ Dig., 1. 50, tit. 17, De Regulis Juris, fr. 122, *apud* **MAXIMILIANO**, *op. cit.*, p. 273.

²⁴ **VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos**. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina. 1987. p.131-132.

²⁵ O sentido *gramatical* ou *literal*, sabe-se hoje, é já em si produto de interpretação. A doutrina do chamado *sentido claro*, que supõe texto claro e significado natural das palavras, "*presenta como um juego de prestidigitación la búsqueda acerca del sentido 'proprio' de los términos*" (**ESSER, Josef**. Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. p. 337).

²⁶ *Escritos e discursos seletos*. RJ: José Aguilar, 1960. p. 519.

RE 466.343 / SP

de direto singular, ao assentarem que este pode regular, dentro de certos limites, uma generalidade de casos, com o caráter de autênticas “exceções-regras”.

É que a exceção constitucional se adscrive a duas hipóteses de contornos nítidos, cuja dilatação implicaria a mais severa restrição à liberdade física dos cidadãos, com a agravante de transpor os limites do recurso analógico, que são a afinidade dos fatos e a identidade de razão jurídica, nenhuma das quais se acha presente na hipótese. E, na dúvida entre a tutela da liberdade e de interesses econômicos privados, que podem ser satisfeitos doutros tantos modos, sem o adjutório de tão escandaloso privilégio que, num como retrocesso às épocas anteriores à *Lex Poetelia Papiria de nexis*,²⁷ faz da pessoa humana mero *corpus vilis*, não há alternativa possível para o intérprete, constricto sempre a reverenciar o primado constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), que doutro modo estaria aqui gravemente ofendido.²⁸

²⁷ Sabe-se que tal lei, editada depois de intensas lutas entre patrícios e plebeus, introduziu o princípio civilizado da responsabilidade patrimonial na esfera dos negócios jurídicos, assim como a **Lex Aquilia de damno dato** o fez na área extranegocial, se não abolindo, pelo menos atenuando a execução pessoal, que antes não excluía a venda, a prisão, nem a morte do devedor, sujeito ao *nexum* (cf. **PUGLIESE, Giovanni**. *Istituzioni di Diritto Romano*. 3ª ed.. Torino: Giappichelli, 1991. p. 144-145, § 62, p. 354, § 103, e p. 388-389, § 112; **BONFANTE, Pietro**. *Istituzioni di Diritto Romano*. 10ª ed. rist.. Milano: A. Giuffrè, 1987. p. 109, § 43, p. 304, § 117, e p. 372-374, § 153; **ARANGIO-RUIZ, Vincenzo**. *Istituzioni di Diritto Romano*. 14ª ed. rist.. Napoli: Eugenio Jovene, 1968. p. 320-321; **GALLO, Filippo**. *Aspetti peculiari e qualificanti della produzione del diritto nell'esperienza romana*. Rivista di Diritto Romano, 2004, nº 4, p. 5; e **VOCI, Pasquale**. *Verbete Esecuzione forzata (diritto romano)*. Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, v. XV, p. 423-424).

²⁸ A ninguém parece lícito negar que o uso processual da prisão civil, enquanto acerba violência que reduz o ser humano à expressão material de seu corpo e, por conseguinte, com abstração do sofrimento, à condição de mero **Instrumento** ou **objeto** na ordem jurídica, representa uma das formas mais expressivas de degradação da pessoa humana, posta a serviço da satisfação de interesse econômico de terceiro. Para uma visão breve da impossibilidade kantiana de tratamento jurídico-normativo do ser humano como **objeto**, veja-se **WOLFGANG SARLET, Ingo**.

RE 466.343 / SP

7. É de indagar-se agora o sentido e alcance da norma, que consignava: “*Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso de depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei*”.

Em primeiro lugar, cumpre descobrir o sujeito passivo desse comando excepcional, ou seja, o que deve entender-se por *depositário infiel*. Parece claro que, não descendo o texto constitucional à definição da figura, seu conteúdo semântico só pode encontrar-se no ordenamento subalterno.

Ora, a fonte normativa está na disciplina do contrato de depósito, fora de cujo âmbito a expressão original *depositário* não tem senso algum, como o não tem locatário, senão em referência à locação. E que é, como noção jurídica primária, o depositário, senão o contraente que, no negócio jurídico do depósito, recebe a coisa para custodiar e devolver?

A pergunta subsequente é se pode a lei equiparar sujeitos de outras relações ou situações jurídicas a essa figura específica e inconfundível de quem é parte no contrato de depósito. A resposta é afirmativa.

E é-o em virtude do princípio de que, perante situações que apresentem identidade ou afinidade de fatos e de razão jurídica, como todas aquelas em que, por este ou aquele título jurídico, alguém recebe *coisa alheia* com obrigação de a conservar e devolver a certo termo, sem contrato de depósito, a equiparação, sobre não deparar óbice de nenhuma ordem, pode

Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 3ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 29 e segs., em especial pp. 50, 51 e 59.

RE 466.343 / SP

consultar à utilidade ou à conveniência das relações sociais. Isso é o que está como racionalidade normativa sob todos os depósitos chamados *legais* ou *não convencionais*, conforme expressão de **PONTES DE MIRANDA**, que bem sintetizava o substrato de todas as hipóteses legitimamente equiparadas pela lei:

“Sempre que a lei dá a alguém a incumbência de receber quantia, ou coisa pertencente a outrem, e de depositar, em nome daquele a que pertence a quantia, ou a coisa, a equiparação ao depositário é implícita.”²⁹

Donde, sua coerência em concluir alhures:

“... não ofende a Constituição de 1967, art. 150, § 17, a regra jurídica sobre **prisão civil** por se recusar o depositário extrajudicial ou judicial a devolver o que recebeu, ou aquilo que lhe foi, por sucessão, às suas mãos; como também não a infringe a regra jurídica que a crie ou mantenha, para aqueles casos em que o possuidor ou tenedor de coisa alheia responde **como o depositário**”.³⁰

Não admira, assim, que a doutrina admitisse a ação de depósito contra hospedeiro ou estalajadeiro, nos termos do art. 1.284 do velho Código Civil,³¹ nem que o art. 366 do derogado Código de Processo Civil haja atribuído legitimidade passiva *ad causam* a pessoas equiparadas, por lei, ao depositário.

²⁹ *Tratado de Direito Privado*, cit., v.. XLII/ 327, n° 4.

³⁰ *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1968. t. V/252, n° 2. Grifos do original.

³¹ Tal é o argumento fundamental da postura do ilustre Min. **MOREIRA ALVES**, no seu clássico *Alienação Fiduciária em Garantia* (cit., p. 173), onde também aludia à possibilidade de uso e gozo da coisa por parte do depositário, consoante o permitia o art. 1.275 do Código Civil então vigente. Tampouco me parece convincente este último argumento, porque se tratava, aí, de exceção clara à estrutura típica do depósito convencional, que preexcluía, como princípio, pudesse o depositário, sem a expressa licença do depositante, servir-se da coisa depositada, pela razão de que não era nem é esse o escopo econômico e tampouco o fim jurídico do contrato de depósito (cf. art. 1.265). Era preciso essa regra de **cláusula expressa de uso** para

RE 466.343 / SP

Mas a resposta afirmativa não é absoluta, sobretudo diante da gravíssima questão conexa da admissibilidade da prisão civil. É certo que, nos limites da similitude fundamental das situações jurídico-subjetivas, pode a lei ou as partes mesmas, para efeito de justificar a assunção de outras obrigações, equiparar pessoas à condição formal de depositário. Não, porém, mediante transmutação do negócio real subjacente, para, sob a ameaça teórica da privação da liberdade, garantir o adimplemento de obrigações de índole diversa, como já o reconheceu, em 1923, esta Corte, em acórdão relatado do Min. **ALFREDO PINTO**, e cuja ementa rezava:

“Constitui constrangimento ilegal a prisão ordenada com fundamento no art. 1.287, do Código Civil, desde quando se mostre que o depósito é simulado, para encobrir uma operação de compra e venda, não podendo o vendedor, para garantia do pagamento do preço, combinar com o comprador ficar este, como depositário da coisa comprada. Aplicação do Código Civil, arts. 1265 e 1287.”³²

A despeito de a Constituição então vigente carecer de regra idêntica ou análoga à do art. 153, § 17, a fundamentação desse venerando acórdão repousa na afirmação de incompatibilidade entre os negócios jurídicos da compra e venda e do depósito, bem como na conseqüente impossibilidade de contornar preceito legal que, desde o Assento de 18 de agosto de 1774, proibia a prisão por dívida.

admissibilidade excepcional de poder que não compõe a posição jurídica do depositário, o que só confirma a atipicidade da situação.

³² *In*: Revista do Supremo Tribunal Federal, v. LIII, junho de 1923, p. 3 a 5.

RE 466.343 / SP

É que à lei só é dado equiparar pessoas ao depositário, para o fim de lhes autorizar a prisão civil como meio para as compelir ao adimplemento de obrigação, quando não se deforme nem deturpe, na situação jurídica equiparada, o arquétipo do depósito convencional, em que o sujeito passivo contrai obrigação de custodiar e devolver. Fora daí, é arbitrária a lei.

8. Estatuir que o contraente de negócio jurídico, que não mantém com o depósito convencional nenhuma identidade ou afinidade jurídica, fica exposto à prisão civil, em condição análoga à do depositário, é operação técnico-normativa de inaceitável alargamento conceitual destinado tão-só a produzir fortíssima garantia indireta do cumprimento de *obrigação de dar dinheiro*, de todo estranha ao estatuto do depositário. E, com isso, entra em contraste aberto com a norma constitucional exceptiva, que, já se viu, por seus caracteres, não tolera interpretação expansiva, capaz de aniquilar o direito mesmo que se ordena a proteger sob o comando excepcionado.

É que 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:

“Vale considerar, aliás, que a ofensa a direito ou garantia constitucional não precisa decorrer direta e imediatamente das prescrições



RE 466.343 / SP

da lei, mas, para que esta seja ineficaz, basta que, por qualquer forma, ainda que indireta ou mediatamente, sejam lesados aqueles direitos e garantias.”³³

Se não é lícito recorrer à analogia, nem à expansão crítico-lógica, para sotopor ao âmbito do estrito sentido técnico-normativo, que deve prevalecer na interpretação,³⁴ casos que, sem uso desses recursos, ali não caberiam, a *fortiori* o processo de ficção enche-se da mesma ilicitude, resvalando na mesmíssima proibição constitucional, sobretudo quando dilacera e corrompe elevados princípios, como o de que a garantia é que deve ser sempre ampliada em benefício da liberdade e o de que a exceção não pode apanhar relação nem fato jurídicos subordinados a outras *rationes iuris*. Prescrever que há depositário onde não há depósito, é impropriedade técnica, e dispor que é depositário quem não tem obrigação de custodiar e devolver, constitui sonora ficção 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. Onde seja sempre lícito, sem limitações nem requisitos razoáveis, equiparar hipóteses à exceção, o princípio geral deixa de subsistir. Que impede, por exemplo, a lei, de semelhar o locatário ao depositário, para o fim de o coagir, sob a ameaça da prisão civil, à entrega do imóvel, findo o contrato, ou, em suposição mais

³³ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª ed., RJ: Forense, 1968, p. 87.



RE 466.343 / SP

grotesca, o devedor cambiário ao responsável por inadimplemento de obrigação alimentar?

Vê-se que **est modus in rebus!**

Daí, não se tomar a sério a objeção de que a prisão do fiduciante estaria autorizada pela locução última da cláusula constitucional, que lhe remete à regulamentação “*na forma da lei*”. Tal enunciado diz respeito, não ao conteúdo das noções jurídicas de depositário infiel e de devedor de obrigação alimentar, mas apenas à disciplina da sanção e de sua aplicação, enquanto aspectos operacionais dependentes da lei ordinária. Isso é coisa tão óbvia, que não merece as honras de debate, no qual, quando menos, se poderia também aventar que, ao dispor o art. 153, § 32, da Emenda nº 1/69, que “*Será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei*”, poderia esta prever, por equiparação de favorecidos, devesse ser sempre gratuito o exercício da advocacia!

De tudo se vê que, por dar pela ilegitimidade da prisão civil neste caso, não precisa ir ao Pacto de São José de Costa Rica, como, assentando-se em muitos dos argumentos aqui deduzidos, não o precisou o Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, para, em voto sucinto mas irresponsável, sustentar igual coisa:

"Afasto a fascinante discussão sobre o Pacto de São José de Costa Rica: não preciso dela para o meu convencimento.

É manifesto que a Constituição excetuou, da proibição de prisão por dívida, a prisão do inadimplente de obrigação alimentar e a do depositário infiel. A extensão dessa norma de exceção, não o contesto, pode sofrer

³⁴ Cf. **BRANDÃO CAVALCANTI**, **Themistocles**. op. cit., p. 76 a 81.

RE 466.343 / SP

mutações ditadas do legislador ordinário e até por Tratado. Mas, também me parece, ninguém discordará, em tese, de que, ao concretizar os seus termos - isto é, os conceitos de obrigação alimentar ou de depositário infiel - o legislador não pode, mediante ficções ou equiparações, ampliar arbitrariamente o texto constitucional, além da opção constituinte nele traduzida. E esta há de ser aferida à base da Constituição e de suas inspirações. Não, à base da lei.

Em outras palavras, a admissibilidade, segundo a Constituição, da prisão por dívida de alimentos e da prisão do depositário infiel não é cheque em branco passado ao legislador ordinário. Assim como não lhe será lícito, até com uma aparente base constitucional no art. 100, autorizar a prisão do governante que atrase a satisfação de débitos de natureza alimentar da Fazenda Pública, não creio que possa estender, além da marca que há de ser buscada dentro da própria Constituição, o âmbito conceitual do depósito.

Do mesmo modo, ocorreria com a prisão em flagrante, por exemplo, que se excetua da garantia constitucional da prévia determinação judicial de qualquer prisão. O leigo, o vulgo ainda repete que durante as vinte e quatro horas posteriores à sua prática, o agente de um crime está em situação de flagrância. Porém, a lei que pretendesse converter essa credence popular, "em flagrante", a meu ver, seria patentemente inconstitucional, embora a Constituição não defina o que é prisão em flagrante.

O mesmo, a meu ver, sucede, *mutatis mutandis*, com as normas do Decreto-lei nº 911, que atribui ao devedor inadimplente da operação de crédito garantida pela alienação fiduciária as responsabilidades do depositário.

Ao que penso - e não vou sequer me arriscar a longas dissertações a respeito -, o que há, no Decreto-lei nº 911, é a outorga ao credor, ao financiador, de um direito real, é verdade, mas de um direito de garantia, próximo ao direito de propriedade, na medida em que lhe dá algumas prerrogativas de proprietário, mas que não se identifica com o domínio.

Não consigo compatibilizar a idéia de um verdadeiro domínio, que estaria subjacente à pretensão de realidade da situação de depositário atribuída ao devedor, com normas expressas do próprio decreto-lei.

Uma delas, a do § 6º, transplanta para o mecanismo da alienação fiduciária a proibição do pacto comissório, que é típica, como resulta do art. 765 do Código Civil, dos direitos reais de garantia, que são direitos do credor, porém, sobre coisa alheia.

Na mesma linha, a parte final do art. 2º, impõe ao credor fiduciário - e, portanto, ao dito proprietário fiduciário - um dever de entregar ao devedor o excesso do preço apurado na venda da coisa sobre a importância da dívida, o que, à evidência, lhe desmente o domínio sobre o bem alienado, o qual, se existente, se transferiria à totalidade do preço alcançado.



RE 466.343 / SP

Por essas e por outras, minha convicção é velha, portanto, no sentido da inconstitucionalidade da prisão do alienante fiduciário que se pretenda albergar na exceção constitucional da vedação da prisão por dívidas.

Não nego a extrema valia, a riqueza teórica magnífica de alguns dos votos proferidos em contrário - a partir do voto de mestre, não só neste capítulo, mas em todo o Direito Civil, que é o do eminente Ministro Moreira Alves.

Mas creio que o problema é constitucional e a interpretação que leva a reduzir a prisão civil como um meio coercitivo de forçar satisfação de obrigações patrimoniais serve melhor aos princípios fundamentais da Constituição.

Tentei mostrar que o verdadeiro proprietário, embora limitado o seu domínio, como o de todo proprietário que tem sobre uma coisa um direito real de garantia do credor, é o devedor, dito alienante fiduciário. E não concebo depositário de coisa própria.

Vários dos eminentes Colegas recordaram, e ouvi com o maior respeito, a sua convicção de décadas, tão logo promulgado o Decreto-lei nº 911, pela constitucionalidade do edito.

Minha convicção é tão antiga quanto a de S. Ex^a. A diferença é que ao tempo não tinha a honra de ser Juiz. Feito Juiz deste Tribunal, não posso deixar de manifestá-la num tema de tão grande relevo constitucional. Com isso, não estou dizendo que o Supremo Tribunal, até aqui, violou a Constituição. A jurisprudência constitucional por sua própria natureza, sobre os temas recorrentes da vivência da Constituição, é sujeita a mutações e evoluções. E a mudança de uma jurisprudência constitucional jamais pode ser interpretada como injúria à jurisprudência passada, muito menos aos que a formaram. Mas, por ora, dada a maioria formada está mantida a jurisprudência."

Pedindo-lhe todas as vênias, entretanto, o meu voto é pelo deferimento da ordem."³⁵

9. Por essas longas razões, estou em que deveras não podia nem pode aplicado, em todo seu alcance, por inconstitucionalidade manifesta, o art. 4º do Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, o qual, atribuindo, na ação de depósito, legitimação passiva *ad causam* ao devedor fiduciante, como se de vero depositário se cuidasse, nesses termos o submeteria ao risco da prisão

³⁵ In: HC nº 72.131, e também transcrito no RE nº 211.371.

RE 466.343 / SP

civil, em caso de descumprimento inescusável de ordem judicial para entregar a coisa ou seu equivalente em dinheiro. Tal prisão não se reveste de legitimidade constitucional.

A única interpretação harmônica com a Emenda nº 1/69 é de que ao fiduciário está autorizado o uso da ação de depósito, mas sem cominação nem decretação da prisão civil do fiduciante vencido, contra o qual tem, como bem notou o acórdão impugnado, interesse jurídico em prosseguir nos próprios autos, apenas na forma do art. 906 do Código de Processo Civil.

10. Nesses termos, nego provimento ao recurso.



RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO**V O T O**

O EXMO. SR. MINISTRO GILMAR MENDES: O recurso extraordinário foi interposto pelo Banco Bradesco S.A., com fundamento no art. 102, III, "a", da Constituição, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, negando provimento ao recurso de apelação nº 791031-0/7, consignou entendimento no sentido da inconstitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciante em contrato de alienação fiduciária em garantia, em face do que dispõe o art. 5º, inciso LXVII, da Constituição.

Após o voto do Ministro Cezar Peluso, negando provimento ao recurso, passo a analisar o tema.

I - Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos

Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matéria de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente.

O art. 7º (nº 7) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, dispõe desta forma:

"Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar."

Com a adesão do Brasil a essa convenção, assim como ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹, sem qualquer reserva, ambos no ano de 1992, iniciou-se um amplo debate sobre a possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, especificamente, da expressão "depositário infiel", e, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele possui fundamento direto ou indireto.

Dispensada qualquer análise pormenorizada da irreconciliável polêmica entre as teorias monista (Kelsen)² e dualista (Triepel)³ sobre a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno dos Estados - a qual, pelo menos no tocante ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, tem-se tornado ociosa e supérflua -, é certo que qualquer discussão nesse âmbito pressupõe o exame da relação hierárquico-normativa entre os tratados internacionais e a Constituição.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, surgiram diversas interpretações que consagraram um tratamento diferenciado

¹ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), adotado pela Resolução nº 2.200 A (XXI) da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, ao qual o Brasil aderiu em 24 de janeiro de 1992, e que, em seu art. 11, assim dispõe: "Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual".

² Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes; 1998, p. 515 e ss.

aos tratados relativos a direitos humanos, em razão do disposto no § 2º do art. 5º, o qual afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Essa disposição constitucional deu ensejo a uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial - também observada no direito comparado⁴ - sobre o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual pode ser sistematizada em quatro correntes principais, a saber:

- a) a vertente que reconhece a natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos⁵;
- b) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais⁶;
- c) a tendência que reconhece o *status* de lei ordinária a esse tipo de documento internacional⁷;
- d) por fim, a interpretação que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos⁸.

³ TRIEPEL, Karl Heinrich. *As relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional*. Trad. de Amílcar de Castro. Belo Horizonte; 1964.

⁴ Cfr.: BIDART CAMPOS, Germán J.. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea; 1991, p. 357.

⁵ Cfr.: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 25-26.

⁶ Cfr.: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, nº 113-118, 1998. pp. 88-89; e PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 83.

⁷ Cfr.: RE nº 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 29.12.1977.

A primeira vertente professa que os tratados de direitos humanos possuiriam status supraconstitucional. No direito comparado, Bidart Campos defende essa tese em trechos dignos de nota:

"Si para nuestro tema atendemos al derecho internacional de los derechos humanos (tratados, pactos, convenciones, etc., con un plexo global, o con normativa sobre un fragmento o parcialidad) decimos que en tal supuesto el derecho internacional contractual está por encima de la Constitución. Si lo que queremos es optimizar los derechos humanos, y si conciliarlo con tal propósito interpretamos que las vertientes del constitucionalismo moderno y del social se han enrolado - cada una en su situación histórica - en líneas de derecho interno inspiradas en un ideal análogo, que ahora se ve acompañado internacionalmente, nada tenemos que objetar (de lege ferenda) a la ubicación prioritaria del derecho internacional de los derechos humanos respecto de la Constitución. Es cosa que cada Estado ha de decir por sí, pero si esa decisión conduce a erigir a los tratados sobre derechos humanos en instancia prelatoria respecto de la Constitución, el principio de su supremacía - aun debilitado - no queda escarnecido en su télesis, porque es sabido que desde que lo plasmó el constitucionalismo clásico se ha enderezado - en común con todo el plexo de derechos y garantías - a resguardar a la persona humana en su convivencia política."⁹

Entre nós, Celso de Albuquerque Mello¹⁰ é um exemplar defensor da preponderância dos tratados internacionais de direitos humanos em relação às normas constitucionais, que não teriam, no seu entender, poderes revogatórios em relação às normas internacionais. Em outros termos, nem mesmo emenda constitucional teria o condão de suprimir a normativa internacional subscrita pelo Estado em tema de direitos humanos.

⁸ Art. 25 da Constituição da Alemanha; art. 55 da Constituição da França; art. 28 da Constituição da Grécia.

⁹ BIDART CAMPOS, Germán J.. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea; 1991, 353.

¹⁰Cfr.: MELLO, Celso D. de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 25.

É de ser considerada, no entanto, a dificuldade de adequação 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 ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais.

Como deixou enfatizado o Supremo Tribunal Federal ao analisar o problema, "assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição (...) e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)¹¹.

Os poderes públicos brasileiros não estão menos submetidos à Constituição quando atuam nas relações internacionais em exercício do *treaty-making power*. Os tratados e convenções devem ser celebrados em consonância não só com o procedimento formal descrito na Constituição¹², mas com respeito ao seu conteúdo material, especialmente em tema de direitos e garantias fundamentais.

O argumento de que existe uma confluência de valores supremos protegidos nos âmbitos interno e internacional em matéria

¹¹ RHC nº 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002.

¹² A aplicabilidade dos preceitos internacionais somente é possível a partir do momento em que cumpridos os requisitos solenes para a sua devida integração à ordem jurídico-constitucional, a saber: i) celebração da convenção internacional; ii) aprovação pelo Parlamento; e iii) a ratificação pelo Chefe de Estado - a qual se conclui com a expedição 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, somente a partir desse momento, passa a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.

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 uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna. O risco de normatizações camufladas seria permanente.

A equiparação entre tratado e Constituição, portanto, esbarraria já na própria competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para exercer o controle da regularidade formal e do conteúdo material desses diplomas internacionais em face da ordem constitucional nacional.

Ressalte-se, porém, que, na medida em que esse tipo de controle possa ser exercido, não se podem olvidar as possíveis repercussões de uma declaração de inconstitucionalidade no âmbito do Direito Internacional.

A experiência de diversos ordenamentos jurídicos, especialmente os europeus, demonstra que as Cortes Constitucionais costumam ser bastante cautelosas quanto à questão da apreciação da constitucionalidade de tratados internacionais. Assim, mesmo em momentos delicados - como os famosos casos *Maastricht* na Alemanha¹³ e na Espanha¹⁴ -, os Tribunais evitam declarar a inconstitucionalidade de atos normativos internacionais.

Como afirmou o Tribunal Constitucional da Espanha no caso *Maastricht*:

¹³ BVerfGE 89, 155 (175); cf. também SCHWARZE, Jürgen. In: BADURA, Peter/ DREIER, Horst, *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, 2001, Vol. I, p. 224 (229).

¹⁴ Declaração do Tribunal Constitucional da Espanha de 1º de julho de 1992, caso *Maastricht*. In: LÓPEZ GUERRA, Luis. *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2000, p. 603.

"Aunque aquella supremacía quede en todo caso asegurada por la posibilidad de impugnar (arts. 27.2 c, 31 y 32.1 LOTC) o cuestionar (art. 35 LOTC) la constitucionalidad de los tratados una vez que formen parte del ordenamiento interno, es evidente la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada."

É nesse contexto que se impõe a necessidade de utilização de uma espécie de controle prévio, o qual poderia impedir ou desaconselhar a ratificação do tratado de maneira a oferecer ao Poder Executivo possibilidades de renegociação ou aceitação com reservas.

Essa idéia, apesar de todos os óbices do sistema brasileiro, já apresenta os elementos suficientes para a sua exeqüibilidade. Uma vez que o Decreto Legislativo que aprova o instrumento internacional é passível de impugnação pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), ou ainda, da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), esse controle de caráter preventivo é possível no Brasil.

Assim, em face de todos os inconvenientes resultantes da eventual supremacia dos tratados na ordem constitucional, há quem defenda o segundo posicionamento, o qual sustenta que os tratados de direitos humanos possuiriam estatura constitucional.

Essa tese entende o § 2º do art. 5º da Constituição como uma *cláusula aberta de recepção* de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil. Ao possibilitar a incorporação de novos direitos por meio de tratados, a Constituição estaria a atribuir a esses diplomas internacionais a hierarquia de norma constitucional. E o § 1º do art. 5º asseguraria a tais normas a *aplicabilidade imediata* nos planos nacional e internacional, a partir do ato de ratificação, dispensando qualquer intermediação legislativa.

A hierarquia constitucional seria assegurada somente aos tratados de proteção dos direitos humanos, tendo em vista seu caráter especial em relação aos tratados internacionais comuns, os quais possuiriam apenas estatutura infraconstitucional.

Para essa tese, eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição deveriam ser resolvidos pela *aplicação da norma mais favorável à vítima*, titular do direito, tarefa hermenêutica da qual estariam incumbidos os tribunais nacionais e outros órgãos de aplicação do direito¹⁵. Dessa forma, o Direito Interno e o Direito Internacional estariam em constante interação na realização do propósito convergente e comum de proteção dos direitos e interesses do ser humano¹⁶.

No Brasil, defendem essa tese Antônio Augusto Cançado Trindade¹⁷ e Flávia Piovesan¹⁸, os quais entendem que os §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição caracterizar-se-iam, respectivamente, como garantes da aplicabilidade direta e do caráter constitucional dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Cançado Trindade, que propôs à Assembléia Nacional Constituinte, em 1987, a inclusão do atual § 2º ao art. 5º no texto constitucional que estava sendo construído, assim expressa seu pensamento:

"O propósito do disposto nos parágrafos 2 e 1 do artigo 5 da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional (...).

¹⁵ Cfr.: PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: *Temas de Direitos Humanos*. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad; 2003, pp. 44-56.

¹⁶ Cfr.: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*, Ano 46, nº 12, jul/dez. 1993.

¹⁷ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 2003.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5ª Ed. São Paulo: Max Limonad; 2002.

Desde a promulgação da atual Constituição, a normativa dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte tem efetivamente nível constitucional e entendimento em contrário requer demonstração. A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional - tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária - não só representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no artigo (5) 2 da Constituição Federal Brasileira¹⁹.

A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos é prevista, por exemplo, pela Constituição da Argentina, que delimita o rol de diplomas internacionais possuidores desse status normativo diferenciado em relação aos demais tratados de caráter comum²⁰. Da mesma forma, a Constituição da Venezuela, a qual, além da hierarquia constitucional, estabelece a aplicabilidade imediata e direta dos tratados na ordem interna e fixa a regra hermenêutica da norma mais favorável ao indivíduo, tal como defendido por essa corrente doutrinária²¹.

¹⁹ Cfr.: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Brasília, n° 113-118, 1998, pp. 88-89.

²⁰ Art. 75 (22) da Constituição da Argentina: "La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

²¹ Constitución da Venezuela de 2000, art. 23: "Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público".

Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese, parece que **a discussão em torno do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Reforma do Judiciário** (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional nº 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: "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."

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação 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.

Em outros termos, solucionando a questão para o futuro - em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em quorum especial nas duas Casas do Congresso Nacional -, **a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE nº 80.004/SE,** de relatoria do

Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1º.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988²².

Após a reforma, ficou ainda mais difícil defender a terceira das teses acima enunciadas, que prega a idéia de que os tratados de direitos humanos, como quaisquer outros instrumentos convencionais de caráter internacional, poderiam ser concebidos como equivalentes às leis ordinárias. Para essa tese, tais acordos não possuiriam a devida legitimidade para confrontar, nem para complementar o preceituado pela Constituição Federal em matéria de direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, como anunciado, passou a adotar essa tese no julgamento do RE nº 80.004/SE, Rel. p/ o acórdão Min. Cunha Peixoto (julgado em 1º.6.1977). Na ocasião, os Ministros integrantes do Tribunal discutiram amplamente o tema das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno. O Relator, Ministro Xavier de Albuquerque, calcado na jurisprudência anterior, votou no sentido do primado dos tratados e convenções internacionais em relação à legislação infraconstitucional. A maioria, porém, após voto-vista do Min. Cunha Peixoto, entendeu que ato normativo internacional - no caso, a Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias - poderia ser modificado por lei nacional posterior, ficando consignado que os conflitos entre duas disposições normativas, uma de direito interno e outra de direito internacional, devem ser resolvidos pela mesma regra geral destinada a solucionar antinomias normativas num mesmo grau hierárquico: *lex posterior derogat legi priori*.

²² HC nº 72.131/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1º.8.2003; ADI-MC nº 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.5.2001; HC nº 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 20.10.2000; HC nº 77.053/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14.9.1998; RE nº 206.482/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 5.9.2003; RHC nº 80.035/SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.8.2001.

Na verdade, o entendimento que prevaleceu foi o exposto no brilhante voto do Ministro Leitão de Abreu, que bem equacionou a questão, da seguinte maneira:

"(...) Como autorização dessa natureza, segundo entendo, não figura em nosso direito positivo, pois que a Constituição não atribui ao judiciário competência, seja para negar aplicação a leis que contradigam tratado internacional, seja para anular, no mesmo caso, tais leis, a consequência, que me parece inevitável, é que os tribunais estão obrigados, na falta de título jurídico para proceder de outro modo, a aplicar as leis incriminadas de incompatibilidade com tratado. Não se diga que isso equivale a admitir que a lei posterior ao tratado e com ele incompatível reveste eficácia revogatória deste, aplicando-se, assim, para dirimir o conflito, o princípio 'lex posterior revogat priori'. A orientação, que defendo, não chega a esse resultado, pois, fiel à regra de que o tratado possui forma de revogação própria, nega que este seja, em sentido próprio, revogado pela lei. Conquanto não revogado pela lei que o contradiga, a incidência das normas jurídicas constantes do tratado é obstada pela aplicação, que os tribunais são obrigados a fazer, das normas legais com aqueles conflitantes. Logo, a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta a aplicação. A diferença está em que, se a lei revogasse o tratado, este não voltaria a aplicar-se, na parte revogada, pela revogação pura e simples da lei dita revogatória. Mas como, a meu juízo, a lei não o revoga, mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis, voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas." ²³

Sob a égide da Constituição de 1988, exatamente em 22 de novembro de 1995, o Plenário do STF voltou a discutir a matéria no HC n° 72.131/RJ, Red. p/ o acórdão Ministro Moreira Alves, porém agora tendo como foco o problema específico da prisão civil do devedor como depositário infiel na alienação fiduciária em garantia. Na ocasião, reafirmou-se o entendimento de que os diplomas normativos de caráter internacional adentram o ordenamento jurídico interno no patamar da legislação ordinária e eventuais conflitos

²³ Tanto foi assim que o Tribunal, posteriormente, no julgamento do RE n° 95.002/PR, Rel. Min. Soares Muñoz, DJ 13.11.1981, voltou a aplicar a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias.

normativos resolvem-se pela regra *lex posterior derogat legi priori*. Preconizaram esse entendimento também os votos vencidos dos Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek e Carlos Velloso. Deixou-se assentado, não obstante, seguindo-se o entendimento esposado no voto do Ministro Moreira Alves, que o art. 7º (7) do Pacto de San José da Costa Rica, por ser norma geral, não revoga a legislação ordinária de caráter especial, como o Decreto-Lei nº 911/69, que equipara o devedor-fiduciante ao depositário infiel para fins de prisão civil.

Posteriormente, no importante julgamento da medida cautelar na ADI nº 1.480-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello (em 4.9.1997), o Tribunal voltou a afirmar que entre os tratados internacionais e as leis internas brasileiras existe mera relação de paridade normativa, entendendo-se as "leis internas" no sentido de simples leis ordinárias e não de leis complementares.

A tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais foi reafirmada em julgados posteriores (RE nº 206.482-3/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 27.5.1998, DJ 5.9.2003; HC nº 81.319-4/GO, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24.4.2002, DJ 19.8.2005)²⁴ e mantém-se firme na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

É preciso ponderar, no entanto, 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, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada.

²⁴ HC n 77.053-1/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 23.6.1998, DJ 4.9.1998; HC nº 79.870-5/SP, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 16.5.2000, DJ 20.10.2000; RE nº 282.644-8/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, julgado em 13.2.2001, DJ 20.9.2002.

Não se pode perder de vista que, hoje, vivemos em um "Estado Constitucional Cooperativo", identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais²⁵.

Para Häberle, ainda que, numa perspectiva internacional, muitas vezes a cooperação entre os Estados ocupe o lugar de mera coordenação e de simples ordenamento para a coexistência pacífica (ou seja, de mera delimitação dos âmbitos das soberanias nacionais), no campo do direito constitucional nacional, tal fenômeno, por si só, pode induzir ao menos a tendências que apontem para um enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo, gerando uma concepção que faz prevalecer o direito comunitário sobre o direito interno²⁶.

Nesse contexto, mesmo conscientes de que os motivos que conduzem à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, é preciso reconhecer os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral²⁷ como os mais evidentes. E no que se refere ao aspecto ideal-moral, não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os

²⁵ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 75-77.

²⁶ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 74.

²⁷ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 68.

Estados Nacionais²⁸ e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana.

Na realidade européia, é importante mencionar a abertura institucional a ordens supranacionais consagrada em diversos textos constitucionais (cf. v.g. Preâmbulo da Lei Fundamental de Bonn e art. 24, (I); o art. 11 da Constituição italiana²⁹; os arts. 8º³⁰ e 16³¹ da Constituição portuguesa; e, por fim, os arts. 9º (2) e 96 (1) da Constituição espanhola³²; dentre outros)³³.

Ressalte-se, nesse sentido, que há disposições da Constituição de 1988 que remetem o intérprete para realidades normativas relativamente diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público. Refiro-me,

²⁸ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 67.

²⁹ O art. 11 da Constituição italiana preceitua que a Itália "consente, em condições de reciprocidade com outros Estados, nas limitações de soberania necessárias a uma ordem asseguradora da paz e da justiça entre as Nações".

³⁰ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 725-727. Dispõe o atual art. 8.º da Constituição da República Portuguesa (Quarta Revisão/1997): "Art. 8.º (direito internacional). 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internamente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos".

³¹ O art. 16, n.º 1 da Constituição Portuguesa preceitua que: "os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional". Ademais, o art. 16, n.º 2 aduz que: "os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem."

³² A Constituição espanhola, em seu art. 9 n.º 2, afirma que: "As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretarão de conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificados pela Espanha". Ademais, no art. 96, n.º 1, dita a regra de que: "os tratados internacionais, logo que publicados oficialmente na Espanha farão parte da ordem interna espanhola".

³³ Cf. FROWEIN, Jochen Abr. *Die Europäisierung des Verfassungsrechts*. In: BADURA, Peter e DREIER, Horst. *Festschrift des Bundesverfassungsgerichts*. Bd. I, 2001. pp. 209-210.

especificamente, a quatro disposições que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional.

A primeira cláusula consta do parágrafo único do art. 4º, que estabelece que a *"República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações"*.

Em comentário a este artigo, o saudoso Professor Celso Bastos ensinava que tal dispositivo constitucional representa uma clara opção do constituinte pela integração do Brasil em organismos supranacionais³⁴.

A segunda cláusula é aquela constante do § 2º do art. 5º, ao estabelecer que os direitos e garantias expressos na Constituição brasileira *"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"*.

A terceira e quarta cláusulas foram acrescentadas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, constantes dos §§ 3º e 4º do art. 5º, que rezam, respectivamente, que *"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"*, e *"o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão."*

³⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; 1988, p. 466.

Lembre-se, também, que vários países latino-americanos já avançaram no sentido de sua inserção em contextos supranacionais, reservando aos tratados internacionais de direitos humanos lugar especial no ordenamento jurídico, algumas vezes concedendo-lhes valor normativo constitucional.

Assim, Paraguai (art. 9º da Constituição)³⁵ e Argentina (art. 75 inc. 24)³⁶, provavelmente influenciados pela institucionalização da União Européia, inseriram conceitos de *supranacionalidade* em suas Constituições. A Constituição uruguaia, por sua vez, promulgada em fevereiro de 1967, inseriu novo inciso em seu artigo 6º, em 1994, porém mais tímido que seus vizinhos argentinos e paraguaios, ao prever que "*A República procurará a integração social e econômica dos Estados latino-americanos, especialmente no que se refere à defesa comum de seus produtos e matérias primas. Assim mesmo, propenderá a efetiva complementação de seus serviços públicos.*"

Esses dados revelam uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano. Por conseguinte, a partir desse universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais, as constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como também somente podem

³⁵Constituição do Paraguai, de 20.06.1992, artigo 9º: "*A República do Paraguai, em condições de igualdade com outros Estados, admite uma ordem jurídica supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos, da paz, da justiça, da cooperação e do desenvolvimento político, econômico, social e cultural.*"

³⁶A Constituição da Argentina, no inciso 24 do Artigo 75, estabelece que "*Corresponde ao Congresso: aprovar tratados de integração que deleguem competências e jurisdição a organizações supraestatais em condições de reciprocidade e igualdade, e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos. As normas ditadas em sua consequência têm hierarquia superior às leis.*"

ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional.

No continente americano, o regime de responsabilidade do Estado pela violação de tratados internacionais vem apresentando uma considerável evolução desde a criação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, adotada por conferência interamericana especializada sobre direitos humanos, em 21 de novembro de 1969.

Entretanto, na prática, a mudança da forma pela qual tais direitos são tratados pelo Estado brasileiro ainda ocorre de maneira lenta e gradual. E um dos fatores primordiais desse fato está no modo como se tem concebido o processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna.

Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente.

O anacronismo da tese da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos, mesmo antes da reforma constitucional levada a efeito pela Emenda Constitucional nº 45/2004, está bem demonstrado em trechos da obra de Cançado Trindade, que cito a seguir:

"A disposição do artigo 5º(2) da Constituição Brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias nesta expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é parte, representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se ipso jure ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Ademais, por força do artigo 5º(1) da Constituição, têm aplicação imediata. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (artigo 60(4)(IV)). A especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos

humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição Brasileira vigente.

Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se 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 tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os parágrafos 2 e 1 do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, pela primeira vez entre nós a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno. Por conseguinte, mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica - ainda seguida em nossa prática constitucional - da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional.

Foi esta a motivação que me levou a propor à Assembléia Nacional Constituinte, na condição de então Consultor jurídico do Itamaraty, na audiência pública de 29 de abril de 1987 da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, a inserção em nossa Constituição Federal - como veio a ocorrer no ano seguinte - da cláusula que hoje é o artigo 5º(2). Minha 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 Direitos Humanos, o que só se concretizou em 1992.

É esta a interpretação correta do artigo 5º(2) da Constituição Brasileira vigente, que abre um campo amplo e fértil para avanços nesta área, ainda lamentavelmente e em grande parte desperdiçado. Com efeito, não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. À hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente neste domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos - que na verdade não existem -, mas antes da falta de compreensão da matéria e da vontade de dar real efetividade àqueles tratados no plano do direito interno.”³⁷

³⁷ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: Arquivos de Direitos Humanos 1. Rio de Janeiro: Renovar; 1999, p. 46-47.

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 o 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 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*.

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

Essa tese foi aventada, em sessão de 29 de março de 2000, no julgamento do RHC nº 79.785-RJ, pelo voto do eminente Relator, Min. Sepúlveda Pertence, que acenou com a possibilidade da consideração dos tratados sobre direitos humanos como documentos supralegais. O Ministro Pertence manifestou seu pensamento da seguinte forma:

"Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo - como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMc 1.480 - com o entendimento, então majoritário - que, também em relação às

convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais - preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis.

Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque - alçados ao texto constitucional - se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (...).

Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos." [RHC nº 79.785-RJ, Pleno, por maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso (o então Min. Presidente)].

Na experiência do direito comparado, é válido mencionar que essa mesma qualificação é expressamente consagrada na Constituição da Alemanha que, em seu art. 25, dispõe que "as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional".

Anoto, ainda, que o mesmo tratamento hierárquico-normativo é dado aos tratados e convenções internacionais pela Constituição da França de 1958 (art. 55)³⁸ e pela Constituição da Grécia de 1975 (art. 28)³⁹.

Também o Reino Unido vem dando mostras de uma verdadeira revisão de conceitos. O Parlamento já não mais se mostra um soberano absoluto. O "European Communities Act", de 1972, atribuiu ao direito

³⁸ Art. 55 da Constituição da França de 1958: "Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie."

³⁹ Art. 28 da Constituição da Grécia de 1975: "The generally recognized rules of international law and the international conventions after their ratification by law and their having been put into effect in accordance with their respective terms, shall constitute an integral part of Greek law and override any law provision to the contrary."

comunitário hierarquia superior em face de leis formais aprovadas pelo Parlamento. Essa orientação tornou-se realidade no caso *Factortame Ltd. v. Secretary of State for Transport (N.2) [1991]*⁴⁰.

No Direito Tributário, ressalto a vigência do princípio da prevalência do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional, previsto pelo art. 98 do Código Tributário Nacional⁴¹. Há, aqui, uma visível incongruência, pois admite-se o caráter especial e superior (hierarquicamente) dos tratados sobre matéria tributária em relação à legislação infraconstitucional⁴², mas quando se trata de tratados sobre direitos humanos, reconhece-se a possibilidade de que seus efeitos sejam suspensos por simples lei ordinária⁴³.

É preciso lembrar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, por longo tempo, adotou a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional. Cito, a título exemplificativo, os julgamentos das Apelações Cíveis nº 9.587, de 1951, Rel. Min. Orozimbo Nonato, e 7.872, de 1943, Rel. Min. Philadelpho Azevedo.

⁴⁰ TOMUSCHAT, Christian. *Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte*, in Peter Badura e Horst Dreier (org.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2001, Tübingen, Mohr-Siebeck, v. 1, p. 249.

⁴¹ Na doutrina: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (coord.). *Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Lex Editora; 2005. MACHADO, Hugo de Britto. *Curso de Direito Tributário*. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros; 2003, p. 88-89. Na jurisprudência: RE nº 99.376/RS, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 1.6.1984; RE nº 90.824/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.9.1980. Há quem defenda a inconstitucionalidade do art. 98 do Código Tributário. Nesse sentido: CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros; 2003, p. 208-209.

⁴² RE nº 99.376/RS, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 1.6.1984.

⁴³ HC nº 72.131/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.8.2003; ADI-MC nº 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.5.2001; HC nº 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 20.10.2000; HC nº 77.053/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa; DJ 4.9.1998; RE nº 206.482/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 5.9.2003; RHC nº 80.035/SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.8.2001.

No julgamento da Apelação Cível nº 7.872/RS (11.10.1943), o Ministro Philadelpho Azevedo assim equacionou o problema:

"(...) Tarefa interessante é, porém, a de situar esses atos (tratados internacionais) em face do direito interno, especialmente do nosso, ainda que sem o deslinde do problema filosófico da primazia do direito internacional sobre o interno, pretendido pela chamada escola de Viena e por outros repellido (Nuovo Digesto Italiano - Trattati e convenzioni internazionali - vol. 12 pgs. 382 - Gustavo Santiso Galvez - El caso de Belice - Guatemala 1941 fls. 182 e segs.) ou o exame das teorias, p. ex. de ANZILOTTI e TRIEPEL - dualistas, fazendo girar o direito interno e o internacional em órbitas excêntricas, e monistas, desdobradas por sua vez em nacionalistas e internacionalistas, segundo Verdross e Kelsen, eis que sempre teria de prevalecer o pacta sunt servanda a título de axioma ou categoria. (...)

(...) 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, com o conhecido pelo nome Bustamante (voto in Direito, vol. 8, pgs. 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 lei 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 país 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 ser 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; proclama-o até o art. 10 da Convenção sobre Tratados, assinada na 6ª Conferência Americana de Havana, e entre nós promulgada pelo Decreto 18.956, de 22 de outubro de 1929, embora não o havendo feito, até 1938, o Uruguai, também seu signatário.

Esse era, aliás, o princípio já codificado por Eptácio Pessoa que estendia ainda a vinculação ao que, perante a equidade, os

costumes e os princípios de direito internacional, pudesse ser considerado como tendo estado na intenção dos pactuantes (Código, art. 208); nenhuma das partes se exoneraria e assim isoladamente (art. 210) podendo apenas fazer denúncia, segundo o combinado ou de acordo com a cláusula rebus sic stantibus subentendia, aliás, na ausência de prazo determinado.

Clóvis Beviláqua também não se afastou desses princípios universais e eternos, acentuando quão fielmente devem ser executados os tratados, não alteráveis unilateralmente e interpretados segundo a equidade, a boa fé e o próprio sistema dos mesmos (D.T. Público, vol. 2, pgs. 31 e 32).

Igualmente Hildebrando Acioli, em seu precioso Tratado de Direito Internacional, acentua os mesmos postulados, ainda quando o tratado se incorpora à lei interna e enseja a formação de direitos subjetivos (vol. 2, § 1.309).

É certo que, em caso de dúvida, qualquer limitação de soberania deva ser interpretada restritamente (Acioli, p. cit. § 1.341 n° 13), o que levou Bas Devant, Gastón Jeze e Nicolas Politis a subscreverem parecer favorável à Tchecoslováquia, quanto à desapropriação de latifúndios, ainda que pertencentes a alemães, que invocavam o Tratado de Versalhes (les traités de paix, ont-ils limité la compétence législative de certains états? Paris, 1.927); em contrário, a Alemanha teve de revogar, em homenagem àquele pacto, o art. 61 da Constituição de Weimar que conferia à Áustria o direito de se representar no Reichstag. Sem embargo, a Convenção de Havana já aludida, assentou que os tratados continuarão a produzir seus efeitos, ainda quando se modifique a constituição interna do Estado, salvo caso de impossibilidade, em que serão eles adaptados às novas condições (art. 11).

Mas não precisaríamos chegar ao exame desse grave problema da possibilidade, para o Estado, de modificar certa orientação internacional, por exigências da ordem pública, a despeito de prévia limitação contratual.

Urge apreciar apenas o caso de modificações indiretas, isto é, trazidas normalmente na órbita interna, sem o propósito específico de alterar a convenção, ou estender a mudança para efeitos externos.

Seria exatamente o caso que ora tentamos focalizar de lei ordinária posterior em certo conflito com o Tratado.

Diz, por exemplo, Oscar Tenório: 'uma lei posterior não revoga o tratado por ser este especial' (op. cit. pgs. 45).

Corroborá-o Acioli: 'os tratados revogam as leis anteriores mas posteriores não prevalecem sobre eles, porque teriam de o respeitar' (op. cit. vol 1 § 30)'.

Um caso desses de subsistência de tratado até sua denúncia, a despeito da promulgação, no interregno, de certa lei sobre o mesmo assunto encontra-se no acórdão unânime do Supremo Tribunal Federal de 7 de janeiro de 1.914 (Coelho Rodrigues - Extradicação, vol. 3, n° 78); no parecer sobre a carta rogatória n° 89, o atual Procurador-Geral da República também acentuou que contra o acordo internacional não podiam prevalecer nem o regimento desta

Corte, nem quaisquer normas de direito interno, salvo as consagradas na Constituição (Rev. de Jurisprudência Brasileira, vol. 52, pgs. 17).

Por isso a técnica exata e sincera foi a que adotou a lei de extradição de 1.911, mandando no art. 12 que fossem denunciados todos os tratados vigentes para que ela pudesse vigorar genérica e irrestritamente, mas antes dessa denúncia, os Tratados não seriam alcançados pela lei, como reconheceu, acabamos de ver, o Supremo Tribunal em 1.914.

Essa é a solução geralmente seguida, como se pode ver, do artigo de Ramon Soloziano, publicado na Revista de Derecho Internacional de Habana e transcrito na Rev. de Direito, vol. 128, pg. 3; afora a opinião de Hyde e de alguns julgados contrários, o escritor aponta o sentido da mais expressa corrente, não só prestigiada por decisões americanas, como de tribunais alemães e franceses, e, sobretudo, de vários países do novo continente; também Natálio Chediak, de Cuba, escreveu longo trabalho sobre 'Aplicación de las convenciones internacionales por el derecho nacional - Habana 1.937 - em que chega às mesmas conclusões, e o apresentou ao 2º Congresso de Direito Comparado, recordando a propósito o art. 65 da Constituição espanhola de 1.931, in verbis:

'No podrá dictarse Ley alguna en contradicción con Convenios internacionales, si no hubieran sido previamente denunciados conforme al procedimiento en ellos establecidos'.

O mesmo se nota nos países europeus, onde também prevalece a regra de imodificabilidade unilateral dos tratados (Paul Fauchille - Droit Internacional Public - 8ª ed. Paris - 1.926 - t. 1º, III, § 858)."

Anos depois, baseando-se nesse julgado, o Ministro Orozimbo Nonato, relator da Apelação Cível nº 9.587/DF (21.8.1951), teceu em seu voto vencedor as seguintes considerações:

"Já sustentei, ao proferir voto nos embargos na apelação cível 9.583, de 22 de junho de 1950, que os tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitos às leis gerais de cada país, porque, em regra, visam justamente à exclusão dessas mesmas leis."

Após citar o voto do Ministro Philadelpho Azevedo no julgado anterior, o Ministro Orozimbo Nonato assim concluiu:

"Sem dúvida que o tratado revoga as leis que lhe são anteriores, mas não pode ser revogado pelas leis posteriores, se estas não se referirem expressamente a essa revogação ou se não denunciarem o tratado. A meu ver, por isso, uma simples lei que

dispõe sobre imposto de consumo não tem força para alterar os termos de um tratado internacional."

Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

Como enfatiza Cançado Trindade, "a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central"⁴⁴.

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, **a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação**

infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei n° 911, de 1° de outubro de 1969.

Tendo em vista o **caráter supralegal** desses diplomas normativos internacionais, **a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada**. É o que ocorre, por exemplo, com o **art. 652 do Novo Código Civil** (Lei n° 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.

Enfim, **desde a adesão** do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7°, 7), **não há base legal para aplicação da parte final do art. 5°, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel**.

De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de **submeter** o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, **ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5°, § 3°, da Constituição**, tal como definido pela EC n° 45/2004, **conferindo-lhes status de emenda constitucional**.

II - Prisão civil do devedor-fiduciante em face do princípio da proporcionalidade

Se, desde o ano de 1992, com a adesão, do Brasil, a tratados de direitos humanos proibitivos da prisão civil por dívida - excetuado apenas o caso do devedor alimentante -, **não há mais base**

⁴⁴ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos*

legal para a prisão civil do depositário infiel na alienação fiduciária em garantia, não se pode descartar a hipótese de que mesmo antes desse fato normativo essa possibilidade de prisão civil já contrariava a ordem constitucional, posterior ou anterior à Constituição de 1988.

É possível antever que a contrariedade à Constituição já estaria configurada pela violação ao princípio da proporcionalidade, a qual ocorreria, no caso, por dois motivos principais:

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 passaria no exame da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*), em sua tríplice configuração: adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito;

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, estaria a criar 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 perfaria a violação ao princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*).

Passemos a analisar essas duas teses.

II.1 - A violação ao princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*)

A alienação fiduciária em garantia, tal como definida pelo art. 66 da Lei nº 4.278/65 (Lei do Mercado de Capitais), com a redação determinada pelo Decreto-Lei nº 911/69, "transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal".

Segundo os ensinamentos de Orlando Gomes, "a alienação fiduciária em garantia é o negócio jurídico pela qual o devedor, para garantir o pagamento da dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, retendo-lhe a posse direta, sob a condição resolutiva de saldá-la"⁴⁵.

Nas lições de Caio Mário, a alienação fiduciária, "criando 'direito real de garantia', implica a transferência, pelo devedor ao credor, da propriedade e posse indireta do bem, mantida a posse direta com o alienante. É, portanto, um negócio jurídico de alienação, subordinado a uma condição resolutiva. Efetuada a liquidação do débito garantido, a coisa alienada retorna automaticamente ao domínio pleno do devedor, independentemente de nova declaração de vontade. Na sua essência, a alienação fiduciária em garantia abrange dupla declaração de vontade: uma de alienação, pela qual a coisa passa ao domínio do adquirente fiduciário (correspondente à *mancipatio* ou a *in iure cessio* de sua fonte romana); outra de retorno da coisa ao domínio livre do devedor alienante (correspondente *factum fiduciae*). A *conditio* está insita

⁴⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 21ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; 2000, p. 459.

no próprio contrato, qualificando a lei de 'resolúvel' a propriedade. A solução da *obligatio* será o implemento *pleno iure* da condição. O contrato é bilateral, oneroso e formal. Exige instrumento escrito que se completa pela inscrição no Registro de Títulos e Documentos"⁴⁶.

Em outros termos, a alienação fiduciária é contrato em que figuram o devedor-fiduciante, que aliena a coisa em garantia, mas permanece com sua posse direta; e o credor-fiduciário, que adquire a propriedade resolúvel do bem, mantido em sua posse indireta.

O instituto tem dupla finalidade: a) propiciar às instituições financeiras (fiduciário) garantia especial, com todos os meios processuais a ela inerentes, para a satisfação do crédito; b) conceder ao consumidor (fiduciante) melhores condições para a aquisição de bens duráveis⁴⁷.

Na condição de sujeitos ativo e passivo da relação contratual, fiduciante e fiduciário possuem obrigações recíprocas. Se o fiduciante paga a dívida, o que importa em implemento da condição resolutiva, o fiduciário perde a condição de proprietário e é obrigado a restituir o domínio do bem alienado em garantia. Por outro lado, se o fiduciante se torna inadimplente, cabe ao fiduciário - possuidor de todos os direitos e pretensões que lhe

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; 2000, p. 381.

⁴⁷ Como ensina Moreira Alves, "introduzida a alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro, desde logo teve ela ampla utilização na tutela do crédito direto ao consumidor, concedido pelas instituições financeiras, abrindo-se, assim, perspectiva de aquisição a uma larga faixa de pessoas que, até então, não a tinha, e possibilitando, em contrapartida, o escoamento da produção industrial, especialmente no campo dos automóveis e dos eletrodomésticos." ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva; 1973, p. 11.

correspondem pela condição de proprietário, ainda que não-pleno, do bem - optar por um dos seguintes meios para garantia do crédito⁴⁸:

a) se o devedor entrega o bem, pode o credor-fiduciário aliená-lo a terceiros (venda extrajudicial) e aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se houver (§ 4º do art. 1º do Decreto-Lei nº 911/69);

b) pode também o credor ajuizar ação de busca e apreensão para a retomada da posse direta do bem (art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69);

c) se o bem alienado não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, poderá o credor requerer a conversão do processo de busca e apreensão em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil (art. 4º do Decreto-Lei nº 911/69);

d) pode o credor, ainda, optar pelo ajuizamento de ação de execução (art. 5º do Decreto-Lei nº 911/69).

Segundo Moreira Alves, o Decreto-Lei nº 911/69, ao aludir a esses meios, não privou o credor de se valer de outros, como a ação de reivindicação de posse ou a ação de reintegração de posse⁴⁹

Em suma, o credor é livre para escolher quaisquer desses meios, como acentuam Orlando Gomes⁵⁰ e Moreira Alves⁵¹.

⁴⁸ Cfr.: GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 4ª Ed. São Paulo: RT; 1975, p. 108 e ss.

⁴⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva; 1973, p. 189.

Assim, como esclarece Waldirio Bulgarelli, o credor-fiduciário, no caso, as instituições financeiras, "a seu alvedrio e a seu talante escolhem a que melhor couber na oportunidade, para sempre se ressarcir, jamais perdendo, do que resulta que, neste país, a atividade do crédito - ao contrário do que ocorre no resto do mundo - passa a ser uma atividade em que não há risco para o banqueiro."⁵².

Não bastassem essas garantias creditórias postas à disposição do fiduciário, o Decreto-Lei nº 911/69, em seu art. 1º, que altera o art. 66 da Lei nº 4.728/65 (Lei do Mercado de Capitais) equipara o devedor-fiduciante ao depositário, "com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal", dando ensejo à interpretação, hoje vigente no Supremo Tribunal Federal⁵³, segundo a qual o fiduciante inadimplente torna-se "depositário infiel" e, por força do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, está sujeito à prisão civil.

Novamente seguindo as palavras de Waldirio Bulgarelli:

"Ao infeliz fiduciante (devedor) resta bem pouco, posto que nunca se viu tão grande aparato legal concedido em favor de alguém contra o devedor. Assim, não pode discutir os termos do contrato, posto que, embora 'disfarçado' em contrato-tipo, o contrato de financiamento com garantia fiduciária é efetivamente contrato de adesão, com as cláusulas redigidas pela financeira, impressas, e por ela impostas ao financiado; não é sequer, o devedor, um comprador que está em atraso, posto que, por 'um passe de mágica' do legislador, foi convertido em DEPOSITÁRIO

⁵⁰ GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 4ª Ed. São Paulo: RT; 1975, p. 115.

⁵¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva; 1973, p. 190.

⁵² BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. São Paulo: Atlas; 2000, p. 308.

⁵³ HC nº 72.131/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.8.2003; ADI-MC nº 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.5.2001; HC nº 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 20.10.2000; HC nº 77.053/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 4.9.1998; RE nº 206.482/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 5.9.2003; RHC nº 80.035/SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.8.2001.

(naturalmente, foi mais fácil enquadrá-lo, por um Decreto-Lei, entre os depositários, do que reformar a Constituição, admitindo mais um caso de prisão por dívidas), terá direito, se já pagou mais de 40% (quarenta por cento) do preço financiado, a requerer a purgação da mora, em três dias; terá direito ao saldo do bem vendido pela financeira depois de descontado todo o rol de despesas, taxas, custas, comissões etc., fato que dificilmente virá a ocorrer; trate, por isso, o devedor de jamais se atrasar e nunca, mas nunca, pense em não pagar sua dívida, posto que o mundo inteiro ruirá sobre si, e fique feliz se não for preso."⁵⁴

Diante desse quadro, não há dúvida de que a prisão civil é uma medida executória extrema de coerção do devedor-fiduciante inadimplente, que não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*), em sua tríplice configuração: adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito.

Como é sabido, a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot*), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins⁵⁵.

Uma lei será inconstitucional, por infringente ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, diz o *Bundesverfassungsgericht*, "se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas"⁵⁶.

Portanto, a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados

⁵⁴ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 311-312.

⁵⁵ SCHNEIDER, Zur Verhältnismässigkeitskontrolle..., in STARCK, *Bundesverfassungsgericht*, cit., v. 2, p. 390 e s.; CANOTILHO, *Direito constitucional*, cit., p. 487.

⁵⁶ BVerfGE, 39:210(230-1); SCHNEIDER, Zur Verhältnismässigkeitskontrolle..., in STARCK, *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 399-400.

direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*)⁵⁷, pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)⁵⁸.

O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos⁵⁹. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa⁶⁰.

Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há também de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*)⁶¹.

No caso em exame, como analisado, a existência de outros meios processuais executórios postos à disposição do credor-

⁵⁷ PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte - Staatsrecht II, p. 63.

⁵⁸ PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte - Staatsrecht II, p. 66.

⁵⁹ PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte - Staatsrecht II, p. 67.

⁶⁰ PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte - Staatsrecht II, p. 66.

⁶¹ PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte - Staatsrecht II, p. 67.

fiduciário para a garantia eficaz do crédito torna patente a desnecessidade da prisão civil do devedor-fiduciante.

Ressalte-se, neste ponto, que, segundo nos informa Moreira Alves, o civilista alemão Regelsberger, quem primeiro chamou a atenção para a figura do negócio fiduciário (*fiduziarische Geschäft*), em 1880, baseado na *fidúcia* romana, já acentuava que **a característica principal desse tipo de negócio jurídico encontrava-se na desproporção entre fim e meio**, e arrematava: "Para a obtenção de determinado resultado é escolhida forma jurídica que protege mais do que é exigido para alcançar aquele resultado; para a segurança do uso é atribuída a possibilidade do abuso na compra"⁶²

A restrição à liberdade individual do fiduciante, neste caso, não é justificada pela realização do direito de crédito do fiduciário. A análise da violação à proporcionalidade em sentido estrito, dessa forma, é realizada pela **ponderação entre a liberdade individual do fiduciante e o direito de crédito do fiduciário** (decorrente do direito à propriedade e do postulado da segurança jurídica).

Como ensina Alexy, "o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação cuja fórmula⁶³ mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: *quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção*"⁶⁴.

⁶² ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva; 1973, p. 22-23.

⁶³ Para uma formulação geral sobre princípios, cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* p. 146.

⁶⁴ *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.

A colisão entre liberdade do devedor e patrimônio do credor resolve-se, no caso concreto, em prol do direito fundamental daquele. A prisão civil do fiduciante só se justificaria diante da realização de outros valores ou bens constitucionais que necessitem de maior proteção tendo em vista as circunstâncias da situação concreta, como, por exemplo, o valor da assistência familiar no caso da prisão do alimentante inadimplente. Não, porém, nas hipóteses em que vise à mera recomposição patrimonial do credor-fiduciante.

Tem-se, aqui, o primado da liberdade individual.

Nesse sentido, não se pode deixar de lembrar que o **Decreto-Lei nº 911/69 foi editado em pleno regime de exceção**, com base no Ato Institucional nº 5, de 1968, período de nossa história que, como muitos ainda podem recordar, foi marcado pelo total menosprezo às liberdades individuais.

II.2 - A violação ao princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*)

Ademais, é de se enfatizar que essa ponderação entre liberdade individual do devedor e direitos patrimoniais do credor traz as balizas para se aferir a violação ao princípio da reserva legal. Como explicado, o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) pode ser traduzido como *princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes)*⁶⁵.

Na ordem constitucional pretérita, a previsão da regra geral da proibição da prisão civil por dívida e suas exceções continha uma reserva legal simples. A Constituição de 1967 (art. 153, § 17) e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (art. 153, § 17) desta forma estatuíam: "Não haverá prisão civil por dívida, multa ou

⁶⁵ PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte - Staatsrecht II, p. 63.

custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei" .

Como é sabido, a norma constitucional que submete determinados direitos à reserva de lei restritiva contém, a um só tempo, (a) uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção e (b) uma norma de autorização de restrições, que permite ao legislador estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente assegurado⁶⁶.

A Constituição de 1988, modificando o texto anterior, retirou a previsão dessa reserva legal ("na forma da lei"). Contudo, não por isso proibiu o legislador de dar conformação ao direito fundamental enunciado nesse dispositivo ou mesmo de restringi-lo. Também não permitiu, por outro lado, ao legislador, nessa atividade de conformação e restrição, ultrapassar os limites do âmbito de proteção normativo.

É certo que, no caso de **direitos fundamentais sem reserva legal expressa**, não prevê a Constituição, explicitamente, a possibilidade de intervenção legislativa. Também nesses direitos vislumbra-se o perigo de conflitos em razão de abusos perpetrados por eventuais titulares de direitos fundamentais. Todavia, no caso dos direitos fundamentais sem reserva legal expressa, não pode o legislador, em princípio, ir além dos limites definidos no próprio âmbito de proteção⁶⁷.

A doutrina do direito comparado parece unânime no sentido de que nem tudo o que se encontra protegido, em tese, pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais sem reserva legal expressa - entre nós, a liberdade religiosa, a inviolabilidade de domicílio, a

⁶⁶ CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., p. 602-603.

inviolabilidade da correspondência escrita - colhe efetiva proteção dos direitos fundamentais⁶⁸.

A Corte Constitucional alemã, chamada a se pronunciar sobre o tema no caso relacionado com as recusas à prestação de serviço militar, assim se manifestou:

*"Apenas a colisão entre direitos de terceiros e outros valores jurídicos com hierarquia constitucional podem excepcionalmente, em consideração à unidade da Constituição e à sua ordem de valores, legitimar o estabelecimento de restrições a direitos não submetidos a uma expressa reserva legal"*⁶⁹.

A possibilidade de uma colisão legitimaria, assim, o estabelecimento de restrição a um direito não submetido a uma reserva legal expressa.

A propósito, anota Gavara de Cara que, nesses casos, o legislador pode justificar sua intervenção com fundamento nos direitos de terceiros ou em outros princípios de hierarquia constitucional⁷⁰.

Entre nós, a atividade legislativa, nessas hipóteses, estaria facilitada pela cláusula de reserva legal subsidiária contida no art. 5º, II, da Constituição.

Assim, a análise da legitimidade constitucional da atividade legislativa de conformação ou restrição pressupõe a identificação do âmbito de proteção do direito fundamental ou do seu núcleo. Este processo não pode ser fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito fundamental, determinado procedimento.

⁶⁷ Cfr. no direito alemão, PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte - Staatsrecht II*, p. 61.

⁶⁸ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 107.

⁶⁹ BVerfGE 28, 243 (26), Cf., também ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 108.

⁷⁰ GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1994, p. 150.

Não raro, **a definição do âmbito de proteção de determinado direito** depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais⁷¹. Muitas vezes, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito.

Não obstante, com o propósito de lograr uma sistematização, pode-se afirmar que a definição do âmbito de proteção exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista:

- a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (*âmbito de proteção da norma*);
- b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (*expressa restrição constitucional*) e identificação das *reservas legais de índole restritiva*⁷².

Como se vê, a discussão sobre o âmbito de proteção de determinado direito constitui ponto central da dogmática dos direitos fundamentais. Nem sempre se pode afirmar, com segurança, que determinado bem, objeto ou conduta estão protegidos ou não por um dado direito. Assim, indaga-se, em alguns sistemas jurídicos, se valores patrimoniais estariam contemplados pelo âmbito de proteção do direito de propriedade. Da mesma forma, questiona-se, entre nós, sobre a amplitude da proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas e, especialmente, se ela abrangeria outras formas de comunicações (comunicação mediante utilização de rádio; "pager", etc.

⁷¹ PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte - Staatsrecht II, p. 57.

⁷² CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., p. 602-603.

Tudo isso demonstra que a identificação precisa do âmbito de proteção de determinado direito fundamental exige um renovado e constante esforço hermenêutico.

Nesse contexto, peculiar reflexão requerem aqueles direitos individuais que têm o âmbito de proteção instituído direta e expressamente pelo próprio ordenamento jurídico (âmbito de proteção estritamente normativo = rechts- oder norm- geprägter Schutzbereich)⁷³.

A vida, a possibilidade de ir e vir, a manifestação de opinião e a possibilidade de reunião preexistem a qualquer disciplina jurídica.⁷⁴

Ao contrário, é a ordem jurídica que converte o simples ter em propriedade, institui o direito de herança e transforma a coabitação entre homem e mulher em casamento⁷⁵. Tal como referido, a proteção constitucional do direito de propriedade e do direito de herança não teria, assim, qualquer sentido sem as normas legais relativas ao direito de propriedade e ao direito de sucessão⁷⁶.

Como essa categoria de direito fundamental confia ao legislador, primordialmente, o mister de definir, em essência, o próprio conteúdo do direito regulado, fala-se, nesses casos, de *regulação* ou de *conformação* (*Regelung oder Ausgestaltung*) em lugar de *restrição* (*Beschränkung*).

É que as normas legais relativas a esses institutos não se destinam, precipuamente, a estabelecer restrições. Elas cumprem

⁷³ PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte - Staatsrecht II, p. 53.

⁷⁴ Tais direitos são protegidos na Constituição Federal brasileira no seu Título II: Dos direitos e garantias fundamentais.

⁷⁵ PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte - Staatsrecht II, p. 53.

⁷⁶ ALEXY, Theorie der Grundrechte, p. 303.

antes relevante e indispensável função como normas de concretização ou de conformação desses direitos.

Não raro, o constituinte confere ao legislador ordinário um amplo poder de conformação, permitindo que a lei concretize ou densifique determinada faculdade fundamental. É o que se pode constatar, de forma expressa, em algumas disposições constitucionais:

(1) "a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento" (art. 5, XXVI);

(2) "aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar" (art. 5º, XXVII);

(3) "são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução de imagem e voz humana, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas" (art. 5º, inciso XXVIII);

(4) "é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados (...): (art. 5º, XXXVIII);

(5) "são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma lei: a) o registro civil de nascimento; b) a certidão de óbito" (art. 5º, LXXVI);

(6) "são gratuitas as ações de habeas corpus e habeas data, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania" (art. 5º, LXXVII).

Por isso, assinala-se na doutrina a peculiar problemática que marca esses direitos com âmbito de proteção marcadamente normativo: ao mesmo tempo que dependem de concretização e conformação por parte do legislador, eles devem vincular e obrigar o Estado. Em outros termos, **o poder de conformação do legislador, na espécie, não significa que ele detenha absoluto poder de disposição sobre a matéria**⁷⁷. A propósito, observam Pieroth e Schlink que uma disciplina que rompa com a tradição já não mais configura simples conformação.

Eventual supressão pode lesar tais garantias, afrontando o instituto enquanto direito constitucional objetivo e as posições juridicamente tuteladas, se suprimir as normas concretizadoras de determinado instituto⁷⁸. Existiria, assim, para o legislador, um **dever de preservar**.

Correlato a esse dever de preservar imposto ao legislador pode-se identificar, também um dever de legislar, isto é, um dever

⁷⁷ PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte - Staatsrecht II, p. 53; Ver, também, CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., p. 634.

⁷⁸ Cf., a propósito, ALEXY, Theorie der Grundrechte, p. 303.

de conferir conteúdo e efetividade aos direitos constitucionais com âmbito de proteção estritamente normativo⁷⁹.

No caso do inciso LXVII do art. 5º da Constituição, estamos diante de um direito fundamental com âmbito de proteção estritamente normativo. Cabe ao legislador dar conformação/limitação à garantia constitucional contra a prisão por dívida e regular as hipóteses em que poderão ocorrer suas exceções.

A inexistência de reserva legal expressa no art. 5º, inciso LXVII, porém, não concede ao legislador carta branca para definir livremente o conteúdo desse direito. Não há dúvida de que existe um núcleo ou conteúdo mínimo definido constitucionalmente e vinculante para o legislador.

Nesse sentido, deve-se ter em conta que **a expressão "depositário infiel" possui um significado constitucional peculiar que não pode ser menosprezado pelo legislador.** Existe um desenho constitucional específico para a figura do depósito, o que lhe empresta a forma de instituto a ser observado pela legislação que lhe dá conformação.

Essas assertivas podem ficar mais claras com a análise do significado da garantia constitucional ou do instituto da propriedade e sua conformação/limitação pelo legislador. **Tal como a propriedade, o depósito também tem um significado institucional específico delimitado pela Constituição.**

Sobre o direito de propriedade, pode-se afirmar que eventual redução legal das faculdades a ele inerentes pode ser vista sob uma dupla perspectiva: para o futuro, cuida-se de uma nova

⁷⁹ Cf., sobre o assunto, HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. ed., Heidelberg, 1995, p. 137 s.

definição do direito de propriedade; em relação ao direito fundado no passado, tem-se uma nítida restrição⁸⁰.

Embora, teoricamente, não se possa caracterizar toda e qualquer disciplina normativa desses institutos como *restrição*, **não há como deixar de reconhecer que o legislador pode, no uso de seu poder de conformação, redesenhar determinado instituto, com sérias e, não raras vezes, gravosas consequências para o titular do direito.**

Caberia indagar se, nesses casos, seria possível falar, propriamente, de *conformação* ou *concretização* (*Ausgestaltung* oder *Konkretisierung*) ou se se tem, efetivamente, uma *restrição* (*Beschränkung*)⁸¹, que poderá revelar-se legítima, se adequada para garantir a função social da propriedade, ou ilegítima, se desproporcional, desarrazoada, ou incompatível com o *núcleo essencial* (*Wesensgehalt*) desse direito⁸².

A **garantia constitucional da propriedade** assegura uma proteção das posições privadas já configuradas, bem como dos direitos a serem eventualmente constituídos. Garante-se, outrossim, **a propriedade enquanto instituto jurídico**, obrigando o legislador a promulgar complexo normativo que assegure a existência, a funcionalidade, a utilidade privada desse direito⁸³.

Inexiste, todavia, um conceito constitucional fixo, estático, de propriedade, afigurando-se, fundamentalmente, legítimas não só as novas definições de conteúdo como a fixação de limites

⁸⁰ Cf. PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte - Staatsrecht II*, p. 227.

⁸¹ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 304.

⁸² Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 305; PAPIER, *in*: Maunz-Dürig, *Kommentar zum Grundgesetz*, Munique, 1990, vol. II, Art. 14, n° 253.

⁸³ PAPIER, *in*: MAUNZ-DÜRIG, *Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 14, n° 11.

destinados a garantir a sua função social⁸⁴. É que, embora não aberto, o conceito constitucional de propriedade há de ser necessariamente dinâmico⁸⁵.

Nesse passo, deve-se reconhecer que a garantia constitucional da propriedade está submetida a um processo de *relativização*, sendo interpretada, fundamentalmente, de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária⁸⁶. As disposições legais relativas ao conteúdo têm, portanto, inconfundível caráter *constitutivo*. Isso não significa, porém, que o legislador possa afastar os limites constitucionalmente estabelecidos. **A definição desse conteúdo pelo legislador há de preservar o direito de propriedade enquanto garantia institucional.** Ademais, as *limitações* impostas ou **as novas conformações** conferidas ao direito de propriedade **hão de observar especialmente o princípio da proporcionalidade**, que exige que as restrições legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais⁸⁷.

Como acentuado pelo *Bundesverfassungsgericht*, a faculdade confiada ao legislador de regular o direito de propriedade obriga-o a "*compatibilizar o espaço de liberdade do indivíduo no âmbito da ordem de propriedade com o interesse da comunidade*"⁸⁸. Essa necessidade de ponderação entre o interesse individual e o interesse da comunidade é, todavia, comum a todos os direitos fundamentais, não sendo uma especificidade do direito de propriedade⁸⁹.

⁸⁴ Cf. a propósito, PAPIER, in: MAUNZ-DÜRIG, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 14, n° 253-254, STEIN, Erwin, Zur Wandlung des Eigentumsbegriffes, in: Festschrift für Gebhard Müller, Tübingen, 1970, p. 503.

⁸⁵ PAPIER, Hans-Jürgen, in: MAUNZ-DÜRIG, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 14, n° 253-254.

⁸⁶ PAPIER, Hans-Jürgen, in: MAUNZ-DÜRIG, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 14, n° 35.

⁸⁷ PAPIER, in: MAUNZ-DÜRIG, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 14, n° 38.

⁸⁸ BVerfGE 25, 112 (117).

⁸⁹ PAPIER, in: MAUNZ-DÜRIG, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 14, n° 38.

A afirmação sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de determinada alteração no regime de propriedade há de decorrer, pois, de uma cuidadosa ponderação (*Abwägung*) sobre os bens e valores em questão. Nesse sentido, afigura-se digna de registro manifestação do *Bundesverfassungsgericht* a propósito, *verbis*:

*"A propriedade privada caracteriza-se, na sua dimensão jurídica, pela utilidade privada e, fundamentalmente, pela possibilidade de disposição (BVerfGE 31, 229 (240); seu uso deve servir, igualmente, ao interesse social. Pressupõe-se aqui que o objeto da propriedade tenha uma função social. (...) Compete ao legislador concretizar esse postulado também no âmbito do Direito Privado. Ele deve, portanto, considerar a liberdade individual constitucionalmente garantida e o princípio de uma ordem de propriedade socialmente justa - elementos que se encontram em relação dialética na Lei Fundamental - para o fim de, mediante adequada ponderação, consolidar relações equilibradas e justas"*⁹⁰.

É notória a dificuldade para compatibilizar esses valores e interesses diferenciados. Daí enfatizar o *Bundesverfassungsgericht* que o poder de conformação do legislador é tanto menor quanto maior for o significado da propriedade como elemento de preservação da liberdade individual⁹¹. Ao contrário, "a faculdade do legislador para definir o conteúdo e impor restrições ao direito de propriedade há de ser tanto mais ampla, quanto mais intensa for a inserção do objeto do direito de propriedade no contexto social"⁹².

Vê-se, pois, que o legislador dispõe de uma relativa liberdade na definição do conteúdo da propriedade e na imposição de restrições. Ele deve preservar, porém, o núcleo essencial (*Wesensgehalt*) do direito, constituído pela utilidade privada e,

⁹⁰ BVerfGE 37, 132 (140).

⁹¹ BVerfGE 50, 290 (340).

⁹² BVerfGE 50, 290 (340).

fundamentalmente, pelo poder de disposição⁹³. A vinculação social da propriedade, que legitima a imposição de restrições, não pode ir ao ponto de colocá-la, única e exclusivamente, a serviço do Estado ou da comunidade⁹⁴.

Por outro lado, as considerações expendidas sobre a natureza eminentemente jurídica do âmbito de proteção do direito de propriedade estão a realçar a dificuldade de distinguir, precisamente, a concretização ou conformação do direito de propriedade da imposição de restrições ou de limitações a esse direito. Nesse sentido, convém registrar o magistério de Papier:

*"Da reserva legal constante do art. 14, parágrafo 2, da Lei Fundamental resulta que "apenas a propriedade definida em lei" constitui objeto da garantia da propriedade, gozando, portanto, da proteção constitucionalmente assegurada. (...) Podem-se distinguir conceitualmente as disposições de caráter conformativo do direito de propriedade (Inhaltsbestimmungen) daquelas de índole estritamente restritiva (Schränkenbestimmungen). Essa diferenciação não tem, todavia, qualquer relevância do prisma estritamente dogmático ou objetivo. A decisão do legislador de emprestar, originariamente, um conteúdo restritivo a determinadas faculdades inerentes ao direito de propriedade ou de estabelecer restrições ao conteúdo de direito concebido, inicialmente, de forma ampla é quase obra do acaso. O legislador está obrigado a constituir a ordem jurídica da propriedade, considerando, para isso, tanto os interesses privados como as exigências de cunho social. Normalmente, o interesse individual é assegurado pelas normas de Direito Privado; a função social é garantida por disposições de Direito Público. Esses dois complexos normativos contribuem, igualmente, para a constituição do direito de propriedade, inexistindo qualquer relação de hierarquia ou de precedência entre eles"*⁹⁵.

Tem-se, pois, que a distinção entre disposições de caráter conformativo ou de cunho restritivo cede lugar, no âmbito do direito de propriedade, para uma outra diferenciação, indubitavelmente mais

⁹³ BVerfGE 42, 263 (294); 31, 229 (240); 37, 132 (140); 50, 290 (339), v. também, PAPIER, in: MAUNZ-DÜRIG, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 14, n° 273.

⁹⁴ PAPIER, in: MAUNZ-DÜRIG, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 14, n° 308.

relevante. Trata-se da distinção entre as medidas de índole *conformativa* ou *restritiva*, de um lado, e aquelas providências de inequívoca *natureza expropriatória*, de outro. Enquanto as primeiras são dotadas de *abstração*, *generalidade* e impõem apenas restrições às posições jurídicas individuais, considera-se que as providências expropriatórias têm conteúdo concreto, individual, e importam na retirada total ou parcial do objeto da esfera de domínio privado⁹⁶.

Assinale-se, porém, que, não raras vezes, a imposição de limitação importa quase a supressão de determinada faculdade inerente ao direito de propriedade. Não obstante, a jurisprudência considera tais medidas como disposições de conteúdo *meramente conformativo* ou *restritivo*. Assim, considera-se, na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, que a supressão do direito de rescisão do contrato de arrendamento das pequenas propriedades há de ser entendida como providência de *caráter conformativo ou restritivo*⁹⁷. Da mesma forma, a proibição de elevação dos aluguéis acima de determinado limite (30%) configuraria medida de *caráter restritivo e conformativo*⁹⁸.

Como se vê, essas disposições de *caráter restritivo e conformativo* (*Inhalts-und Schrankenbestimmungen*) podem reduzir de forma significativa alguns poderes ou faculdades reconhecidos originariamente ao proprietário, conferindo mesmo nova conformação a determinado instituto - e, por conseguinte - a determinado direito. Essa nova *definição* apresenta-se, inevitavelmente, em relação ao passado, como uma *restrição ou limitação*⁹⁹.

⁹⁵ PAPIER, in: MAUNZ-DÜRIG, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 14, n° 251.

⁹⁶ BVerfGE, 52, 1 (27); 66, 76; 58, 300 (330); Cf., também, PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte - Staatsrecht II, p. 227.

⁹⁷ BVerfGE 52, 1(26).

⁹⁸ BVerfGE 71, 230(247).

⁹⁹ PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte - Staatsrecht II, p. 237.

Ressalte-se, porém, que essa possibilidade de mudança é inerente ao *caráter institucional* e ao próprio *conteúdo marcadamente normativo* do âmbito de proteção do direito de propriedade. Por seu turno, a própria função social da propriedade impõe ao legislador um dever de atualização das disposições disciplinadoras do direito de propriedade, tornando, muitas vezes, inevitável uma *mudança do próprio conteúdo*¹⁰⁰. Ao contrário das providências de índole expropriatória, essas medidas de *conteúdo restritivo e conformativo* não legitimam, em princípio, qualquer pretensão indenizatória¹⁰¹.

A dimensão conformativa das alterações legislativas afetas ao direito de propriedade tem sido enfatizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, reconheceu o Supremo Tribunal a legitimidade do resgate das enfiteuses instituídas antes do advento do Código Civil e gravadas com cláusula de perpetuidade¹⁰². Embora a questão relativa ao direito de propriedade não tenha sido discutida expressamente, não deve subsistir dúvida de que, ao proclamar a lisura constitucional da alteração, houve por bem a Excelsa Corte reconhecer, igualmente, a inequívoca legitimidade da mudança de regime jurídico do direito de propriedade ou de outro direito real, não obstante eventuais reflexos sobre as posições individuais.

Finalmente, vale lembrar que a legitimidade de mudança do regime de direito de propriedade foi contemplada no Recurso Extraordinário nº 94.020, de 4 de novembro de 1981. No referido

¹⁰⁰ PAPIER, *in*: MAUNZ- DÜRIG, Kommentar, zum Grundgesetz, Art. 14, nº 253.

¹⁰¹ PAPIER, *in*: MAUNZ- DÜRIG, Kommentar, zum Grundgesetz, Art. 14, nº 284.

¹⁰² RE 47.931, de 8.8.1962, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, *in*: Referências da Súmula do STF, v. 10, p. 24 s.; RE 50.325, de 24.07.1962, Relator: Ministro Villas Boas, *in*: Referências da Súmula do STF, v. 10, p. 28 s.; RE 51.606, de 30.4.1963, Relator: Ribeiro da Costa, *in*: Referências da Súmula do STF, v. 10, p. 30 s.; RE 52.060, de 30.4.1960, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, *in*: Referências da Súmula do STF, v. 10, p. 34.

recurso, da relatoria do eminente Ministro Moreira Alves, relativo à alegada inconstitucionalidade do art. 125 do Código de Propriedade Industrial - que sujeitava o titular de privilégio, antes regulado pela obrigação constante do art. 116, constituir e manter procurador domiciliado no Brasil, sob pena de caducidade - sustentava-se que, configurando o registro anterior um direito adquirido, não poderia a lei nova impor ao seu titular uma obrigação antes inexistente¹⁰³.

Consagrando a orientação esposada pelo eminente Ministro Relator, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto - como é o da propriedade, seja ela de coisa móvel, ou imóvel ou de marca -, essa modificação se aplica de imediato¹⁰⁴.

Todos esses precedentes estão a corroborar a idéia de que o *caráter normativo do âmbito de proteção* do direito de propriedade e, por conseguinte, o *conteúdo normativo* de seu âmbito de proteção permitem e legitimam a alteração do regime jurídico da propriedade, a despeito dos possíveis reflexos sobre as posições jurídicas individuais.

Embora essas disposições de *conteúdo conformativo* possam provocar uma diminuição ou redução no patrimônio do titular do direito, não há como deixar de reconhecer que tal redução ou diminuição resulta das próprias limitações impostas pela constituinte à garantia da propriedade¹⁰⁵.

A pretexto de dar nova conformação ao direito de propriedade, não pode o legislador suprimir a *utilidade privada* do bem para o seu titular (respeito ao núcleo essencial). Por outro

¹⁰³ RE 94020, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 104, p. 269 (271).

¹⁰⁴ RE 94.020, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 104, p. 269 (271).

¹⁰⁵ Cf., a propósito, PAPIER, Eigentumsgarantie und Geldentwertung, in: Archiv des öffentlichen Rechts n° 98 (1973), p. 528 (533).

lado, com o propósito de disciplinar a forma de existência ou exercício do direito de propriedade, não pode o legislador tornar impossível a aquisição ou o exercício desse direito¹⁰⁶.

Com a figura institucional do depósito parece não ser diferente. **A Constituição atribui ao legislador a tarefa de dar conformação legal à figura do depósito, mas proíbe-o de desfigurar ou redesenhar esse instituto em termos demasiado restritivos para o depositário.**

Tendo em vista se tratar de exceção expressa à garantia constitucional e regra geral da proibição da prisão civil por dívida, não é permitido ao legislador ampliar indiscriminadamente as hipóteses em que poderá ocorrer a constrição da liberdade individual do depositário infiel.

Tudo indica, portanto, que a Constituição deixa um espaço restrito para que o legislador possa definir o conteúdo semântico da expressão "depositário infiel". Entendimento contrário atribuiria ao legislador o poder de criar novas hipóteses de prisão civil por dívida, esvaziando a garantia constitucional.

Nesse sentido, parte da doutrina tem entendido que o depósito de que trata a norma do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, restringe-se à hipótese clássica ou tradicional na qual o devedor recebe a guarda de determinado bem, incumbindo-se da obrigação contratual ou legal de restituí-lo quando o credor o requeira. Assim sendo, no contrato de alienação fiduciária não haveria um depósito no sentido estrito ou constitucional do termo, mas apenas um "depósito por equiparação" ou "depósito atípico" que

¹⁰⁶ Cf. sobre o assunto, PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte - Staatsrecht II, p. 53.

não legitimaria a incidência da norma constitucional que comina a prisão civil.

Em resumo da doutrina sobre o assunto, posiciona-se Valério Mazzuoli nos seguintes termos:

*"É necessário, de início, deixar bem fixado que, em se tratando de depósito, a Constituição Federal de 1988 somente permite a prisão por dívida civil no caso de infidelidade do depositário propriamente dito, ou seja, nos casos estritos de depósito, entendido este na sua conceituação clássica, genuína, isto é, naquelas hipóteses em que alguém, por força de impositação legal ou de contrato, recebe objeto móvel alheio para guardá-lo, até que o depositante o reclame, e não nos casos de depósitos atípicos instituídos por equiparação visando apenas reforçar as garantias em favor dos credores. Por isso, não cabe a prisão do alienante fiduciário por equiparação, com base na circunstância de que, no caso não ocorreria, em verdade, depósito, mas situação bastante diversa que a lei ordinária equipara a depósito, o que não poderia fazê-lo em face do texto constitucional"*¹⁰⁷

Na jurisprudência, é importante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça já firmou posicionamento no sentido de que na alienação fiduciária em garantia não há um depósito no sentido estrito do termo, tendo o Decreto-Lei nº 911/69 criado uma figura atípica de "depósito por equiparação", de forma que o devedor-fiduciante que descumpre a obrigação pactuada e não entrega a coisa ao credor-fiduciário não se equipara ao depositário infiel para os fins previstos no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, e, portanto, não pode ser submetido à prisão civil¹⁰⁸. Entende o STJ que

¹⁰⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Prisão Civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: de acordo com o Novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002)*. Rio de Janeiro: Forense; 2002, p. 36.

¹⁰⁸ RESP nº 7.943/RS, Rel. Min. Athos Carneiro, DJ 10.6.1991; RESP nº 2.320/RS, Rel. Min. Athos Carneiro, DJ 2.9.1991; RESP nº 14.938/PR, Rel. Min. Bueno de Souza, DJ 29.6.1992; RMS nº 995/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 30.8.1993; RESP nº 39.546/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 28.2.1994; HC nº 2.155/SP, Rel. p/ ac. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 17.10.1994; RHC nº 3.988/PI, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ 13.2.1995; HC nº 2.771/DF, Rel. p/ ac. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 5.6.1995; RHC nº 4.329/MG, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 5.6.1995; HC nº 3.206/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 5.6.1995; RHC nº 4.288/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ 19.6.1995; RHC nº 4.319/GO, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ

"reconhecer à lei ordinária a possibilidade de equiparar outras situações, substancialmente diversas, à do depositário infiel, para o fim de tornar aplicável a prisão civil, equivale a esvaziar a garantia constitucional"¹⁰⁹. Em suma, a expressão "depositário infiel" abrange tão-somente os "depósitos clássicos", previstos no Código Civil, "sem possíveis ampliações que ponham em risco a liberdade dos devedores em geral"¹¹⁰.

Outro não foi o entendimento adotado pelos votos vencidos dos Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence no julgamento do HC nº 72.131/RJ, de 22.11.1995. Retiro do voto do Ministro Sepúlveda Pertence a seguinte passagem:

"É manifesto que a Constituição excetuou, da proibição de prisão por dívida, a prisão do inadimplente de obrigação alimentar e a do depositário infiel. A extensão dessa norma de exceção, não o contendo, pode sofrer mutações ditadas pelo legislador ordinário e até por Tratado. Mas, também me parece, ninguém discordará, em tese, de que, ao concretizar os seus termos - isto é, os conceitos de obrigação alimentar ou de depositário infiel - o legislador não pode, mediante ficções ou equiparações, ampliar arbitrariamente o texto constitucional, além da opção constituinte nele traduzida. E esta há de ser aferida à base da Constituição e de suas inspirações. Não, à base da lei. Em outras palavras, a admissibilidade, segundo a Constituição, da prisão por dívida de alimentos e da prisão do depositário infiel não é cheque em branco passado ao legislador ordinário. Assim como não lhe é lícito, até com uma aparente base constitucional no art. 100, autorizar a prisão do governante que atrase a satisfação de débitos de natureza alimentar da Fazenda Pública, não creio que possa estender, além da marca que há de ser buscada dentro da própria Constituição, o âmbito conceitual do depósito."

21.8.1995; HC nº 3.294/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ 18.9.1995; HC nº 3.545/DF, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ 18.12.1995; RHC nº 4.210/SP, Rel. Min. Pedro Acioli, DJ 26.2.1996; RHC nº 8.494/SP, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 21.6.1999.

¹⁰⁹ RESP nº 7.943/RS, Rel. Min. Athos Carneiro, DJ 10.6.1991.

¹¹⁰ RESP nº 7.943/RS, Rel. Min. Athos Carneiro, DJ 10.6.1991.

Destarte, ao definir os contornos legais do contrato de alienação fiduciária, o legislador empregou uma série de ficções jurídicas.

A primeira delas é a figura da propriedade fiduciária, pela qual o credor-fiduciário mantém apenas a *posse indireta* do bem, ficando a *posse direta* e, portanto, o usufruto da coisa, com o devedor-fiduciante. Na verdade, o credor não é proprietário em termos absolutos enquanto o devedor se encontre com a posse direta do bem; nem quando, na hipótese de inadimplência, o bem lhe seja entregue pelo devedor ou seja recuperado por meio de busca e apreensão, pois, nesse caso, deverá vendê-lo¹¹¹ a terceiros e, assim, ficar apenas com o montante correspondente a seu crédito e demais despesas, devolvendo a quantia restante ao devedor (§§ 4º e 6º do art. 66 da Lei nº 4.728/65, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 911/69).

A outra ficção jurídica utilizada foi a equiparação do devedor-fiduciante ao depositário. Como ensina Orlando Gomes, "o devedor-fiduciante não é, a rigor, depositário, pois não recebe a coisa para guardar, nem o credor-fiduciário a entrega para esse fim, reclamando-a quando não mais lhe interesse a custódia alheia. A lei o equipara (artificialmente)¹¹² ao depositário para lhe impor os encargos e responsabilidades inerentes ao exercício dessa função"¹¹³.

¹¹¹ Segundo Orlando Gomes, a venda do bem não é uma faculdade, mas um ônus jurídico para o credor. GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 4ª Ed. São Paulo: RT; 1975, p. 115.

¹¹² Essa expressão é utilizada por Orlando Gomes em trechos anteriores. Cfr.: GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 4ª Ed. São Paulo: RT; 1975, p. 110.

¹¹³ GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 4ª Ed. São Paulo: RT; 1975, p. 130.

Na alienação fiduciária, o credor, que não é proprietário em termos absolutos - e possui apenas a propriedade fiduciária¹¹⁴, limitada pelo seu escopo de garantia real -, não pode exigir a restituição do bem. Enquanto o devedor estiver em dia com suas obrigações contratuais, não pode o credor reivindicar a posse direta da coisa alienada.

Além disso, na alienação fiduciária o depósito visa à garantia do crédito e não do bem em si, como no caso do depósito em sentido estrito, de forma que, como analisado anteriormente, o inadimplemento do devedor cria para o credor um amplo leque de possibilidades para a restituição do valor do bem, e não do bem propriamente dito. Tanto é assim que, segundo o § 4º do art. 1º do Decreto-Lei nº 911/69, se o devedor inadimplente entrega o bem, deve o credor-fiduciário aliená-lo a terceiros e aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se houver.

Em verdade, como bem definiu o Superior Tribunal de Justiça, "o instituto da alienação fiduciária é uma verdadeira *aberratio legis*: o credor-fiduciário não é proprietário; o devedor-fiduciante não é depositário; o desaparecimento involuntário do bem fiduciado não segue a milenar regra da *res perit domino suo*"¹¹⁵.

Enfim, para sintetizar todo esse raciocínio, cito trechos do voto do Ministro Carlos Velloso no julgamento do RE nº 206.482/SP (DJ 5.9.2003):

"(...) Temos, então, na alienação fiduciária em garantia, mais de uma ficção: a ficção que leva à falsa propriedade do credor-fiduciário, a ficção do contrato de depósito, em que o devedor é

¹¹⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva; 1973, p. 133 e ss.

¹¹⁵ RHC nº 4288/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ 19.6.1995.

equiparado ao depositário, certo que o credor tem, apenas, a posse indireta do bem, posse indireta que não passa, também, de outra ficção. E a partir dessas ficções, fica o comprador-devedor, na alienação fiduciária, sujeito à prisão civil. Mas o que deve ficar esclarecido é que a Constituição autoriza a prisão civil apenas do depositário infiel, ou seja, daquele que, recebendo do proprietário um certo bem para guardar, se obriga a guardá-lo e a devolvê-lo quando o proprietário pedir a sua devolução (Cód. Civil, arts. 1265 e segs., art. 1287). A Constituição, no art. 5º, LXVII, não autoriza a prisão civil de quem não é depositário e, porque não é depositário, na sua exata compreensão jurídica, não pode ser depositário infiel; noutras palavras, a Constituição autoriza a prisão civil -- art. 5º, LXVII -- apenas do depositário infiel, vale dizer, daquele que se tornou depositário mediante contrato de depósito, não de devedor que se torna depositário em razão de uma equiparação baseada numa mera ficção legal. Se isso fosse possível, amanhã, mediante outras equiparações, fortes em outras ficções legais, poderíamos ter uma prisão excepcional -- CF, art. 5º, LXVII -- transformada em regra, fraudando-se, assim, a Constituição. Mas o que deve ser acentuado é que a prisão civil do devedor-fiduciante, mediante a equiparação mencionada, não é tolerada pela Constituição, art. 5º, LXVII."

E adiante prossegue Velloso:

"Ora, a Constituição vigente, reconhecidamente uma Constituição liberal, que estabelece uma série de garantias à liberdade, não tolera, certamente, equiparações com base em ficções, para o fim de incluir na autorização constitucional, a prisão. O que deve ser entendido é que a prisão civil somente cabe relativamente ao verdadeiro depositário infiel, não sendo toleradas equiparações que têm por finalidade resolver, com a prisão, uma obrigação civil. As normas infraconstitucionais interpretam-se no rumo da Constituição. No caso, permitir a prisão do alienante fiduciário, equiparado ao depositário infiel, é interpretar a Constituição no rumo da norma infraconstitucional. A Constituição, que deixa expresso que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento, dentre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana, -- art. 1º, III --, não pode tolerar que, em seu nome, seja autorizada a prisão do comprador de um bem móvel, que se tornou inadimplente. Não vale, é bom fazer o registro, a afirmativa no sentido de que a prisão, tratando-se de alienação fiduciária em garantia, do devedor-alienante, vem sendo autorizada pelo Supremo Tribunal. É que, após a promulgação da CF/88, a questão somente foi posta por ocasião do julgamento do HC 72.131-RJ, e vários foram os votos pela ilegitimidade constitucional dessa prisão. A prisão, portanto, do devedor-alienante, no contrato de alienação fiduciária em garantia, com base no D.L. 911/69, viola a Constituição, o art. 5º, LXVII."

Ante o exposto, não há dúvida de que a prisão civil do devedor-fiduciante viola o princípio da reserva legal proporcional, inconstitucionalidade esta que, portanto, fulmina a norma em referência desde a sua concepção, sob a égide da Constituição de 1967/69.

III - Conclusão

Em conclusão, entendo que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis 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 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, dessa forma, 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).

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 (*Übermassverbot*), em sua tríplice configuração: adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade

em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei n° 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. 5°, 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 (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*).

Lembro, mais uma vez, que o Decreto-Lei n° 911/69 foi editado sob a égide do regime ditatorial instituído pelo Ato Institucional n° 5, de 1968. Assinam o decreto as três autoridades militares que estavam no comando do país na época. Certamente - e nesse ponto não tenho qualquer dúvida - , tal ato normativo não passaria sob o crivo do Congresso Nacional no contexto atual do Estado constitucional, em que são assegurados direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos.

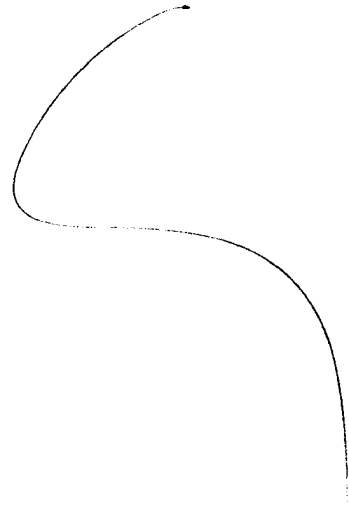
Deixo acentuado, também, que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional. A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo.

A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os 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.

Tenho certeza de que o espírito desta Corte, hoje, mais do que nunca, está preparado para essa atualização jurisprudencial.

Com essas considerações, Senhora Presidente, **nego provimento ao recurso.**

A large, stylized handwritten signature, possibly reading 'S', is written in the right margin of the page.

22/11/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhora Presidente, eu também havia preparado algumas mal traçadas linhas, mas, à vista do que já foi lido lapidariamente tanto pelo Ministro Cezar Peluso quanto pelo Ministro Gilmar Mendes, vou apenas encaminhá-las e acompanhar o Relator. Porém, faço duas observações que sintetizam os pontos nucleares desse tema muitíssimo tormentoso na jurisprudência, que têm propiciado decisões diferentes nos Tribunais, divergentes, sobre essa matéria. Na doutrina, em que vimos correntes rigorosamente opostas no que se refere à aplicação hoje do artigo 5º, inciso LXVII, e nem se diga nas salas de aula.

Por isso mesmo, a fim de acompanhar o voto do Ministro-Relator e com todas as ponderações aceitáveis, evidentemente, pelo magnífico trabalho tanto do Ministro Cezar Peluso quanto do Ministro Gilmar Mendes, apenas pontuo que, para efeito de deslinde dessa questão, temos dois pontos: primeiro é saber se o devedor fiduciante seria depositário infiel para os termos do que se continha na Carta de 67, Emenda n. 1, dita como Constituição de 69, ou, enfim, emenda aplicada como Constituição, e que o Ministro Cezar Peluso mostrou à saciedade que rigorosamente não se trata de depósito - inclusive fiz um levantamento dos pontos de divergência^d

e verifiquei realmente não se tratar de contrato de depósito. Portanto, ainda que não se discutisse exatamente o ponto enfatizado pelo Ministro Gilmar Mendes, de toda sorte não poderia prosperar a pretensão do Recorrente.

Registro, também, que a aplicação do art. 4º do Decreto-Lei n. 911/69 não foi recepcionada, porém teria uma outra base, conforme destacado pelo Ministro Gilmar Mendes, após termos acolhido o Pacto de São José da Costa Rica, por força do artigo 7º, item 7, e até pela cláusula desse mesmo Pacto, a que se refere à impossibilidade de se dar interpretação extensiva a tudo que limita a liberdade, como é o caso específico em que o devedor responderia com o seu corpo por uma dívida de dinheiro.

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 artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição de 88.

Por tudo quanto foi posto nos brilhantíssimos votos dos Ministros que me precederam, acompanho o voto do Ministro-Relator. 

#

22/11/2006**TRIBUNAL PLENO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO**V O T O

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, também tenho muito pouco a acrescentar aos brilhantes votos dos eminentes Ministros que me precederam. Quero consignar que considero essa sessão de hoje um verdadeiro avanço com relação a esse tema. Os argumentos trazidos à colação são da mais alta importância e verticalidade, constituem um marco, realmente, na interpretação do catálogo de direitos fundamentais inserido na Constituição de 1988.

Impressionei-me por vários argumentos que foram feridos nessa assentada de hoje; em primeiro lugar, o argumento trazido pelo eminente Ministro Cezar Peluso - argumento até conhecido, mas é importante até que se reafirme que as restrições aos direitos fundamentais como as exceções, de modo geral em Direito, devem ser sempre interpretadas restritivamente.

Dentro desse contexto, o eminente Ministro Gilmar Mendes traz um novo cenário a essa discussão que é justamente a mudança de paradigmas que se estabelece no cenário internacional, no



conserto internacional das nações. Depois da Declaração Universal de 1948, dos Pactos de Proteção dos Direitos Civis e Políticos, e depois dos Pactos de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, das várias convenções e tratados de proteção dos direitos humanos, estabeleceram-se novos paradigmas no mundo todo, um novo *ethos* no que diz respeito aos direitos fundamentais. Isso, necessariamente, tem que influir na interpretação dos direitos fundamentais no plano interno de cada um dos Estados.

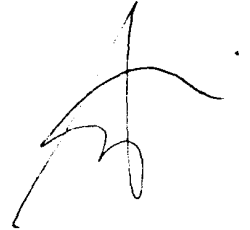
Portanto, muito mais que uma interpretação restritiva com relação às restrições que se colocam aos direitos e liberdades fundamentais. Penso que se deve dar uma interpretação proativa, no sentido de se fazer com que os direitos e garantias expressos na Constituição possam se concretizar efetivamente.

Um outro argumento, e me permito fazer uma rápida resenha, foi exatamente o profundo trabalho trazido pelo Ministro Cezar Peluso, secundado pelo Ministro Gilmar Mendes, no sentido de fazer uma distinção ontológica entre esses dois negócios jurídicos, ou seja, a alienação fiduciária e o contrato de depósito, os quais têm naturezas jurídicas absolutamente distintas. Portanto, a alienação fiduciária não se encaixa naquela exceção do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição que admite - e

RE 466.343 / SP

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.

Por essas razões, acompanho a guinada histórica que este Plenário dá, nos termos dos votos dos Ministros que me precederem.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive script that appears to be the name of a judge or official.

22/11/2006

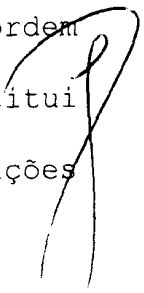
TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO**V O T O**

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhora Presidente, eu acompanho o eminente Relator e também nego provimento ao Recurso Extraordinário.

Para fazê-lo, basta-me em primeiro lugar a constatação de que a Constituição Federal não inclui expressamente a alienação fiduciária em garantia entre as exceções ao princípio constitucional que veda a prisão civil por dívida. Se não inclui, parece-me claro que o legislador ordinário não pode fazê-lo criando novas exceções além das duas únicas previstas no texto constitucional. Muito menos por aproximação ou analogia. Para efeitos de interpretação ou de exercício pelo legislador ordinário do seu poder de conformação em relação ao inciso LXVII do art. 5º da CF, a compreensão que se há de ter acerca do depositário infiel é precisamente aquela que se extrai da disciplina do instituto encontrada na legislação civil.

Por outro lado, observo que, uma vez que o que está em jogo aqui é a liberdade individual, talvez a mais preciosa das liberdades fundamentais do ser humano, a proteção que a ordem constitucional confere aos direitos fundamentais constitui obstáculo a que o legislador ordinário invente novas situações



RE 466.343 / SP

autorizadoras da prisão civil, aproximando-as conceitualmente da figura clássica do depósito do direito civil para o fim de instituir mais uma exceção à proibição constitucional da prisão por dívida.

Com o advento do Pacto de San José da Costa Rica, norma internacional de cuja elaboração a República Federativa do Brasil foi partícipe e cujos preceitos integram o catálogo de direitos fundamentais do nosso país, tornou-se ainda mais insustentável a tese que acolhia a prisão civil nos casos que envolvem alienação fiduciária em garantia. Incorporado ao direito positivo brasileiro em 1992, o Pacto de San José, como se sabe, proíbe taxativamente a prisão por dívida no artigo 7º, 7, contrariando assim o disposto no Decreto-lei de 1969. Eis o teor do artigo 7º, inciso 7:

Art. 7º - Direito à liberdade individual
(...)

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

É patente a situação de conflituosidade entre a norma do Pacto de San José da Costa Rica e a norma doméstica de 1969.

Sobre essa situação de antinomia normativa, é memorável o voto vencido proferido pelo ministro Francisco Rezek no HC 74.383 quando S. Exa assim se pronunciou:



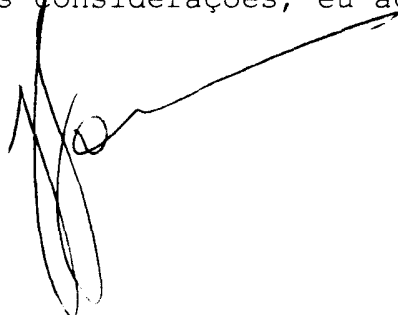
RE 466.343 / SP

"Mas se não houvesse nada disso, se nunca se tivesse feito o tratado de São José da Costa Rica sobre direitos humanos, a simples leitura da Constituição, no inciso LXVII do rol de garantias, bastar-me-ia para dizer que o depositário infiel, cuja prisão aqui se autoriza, não é nunca uma figura de amplitude bastante para que o legislador civil, no plano da produção legislativa ordinária, invente situações de todo diversas daquela verdadeira e autêntica do depósito; e, em frontal agressão ao preceito constitucional maior, diga que na República é possível, sim, a prisão por dívida, a prisão daquele que plantou e não colheu, ou colheu e perdeu, e não pagou ao banco; daquele que comprou e não pagou as prestações devidas a tempo, não tendo como devolver o bem. Situações lamentáveis, reprováveis no plano civil, mas que não poderia ter - volto a dizer, em frontal agressão ao preceito maior da Carta - tratamento igual ao da prática de crimes."

Não teria qualquer objeção a opor a esse posicionamento do ilustre mestre.

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

Com essas breves considerações, eu acompanho o voto do eminente Relator.

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke extending to the right.

22/11/2006**TRIBUNAL PLENO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO**VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhora Presidente, também só tenho elogios a fazer ao Ministro Cezar Peluso que, sem favor, elaborou um voto magnífico sobre um tema de tanta repercussão na qualidade de vida do povo brasileiro em geral e na qualificação do próprio direito, enquanto ordenamento jurídico regente de toda uma comunidade nacional. Sua Excelência foi muito bem secundado pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, um voto que se harmoniza, mantém com o voto do Ministro Cezar Peluso uma relação de compatibilidade de modo a nos confortar e outros Ministros no voto que devemos proferir sobre a matéria.

Incluiria, também, nessa lista de votos, muito bem inspirados e densamente justificados, verdadeiramente judiciosos, um que o Ministro Marco Aurélio proferiu no HC nº 72.131 e escuso-me de ler alguns trechos que cheguei a selecionar porque Sua Excelência certamente o fará quando da sua oportunidade de voto.

Vou tecer brevíssimas considerações sobre o tema com aquele receio de dizer algo que pareça redundante e de subtrair algo



RE 466.343 / SP

que termine por mutilar o voto em partes verdadeiramente essenciais dele.

Senhora Presidente, o Ministro Cezar Peluso deixou claríssimo que o contrato de alienação fiduciária em garantia não se confunde, não pode se confundir com o contrato de depósito, nem pode ser também a ele equiparado, sobretudo se tiver o propósito de artificializar ou forçar a incidência daquela segunda ressalva de que trata o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal. Demonstrou o Ministro Cezar Peluso que forçar a incidência dessa ressalva seria ficcionar a realidade para além, muito além da mais generosa tolerância da Constituição Federal, notadamente por se tratar de proteção a direito humano fundamental.

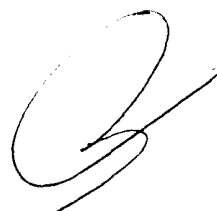
O fato é que o tema da prisão civil - e os eminentes Ministros que me precederam bem demonstraram - é de matriz constitucional, vem regrado por um dispositivo, inciso LXVII do artigo 5º, que tem dois bens caracterizados relatos ou dos núcleos deônticos de fácil percepção. O primeiro é uma regra geral vedatória, claramente exposta: não haverá prisão civil por dívida. Esse é o comando central, o compromisso da Constituição com a liberdade física de locomoção do indivíduo. Não haverá prisão civil por dívida. Os atos negociais não terão a força de viabilizar a prisão de quem quer que seja, mas a Constituição, no segundo relato, no seu segundo núcleo deôntico, traz duas exceções; não há dúvida.



RE 466.343 / SP

Podemos até dizer, por isso mesmo, que essa norma constitucional é de eficácia restringível, num primeiro momento, a estimular o legislador a trabalhar no campo da ampliação das ressalvas, mas o fato é que são apenas duas ressalvas: a primeira, inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, ainda que nessa ressalva a Constituição tenha tentado dificultar a prisão civil porque o inadimplemento há de ser voluntário e, mais que isso, inescusável de obrigação alimentícia e, finalmente, a do depositário infiel.

Reportando-me ao voto do Ministro Gilmar Mendes, mesmo que se reconheça a esse dispositivo constitucional a característica de norma de eficácia restringível, é certo isso, por versar proteção à liberdade, que é direito humano por excelência, esse dispositivo fica especialmente balizado pelo chamado princípio da proporcionalidade. Um caso típico em que o princípio da proporcionalidade opera com maior rigor para proteger a liberdade, enquanto expressão de um tipo de direito humano que concretiza, primeiramente, o inciso III do artigo 1º da Constituição, princípio fundamental, dignidade da pessoa humana e, segundo, o inciso II do artigo 4º que já faz da prevalência dos direitos humanos, a título de reforço, um dos princípios regentes das relações internacionais do Brasil, razão, aliás, pela qual - o Ministro Gilmar disse bem - no § 2º do artigo 5º, se faz remissão aos tratados internacionais.



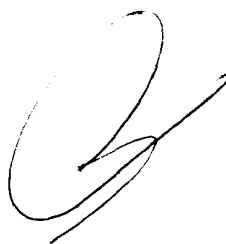
RE 466.343 / SP

Senhora Presidente, vê-se, portanto, que essas duas ressalvas da Constituição hão de ser interpretadas restritivamente. Elas nem admitem alargamento, nem interpretação analógica. Aliás, o Ministro Cezar Peluso, com toda propriedade, referiu-se a esse tipo de proibição de alargamento ou de analogia **in mallam partem**.

Há mais o que dizer, também com o receio de incidir em redundância, mas vou me permitir falar.

Essa matéria, proibição de prisão por dívida, faz parte do que se poderia chamar de um estatuto constitucional da liberdade, de oito sucessivos dispositivos da Constituição, protetores ou eminentemente tutelares da liberdade de locomoção do indivíduo. Depois que a Constituição lista essas oito modalidades de tutela de proteção da liberdade, com que encerra o seu discurso? Com a garantia do **habeas corpus**, colocando essa via expressa, esse pronto socorro jurídico como garantia especial desse verdadeiro estatuto da liberdade. Todos, não por acaso, seqüenciados, tratados assim em ordem imediata.

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.

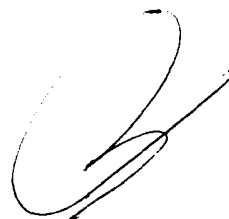


RE 466.343 / SP

Ministro Gilmar Mendes, apenas me permito lembrar que, mais e mais, 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.

Então, secundo as palavras da Ministra Carmem Lúcia e do Ministro Ricardo Lewandowski para dizer que estamos todos tendo a felicidade de protagonizar uma sessão histórica, em prol da efetividade da Constituição Federal naquilo que ela tem de mais central: a afirmação dos direitos humanos.

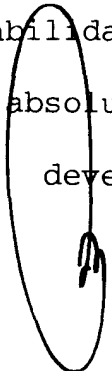
É como voto, acompanhando o voto do eminente Relator, para, também, negar provimento ao recurso extraordinário.



22/11/2006**TRIBUNAL PLENO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO**V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhora Presidente, mais uma vez, o Tribunal revê a própria jurisprudência; e o faz ante não só a modificação sofrida pelo Colegiado diante dos novos membros que vieram a integrá-lo como também diante da própria dinâmica da vida, da dinâmica da jurisprudência. A prisão civil é um resquício do velho Direito romano. Espero, ainda, viver o dia em que ela não mais figurará no nosso ordenamento jurídico. Que se execute a dívida, que se proceda a atos de constrição, em razão de inadimplemento, não no tocante ao homem em si, mas quanto aos bens que integrem o respectivo patrimônio, o patrimônio do devedor.

Foi ressaltado, com fidelidade absoluta ao texto constitucional, que a regra é não haver prisão civil por dívida. É o comando do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição. A exceção corre à conta, segundo a Carta Federal, do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e, também, do inadimplemento do depositário infiel. A alienação fiduciária foi uma forma encontrada, em certo período, para dar-se a entidades financeiras garantias quanto ao recebimento do que devido por aquele que logrou o financiamento. E, aí, partiu-se, abandonando-se a razoabilidade, abandonando-se o texto constitucional, para ficção quase absoluta, para a ficção jurídica, equiparando-se a figura do devedor



fiduciante à do depositário infiel, como se ele, devedor fiduciante, assumisse a obrigação não de satisfazer o valor do bem alienado, mas de devolver o bem depositado, como é o caso do depositário, porque obrigação precípua da relação jurídica. Hoje temos preceito na Carta que versa duas situações concretas a encerrarem a ressalva. E normas a revelarem exceção devem ser interpretadas de forma estrita, é o que nelas se contém. Mas há mais, ainda que pudéssemos confundir a figura do devedor fiduciante com a figura do depositário infiel - e desenganadamente não podemos confundir -, subscrevemos o Pacto de San José da Costa Rica. Fizemo-lo não para tê-lo no mesmo patamar dos dispositivos constitucionais, porque há uma exigência maior, indispensável para que se alcance essa envergadura, que se observe o mesmo procedimento alusivo às emendas constitucionais. Quando subscrevemos esse Pacto, a legislação regulamentadora do texto constitucional quanto ao depositário infiel ficou suplantada. É que o Pacto de San José da Costa Rica apenas viabiliza a prisão no caso de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, não versando, portanto, o inadimplemento do depositário infiel.

Não cansei jamais de sustentar esse entendimento, muito embora vencido no Colegiado - e sempre digo que a seara própria para se rediscutir qualquer matéria, desde que haja convencimento por parte de integrante do Tribunal, é o Plenário. Antes ficava vencido na companhia honrosa de alguns membros da Corte e hoje vejo que o Tribunal caminha - não sei, ainda faltam dois

votos e dois colegas estão ausentes - para o consenso, que digo unânime, em torno da matéria, sufragando o entendimento até aqui minoritário.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Esse fato, eminente Ministro MARCO AURÉLIO, **acentua** o alto significado - **que é sempre** importante destacar - **que assumem os votos vencidos** na jurisprudência dos Tribunais em geral **e** na desta Suprema Corte, em particular.

Por isso, mostra-se relevante assinalar, **até mesmo** para efeito de registro histórico, que Vossa Excelência **sempre** perfilhou, **embora** vencido, a **mesma** orientação que, **agora**, vai se tornando dominante no Supremo Tribunal Federal **quanto à inadmissibilidade**, em nosso sistema jurídico, **da prisão civil** do depositário infiel.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Às vezes, ao anunciar um voto, um convencimento, incomodo a certas pessoas, mas a nossa obrigação, tendo assento e com a capa nos ombros, no Supremo, é exteriorizar o ponto de vista sobre a matéria, respeitando, evidentemente, a opinião alheia.

Acompanho o relator no voto proferido, desprovendo o recurso interposto.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1**

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO

RECTE.(S): BANCO BRADESCO S/A

ADV.(A/S): VERA LÚCIA B. DE ALBUQUERQUE E OUTRO(A/S)

RECD.(A/S): LUCIANO CARDOSO SANTOS

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

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


p) Luiz Tomimatsu
Secretário

12/03/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULOV O T O

(VISTA)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Registro, desde logo, Senhora Presidente, **nestes** casos em que pedi vista, **a excelência** dos doutos votos neles **já** proferidos pelos eminentes Ministros desta Suprema Corte, **notadamente** aqueles da lavra dos eminentes Senhores Ministros CEZAR PELUSO (**RE** 466.343/SP), MARCO AURÉLIO (**HC** 87.585/TO) e GILMAR MENDES (**RE** 349.703/RS e **RE** 466.343/SP), que analisaram, em **substanciosos** pronunciamentos, **apoiados** em razões **que tanto enriquecem** este julgamento, **a controvérsia jurídica** ora em exame, **referente** ao tema da prisão civil do depositário infiel, **bem assim à questão da constitucionalidade**, ou não, da **alegada** equiparação legal do devedor fiduciante, nos contratos de alienação fiduciária em garantia, **à figura jurídica** do depositário.

A questão básica **suscitada** na presente causa **consiste** em saber **se ainda subsiste**, no direito positivo brasileiro, **no plano infraconstitucional** da legislação interna, **a prisão civil** do depositário infiel, **considerado o que dispõem a Convenção Americana** sobre Direitos Humanos/**Pacto de São José** da Costa Rica (Art. 7º,



RE 466.343 / SP

§ 7º) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 11).

A alta relevância dessa matéria, que envolve discussão em torno do alcance e precedência dos direitos fundamentais da pessoa humana, impõe que se examine, de um lado, o processo de crescente internacionalização dos direitos humanos e, de outro, que se analisem as relações entre o direito nacional (direito positivo interno do Brasil) e o direito internacional dos direitos humanos, notadamente em face do preceito inscrito no § 3º do art. 5º da Constituição da República, introduzido pela EC nº 45/2004.

Nesse contexto, o tema da prisão civil por dívida, analisado na perspectiva dos documentos internacionais, especialmente na dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, assume significativa importância no plano jurídico, pois estimula reflexão a propósito de uma clara tendência que se vem registrando no sentido da abolição desse instrumento de coerção processual, que 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".



RE 466.343 / SP

Vale referir, a esse respeito, a valiosa lição de ALFREDO BUZAID ("Do Concurso de Credores no Processo de Execução", p. 43/44, item n. 3, e p. 53, item n. 10, 1952, Saraiva):

"No período das 'legis actiones', a execução se processava normalmente contra a pessoa do devedor, através da 'legis actio per manus injectionem'. Confessada a dívida, ou julgada a ação, cabia a execução trinta dias depois, sendo concedido êsse prazo a fim de o devedor poder pagar o débito. Se êste não fôsse solvido, o exequente lançava as mãos sobre o devedor e o conduzia a juízo. Se o executado não satisfizesse o julgado e se ninguém comparecesse para afiançá-lo, o exequente o levava consigo, amarrando-o com uma corda, ou algemando-lhe os pés. A pessoa do devedor era adjudicada ao credor e reduzida a cárcere privado durante sessenta dias. Se o devedor não se mantivesse à sua custa, o credor lhe daria diàriamente algumas libras de pão. Durante a prisão era levado a três feiras sucessivas e aí apregoado o crédito. Se ninguém o solvesse, era aplicada ao devedor a pena capital, podendo o exequente matá-lo, ou vendê-lo 'trans Tiberim'. Havendo pluralidade de credores, podia o executado na terceira feira ser retalhado; se fôsse cortado a mais ou a menos, isso não seria considerado fraude.

.....
O extremo rigor do primitivo processo civil romano não perdurou largo tempo. Fez-se logo sentir a necessidade de uma reforma. Em 428, ou 441, foi publicada a 'Lex Poetelia': seu objetivo foi, por um lado, fortalecer a intervenção do juiz. Assim foi abolida a faculdade de matar o devedor insolvente, de vendê-lo como escravo, ou de detê-lo na cadeia, bem como proibido o uso da 'manus injectio' contra o devedor não 'confessus', nem 'judicatus'. Tornava-se indispensável a intervenção do magistrado mesmo quando o devedor se tivesse obrigado pelas formas solenes do 'nexum'." (grifei)

RE 466.343 / SP

Sabemos que a vedação da prisão civil por dívida, no sistema jurídico brasileiro, possui extração constitucional. A Lei Fundamental, ao estabelecer as bases do regime que define a proteção dispensada à liberdade individual, consagra, em tema de prisão civil por dívida, uma tradição republicana, que, iniciada pela Constituição de 1934 (art. 113, n. 30), tem sido observada, com a só exceção da Carta de 1937, pelos sucessivos documentos constitucionais brasileiros (CF/46, art. 141, § 32; CF/67, art. 150, § 17; CF/69, art. 153, § 17). A Constituição de 1988, perfilhando essa mesma orientação, dispõe, em seu art. 5º, inciso LXVII, que "Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel" (grifei).

Esse preceito da Constituição brasileira, como se vê, contempla a possibilidade de o legislador comum, em duas hipóteses - (a) inadimplemento de obrigação alimentar e (b) infidelidade depositária -, limitar o alcance da vedação constitucional pertinente à prisão civil.

Ocorre, no entanto, Senhora Presidente, que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao dispor sobre o estatuto jurídico da liberdade pessoal, prescreve, em seu art. 7º, n. 7, que "Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os

RE 466.343 / SP

mandados de autoridade judiciária competente **expedidos** em virtude **de inadimplemento** de obrigação alimentar" (grifei).

A **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, instituída pelo Pacto de São José da Costa Rica, **a que o Brasil aderiu** em 25 de setembro de 1992, **foi incorporada** ao nosso sistema de direito positivo interno **pelo Decreto nº 678**, de 06 de novembro de 1992, e que, **editado** pelo Presidente da República, **formalmente consubstanciou** a promulgação desse importante ato internacional.

Essa Convenção internacional - reiterando os grandes princípios generosamente proclamados **pela Declaração Universal** dos Direitos do Homem, **pela Declaração Americana** dos Direitos e Deveres do Homem **e pela Carta** da Organização dos Estados Americanos - reafirmou o propósito dos Estados americanos de fazerem consolidar, neste Continente, "dentro do quadro das instituições democráticas, **um regime de liberdade pessoal e de justiça social**, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem".

Na realidade, o Pacto de São José da Costa Rica **constitui** instrumento normativo **destinado** a desempenhar um papel de extremo relevo **no âmbito** do sistema interamericano de proteção aos direitos básicos da pessoa humana, **qualificando-se**, sob tal

RE 466.343 / SP

perspectiva, **como peça complementar** no processo de tutela das liberdades públicas fundamentais.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, por sua vez, **celebrado** sob os auspícios da Organização das Nações Unidas **e revestido** de projeção global **no plano** de proteção dos direitos essenciais da pessoa humana, estabelece, em seu Artigo 11, que "*Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual*".

Vê-se, daí, considerado esse quadro normativo em que preponderam declarações constitucionais **e** internacionais de direitos, 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**, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, **sob pena** de a liberdade, a tolerância **e** o respeito à alteridade humana tornarem-se **palavras vãs**.

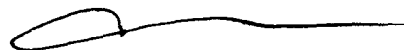
Presente esse contexto, **convém insistir na asserção** de que o Poder Judiciário **constitui** o instrumento **concretizador** das

RE 466.343 / SP

liberdades civis, das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais **assegurados** pelos tratados e convenções internacionais **subscritos** pelo Brasil. **Essa alta missão**, que foi confiada aos juízes e Tribunais, **qualifica-se** como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário.

O Juiz, no plano de nossa organização institucional, **representa** o órgão estatal **incumbido** de concretizar as liberdades públicas **proclamadas** pela declaração constitucional de direitos e **reconhecidas** pelos atos e convenções internacionais **fundados** no direito das gentes. **Assiste**, desse modo, ao Magistrado, **o dever de atuar** como instrumento da Constituição - **e garante** de sua supremacia - **na defesa incondicional e na garantia real** das liberdades fundamentais da pessoa humana, **conferindo**, ainda, **efetividade** aos direitos **fundados** em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão **socialmente** mais importante e **politicamente** mais sensível **que se impõe** aos magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular.

É dever dos órgãos do Poder Público - **e notadamente** dos juízes e Tribunais - **respeitar e promover** a efetivação dos direitos **garantidos** pelas Constituições dos Estados nacionais e **assegurados** pelas declarações internacionais, **em ordem a permitir** a prática de



RE 466.343 / SP

um constitucionalismo democrático **aberto** ao processo **de crescente internacionalização** dos direitos básicos da pessoa humana.

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.

O conteúdo dessas liberdades - verdadeiras prerrogativas do indivíduo em face da comunidade estatal - **acentua-se** pelo caráter ético-jurídico que assumem e pelo valor social que ostentam, **na proporção exata** em que essas franquias individuais **criam, em torno da pessoa**, uma área **indepassável** à ação do Poder.

As liberdades clássicas - cujo processo de afirmação histórica tem seu momento culminante no Século XVIII - **projetaram-se**, no plano político-jurídico, **como direitos de primeira geração**, objeto de formulações constitucionais que visavam, precipuamente, à limitação dos poderes do Estado.

Nesse sentido - e no contexto histórico-social em que se formaram -, **as Declarações de Direitos** representaram, **sempre**, um poderoso instrumento de tutela e de salvaguarda dos direitos e



RE 466.343 / SP

garantias individuais. **Era-lhes subjacente** a idéia de conter, **mediante** limitações jurídicas, **a onipotência** do próprio Estado.

Essa visão do tema, derivada de uma perspectiva "**ex parte populi**", consagrou, iniludivelmente, **o postulado** da liberdade **e a primazia** da pessoa humana, **no campo delicado e complexo** das relações estruturalmente desiguais entre o Estado e o indivíduo.

A problematização da liberdade individual na sociedade contemporânea **não pode prescindir**, em consequência, **de um dado axiológico essencial**: o do valor ético fundamental da pessoa humana.

Por isso mesmo, acentua CELSO LAFER ("**A Reconstrução dos Direitos Humanos**", p. 118, 1988, Companhia das Letras, S. Paulo):

"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 tradição ocidental - passa por uma análise da crise dos direitos humanos, que permitiu o estado totalitário de natureza."

RE 466.343 / SP

Esta é uma verdade que se não pode desconhecer: 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.

Atenta a esse fenômeno, a Assembléia Nacional Constituinte, ao promulgar a Constituição do Brasil, nela fez inscrever, como princípios fundamentais da nova ordem jurídica:

(a) a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, n. III);

(b) a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, n. II);

(c) o repúdio à tortura ou a qualquer outro tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, n. III);

(d) a punibilidade de qualquer comportamento atentatório aos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, n. XLI);

(e) a inafiançabilidade e a inagraviabilidade do crime de tortura (artigo 5º, n. XLIII);

(f) a proscricção de penas cruéis (artigo 5º, n. XLVII, e);

RE 466.343 / SP

(g) a intangibilidade física e a incolumidade moral de pessoas sujeitas à custódia do Estado (artigo 5º, n. XLIX);

(h) a decretabilidade de intervenção federal, por desrespeito aos direitos da pessoa humana, nos Estados-membros e no Distrito Federal (art. 34, n. VII, b);

(i) a impossibilidade de revisão constitucional que objetive a supressão do regime formal das liberdades públicas (artigo 60, § 4º, n. IV).

Não se pode desconhecer, Senhora Presidente, que se delineia, hoje, uma nova perspectiva no plano do direito internacional. É que, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, os tratados e convenções, presentemente, não mais consideram a pessoa humana como um sujeito estranho ao domínio de atuação dos Estados no plano externo.

O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cujá essencial dignidade veio a ser reconhecida, em sucessivas declarações e pactos internacionais, como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais.

RE 466.343 / SP

Torna-se importante destacar, sob tal perspectiva, **que a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos**, realizada em Viena, em 1993, sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, **representou** um passo decisivo no processo de reconhecimento, consolidação e **contínua expansão** dos direitos básicos da pessoa humana.

A Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada consensualmente pela **Conferência Mundial sobre Direitos Humanos**, foi responsável - consoante observa o diplomata brasileiro JOSÉ AUGUSTO LINDGREN ALVES ("Os Direitos Humanos como Tema Global", p. 135/144, item n. 8.2, 1994, Perspectiva) - por significativos avanços conceituais que se projetaram nos planos concernentes à legitimidade das preocupações internacionais com os direitos humanos (Artigo 4º), à interdependência entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos (Artigo 8º) e, ainda, ao reconhecimento do sentido de universalidade dos direitos humanos (Artigo 5º).

Cumpram não desconhecer, nesse contexto, o alcance e o significado de **diversas** proclamações constantes da **Declaração de Viena**, especialmente daquelas **que enfatizam** o compromisso solene de **todos** os Estados de promoverem o respeito universal e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais

RE 466.343 / SP

das pessoas, **assegurando-lhes**, para esse efeito, **meios destinados** a viabilizar o acesso à própria jurisdição de organismos internacionais.

Resulta claro de todas as observações que venho de fazer que os tratados e convenções internacionais desempenham papel de significativo relevo **no plano** da afirmação, da consolidação e da expansão dos direitos básicos da pessoa humana, dentre os quais avulta, por sua extraordinária importância, o direito de não sofrer prisão por dívida, 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.

É certo que a Constituição da República, ao vedar a prisão civil por dívida, prevê a possibilidade de o legislador ordinário instituí-la em duas situações excepcionais: (a) a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e (b) a do depositário infiel (CF, art. 5º, inciso LXVII).

Também é inquestionável que a prisão civil, que não é pena, mas simples medida de coerção jurídico-processual

RE 466.343 / SP

(HC 71.038/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RHC 66.627/SP, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, v.g.) - entendimento este igualmente adotado pelo magistério da doutrina (CLÓVIS BEVILAQUA, "Código Civil", vol. V, p. 22/23, itens ns. 3 e 5, 1957, Francisco Alves; JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, "A Ação de Depósito e o Pedido de Prisão", "in" "Revista de Processo", vol. 36/12, v.g.) -, não foi instituída pela Constituição Federal.

Na realidade, as exceções à cláusula vedatória da prisão civil por dívida devem ser compreendidas como um afastamento meramente pontual da interdição constitucional dessa modalidade extraordinária de coerção, em ordem a facultar, ao legislador comum, a criação desse meio instrumental nos casos de inadimplemento voluntário e injustificável de obrigação alimentar e de infidelidade depositária.

Isso significa que, sem lei veiculadora da disciplina da prisão civil nas situações excepcionais referidas, não se torna juridicamente viável a decretação judicial desse meio de coerção processual, pois a regra inscrita no inciso LXVII do art. 5º da Constituição não tem aplicabilidade direta, dependendo, ao contrário, da intervenção concretizadora do legislador ("interpositio legislatoris"), eis que cabe, a este, cominar a



RE 466.343 / SP

prisão civil, delineando-lhe os requisitos, determinando-lhe o prazo de duração e definindo-lhe o rito de sua aplicação, a evidenciar, portanto, que a figura da prisão civil, se e quando instituída pelo legislador, representará a expressão de sua vontade, o que permite examinar esse instrumento coativo sob uma perspectiva eminentemente infraconstitucional e conseqüentemente viabilizadora da análise - que me parece inteiramente **pertinente** ao caso em questão - das delicadas relações que se estabelecem **entre** o Direito Internacional Público **e** o Direito interno dos Estados nacionais.

Torna-se relevante assinalar que a colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, **ao julgar o HC 74.383/MG**, Rel. p/ o acórdão Min. MARCO AURÉLIO (RTJ 166/963), **pôs em destaque a não-vinculatividade** do legislador ordinário às exceções constitucionais **que meramente permitem - mas não obrigam -** a instituição, pelo Congresso Nacional, da prisão civil, **havendo ressaltado**, ainda, nesse julgamento, **como fundamento essencial** de sua decisão, **considerado** o que dispõem o art. 4º, II, **e** o art. 60, § 4º, IV, da Constituição, **a primazia** que os direitos e garantias individuais **ostentam** em nosso ordenamento positivo.



RE 466.343 / SP

Reproduzo, no ponto, **fragmento** do voto **então** proferido pelo eminente Ministro FRANCISCO REZEK (RTJ 166/963, 971-972):

"**Há de se presumir equilíbrio e senso** das proporções **em todo** legislador, **sobretudo** no constituinte **quando trabalha** nas condições em que trabalhou o constituinte brasileiro de 1988. **Ele prestigia** uma tradição constitucional brasileira: **não há**, nesta República, **prisão por dívida; não se prendem** pessoas **porque** devem dinheiro. **Mas abre duas exceções. E o que vamos presumir** em nome do equilíbrio? **Que essas duas exceções** têm peso mais ou menos equivalente. **No caso do omissio** em prestar alimentos, a linguagem constitucional é firme: inadimplemento **voluntário e inescusável** da obrigação. **E**, ao lado disso, **o que mais excepciona** a regra da proibição da prisão por dívida? **O depositário infiel. Mas nunca se há de entender** que essa expressão é ampla, e que o legislador ordinário pode fazer dela, mediante manipulação, o que quiser. **O depositário infiel** há de enquadrar-se numa situação de gravidade bastante para rivalizar, na avaliação do constituinte, com o omissio em prestar alimentos de modo voluntário e inescusável. (...). Esse é o depositário infiel cuja prisão o constituinte brasileiro, embora avesso à prisão por dívida, tolera. (...).

Mas, por cima de tudo isso, ainda vem São José da Costa Rica. Essa convenção vai além, depura melhor as coisas, e quer que em hipótese alguma, senão a do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, se possa prender alguém por dívida. O texto a que o Brasil se vinculou quando ratificou a convenção de São José da Costa Rica não tolera sequer a prisão do depositário infiel verdadeiro.

(...) **o inciso LXVII** proíbe a prisão por dívida **e**, ao estabelecer a exceção possível, permite que o legislador ordinário discipline a prisão do alimentante omissio e do depositário infiel. Permite, **não obriga**. O constituinte **não diz**: prenda-se o depositário infiel. **Ele diz: é possível legislar nesse sentido**. (...) a Constituição não obriga a prender o depositário infiel; ela diz apenas que isso é uma exceção possível à regra de que não há prisão por dívida, e o legislador

RE 466.343 / SP

ordinário que delibere. O legislador ordinário poderia, então, disciplinar a prisão nessa hipótese, ou não fazê-lo e assumir uma atitude mais condizente com os novos tempos. (...)." (**grifei**)

Vê-se, daí, que a própria Constituição tornou juridicamente viável, no plano da legislação meramente comum, a possibilidade de o legislador ordinário, mesmo em face das duas **únicas** exceções **previstas** na Lei Fundamental, sequer considerar a instituição desse instrumento excepcional de coerção processual, a indicar, portanto, que se revela plenamente legítimo, no âmbito infraconstitucional, ao Congresso Nacional, e desde que assim o entenda conveniente, restringir ou, até mesmo, suprimir a decretabilidade da prisão civil em nosso ordenamento positivo.

Na realidade, o legislador não se acha constitucionalmente vinculado nem compelido, em nosso sistema jurídico, a regular a utilização da prisão civil, eis que dispõe, nesse tema, de relativa liberdade decisória, que lhe permite - sempre **respeitados** os parâmetros constitucionais (CF, art. 5º, LXVII) - (a) disciplinar **ambas** as hipóteses (inexecução de obrigação alimentar e infidelidade depositária), (b) **abster-se**, simplesmente, de instituir a prisão civil e (c) instituí-la **em apenas uma** das hipóteses facultadas pela Constituição.



RE 466.343 / SP

Abre-se, desse modo, um campo de relativa discricção, ao Poder Legislativo, que poderá, presente tal contexto, adotar qualquer das providências acima mencionadas.

Esse modelo constitucional vigente no Brasil, portanto, não impõe, ao legislador comum, a regulação do instituto da prisão civil, com necessária projeção e abrangência **das duas** hipóteses excepcionais **a que se refere** a Constituição.

Torna-se evidente, assim, que esse espaço de autonomia decisória, proporcionado, ainda que de maneira limitada, ao legislador comum, pela própria Constituição da República, poderá ser ocupado, de modo plenamente legítimo, pela normatividade emergente dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, ainda mais se se lhes conferir, como preconiza, em seu douto voto, o eminente Ministro GILMAR MENDES, caráter de "supralegalidade", ou, então, com muito maior razão, se se lhes atribuir, como pretendem alguns autores, hierarquia constitucional.

É que, em tal situação, cláusulas convencionais inscritas em tratados internacionais sobre direitos humanos - como aquelas previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos (Art. 7º, § 7º) -, ao limitarem a possibilidade da prisão civil,

RE 466.343 / SP

reduzindo-a a uma única e só hipótese (inexecução voluntária e inescusável de obrigação alimentar), nada mais refletirão senão aquele grau de preeminência hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos **em face** da legislação comum, **de caráter** infraconstitucional, **editada** pelo Estado brasileiro.

Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, ao diálogo entre essas mesmas fontes), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais.

Após longa reflexão sobre o tema em causa, Senhora Presidente - notadamente a partir da decisão plenária desta Corte na ADI 1.480-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (RTJ 179/493-496) -, julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas **que me conduziram**, então, **naquela** oportunidade, **a conferir**, aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculada), posição juridicamente **equivalente** à das leis ordinárias.

RE 466.343 / SP

As razões invocadas **neste** julgamento, **no entanto**, Senhora Presidente, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de "supralegalidade", **como sustenta** o eminente Ministro GILMAR MENDES, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer), e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva **de paridade normativa** com as leis ordinárias).

Isso significa, portanto, **examinada** a matéria sob a perspectiva da "supralegalidade", tal como preconiza o eminente Ministro GILMAR MENDES, que, cuidando-se de tratados internacionais sobre direitos humanos, estes não de ser considerados como estatutos situados em posição intermediária que permita qualificá-los como diplomas impregnados de estatura superior à das leis **internas** em geral, não obstante subordinados à autoridade da Constituição da República.

Daí a observação que o eminente Ministro GILMAR MENDES **fez** em seu duto voto:

"Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos

RE 466.343 / SP

tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, **conferindo-lhes** lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Em outros termos, solucionando a questão para o futuro - em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em quorum especial nas duas Casas do Congresso Nacional -, **a mudança constitucional** ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE nº 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988.

.....
Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de 'supralegalidade' aos tratados e convenções de direitos 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'.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana." (grifei)

Vale rememorar, ainda, neste ponto, expressiva passagem constante do voto que o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE proferiu, como Relator, no julgamento do RHC 79.785/RJ (RTJ 183/1010-1012, 1022), demonstrando a sua inclinação no sentido

RE 466.343 / SP

de, ao reconhecer a necessária prevalência da Constituição, "no Direito brasileiro, sobre **quaisquer** convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos (...)", admitir, contudo, a precedência desses mesmos tratados internacionais sobre a legislação interna do Estado brasileiro:

"(...) tendo, assim (...), **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 complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes." (grifei)

Vale registrar, neste ponto, a lição de GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO ("Curso de Direito Constitucional", p. 670/671, item n. 9.4.4, 2007, IDP/Saraiva), cuja análise e compreensão da função tutelar dos tratados internacionais, própria e co-natural, em matéria de liberdades públicas, à vocação protetiva inerente ao Direito internacional contemporâneo, põe em perspectiva o decisivo papel que se atribui, hoje, em tema de direitos humanos, às convenções internacionais, culminando por reconhecer-lhes eficácia inibitória de diplomas normativos, que, impregnados de qualificação infraconstitucional, com elas se mostrem colidentes:

"Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos

RE 466.343 / SP

interno e internacional **tornou imperiosa** uma mudança de posição **quanto ao papel** dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

Era necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

Como enfatiza Cançado Trindade, 'a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central'.

Portanto, diante do inequívoco **caráter especial** dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, **não é difícil entender** que a sua internalização no ordenamento jurídico, **por meio** do procedimento de ratificação **previsto** na Constituição, **tem o condão de paralisar** a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa **infraconstitucional** com ela conflitante.

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, **a previsão constitucional** da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) **não foi revogada** pela adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) **e** à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), **mas deixou de ter aplicabilidade** diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, **incluídos** o art. 1.287 do Código Civil de 1916 **e** o Decreto-Lei n. 911, de 1º-10-1969.

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. **É o que ocorre**, por exemplo, com o art. 652 do novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002), **que reproduz** disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.

Enfim, desde a adesão do Brasil, **no ano de 1992**, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) **e** à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), **não há base legal** para aplicação da parte final do

RE 466.343 / SP

art. 5º, LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel." (grifei)

Reconheço, no entanto, Senhora Presidente, que há expressivas lições doutrinárias - como aquelas ministradas por ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE ("Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos", vol. I/513, item n. 13, 2ª ed., 2003, Fabris), FLÁVIA PIOVESAN ("Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional", p. 51/77, 7ª ed., 2006, Saraiva), CELSO LAFER ("A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais", p. 16/18, 2005, Manole) e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI ("Curso de Direito Internacional Público", p. 682/702, item n. 8, 2ª ed., 2007, RT), dentre outros eminentes autores - que sustentam, com sólida fundamentação teórica, que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, acentuando, ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade.

Vale referir, no ponto, e no sentido ora exposto, o douto magistério do eminente Professor CELSO LAFER ("A



RE 466.343 / SP

Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais", p. 15/18, 2005, Manole):

"No plano interno, esta política jurídica exterior tem o respaldo e o estímulo do § 2º do art. 5º, que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte.

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

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

'Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.'

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

Este me parece ser o caso do novo § 3º do art. 5º.

Com efeito, entendo que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna,

RE 466.343 / SP

têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo § 2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados. Neste sentido, aponto que a referência aos princípios pressupõe, como foi visto, a expansão axiológica do Direito na perspectiva 'ex parte civium' dos direitos humanos. Também entendo que, com a vigência da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao 'iter' previsto no novo § 3º do art. 5º.

Há, no entanto, uma situação jurídica de direito intertemporal distinta das duas hipóteses já mencionadas: a dos muitos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil aderiu e recepcionou no seu ordenamento jurídico desde a Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 45, seguindo a política jurídica exterior determinada pela 'vis directiva' do inc. II do art. 4º. Entre estes tratados estão o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais; e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Penso que os dispositivos destes e de outros tratados recepcionados pela ordem jurídica nacional sem o 'quorum' de uma emenda constitucional não podem ser encarados como tendo apenas a mera hierarquia de leis ordinárias. E é neste ponto que a controvérsia se colocará em novos termos, para voltar ao ensinamento de Paul Roubier, acima referido.

Explico-me, observando que entendo, por força do § 2º do art. 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de

RE 466.343 / SP

constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade.

Faço estas considerações porque concebo, na linha de Flávia Piovesan, que o § 2º do art. 5º, na sistemática da Constituição de 1988, tem uma função clara: a de tecer 'a interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional'." (grifei)

Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 - RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa CELSO LAFER, a existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais:

(1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de



RE 466.343 / SP

1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição);

(2) **tratados** internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, **para se impregnarem** de natureza constitucional, deverão observar o "iter" procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição); e

(3) **tratados internacionais** de direitos humanos **celebrados** pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) **entre a promulgação** da Constituição de 1988 **e a superveniência** da EC nº 45/2004 (**referidos** tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é "a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados").

Essa mesma percepção do tema em causa, que extrai a qualificação constitucional dos tratados internacionais de direitos



RE 466.343 / SP

humanos dos textos normativos inscritos nos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição, é também revelada por FRANCISCO REZEK ("**Direito Internacional Público - Curso Elementar**", p. 101/103, item n. 50, 10ª ed./3ª tir., 2007, Saraiva):

"Direitos e garantias individuais: o art. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição". No desfecho do extenso rol de direitos e garantias individuais do art. 5º da Constituição **um segundo parágrafo estabelece, desde 1988, **que aquela lista não exclui** outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios consagrados na carta, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. (...).**

A questão não subsiste a partir de agora, resolvida que foi pelo aditamento do terceiro parágrafo ao mesmo artigo constitucional: os tratados sobre direitos humanos que o Congresso aprove 'com o rito da emenda à carta' - em cada casa dois turnos de sufrágio e o voto de três quintos do total de seus membros - integrarão em seguida a ordem jurídica no nível das normas da própria Constituição. Essa nova regra, que se poderia chamar de cláusula holandesa por analogia com certo modelo prevalente nos Países Baixos e ali pertinente à generalidade dos tratados (v. referência no § 49), autoriza algumas conclusões prospectivas. Não é de crer que o Congresso vá doravante bifurcar a metodologia de aprovação dos tratados sobre direitos humanos. Pode haver dúvida preliminar sobre a questão de saber se determinado tratado configura realmente essa hipótese temática, mas se tal for o caso o Congresso seguramente adotará o rito previsto no terceiro parágrafo, de modo que, se aprovado, o tratado se qualifique para ter estatutura constitucional desde sua promulgação - que pressupõe, como em qualquer outro caso, a ratificação brasileira e a entrada em vigor no plano internacional. Não haverá quanto a semelhante tratado a possibilidade de denúncia pela só vontade do Executivo, nem a de que o Congresso force a denúncia mediante lei ordinária (v. adiante o § 53), e provavelmente nem mesmo a de que se volte atrás por meio de uma repetição, às avessas, do



RE 466.343 / SP

rito da emenda à carta, **visto** que ela mesma se declara imutável no que concerne a direitos dessa natureza.

Uma última dúvida diz respeito ao 'passado', a algum eventual direito que um dia se tenha descrito em tratado de que o Brasil seja parte - **e que já não se encontre** no rol do art. 5º. **Qual o seu nível? Isso há de gerar controvérsia** entre os constitucionalistas, **mas é sensato crer** que, ao promulgar **esse parágrafo** na Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, **sem nenhuma ressalva abjuratória** dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, **o Congresso constituinte os elevou à categoria** dos tratados de nível constitucional. Essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Código Tributário, **promulgado** a seu tempo como lei ordinária, **tenha-se promovido** a lei complementar à Constituição **desde** o momento em que a carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura." (grifei)

Igual entendimento é perfilhado por FLÁVIA PIOVESAN

("Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional", p. 71/74,

7ª ed., 2006, Saraiva), cuja lição assim expõe a matéria ora em exame:

"Em síntese, há quatro correntes acerca da hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos, **que sustentam: a) a hierarquia supraconstitucional** de tais tratados; **b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e d) a paridade hierárquica** entre tratado e lei federal.

No sentido de responder à polêmica doutrinária e jurisprudencial **concernente** à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, **a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu um § 3º no art. 5º, dispondo:** '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 à Constituição.



RE 466.343 / SP

Em face de todos argumentos já expostos, **sustenta-se que hierarquia constitucional já se extrai** de interpretação conferida ao próprio art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988. Vale dizer, seria mais adequado que a redação do aludido § 3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, **afirmando** - tal como o fez o texto argentino - **que os tratados internacionais** de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro **têm hierarquia constitucional**.

No entanto, estabelece o § 3º do art. 5º **que os tratados internacionais** de direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, **serão equivalentes** às emendas à Constituição.

Desde logo, há que afastar o entendimento **segundo o qual**, em face do § 3º do art. 5º, **todos** os tratados de direitos humanos já ratificados **seriam** recepcionados como lei federal, **pois não teriam obtido** o 'quorum' qualificado de três quintos, demandado pelo aludido parágrafo.

.....
Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, **todos os tratados** de direitos humanos, **independentemente** do 'quorum' de sua aprovação, **são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade**. O 'quorum' qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, **ao adicionar** um lastro **formalmente constitucional** aos tratados ratificados, **propiciando** a '**constitucionalização formal**' dos tratados de direitos humanos **no âmbito jurídico interno**. **Como já defendido** por este trabalho, **na hermenêutica emancipatória** dos direitos **há que imperar** uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. **À hierarquia de valores** deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. **Vale dizer, a preponderância material** de um bem jurídico, **como é o caso** de um direito fundamental, **deve condicionar** a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela.

Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados **fossem recepcionados como lei federal**, enquanto os demais adquirissem



RE 466.343 / SP

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 e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes desde 1989, **estando em vias de ratificar seu Protocolo Facultativo. Não haveria** qualquer razoabilidade **se a este último - um tratado complementar e subsidiário ao principal - fosse conferida hierarquia constitucional, e ao instrumento principal fosse conferida hierarquia meramente legal. Tal situação importaria** em agudo anacronismo do sistema jurídico, **afrontando, ainda, a teoria geral** da recepção acolhida no direito brasileiro.

(...) **Esse entendimento decorre de quatro argumentos:** a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, **mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional;** b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do direito brasileiro.

Acredita-se que o novo dispositivo do art. 5º, § 3º, vem a reconhecer, de modo explícito, a natureza **materialmente constitucional** dos tratados de direitos humanos, **reforçando, desse modo, a existência de um regime jurídico misto**, que distingue os tratados de direitos humanos dos tratados **tradicionais** de cunho comercial. **Isto é**, ainda que fossem aprovados pelo elevado 'quorum' de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, **os tratados comerciais** não passariam a ter 'status' formal de norma constitucional **tão-somente** pelo procedimento de sua aprovação.

.....
Vale dizer, com o advento **do § 3º** do art. 5º **surgem duas categorias** de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) **os materialmente constitucionais;** e b) **os material e formalmente constitucionais. Frise-se:** todos os tratados internacionais de direitos humanos **são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a**

RE 466.343 / SP

qualidade de formalmente constitucionais, **equiparando-se** às emendas à Constituição, **no âmbito formal.**" (grifei)

VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI ("Curso de Direito Internacional Público", p. 694/695, item n. 8, 2ª ed., 2007, Atlas), por sua vez, segue essa mesma orientação, assim resumindo, no ponto em análise, a sua compreensão do tema em causa:

"**Tecnicamente, os tratados internacionais** de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil **já têm 'status'** de norma constitucional, **em virtude** do disposto **no § 2º** do art. 5º da Constituição, **segundo o qual** os direitos e garantias expressos no texto constitucional **'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', **pois**, na medida em que a Constituição **'não exclui'** os direitos humanos provenientes de tratados, **é porque ela própria 'os inclui'** no seu catálogo de direitos protegidos, **ampliando o seu 'bloco de constitucionalidade' e atribuindo-lhes hierarquia** de norma constitucional, como já assentamos anteriormente. **Portanto, já se exclui**, desde logo, **o entendimento** de que os tratados de direitos humanos **não aprovados** pela maioria qualificada **do § 3º** do art. 5º **equivaleriam** hierarquicamente à lei ordinária federal, **uma vez que** os mesmos **teriam** sido aprovados **apenas** por maioria simples (**nos termos** do art. 49, inc. I, da Constituição) **e não** pelo 'quorum' que lhes impõe o referido parágrafo. **Aliás, o § 3º** do art. 5º em nenhum momento atribui 'status' de lei ordinária aos tratados não aprovados pela maioria qualificada por ele estabelecida. **Dizer** que os tratados de direitos humanos **aprovados** por este procedimento especial **passam** a ser 'equivalentes às emendas constitucionais' **não significa** obrigatoriamente **dizer** que os demais tratados terão valor de lei ordinária, ou de lei complementar, ou o que quer que seja. **O que se deve**



RE 466.343 / SP

entender é que o 'quorum' **que o § 3º** do art. 5º **estabelece** serve **tão-somente** para atribuir **eficácia formal** a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, **e não para atribuir-lhes** a índole e o nível '**materialmente**' constitucionais **que eles já têm** em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição.

O que é necessário atentar é que os dois referidos parágrafos do art. 5º da Constituição **cuidam** de coisas similares, mas diferentes. Quais coisas diferentes? Então para quê serviria a regra insculpida no § 3º do art. 5º da Carta de 1988, senão para atribuir 'status' de norma constitucional aos tratados de direitos humanos? **A diferença entre o § 2º, 'in fine', e o § 3º, ambos do art. 5º da Constituição, é bastante sutil:** nos termos da parte final do § 2º do art. 5º, os 'tratados internacionais [de direitos humanos] em que a República Federativa do Brasil seja parte' **são**, a 'contrario sensu', **incluídos** pela Constituição, **passando** conseqüentemente **a deter o 'status' de norma constitucional** e **a ampliar** o rol dos direitos e garantias fundamentais ('**bloco de constitucionalidade**'); já nos termos do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição, **uma vez aprovados** tais tratados de direitos humanos pelo 'quorum' qualificado ali estabelecido, **esses instrumentos internacionais, uma vez ratificados pelo Brasil, passam a ser 'equivalentes às emendas constitucionais'.**

(...) **A relação entre tratado e emenda constitucional estabelecida** por esta norma **é de 'equivalência' e não de 'igualdade', exatamente** pelo fato de 'tratado' e 'norma interna' serem coisas desiguais, **não tendo** a Constituição pretendido dizer que 'A é igual a B', mas sim que 'A é equivalente a B', **em nada influenciando** no 'status' que tais tratados podem ter independentemente de aprovação qualificada. **Falar** que um tratado **tem** 'status de norma constitucional' **é o mesmo que dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material (e não formal) da nossa Carta Magna, o que é menos amplo** que dizer que ele é '**equivalente a uma emenda constitucional**', **o que significa** que esse mesmo tratado **já integra formalmente** (além de materialmente) o texto constitucional. **Assim, o que se quer dizer é que o regime 'material' (menos amplo) dos tratados de direitos humanos não pode ser confundido com o regime 'formal' (mais amplo) que esses**

RE 466.343 / SP

mesmos tratados **podem ter**, se aprovados pela maioria qualificada ali estabelecida. **Perceba-se** que, neste último caso, o tratado assim aprovado **será**, além de **materialmente** constitucional, **também formalmente constitucional**. Assim, **fazendo-se** uma interpretação sistemática do texto constitucional em vigor, **à luz** dos princípios constitucionais e internacionais de garantismo jurídico e de proteção à dignidade humana, **chega-se à seguinte conclusão**: o que o texto constitucional reformado **quis dizer** é que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, **que já têm 'status'** de norma constitucional, **nos termos do § 2º do art. 5º**, **poderão** ainda ser **formalmente** constitucionais (ou seja, ser 'equivalentes às emendas constitucionais'), **desde** que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo 'quorum' do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição." (grifei)

É interessante observar que ANDRÉ RAMOS TAVARES ("Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça", p. 47/48, item n. 3.2.2.5, 2005, Saraiva), **além de atribuir qualificação constitucional** aos tratados internacionais de direitos humanos cujo processo de incorporação ao ordenamento interno **tenha observado** o "iter" procedimental **previsto no § 3º** do art. 5º da Constituição, **também sustenta** que as convenções internacionais sobre **idêntica** categoria temática, **celebradas** pelo Brasil **em data anterior** à da promulgação da EC nº 45/2004, **foram recebidas** com força, autoridade e valor de normas constitucionais:

"Quanto aos tratados celebrados anteriormente à EC n. 45/04, e já internalizados pelo rito anterior, cabe indagar sobre sua situação a partir da Reforma.

RE 466.343 / SP

Com base na premissa de que não se aplicava o § 2º do art. 5º da CB, **duas leituras**, no mínimo, **seriam possíveis** doravante: (i) **permanecerem** com o '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**. Infelizmente não houve a preocupação em estabelecer uma regra de transição que disciplinasse o delicado e relevante tema dos tratados incorporados anteriormente à EC n. 45/04.

Como se sabe, no fenômeno da recepção de normas **anteriores** à nova Constituição (ou à nova emenda constitucional), **apenas verifica-se** sua compatibilidade material, **que**, no caso positivo, **permite a absorção** da antiga norma infraconstitucional com o 'status' que a nova Constituição conferir à respectiva matéria. **Assim**, se se tratava de lei ordinária e a nova Constituição passou a exigir lei complementar, se não houver outra incompatibilidade, a antiga norma é recepcionada como se lei complementar fosse (posto que só poderá ser alterada, doravante, por nova lei complementar). **Essa a extensão da tese** que declara haver novação legislativa, **pela introdução** de um novo fundamento de validade (...).

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 (**e**, 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 do retrocesso**). " (grifei)

Não foi por outra razão que o eminente Ministro ILMAR GALVÃO, no presente caso, reconsiderando o seu anterior entendimento, tal como eu próprio ora faço neste julgamento,



RE 466.343 / SP

destacou, em momento **que precedeu** a promulgação da EC nº 45/2004, **que o § 2º** do art. 5º da Constituição - **verdadeira** cláusula geral de recepção - **autoriza** o reconhecimento de que os tratados internacionais de direitos humanos **possuem** hierarquia constitucional, **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**:

"(...) certo que, no § 2º do art. 5º, se tem uma **norma de caráter aberto**, que dá margem ao ingresso, no rol dos direitos e garantias fundamentais, a outros direitos e garantias **provenientes** dos tratados de proteção dos direitos humanos; **ainda que se admita** que tais tratados não têm o condão de emendar a Constituição, parecendo fora de dúvida, no entanto, **que podem adicionar** novos princípios **que equivalem** às próprias normas constitucionais, **como se estivessem nelas escritos**, ampliando o que se costuma chamar de 'bloco de constitucionalidade', **nas palavras** de Canotilho ('Direito Constitucional', p. 241). São normas **materialmente** constitucionais, **que**, conquanto **não se incorporem** ao Texto Fundamental, **ampliam o núcleo mínimo** de direitos e garantias nele consagrados, **ganhando** hierarquia constitucional.

É a própria Constituição que assim as considera, ao incorporar em seu texto esses direitos internacionais, **refletindo**, com isso, **orientação** adotada pelo nosso constituinte **no sentido** de se ajustar às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro.

.....
O exemplo clássico é o da prisão civil do depositário infiel, **permitida** no inciso LXVII do art. 5º da CF/88 e **vedada** no art. 11 do Pacto

RE 466.343 / SP

Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no art. 7º do Pacto de São José da Costa Rica.

.....
Valendo dizer que eventual mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, **para pôr-se de acordo** com as modernas teorias acima expostas, **haverá de partir** da adoção da tese **de que o § 2º** do art. 5º da CF **elevou** à categoria de normas **integrantes** do chamado '**bloco da Constituição**' as normas **decorrentes** de tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil seja parte." (grifei)

Desejo fazer, neste ponto, Senhora Presidente, uma pequena observação.

Quando Presidente do Supremo Tribunal Federal (1997/1999), tive a honra de ver acolhida, pela eminente Deputada Zulaiê Cobra, **então** Relatora da Comissão Especial da Reforma do Poder Judiciário, **em Substitutivo** que ofereceu à PEC nº 96/92, proposta que sugeri àquela Comissão da Câmara dos Deputados, no sentido de conferir qualificação jurídico-constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, objetivando, com tal sugestão, superar a polêmica doutrinária e jurisprudencial em torno do alcance do § 2º do art. 5º da Constituição.

Essa eminente congressista paulista, **em parecer** que produziu como **Relatora** da Proposta de Reforma do Poder Judiciário, **no**



RE 466.343 / SP

âmbito da Câmara dos Deputados, assim justificou, no ponto, o **Substitutivo** que ofereceu:

"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." (grifei)

Tenho para mim, desse modo, Senhora Presidente, que uma abordagem hermenêutica fundada em premissas axiológicas que dão significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico - constitucionalmente consagrado (CF, art. 4º, II) - da "prevalência dos direitos humanos" permitirá, a esta Suprema Corte, rever a sua posição jurisprudencial quanto ao relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos no plano doméstico e infraconstitucional do ordenamento positivo do Estado brasileiro.

Com essa nova percepção do caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, dar-se-á consequência e atribuir-se-á efetividade ao sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana, reconhecendo-se, com essa



RE 466.343 / SP

evolução do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte, o indiscutível primado que devem ostentar, sobre o direito interno brasileiro, as convenções internacionais de direitos humanos, ajustando-se, desse modo, a visão deste Tribunal às concepções que hoje prevalecem, no cenário internacional - consideradas as realidades deste emergentes -, em torno da necessidade de amparo e defesa da integridade dos direitos da pessoa humana.

Nesse contexto, e sob essa perspectiva hermenêutica, valorizar-se-á o sistema de proteção aos direitos humanos, mediante atribuição, a tais atos de direito internacional público, de caráter hierarquicamente superior ao da legislação comum, em ordem a outorgar-lhes, sempre que se cuide de tratados internacionais de direitos humanos, supremacia e precedência em face de nosso ordenamento doméstico, de natureza meramente legal.

Cabe registrar, aqui, uma observação que se faz necessária. Refiro-me ao fato, de todos conhecido, de que o alcance das exceções constitucionais à cláusula geral que veda, em nosso sistema jurídico, a prisão civil por dívida pode sofrer mutações, quer resultantes da atividade desenvolvida pelo próprio legislador comum, quer emanadas de formulações adotadas em sede de convenções ou tratados internacionais, quer, ainda, ditadas por juízes e



RE 466.343 / SP

Tribunais, no processo de interpretação da Constituição e de todo o complexo normativo nela fundado.

Isso significa, portanto, presente tal contexto, que a interpretação judicial desempenha um papel de fundamental importância, não só na revelação do sentido das regras normativas que compõem o ordenamento positivo, mas, sobretudo, na adequação da própria Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam a sociedade contemporânea.

Daí a precisa observação de FRANCISCO CAMPOS ("Direito Constitucional", vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), cujo magistério enfatiza, corretamente, que, no poder de interpretar os textos normativos, inclui-se a prerrogativa judicial de reformulá-los, em face de novas e cambiantes realidades sequer existentes naquele particular momento histórico em que tais regras foram concebidas e elaboradas.

Importante lembrar, neste ponto, a lição desse eminente publicista, para quem "O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos



RE 466.343 / SP

de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte" (grifei).

Cumpre referir que o poder de interpretar o ordenamento normativo do Estado, ainda que disseminado por todo o corpo social, traduz prerrogativa essencial daqueles que o aplicam, incumbindo, ao Judiciário, notadamente ao Supremo Tribunal Federal - que detém, em matéria constitucional, "o monopólio da última palavra" -, o exercício dessa relevantíssima atribuição de ordem jurídica.

A regra de direito - todos o sabemos - nada mais é, na expressão do seu sentido e na revelação do seu conteúdo, do que a sua própria interpretação.

Na realidade, a interpretação judicial, ao conferir sentido de contemporaneidade à Constituição, nesta vislumbra um documento vivo a ser permanentemente atualizado, em ordem a viabilizar a adaptação do "corpus" constitucional às novas situações sociais, econômicas, jurídicas, políticas e culturais surgidas em um dado momento histórico, para que, mediante esse processo de "aggiornamento", o estatuto fundamental não se desqualifique em sua autoridade normativa, não permaneça vinculado a superadas concepções

RE 466.343 / SP

do passado, nem seja impulsionado, cegamente, pelas forças de seu tempo.

Ou, em outras palavras, a interpretação emanada dos juízes e Tribunais será tanto mais legítima quanto mais fielmente refletir, em seu processo de concretização, o espírito do tempo, aquilo que os alemães denominam "Zeitgeist".

Dáí a correta observação feita pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, ao reconhecer "que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional", para enfatizar, a partir dessa constatação, que "A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo" (grifei).

O fato é que - consoante assinalou em seu douto voto - "A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as

RE 466.343 / SP

demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos" (grifei).

Não custa rememorar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, em diversos precedentes, assumiu posições que oscilaram no tema pertinente às relações **entre** as fontes normativas do direito internacional e aquelas do direito interno.

Com efeito, esta Suprema Corte, ao interpretar o texto constitucional, atribuiu, em determinado momento (décadas de 1940 e de 1950), superioridade às convenções internacionais em face da legislação interna do Brasil (Apelação Civil 7.872/RS, Rel. Min. LAUDO DE CAMARGO - Apelação Civil 9.587/DF, Rel. Min. LAFAYETTE DE ANDRADA), muito embora, em sensível mudança de sua jurisprudência, viesse a reconhecer, em momento posterior (a partir da década de 1970), relação de paridade normativa **entre** as espécies derivadas dessas mesmas fontes jurídicas (RTJ 58/70 - RTJ 83/809 - RTJ 179/493-496, v.g.).

Como precedentemente salientei **neste** voto, e após detida reflexão em torno dos fundamentos **e** critérios que me orientaram em julgamentos anteriores (RTJ 179/493-496, v.g.), evoluo, Senhora

RE 466.343 / SP

Presidente, no sentido de atribuir, aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalidade das leis internas brasileiras, reconhecendo, a referidas convenções internacionais, nos termos que venho de expor, qualificação constitucional.

Tenho por irrecusável, de outro lado, a supremacia da Constituição sobre **todos** os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, inclusive aqueles que versarem o tema dos direitos humanos, desde que, neste último caso, as convenções internacionais que o Brasil tenha celebrado (ou a que tenha aderido) importem em supressão, modificação gravosa ou restrição a prerrogativas essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pelo próprio texto constitucional, eis que os direitos e garantias individuais qualificam-se, como sabemos, como limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional.

Sabemos que o exercício do "*treaty-making power*", pelo Estado brasileiro - não obstante os polêmicos arts. 27 e 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional.

RE 466.343 / SP

A Constituição qualifica-se como o estatuto fundamental da República. Nessa condição, todas as leis e tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa desse instrumento básico (RTJ 84/724 - RTJ 121/270-276 - RTJ 179/493-496). Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir o texto da Carta Política, como sucederia, p. ex., na hipótese de o Estado brasileiro subscrever tratados internacionais ofensivos e gravosos ao regime das liberdades públicas consagrado pela própria Lei Fundamental.

É essencial reconhecer, neste ponto, que a inconstitucionalidade de tratados internacionais em geral - e, também, de convenções internacionais que eventualmente reduzam ou suprimam direitos e garantias individuais, tais como consagrados pela própria Carta Política - impedirá a aplicação de suas normas mais gravosas na ordem jurídica interna brasileira, porque violadoras de disposições fundamentais, como hoje ocorre, p. ex., no sistema normativo vigente em Portugal, cuja Constituição (1976) - com as alterações introduzidas pela Segunda Revisão Constitucional (1989) - excepcionalmente admite a incidência de normas apenas formalmente inconstitucionais constantes de tratados internacionais (art. 277, n. 2): "A inconstitucionalidade orgânica ou formal de

RE 466.343 / SP

tratados internacionais **regularmente** ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, **salvo** se tal inconstitucionalidade **resultar** de violação de uma disposição fundamental" (**grifei**).

Impõe-se enfatizar, neste ponto, que o modelo consagrado pela Constituição de Portugal **revela-se semelhante**, ainda que com algumas variações, **ao que prescrevem** importantes textos constitucionais **vigentes** no plano do direito comparado.

Assim, a Constituição do Reino dos Países Baixos, promulgada em 1983, **permite**, expressamente, que **qualquer** cláusula de tratado internacional **que se revele incompatível** com a Carta Política do Estado holandês **seja**, não obstante o vício de inconstitucionalidade, **suscetível de incorporação** ao direito interno daquele País, **desde** que o tratado venha a ser aprovado pelo voto de dois terços dos membros integrantes das Câmaras que compõem os Estados-Gerais (**Artigo 91, n. 3**).

O mesmo ocorre com a **recente** Constituição do Peru (1993), **que admite** a incorporação **de tratados inconstitucionais**, **desde** que esse ato de direito internacional público **seja** "aprovado

RE 466.343 / SP

pelo mesmo procedimento que rege a reforma da Constituição (...)”
(Artigo 57).

A Constituição argentina de 1853, por sua vez, com as inovações introduzidas pela reforma de 1994, atribuiu hierarquia constitucional a determinados tratados internacionais que versem o tema dos direitos humanos (Artigo 75, n. 22).

Vê-se, portanto, que já se esboça, no plano do direito constitucional comparado, uma significativa tendência contemporânea que busca conferir verdadeira equiparação normativa aos tratados internacionais de direitos humanos em face das próprias Constituições políticas dos Estados, atribuindo, a tais convenções internacionais, força e autoridade de norma constitucional.

Na realidade, essa tendência culminou por influenciar o Congresso Nacional brasileiro, que, em 2004, promulgou a Emenda Constitucional nº 45, que introduziu, em nosso sistema de direito positivo, a cláusula de equivalência dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com as emendas constitucionais, desde que observado, em seu processo de aprovação, o rito procedimental de elaboração concernente à reforma da Constituição (CF, art. 5º, § 3º).

RE 466.343 / SP

Registre-se, neste ponto, a correta observação expendida pelo eminente Professor LUÍS ROBERTO BARROSO ("Constituição e tratados internacionais: Alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno", "in" "Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo", p. 185/208, 207, coordenação de Carlos Alberto Menezes Direito, Antonio Augusto Cançado Trindade e Antonio Celso Alves Pereira, 2008, Renovar), cuja lição, a propósito do alcance e das consequências resultantes do § 3º do art. 5º da Constituição, vale rememorar:

"Na linha da nova previsão constitucional, os tratados internacionais sobre direitos humanos, **para serem equivalentes** às emendas constitucionais, **deverão observar** o seguinte trâmite: **a) celebração** pelo Presidente da República (art. 84, VIII), **b) aprovação** pelo Congresso Nacional, em dois turnos, em cada Casa, por três quintos dos votos dos respectivos membros, com a edição do correspondente decreto legislativo (art. 5º, § 3º, c/c art. 49, I), **c) ratificação** (ato de direito internacional) e, por fim, **d) a promulgação e publicação** de seu texto via decreto do Presidente da República. **Somente a partir daí**, como destaca a doutrina do direito internacional, o tratado **estará incorporado** ao direito brasileiro. **No caso**, vigará **com força** de emenda constitucional, **sem** com ela se confundir.

É bem de ver que não se trata da criação de uma nova espécie normativa, em acréscimo às do art. 59 da Constituição, **mas de atribuição de uma eficácia 'qualificada'**, que dará ensejo à produção **de três efeitos diferenciados**: **a) em caso de conflito** entre lei e tratado de direitos humanos, **aprovado** em conformidade com o art. 5º, **§ 3º**, da CF, **prevalecerá** sempre o

RE 466.343 / SP

tratado, **em razão** de sua equivalência com as emendas constitucionais (**e independentemente** do critério cronológico); **b) os tratados** de direitos humanos **incorporados** de acordo com o art. 5º, § 3º, da CF **podem servir** de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, **ampliando** o chamado 'bloco de constitucionalidade'; **c) tais tratados** não podem ser objeto de denúncia do Presidente da República, **por força** do art. 60, § 4º, da CF." (grifei)

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 conferem hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos.

O eminente Professor CELSO LAFER, quando Ministro das Relações Exteriores, **ao propor** à Presidência da República o **encaminhamento**, ao Congresso Nacional, **do texto** da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, **entendeu conveniente enfatizar**, em sua Exposição de Motivos, com inteira correção e absoluto rigor acadêmico, **a necessária subordinação hierárquica** dos atos

RE 466.343 / SP

internacionais à ordem normativa **fundada** na Constituição da República:

"Infelizmente, o Brasil até hoje não ratificou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em cuja elaboração participaram brilhantes especialistas nacionais. Dúvidas, a meu ver infundadas, surgidas no seio do próprio Executivo, acerca da compatibilidade de algumas cláusulas sobre entrada em vigor de tratados e a prática constitucional brasileira em matéria de atos internacionais (...) retardaram sua submissão ao referendo do Congresso Nacional. Esse impedimento é tanto mais injustificado quando se considera a possibilidade de fazer-se, no momento da ratificação, alguma reserva ou declaração interpretativa, se assim for o desejo do Poder Legislativo. Seja como for, a eventual aprovação integral da Convenção, mesmo sem qualquer reserva, pelo Congresso Nacional, nunca poderia ser tomada como postergatória de normas constitucionais, já que no Brasil não se tem admitido que os tratados internacionais se sobreponham à Constituição."

(Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 19/05/92, p. 9.241 - grifei)

Daí a advertência - que cumpre **não** ignorar - de PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969", tomo IV/146, item n. 35, 2ª ed., 1974, RT), **no sentido** de que, **"Também ao tratado, como a qualquer lei, se exige ser constitucional"** (grifei).

Em suma: o entendimento segundo o qual **existe** relação de paridade normativa **entre** convenções internacionais **e** leis

RE 466.343 / SP

internas brasileiras **há de ser considerado**, unicamente, quanto aos tratados internacionais cujo conteúdo seja materialmente estranho ao tema dos direitos humanos.

É que, como já referido, a superveniência, em dezembro de 2004, da EC nº 45 introduziu um dado juridicamente relevante, apto a viabilizar a reelaboração, por esta Suprema Corte, de sua visão em torno da posição jurídica que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos assumem no plano do ordenamento positivo doméstico do Brasil.

Vale dizer, essa nova percepção crítica, legitimada pelo advento da EC nº 45/2004 - que introduziu um novo paradigma no cenário nacional - estimula novas reflexões, por parte do Supremo Tribunal Federal, em torno das relações da ordem jurídica interna brasileira com o direito internacional em matéria de direitos humanos.

A referida Emenda **refletiu** clara tendência **que já se registrava** no plano do direito comparado **no sentido** de os ordenamentos constitucionais **dos diversos** Países **conferirem primazia jurídica** aos tratados e atos internacionais sobre as leis internas, notadamente quando se tratasse de convenções internacionais sobre

RE 466.343 / SP

direitos humanos, às quais se atribuiu hierarquia constitucional. É o que ocorre, por exemplo, na ARGENTINA (Constituição de 1853, com a Reforma de 1994, Art. 75, n. 22), na HOLANDA (Constituição de 1983, Art. 94), na FEDERAÇÃO RUSSA (Constituição de 1993, Art. 15, n. 4), no PARAGUAI (Constituição de 1992, Arts. 137 e 141), na FRANÇA (Constituição de 1958, Art. 55) e na VENEZUELA (Constituição de 2000, art. 23).

Em decorrência dessa reforma constitucional, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerado, quanto a estas, o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição), tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções, o "iter" procedimental concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de emenda à Constituição, consoante prescreve o § 3º do art. 5º da Constituição, embora pessoalmente entenda superior a fórmula consagrada pelo Art. 75, n. 22, da Constituição argentina de 1853, na redação que lhe deu a Reforma de 1994.

É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas



RE 466.343 / SP

antes do advento da EC nº 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de *bloco de constitucionalidade*.

Essas razões que venho de referir levam-me a reconhecer que o Decreto-lei nº 911/69 - no ponto em que, mediante remissão ao que consta do Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do CPC (art. 904 e respectivo parágrafo único), permite a prisão civil do devedor fiduciante - não foi recebido pelo vigente ordenamento constitucional, considerada a existência de incompatibilidade material superveniente entre referido diploma legislativo e a vigente Constituição da República.

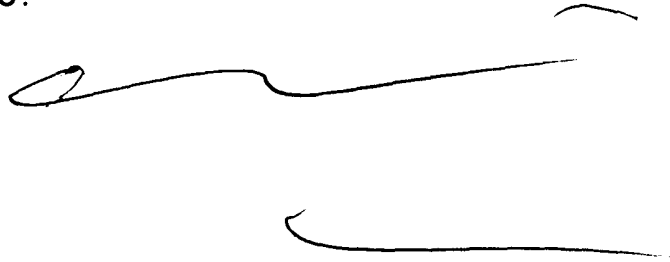
Isso significa, portanto, tal como bem assinalado pelo eminente Ministro CEZAR PELUSO, em douto voto proferido no julgamento plenário do RE 466.343/SP, que o credor fiduciário pode valer-se da ação de depósito, *"mas sem cominação nem decretação da prisão civil do fiduciante vencido, contra o qual tem, como bem notou o acórdão impugnado, interesse jurídico em prosseguir nos próprios autos, apenas na forma do art. 906 do Código de Processo Civil"* (grifei).



RE 466.343 / SP

Sendo assim, e em face das razões expostas, conheço do presente recurso extraordinário, para lhe negar provimento.

É o meu voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of connected loops and a long horizontal stroke, positioned below the text "É o meu voto."

12/03/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO

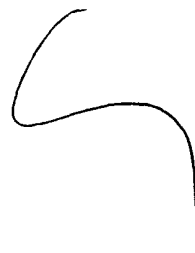
À revisão de aparte do Senhor Ministro CELSO DE MELLO.

E X P L I C A Ç Ã O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhora Presidente, quero saudar o magnífico voto proferido pelo Ministro Celso de Mello e, desde logo, apontar a divergência em relação à tese, agora sustentada por Sua Excelência, quanto à recepção desses tratados de direitos humanos como normas constitucionais, por força do artigo 5º, § 2º.

A despeito da belíssima sustentação dos argumentos e também dos respaldos doutrinários, entendo que, no caso, corremos o risco de produzirmos uma atomização de normas constitucionais. Identificados os tratados de direitos humanos como de hierarquia constitucional, passaremos a ter essas normas como parâmetro de controle, gerando, portanto, um quadro de insegurança jurídica.

Sua Excelência observou muito bem que, por exemplo, no modelo argentino - o qual Sua Excelência tem como paradigma -, houve uma declaração expressa de que as normas incorporadas têm força de norma constitucional.



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

Só essa razão de índole prática me levaria a fazer esta ressalva. Por isso, entendo realmente positiva, do ponto de vista da segurança jurídica, a decisão tomada pelo Congresso, com a Emenda nº 45/2004, ao fixar, no § 3º, essa definição. Se se entender que, de fato, o tratado deve ser elevado à hierarquia de norma constitucional, haverá uma decisão nesse sentido por parte do próprio Congresso Nacional.

Por essa razão, volto a enfatizar a tese perfilhada - conforme Sua Excelência bem destacou - no sentido de, realmente, esses tratados adentrarem o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, com uma diferença: eles não têm a mesma hierarquia. Com isso, dogmaticamente, também estamos a resolver todas essas questões colocadas em relação ao próprio depositário infiel. Assim, os tratados adentram o ordenamento jurídico com um perfil diferenciado - tese já sustentada no Tribunal pelo Ministro Sepúlveda Pertence -, com uma força supralegal, mas infraconstitucional.

Essa é a posição e apenas essa a divergência que gostaria de apontar.



12/03/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO**ADITAMENTO AO VOTO****O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) -**

Senhora Presidente, na condição de Relator deste recurso extraordinário, não obstante esteja por concluir este julgamento com o voto brilhante do Min. Celso de Mello e, além de brilhante, concorde com todos os demais, justifico que não avancei a questão da admissibilidade ou constitucionalidade da prisão civil nos demais casos de depósito, por não saber que este recurso seria julgado em conjunto com os outros dois incluídos na pauta de hoje.

Mas, após esse voto primoroso, ao qual não posso emprestar nenhum subsídio senão para lhe diminuir o mérito, em relação ao tema genérico que também permeia o julgamento desses dois recursos, num dos quais tenho voto, mas ainda que não o tivesse, eu gostaria de, colaborando na formação do juízo coletivo da Corte, manifestar meu pensamento sobre a matéria, a partir dos conhecidos votos do eminente Ministro Francisco Rezek em dois *habeas corpus*, o **HC nº 72.131-RJ** e o **HC nº 74.383-MG**. E faço-o, para resgatar-lhe a postura convincente e aderir às conclusões do ilustre



RE 466.343 / SP

Ministro Celso de Mello, antecipando que a mim também me parece não haja conflito algum entre o art. 7º, inc. VII, da Convenção de São José da Costa Rica, que excluiu como regra a admissibilidade da prisão civil, salvo a do alimentante devedor, e nossa Constituição, que, sob o mesmo título, a autoriza para o caso do chamado devedor inescusável de obrigação alimentícia.

O argumento nevrálgico ou a substância do raciocínio do Ministro Francisco Rezek era de que - permitam-me simplesmente recordar o que dizia Sua Excelência e repetir o que notou agora o Ministro Celso de Mello - a Constituição, no art. 5º, inc. LXVII, não estatui a prisão civil. Apresenta, aí, texto expressivo de dois preceitos: o preceito principal, que proíbe a prisão civil; e o secundário, que lhe abre exceção, para efeito de a admitir, nos termos que conceba a legislação ordinária, nos dois casos excetuados, o do alimentante e o do depositário, tomado este em sentido lato.

A conclusão incontornável é de que, no preceito secundário, a Constituição apenas autoriza o legislador subalterno a adotar, com a disciplina que lhe acuda e como técnica coercitiva, a prisão civil do depositário infiel e do devedor de alimentos. E Sua Excelência desenvolvia o



RE 466.343 / SP

seguinte raciocínio: ora, o legislador ordinário tomou, a respeito, posição normativa específica em relação à admissibilidade que a norma constitucional lhe dava por exceção, e tomou-a no sentido de excluir, mediante incorporação do teor do art. 7º, inc. VII, da Convenção, hipótese de prisão civil do depositário. Neste ponto, abstenho-me de examinar a questão da taxinomia, entre nós, dos tratados internacionais aprovados, promulgados e incorporados ao ordenamento jurídico, porque me parece que, qualquer que seja a postura teórica em relação à autoridade e ao valor nomológico desses tratados, o resultado jurídico e prático será o mesmo para os casos concretos que estamos a julgar.

De modo que, se o legislador infraconstitucional, usando da competência que lhe deu a Constituição na norma excepcional contida na cláusula final do art. 5º, inc. LXVII, tomou, por via direta da incorporação dos termos restritivos da Convenção à ordem jurídica interna, uma postura clara de exclusão da admissibilidade da prisão civil do depositário, tem-se por consequência, à falta de norma constitucional superveniente em contrário, a revogação, esta, sim, superveniente por

RE 466.343 / SP

força mesma dessa incorporação, de todas as normas jurídicas que, até então, admitiam a prisão civil do depositário.

Em resumo, Senhora Presidente, concluo, também, com o eminente Ministro Francisco Rezek e, agora, confortado pelo primoroso voto do Ministro Celso de Mello, que o legislador infraconstitucional fez essa opção normativa excludente.

Assim, a mim me parece - pelo menos neste julgamento - irrelevante saber qual o valor, a autoridade ou a posição taxinômica que os tratados internacionais ocupam perante o ordenamento jurídico brasileiro. Em qualquer das concepções a respeito, o que se tem, como direito posto para os casos *sub iudice*, é a inadmissibilidade da prisão civil do depositário, e inadmissibilidade da prisão civil do depositário, qualquer que seja a qualidade ou a natureza do depósito. Isto é, trate-se da figura própria do depósito convencional, do necessário, do judicial, ou de qualquer outro, não importa, sobretudo porque, 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



RE 466.343 / SP

classes, entre o depositário judicial - para quem seria admissível a prisão civil - e os demais depositários, para os quais seria ela inadmissível! Seja depositário desta ou daqueloutra qualidade, o ordenamento jurídico brasileiro já não lhe admite a prisão civil.

A mim parece-me ainda, Senhora Presidente, que esse raciocínio encontra decisivo apoio em outros elementos. Que elementos são esses? Relembro, por primeiro, que meu voto escrito faz referência - e o faz também em nota avultada de rodapé -, à concepção jurídico-romana do homem como **corpus vilis** para fins de submissão dos devedores a uma série de medidas que iam desde sua venda até à morte - como, aliás, foi agora, nova e amplamente, versado no voto do Ministro Celso de Mello -, até que a **Lex Poetelia Papiria** e a **Lex Aquilia de danno certo** introduziram o princípio da responsabilidade patrimonial nos campos dos negócios jurídicos e dos atos ilícitos, como marco da evolução do espírito humano em relação à percepção ou consciência da dignidade da pessoa humana. Quanto à expressão **corpus vilis** - sabemos os que ainda estudamos latim há alguns anos -, a palavra **corpus** não significava originariamente apenas o corpo humano, mas também massa, substância material, etc., e **vilis**, tal como hoje se encontra o reflexo dessa origem

RE 466.343 / SP

etimológica na palavra **vil**, significava o que tinha preço baixo, o que não era dotado de dignidade, aquilo que era objeto de desconsideração, ou que não tinha valor algum. E essa concepção era muito própria do espírito daquela civilização, para a qual o corpo humano era então visto como objeto passível de qualquer experimento judicial e, pois, quando menos, como alvo de coerção para cumprimento de obrigações patrimoniais.

Mas, no instante em que o espírito humano evolui, e os ordenamentos jurídicos passam a assumir o valor fundamental que tal evolução revela em termos de consciência, reconhecimento e respeito da dignidade da pessoa humana, sobretudo de respeito ativo da dignidade do corpo como elemento essencial da concepção plena do ser humano, já não é possível pensar, naqueles mesmos termos, o corpo humano como objeto suscetível de experimentos normativos que impliquem sua submissão à violência de técnicas de coerção física para cumprimento de obrigações de estrito caráter patrimonial, como o caso típico da alienação fiduciária, enquanto injustificável expediente de uma ordem jurídica autoritária, destinado a favorecer grupo de empresas com uma garantia privilegiada e exclusiva, em

RE 466.343 / SP

homenagem a direitos patrimoniais reputados da mais alta valia jurídica!

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 perceber como seria lícito equiparar - salva a razão histórica da tradição legislativa que se materializou na exceção constitucional - as duas hipóteses excepcionais do preceito secundário. Até posso entender, diante da Constituição, a previsão da admissibilidade da prisão civil para os devedores inadimplentes de obrigação alimentar, porque se cuida de caso especialíssimo em que tal descumprimento de obrigação patrimonial envolve grave risco à sobrevivência biológica - se não ainda sociológica -, dos credores. Devo dizer que apenas me conformo - e não, que sufrague essa autorização constitucional - possam os credores de alimentos, em risco de sobrevivência biológica, contar com medidas coercitivas mais fortes e extremas para convencer os devedores. Mas equiparar esta hipótese singular de inadimplemento de obrigação alimentícia à de infidelidade

RE 466.343 / SP

de depositário, qualquer que seja a natureza jurídica do depósito, para fim de submissão à prisão civil, isso me parece absolutamente incompreensível e injustificado. Não consigo estabelecer, em termos jurídicos, nenhuma comparação razoável que me permitisse encontrar - ainda que sob forma de exceção - a racionalidade da mesma reação e tratamento normativo violento à infidelidade do depositário - porque, insisto, é violência contra o corpo humano, contra a pessoa, contra sua liberdade física -, e que ainda subsiste em relação ao devedor de obrigação alimentícia.

De modo que, Senhora Presidente, sobretudo porque a Constituição eleva a dignidade da pessoa humana a um dos fundamentos da República, e cujo primado, pelo menos do ponto de vista axiológico, está, no espírito do tempo, acima dos direitos e garantias do art. 5º, não é possível retroceder à bárbara concepção de que o ser humano é mero **corpus vilis**, sujeito a qualquer medida normativa violenta.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Não se pode desconsiderar, neste ponto, Senhor Relator, **que submeter** qualquer pessoa à prisão civil, **por simples dívida, constituiria** um inaceitável retrocesso histórico, **pois recuaríamos** a um período (**Século V a.C.**, aproximadamente)



RE 466.343 / SP

que antecedeu a edição da *Lex Poetelia Papiria*, celebrada, quando de sua formulação, como representando a aurora de um novo tempo, pois aboliu o instituto do nexum (que fazia a execução recair sobre a pessoa do devedor), substituindo-o pela *bonorum cessio*, que submetia o patrimônio do devedor, e não a pessoa deste, ao processo de execução.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - Meu voto escrito faz, como já adverti, expressa referência a tal lei e, sobretudo, ao fato de que resultou ela, na história de Roma, de longuíssima guerra civil entre patrícios e plebeus. É, então, uma conquista histórica que custou ao Império Romano grave luta intestina, e para fundar o quê? O princípio da responsabilidade patrimonial, isto é, essa coisa óbvia de que a responsabilidade civil recai sobre o patrimônio, nunca sobre o corpo, sobre a pessoa do devedor.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - Por isso ressalvei diante do caso concreto.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sim, diante do caso concreto.



RE 466.343 / SP

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - Em princípio, estou de acordo, porque a única teoria da qual não comungo é situar os tratados internacionais no mesmo nível nomológico, no mesmo nível hierárquico de qualquer lei ordinária.

A tendência dogmática do mundo, hoje, é dar aos tratados internacionais uma importância quase supraconstitucional. E nisso está, aliás, um dos entraves, por exemplo, ao desenvolvimento do MERCOSUL. É a resistência dos ordenamentos nacionais a permitir que o projeto da comunidade latino-americana se desenvolva.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - Em relação aos casos futuros e a eventual caso posto perante o novo Código Civil, já antecipo, para excluir a terceira alternativa, minha posição de que vou reconhecer caráter supralegal ou caráter constitucional ao Tratado.

E, mais. Gostaria de invocar - penso que não se lhe dá a devida importância no pensamento jurídico - princípio da evolução normal das sociedades que, desde o "*Sistema de Ciência Positiva do Direito*", **PONTES DE MIRANDA** definia como lei da diminuição do **quantum** despótico, segundo a qual também os ordenamentos jurídicos tendem a ir

RE 466.343 / SP

reduzindo, no curso da História, a esfera do poder despótico estatal em favor da dilatação do âmbito dos direitos individuais e das liberdades. E essa lei, induzida do fato histórico de que a violência tende a diminuir através da civilização, não admite retrocesso, no sentido de que tudo aquilo que é incorporado pela Constituição à ordem jurídica em termos de redução do **quantum** despótico não pode, salvo por ato revolucionário, ser restabelecido, ressuscitado, como retorno a estado anterior à redução da margem de poderes do Estado.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É o postulado que veda o retrocesso social.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - É isso mesmo. Penso que estamos caminhando para isso. Na medida em que a lei reduz o poder que o Estado tem de restringir o espaço da liberdade física da pessoa, essa redução é irremediavelmente incorporada à cultura e à ordem jurídica.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Vossa Excelência me permite? Quero apenas lembrar que a observação



RE 466.343 / SP

do Ministro Gilmar Mendes, segundo a qual os tratados celebrados antes da Emenda nº 45 se incorporam ao Direito brasileiro com o qualificativo da supralegalidade, atendem à dogmática constitucional porque não se pode esquecer de que o fundamento de validade dos tratados é a Constituição Federal. Eles se incorporarão ao nosso Direito nos termos da Constituição Federal.

O fato é que o art. 60 com seus incisos I, II e III, versantes sobre a reforma da Constituição, não falam do tratado como norma exatamente igual à Constituição, com a mesma hierarquia. Foi preciso uma emenda à Constituição, a Emenda nº 45, para dizer que os tratados internacionais sobre direitos humanos que viessem a ter um processo legislativo exatamente igual ao de emenda, porque seriam objetos de deliberação em dois turnos de votação, e mediante o quórum para ser aprovados de três quintos em cada Casa do Congresso, aí, sim, esses tratados valeriam como emenda à Constituição.

Então, louvo sem limites o voto de Vossa Excelência, Ministro Cezar Peluso, e também o magnífico voto do Ministro Celso de Mello, mas entendo que a inflexão hermenêutica do Ministro Gilmar Mendes atende à dogmática constitucional em matéria tão sensível, tão delicada, como é

RE 466.343 / SP

a da hierarquia das leis. Afinal, a nossa Constituição, o nosso Direito só é de supra-infra-ordenação, kelsenianamente falando, porque temos uma Constituição rígida, uma Constituição que mantém a sua própria supremacia pela irrestrita observância das suas normas de reforma.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Com a devida licença, nós não podemos perder de perspectiva essas conseqüências já agora apontadas pelo Ministro Carlos Britto: aceita essa idéia da hierarquia constitucional dos tratados, nós temos uma situação singular que diferencia a Constituição brasileira das demais constituições. 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 se 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

RE 466.343 / SP

constitucional com todas as conseqüências e, até mesmo, com a possibilidade de conflito.

A Ministra Ellen Gracie já teve oportunidade de apontar em outra oportunidade: às vezes, o não-acompanhamento por parte dos setores judiciais, dos setores incumbidos do controle jurídico dos tratados na nossa vida institucional. E a prova disso é a feitura dessa norma do Código Civil, porque a solução que o STJ alvitrou inicialmente para esse debate poderia ter sido encaminhada no sentido do *lex posterior derogat priori*: aplicação do Tratado, do Pacto de San José em relação à legislação anterior. Todavia, sobreveio o Código Civil e novamente recolocou o tema, mostrando a necessidade que nós temos de desatar, embora eu concorde com o Ministro Cezar Peluso que, para a questão, e os próprios civilistas já vinham resolvendo esse tema. Orlando Gomes, por exemplo, já criticava o modelo da alienação fiduciária nessa exacerbação. O próprio negócio fiduciário já é chamado um negócio exagerado *per se*, porque, em garantia, se dá a própria propriedade. E, entre nós, então, ganhou essa exacerbação com a prisão civil a partir da ficção do depósito.

RE 466.343 / SP

Ora, nesse contexto, o Ministro Cezar Peluso chegou a essa conclusão no seu voto, mostrando que já era um depósito falso, ficto, apenas para atingir o objetivo da prisão civil.

Portanto, só com o critério de proporcionalidade se chega - com a licença do Ministro Eros Grau - à idéia da incompatibilidade das normas de alienação com a Constituição.

Mas estamos a ver que, a rigor, com essa disciplina que o Ministro Celso de Mello acaba de mencionar do art. 652, de 2002, nós continuamos nesta dança contínua de sobreposição de normas e num quadro de indefinição jurídica. Por isso, penso ser fundamental que a Corte, nesta assentada, também resolva essa questão.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - Penso que, neste voto, não preciso comprometer-me definitivamente com uma dessas teorias, porque - e disto estou seguro - me basta negar que o Tratado tenha *status* legal, equivalente ao de qualquer lei em sentido estrito, de modo que lhe não pode ser oposto o Código Civil superveniente.

E mais, Senhora Presidente, só para rematar, lembro que o disposto no art. 60, § 4º, da Constituição da



RE 466.343 / SP

República, nada mais fez do que - além de o confirmar em capitulação técnica de hipóteses - concretizar, de certo modo, em norma constitucional explícita, aplicação específica do princípio da *diminuição do elemento despótico*, porque é isso que exprime, no fundo, a vedação constitucional.

De modo que, para concluir, é com a grande satisfação de ver a evolução da Corte que adiro inteiramente à conclusão de que, nos casos em exame, não subsiste, perante a Constituição da República e o Pacto de San José da Costa Rica, a admissibilidade de prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a natureza do depósito.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Depósito convencional ou necessário.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) -
Depósito convencional, judicial, necessário, qualquer que seja, é importante ressaltar. Só admito prisão civil do inadimplente de obrigação alimentar, e isso até que a Constituição pondere melhor essa mesma exceção!



12/03/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO

À revisão de aparte do Senhor Ministro CELSO DE MELLO.

V I S T A

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Senhor Ministro **Celso de Mello**, Vossa Excelência poderia me esclarecer?

outr:

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pois não.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Estamos julgando dois recursos?

outr:

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sim.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Um relatado pelo Ministro **Ilmar Galvão** e outro pelo Ministro **Cezar Peluso**, e um **habeas corpus** relatado pelo Ministro **Marco Aurélio**.

outr:

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Exatamente.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

E neste **habeas corpus** há liminar.

Quero homenagear os votos dos eminentes Ministros **Celso de Mello** e **Cezar Peluso**, com as intervenções dos Ministros **Gilmar Mendes** e **Carlos Britto**.

Peço vista dos autos, para melhor estudar.

outr:

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1**

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO

RECTE.(S): BANCO BRADESCO S/A

ADV.(A/S): VERA LÚCIA B. DE ALBUQUERQUE E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): LUCIANO CARDOSO SANTOS

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

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

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

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


Luiz Tomimatsu
Secretário

03/12/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO**VOTO-VISTA****O EXMO. SR. MINISTRO MENEZES DIREITO:**

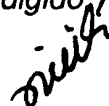
Banco Bradesco S.A. propôs, contra Luciano Cardoso Santos, ação de busca e apreensão do veículo alienado fiduciariamente em garantia do contrato de financiamento celebrado entre as partes, alegando o inadimplemento das prestações pecuniárias. O saldo devedor apontado na inicial é de R\$3.114,59 (três mil cento e quatorze reais e cinquenta e nove centavos). Citado, o réu, ora recorrido, afirmou não mais estar em posse do bem, pelo que a ação foi convertida em ação de depósito. O réu, novamente citado, não apresentou o bem no prazo conferido nem depositou o correspondente valor em dinheiro. O Juiz de Direito, pela sentença de folha 38, julgou procedente o pedido e condenou o ora recorrido a restituir o veículo ou a entregar o seu equivalente em dinheiro no prazo de 24 horas, mas não decretou a sua prisão por entendê-la inaplicável. O Tribunal de Justiça negou provimento à apelação do banco (fl. 70), vindo então o presente recurso extraordinário (fls. 79 a 89).

Sobre o tema que está sendo examinado neste extraordinário, peço vênha para reproduzir o voto-vista que proferi no HC nº 87.585/TO, como se segue:

*“Trata-se de **habeas corpus** impetrado contra decreto de prisão tendo por fundamento o descumprimento de contrato de depósito típico.*

Consta da sentença prolatada pela 2ª Vara da Seção Judiciária da Justiça Federal do Estado do Tocantins (fls. 48 a 66 do apenso) que a sociedade sucedida pela Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB celebrou contrato de depósito com a empresa do paciente, o qual, na ocasião, assumiu, solidariamente, o compromisso de fiel depositário de 2.761.511 quilos de arroz em casca natural.

Após algumas retiradas, restou um saldo contábil de 2.741.516 quilos do produto, não restituídos. Dessa forma, a empresa depositária foi condenada a entregar essa diferença ou o seu equivalente em dinheiro, sob pena de ser decretada a prisão civil do seu proprietário e dirigente, nos termos do que estabelecido pelo artigo 11, item 1º, do Decreto nº 1.102, de 1903, assim redigido:



'Art. 11. As empresas de armazéns gerais, além das responsabilidades estabelecidas nesta Lei, respondem:

1º) Pela guarda, conservação e pronta e fiel entrega das mercadorias que tiverem recebido em depósito, sob pena de serem presos os empresários, gerentes, superintendentes ou administradores sempre que não efetuarem entrega dentro de 24 (vinte e quatro) horas depois que judicialmente requeridas'

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região negou provimento ao recurso de apelação interposto em decisão que transitou em julgado no dia 10/3/03 (fls. 67 a 78 do apenso).

Contra essa decisão foi impetrado o HC nº 2005.01.00.034337 ao Tribunal Regional da 1ª Região, sem êxito (fls. 9 a 13). Seguiu-se recurso ordinário em **habeas corpus** diretamente ao Superior Tribunal de Justiça (fls. 2 a 9). Por decisão monocrática do Relator negou-se seguimento à 'presente petição, apresentada na forma de recurso ordinário em **habeas corpus** contra acórdão do TRF da 1ª Região' (fl. 119 do apenso). O agravo regimental interposto foi desprovido, sendo denegada a ordem. O voto condutor destacou que a 'ausência de prazo para a prisão civil em nada macula a sua decretação, porquanto, diferentemente da prisão criminal, de caráter retributivo e punitivo, trata-se de mero instrumento de coerção para fazer o depositário cumprir com sua obrigação e, portanto, pode durar um dia, dez, vinte ou o máximo de um ano, conforme o art. 902, § 1º, do CPC. O prazo da prisão civil, na verdade, depende da atuação do inadimplente da obrigação e, pois, a falta de sua fixação é mera irregularidade, até porque o máximo de um ano é imposição **ex lege**, operando-se de pleno direito' (fl. 121 do apenso).

O eminente Relator, Ministro **Marco Aurélio**, deferiu a ordem. Considerou o Relator que a 'circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica a limitar a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal, preceito que, a toda evidência, não se mostra auto-aplicável, até mesmo ante o silêncio quanto ao período de custódia. Em síntese, com introdução, no cenário jurídico nacional, do Pacto referido, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da prisão do depositário infiel'. Assinalou, por fim, que a defesa do paciente revelou que foram frustradas as tentativas feitas para o pagamento. Assim, estar-se-ia impondo que o paciente responda 'pela dívida por meio de sua liberdade, o que não pode ser aceito no moderno Estado Democrático de Direito, não havendo razoabilidade e utilidade da pena de prisão do Paciente, este poderá, através de seu trabalho com a agricultura, obter meios para o pagamento parcelado do débito, conforme propostas formuladas nos autos. Enquanto preso o Paciente, a CONAB não conseguirá receber seu crédito, tornando sem efeito a prisão do devedor'.

RE 466.343 / SP

O eminente Ministro **Celso de Mello** trouxe erudito voto-vista começando por fixar a questão básica que é a de saber se ainda subsiste no direito positivo brasileiro, no plano infraconstitucional da legislação interna, a prisão civil do depositário infiel, consideradas as disposições constantes do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos. Reputo necessário resumir a poderosa argumentação apresentada por nosso Decano, que tanto lustra esta Suprema Corte.

Sua Excelência, após traçar a valiosa história das prisões por dívidas, invocando doutrinadores consagrados e estabelecendo os critérios constitucionais desde 1934, passa a desafiar a questão das convenções internacionais sobre direitos humanos no foco de seu raciocínio sobre as relações entre esses atos internacionais e a Constituição brasileira tanto antes como depois da Emenda Constitucional nº 45, de 2004. O postulado básico está centrado na consideração de que o 'conteúdo dessas liberdades – verdadeiras prerrogativas do indivíduo em face da comunidade estatal – acentua-se pelo caráter ético-jurídico que assumem e pelo valor social que ostentam, na proporção exata em que essas franquias individuais criam em torno da pessoa, uma área indevassável à ação do Poder'. Daí se segue, como assinala o Ministro **Celso de Mello**, que a 'problematização da liberdade individual na sociedade contemporânea não pode prescindir, em consequência, de um dado axiológico essencial: o valor ético fundamental da pessoa humana'. Não é por outra razão, prossegue o Ministro **Celso**, 'que os tratados e convenções internacionais desempenham papel de significativo relevo no plano da afirmação, da consolidação e da expansão dos direitos básicos da pessoa humana, dentre os quais avulta, por sua extraordinária importância, o direito de não sofrer prisão por dívida – ressalvada a hipótese excepcional do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar – vem sendo progressivamente abolido no âmbito do direito comparado'.

Por outro lado, acentua o Ministro **Celso**, as exceções mencionadas na Constituição Federal à cláusula que veda prisão civil por dívida 'devem ser compreendidas como um afastamento meramente pontual da interdição constitucional dessa modalidade extraordinária de coerção, em ordem a facultar, ao legislador comum, a criação desse meio instrumental nos casos de inadimplemento voluntário e injustificável de obrigação alimentar e de infidelidade depositária'. Por isso, 'sem lei veiculadora da disciplina da prisão civil nas situações excepcionais referidas, não se torna juridicamente viável a decretação judicial desse meio de coerção processual, pois a regra inscrita no inciso LXVII do art. 5º da Constituição não tem aplicabilidade direta, dependendo, ao contrário, da intervenção concretizadora do legislador ('interpositio legislatoris), eis que cabe, a este, cominar a prisão civil, delineando-lhe os requisitos, determinando-lhe o prazo de duração e definindo-lhe o rito de sua aplicação, a evidenciar, portanto, que a figura da prisão civil, se e quando instituída pelo legislador, representará a expressão de sua vontade, o que permite examinar esse instrumento coativo sob uma perspectiva eminentemente infraconstitucional e

suí

RE 466.343 / SP

conseqüentemente viabilizadora da análise que me parece inteiramente pertinente ao caso em questão – das delicadas relações que se estabelecem entre o Direito Internacional Público e o Direito interno dos Estados nacionais’. Com isso, fica claro, segundo o Ministro **Celso**, que o modelo não impõe ao legislador a regulação do instituto da prisão civil. Daí se segue ‘que esse espaço de autonomia decisória, proporcionado, ainda que de maneira limitada, ao legislador comum, pela própria Constituição da República, poderá ser ocupado, de modo plenamente legítimo, pela normatividade emergente dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, ainda mais se se lhes conferir, como preconiza em seu douto voto, o eminente Ministro GILMAR MENDES, caráter de ‘supralegalidade’, ou, então, com muito maior razão, se se lhes atribuir, como pretendem alguns autores, hierarquia constitucional’.

Passa então o Ministro **Celso** a dedicar sua sempre culta atenção à questão da força dos tratados e convenções sobre direitos humanos para mostrar que cláusulas inseridas nesses tratados e convenções internacionais ‘ao limitarem a possibilidade da prisão civil, reduzindo-a a uma única e só hipótese (inexecução voluntária e inescusável de obrigação alimentar), nada mais refletirão senão aquele grau de preeminência hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos em face da legislação comum, de caráter infraconstitucional, editada pelo Estado brasileiro’. Revelando que nesse tema, após longa reflexão, evoluiu para considerar a distinção entre tratados sobre direitos humanos e tratados sobre demais matérias, concluindo por atribuir àqueles natureza constitucional e não supralegalidade como prefere o Ministro **Gilmar Mendes**. Na supralegalidade, os tratados serão considerados como estatutos situados em posição intermediária, qualificados, por isso, como superiores à legislação ordinária, embora subordinados à autoridade da Constituição Federal, o que havia sido indicado em voto proferido pelo Ministro **Sepúlveda Pertence**.

Depois de percorrer a doutrina brasileira sobre o tema, afirma que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm superioridade jurídica em face das leis internas, reconhecendo neles o que chama de qualificação constitucional. E, no ponto, adverte ser irrecusável a supremacia da Constituição Federal sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Brasil, incluídos ‘aqueles que versarem o tema dos direitos humanos, desde que, neste último caso, as convenções internacionais que o Brasil tenha celebrado (ou a que tenha aderido) importem em supressão, modificação gravosa ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pelo próprio texto constitucional, eis que os direitos e garantias individuais qualificam-se, como sabemos, como limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional’.

Finalmente, o Ministro **Celso** em seu precioso voto cuida das repercussões da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que ‘introduziu um dado juridicamente relevante, apto a viabilizar a reelaboração por esta Suprema Corte, de sua visão em torno da posição jurídica que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos assumem no plano do ordenamento positivo doméstico do

RE 466.343 / SP

Brasil'. Assim, a partir da Emenda nº 45, desde que observado o rito ali previsto para o processo de incorporação, os tratados e as convenções ganham hierarquia constitucional. Quanto aos tratados e convenções anteriores, segundo o Ministro **Celso**, deve incidir o § 2º do art. 5º da Constituição Federal, 'que lhe confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade'.

Com essas razões, o Ministro **Celso** entende que o Decreto nº 1.102/1903, que institui regras para armazéns gerais não foi recebido na parte que prevê a prisão, porquanto existe 'evidente incompatibilidade material superveniente entre referidas cláusulas normativas e o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), **incorporado**, em 1992, ao direito positivo interno do Brasil, como estatuto revestido de hierarquia constitucional, por efeito do § 2º do art. 5º da Constituição da República'. Conclui, portanto, pelo deferimento da ordem.

O Ministro **Gilmar Mendes** interveio para apontar divergência com a tese sustentada pelo Ministro **Celso** no que diz com a natureza constitucional dos tratados e das convenções internacionais. Afirmou, então, ser 'positiva do ponto de vista da segurança jurídica, a decisão tomada pelo Congresso, com a Emenda nº 45, ao fixar, no § 3º, essa definição. Se se entender que, de fato, o tratado deve ser elevado à hierarquia de norma constitucional, haverá uma decisão nesse sentido por parte do próprio Congresso Nacional'. Reforçou, portanto, a tese da supralegalidade já defendida pelo Ministro **Pertence**.

No caso dos autos não se discute, portanto, a possibilidade de equiparação do devedor fiduciário ao devedor no contrato de depósito para efeitos de decretação de prisão civil, nem, tampouco, a possibilidade de prisão do depositário judicial. Assim, examino a questão nessa perspectiva.

O pedido de liminar requerido nestes autos foi deferido pelo Ministro Relator, com a determinação da expedição do competente alvará de soltura (fls. 13 a 15).

No que diz com a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, assim dispõe a Constituição Federal:

'Artigo 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.'

Observe-se que o constituinte originário não impôs a prisão civil do depositário infiel. Muito pelo contrário, estabeleceu como regra geral a impossibilidade de toda e qualquer constrição à liberdade decorrente de dívida de natureza civil. O que se extrai do dispositivo constitucional é, simplesmente, uma autorização para que, em caráter excepcional, e nos termos de legislação infraconstitucional que

suil

RE 466.343 / SP

estabeleça requisitos, prazo de duração e rito, venha a ser decretada a prisão civil por dívida tanto do devedor de alimentos como do depositário infiel. Isso ficou bem claro também no voto do Ministro **Celso de Mello**.

Dessa forma, em princípio, não haveria fundamento para entender não recebido pela Constituição de 1988 o artigo 11, item 1º, do Decreto nº 1.102, de 1903.

Sucede que, em 24/1/02, o Brasil ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, que ingressou no ordenamento jurídico interno por força do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, e que estabelece, no seu artigo 11, que:

'Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.'

Além disso, no dia 25/9/92, o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. O artigo 7º, item 7, da mencionada Convenção:

'Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.'

Necessário, portanto, antes de qualquer outra consideração, fixar o **status** que essas espécies normativas ocupam no ordenamento jurídico nacional a fim de determinar a validade e eficácia do artigo 11, item 1º, do Decreto nº 1.102, de 1903.

A questão se põe, sobretudo, em vista do que estabelece o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, que determina que 'os direitos e garantias expressas 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'.

A respeito do tema é possível identificar, segundo excepcional levantamento realizado pelo Ministro **Gilmar Mendes** no voto-vogal, que proferiu no RE nº 466.343/SP, quatro correntes principais de entendimento:

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.'

RE 466.343 / SP

A primeira dessas correntes esbarra no princípio da supremacia da Constituição em que fundado o ordenamento jurídico pátrio, daí advindo todas as demais críticas que lhe possam apresentar.

A terceira das vertentes apresentadas é a que tradicionalmente, tem sido acolhida, a partir do julgamento do RE nº 80.004/SE, Relator o Ministro **Xavier de Albuquerque**, pela jurisprudência desta Corte Suprema. Naquele caso não se cuidava propriamente de um tratado internacional sobre direitos humanos, mas sobre títulos de crédito. Além disso, o seu julgamento remonta ao ano de 1977, antes, portanto, da promulgação da atual Constituição Federal.

De qualquer forma, a tese então fixada foi reiterada em seguidos precedentes desta Corte, posteriores a 1988 e que versavam, inclusive, sobre tratados internacionais concernentes a direitos humanos. Anote-se, a propósito: HC nº 72.131/RJ, Tribunal Pleno, Relator para acórdão o Ministro **Moreira Alves**, DJ de 1º/8/03; ADI nº 1.480/DF-MC, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJ de 18/5/01; HC nº 81.319/GO, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJ de 19/8/05; HC nº 79.870/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Moreira Alves**, DJ de 20/10/2000.

Para essa corrente de pensamento, a norma constante no Pacto de São José da Costa Rica e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos não teria o condão de afastar a aplicação das normas constantes do ordenamento jurídico interno, disciplinadoras da prisão civil do depositário infiel, como, por exemplo, o Decreto nº 1.102/1903 e o Decreto-Lei nº 911/69. Em primeiro lugar porque a norma advinda dos referidos diplomas internacionais, teria caráter geral, enquanto as demais seriam específicas. Em, segundo lugar, porque essas últimas contariam com a anuência expressa da Constituição Federal.

Tomo como exemplo os debates travados quando do julgamento do HC nº 72.131/RJ em que se discutia o reflexo do Pacto de São José da Costa Rica sobre a regra que autoriza a prisão do depositário infiel. Vencido o Relator, Ministro **Marco Aurélio**, que afastou a prisão civil do depositário infiel em contrato de alienação fiduciária, o voto prevalecente do Ministro **Moreira Alves** destacou que havendo o depósito necessário 'em que o depositário é o devedor do financiamento garantido pela propriedade fiduciária, e não fazendo o art. 5º, LXVII, da Constituição distinção entre depósito convencional e depósito necessário (que é considerado necessário pela Lei e não simplesmente, como o convencional, pela vontade das partes), enquadra-se ele, normalmente, na figura do depositário infiel ali referida, para excepcioná-lo da vedação da prisão civil'. Por outro lado, asseverou o Ministro **Moreira Alves**, 'nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária a Convenção de São José da Costa Rica, por estabelecer, no § 7º de seu artigo 7º que: 'Ninguém deve ser detido por dívidas. Esse princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar'. Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão-somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais

RE 466.343 / SP

evidente em face de o artigo 105, III, da Constituição que capitula, como caso de recurso especial ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre com relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado. Sendo, pois, mero dispositivo legal ordinário esse § 7º do artigo 7º da referida Convenção não pode restringir o alcance das exceções previstas no artigo 5º, LXVII, da nossa atual Constituição (e note-se que essas exceções se sobrepõem ao direito fundamental do devedor em não ser suscetível de prisão civil, o que implica em verdadeiro direito fundamental dos credores da dívida alimentar e de depósito convencional ou necessário), até para efeito de revogar, por interpretação inconstitucional de seu silêncio no sentido de não admitir o que a Constituição brasileira admite, expressamente, as normas sobre prisão civil do depositário infiel, e isso sem ainda se levar em consideração que, sendo o artigo 7º, § 7º, dessa Convenção norma de caráter geral, não revoga ele o disposto, em legislação especial, como é a relativa à alienação fiduciária em garantia, o tocante à sua disciplina do devedor como depositário necessário, suscetível de prisão civil se se tornar depositário infiel. E a tudo o já dito se pode, também, acrescentar que esse § 7º deve ser interpretado com a prudente ressalva constante do § 2º do mesmo artigo 7º dessa Convenção que estabelece, sem distinguir prisão penal de prisão administrativa ou de prisão civil, que ninguém pode ser privado de sua liberdade física, SALVO PELAS CAUSAS E NAS CONDIÇÕES PREVIAMENTE FIXADAS PELAS CONSTITUIÇÕES POLÍTICAS DOS ESTADOS-MEMBROS OU PELAS LEIS DE ACORDO COM ELAS PROMULGADAS'.

Em outro precedente, desta feita Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence** (RHC nº 79.785, DJ de 22/11/02), o voto condutor deixou claro que 'a partir da Constituição positiva do Brasil — e não daquilo que a cada um aprovesse que ela fosse — fica acima de minha inteligência compreender que, sobre ela, se afirmasse o primado incondicional das convenções internacionais, de tal modo que, se anteriores, permanecessem elas incólumes ao advento da norma constitucional adversa e, posteriores, pudessem ab-rogá-la'. Acrescenta o Ministro **Pertence**, a hierarquia está 'ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)'. Prosseguiu, então, para aceitar, 'sem certezas suficientemente amadurecidas', '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 complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes'.

Naquela ocasião, o Ministro **Nelson Jobim** lembrou 'que as especulações e as análises feitas pelo Ministro Sepúlveda Pertence sobre a relação entre a Constituição e os tratados internacionais irão assumir extraordinário relevo e, seguramente, baterão às portas deste Tribunal, tendo em vista que o Brasil assinou o Tratado de Roma, em 19/7/98, sobre a criação do Tribunal Penal Internacional.

O Ministro **Moreira Alves** destacou sua dúvida com relação à existência de hierarquia, considerando o § 2º do art. 5º da Constituição Federal, 'entre a lei ordinária e os tratados internacionais e a própria Constituição. E tanto isso é verdade que quando se criou, no processo legislativo, a lei complementar se chegou a considerar, de início, que ela seria hierarquicamente superior à lei ordinária, para, depois, em face até da dificuldade de se ficar no terreno da legalidade quando a lei ordinária se chocasse com a lei complementar, o que levaria à conclusão de que aquele seria ilegal perante esta, tendo assim uma contradição em termos (lei ilegal), se passar a entender, o que é correto, que esse choque acarretaria invasão inconstitucional de competência da lei ordinária que dispusesse sobre matéria privativa da lei complementar, o mesmo não ocorrendo se esta ou algum de seus dispositivos dissesse respeito à matéria da competência da lei ordinária, pois desta se considerariam aquela ou aquele'. E arrematou que, 'com relação a esse § 2º do artigo 5º da Constituição, parece-me que se pretendeu com ele constitucionalizar os tratados internacionais a respeito anteriores à promulgação da Carta Magna, uma vez que os posteriores a ela não podem ser equiparados a emenda constitucional'.

Como sabemos todos, esse tema das relações entre o direito das gentes e o direito interno tem provocado acesas controvérsias. Historicamente, os autores dividiam-se entre as escolas monista e dualista, havendo ainda quem tentasse apresentar conciliação entre elas. Há muito tempo examinei o tema (cf. *O Estado Moderno e a Proteção dos Direitos do Homem*, Liv. Freitas Bastos, 1968, págs. 45 a 56), lembrando que o dualismo teve seu primeiro estudo sistemático com Henrich Triepel, em 1899, mostrando que o direito internacional e o direito interno são dois sistemas iguais, independentes e separados, que não se confundem, sendo diversos tanto os sujeitos de direito como a estrutura das duas ordens. No monismo tanto se pode assumir a prevalência do direito interno como a prevalência do direito internacional. No primeiro caso, tem-se a forte influência de Hegel, 'na medida em que sendo o Estado a síntese de contradições verificadas na realidade, é ele o detentor de uma soberania absoluta, que não comporta prevalência de nenhum outro sistema jurídico'. Em consequência, o direito internacional retiraria sua força do direito interno. Para a Escola de Viena, por seu turno, prevalece o direito internacional, sendo relativo o conceito de soberania. Entre os conciliadores, os doutrinadores espanhóis destacam-se, mas introduzem a coordenação do direito natural. Para Gustav Adolf Walz, o direito internacional tanto pode ser originário, isto é, possuir autoridade imediata sobre os estados e entidades análogas, como derivado, isto é, possuir validade interna em decorrência de uma norma de direito interno. Naquele tempo, já lá se vão quarenta anos,

RE 466.343 / SP

afirmei não ser razoável considerar as relações entre o direito internacional e o direito interno como subordinadas à primazia absoluta de um ou de outro. Por isso, entendi que o direito internacional e o direito interno são direitos com uma mesma substância de valor e conformação. Escrevi, então:

'Tal como foi indispensável assegurar à sociedade política um grau de estabilidade e segurança, é indispensável garantir esta mesma estabilidade e segurança na sociedade internacional. Assim, as relações que se desenvolvem no âmbito das sociedades políticas particulares tendem a extravasar os lides destas sociedades, dando nascimento a múltiplas relações entre as diversas sociedades políticas particulares, enquanto comportadas em Estados, e, também, entre os seus membros. Ora, considerado o problema sob este prisma, a estabilidade da sociedade internacional só pode ser mantida através da consolidação de um ordenamento jurídico outro, que pela sua destinação abranja o conjunto das relações que operam em órbita maior, isto é, em área internacional. Tal ordenamento jurídico tende, também, a adquirir maior positividade e, dessa forma, conquistar maior solidez. A destinação universal do Direito das Gentes, enquanto é direito, substancialmente direito, tem como base de sua justificação proteger o homem. E, na medida em que se destina ao homem, a sua aplicação imediata é válida e eficaz onde quer que se encontre o homem.

Dir-se-ia que tal orientação conduziria a uma primazia absoluta do Direito; mas não é assim. Para derrubar o equívoco, bastaria lembrar que o Direito Internacional se formula, enquanto se lhe admite a positividade em grau crescente, pela participação essencial dos estados que, nestas circunstâncias, incorporam as suas vontades na consolidação da positividade do Direito das Gentes. Isto implica reconhecer que o Direito Internacional não pode ficar sem o suporte factual da sua validade e eficácia. E mais: que tal suporte será formado pela permanência de uma estrutura que atue sem intermitência. De outro lado, quando afirmamos que as vontades dos Estados se incorporam, não pretendemos cair no dualismo de TRIEPEL, ou na vereibarung de BINDING, pura e simplesmente. E não pretendemos por isso que quando falamos em incorporação de vontades, acrescentamos a permanência de uma estrutura que não condicione a positividade do Direito Internacional à veleidade de um ou mais Estados. Tanto assim é que admitimos como pacífica a sujeição do homem como sujeito do direito

internacional e enquanto o fazemos temos como fundamental que com o homem, e não com o estado, nasce o direito. Ainda mais que a própria existência de uma estrutura específica que tenha por finalidade a afirmação do Direito Internacional Positivo, enquanto congrega Estados, congrega os homens que compõem estes Estados.'

Lembrei as lições de Giorgio Del Vecchio e Gustav Radbruch, mencionando o magistério de Celso de Albuquerque Mello, monista que acolheu a prevalência do direito internacional, bem assim, o de Pontes de Miranda que defendeu o primado direito supra-estatal.

Por outro lado, a Corte Permanente de Justiça Internacional sempre agasalhou o entendimento de que o Estado que validamente contraiu obrigações internacionais é obrigado a introduzir em sua legislação as modificações necessárias para assegurar a execução dos compromissos assumidos.

Já naquele tempo, asseverei não ter dúvida da marcha ascendente do fortalecimento do direito internacional. Conclui que a dificuldade era encontrar um equilíbrio capaz de permitir a convivência entre o direito das gentes e o direito interno, o que fiz nos termos que se seguem:

'Desta forma, sem filiação à teoria conciliadora de GUSTAV ADOLF WALZ, estamos em que a primazia do Direito Internacional opera direta e indiretamente. Direta, quando regula as múltiplas relações desenvolvidas pelos seus sujeitos no plano supra-estatal. Indireta, quando atua nos limites da ordem jurídica de um determinado Estado.

Esta diretriz está perfeitamente enquadrada na realidade do Direito Internacional contemporâneo. Ademais, reconhece a dificuldade do mecanismo de controle e sanção no plano do Direito das Gentes. Se o Direito Internacional pode chamar a si, diretamente, tudo aquilo que se processa na área supra-estatal, aperfeiçoando os seus instrumentos de controle e sanção, ele não pode intervir, senão indiretamente, quando trata de problemas que pela própria natureza importam em invadir os limites de um determinado Estado. Note-se ainda, que a existência das diversas instituições internacionais facilitam a formação da regra de Direito Internacional passível de atuação direta, pela só independência sensível da regra formulada.'

E, então, embora reconhecendo que naqueles tempos inexistia amadurecimento autorizador para superar-se a dependência do Direito Internacional ao Direito Constitucional ou, como escreveu Pierre Lardy (La Force Obligatoire du Droit International em Droit Interne,

RE 466.343 / SP

LGDJ, Paris, 1966, págs. 247/248), havia um problema de técnica constitucional, afirmei:

'Mas a dependência é fenômeno transitório, insistimos (90). E, mesmo agora estamos em que há campo em que o Direito Interno, por questão de princípio, deve sucumbir ao Direito Internacional. É assim quando o Direito Interno desconhece a substância mesmo do direito, isto é, quando ele não é direito senão na forma. Assim, quando se trata de direitos do Homem que, como veremos posteriormente, estão a cavaleiro de serem limitados pela só proteção interna (que pode falhar ou faltar), mas devem amparar-se, desde logo, na intensificação da positividade do Direito Internacional.

Em conclusão, acreditamos que é tendência irresistível, com suporte fático evidente, que a atuação direta do Direito Internacional aumenta sensivelmente em detrimento da atuação indireta que se manifesta sob a ótica do Direito Constitucional. Não se trata de um vazio ou ideal utópico. É uma tendência concreta, uma opção real, destinada a mobilizar o mundo para a edificação da comunidade internacional, forjada na luta pelo respeito à dignidade da pessoa humana e à independência das nações, em termos de universalização. (...) Alceu Amoroso Lima nos fala em universalizar no sentido de 'atender a necessidade da crescente interdependência entre as nações sem perda das características nacionais' (91). De mais a mais, não há como confundir tal processo com a perda da independência. Ao contrário, o mecanismo funciona exatamente na elevação da independência ao plano da convivência e isto porque o Direito Internacional é decisivo para que a comunidade internacional passe da coexistência à convivência.'

Na minha compreensão, portanto, desde muito tempo atrás, quando o tema ainda não se punha com essa intensidade, tenho procurado estabelecer um padrão especial em relação aos direitos humanos. É que, e Pontes de Miranda já havia indicado isso com precisão, esses direitos não existem enquanto positivados. Eles existem sempre, daí que são apenas declarados. Por essa razão é que eles adquirem uma formatação própria que pode projetá-los além do direito interno, aptos, portanto, a serem tratados no âmbito da comunidade das nações.

Philippe de La Chapelle anotou corretamente que é da dignidade e da responsabilidade da pessoa humana que os direitos do homem tiram seu fundamento essencial, não podendo a problemática dos direitos do homem ser compreendida sem uma visão histórica do homem (René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber, Livro I, Ed.

RE 466.343 / SP

Pédone, Paris, 1969, pág. 48). Na mesma direção, Polys Modinos que asseverou ser o respeito dos direitos do homem, por cada Estado, uma obrigação internacional, devendo essa transposição do direito interno ao direito internacional ser acolhida como um grande progresso (op. cit. pág. 165).

Os textos de La Chapelle e Modinos de muito tempo atrás são convalidados hoje na concepção contemporânea de direitos humanos, como mostra Flávia Piovesan, no trecho que se segue:

'Pode-se afirmar que uma das principais preocupações do movimento de internacionalização dos direitos humanos foi converter estes direitos em tema de legítimo interesse da comunidade internacional. Como observa Kathryn Sikkink: 'O Direito Internacional dos Direitos Humanos pressupõe como legítima e necessária a preocupação de atores estatais a respeito do modo pelo qual os habitantes de outros Estados são tratados. A rede de proteção dos direitos humanos internacionais busca redefinir o que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados'.

Fortalece-se, assim, a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, esta concepção inovadora aponta duas importantes conseqüências:

1ª) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados;

2ª) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito.

Prenuncia-se, deste modo, o fim de uma era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania.

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu, por sua vez, a formação de um sistema normativo internacional de proteção destes direitos' (A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas, in Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita, Org. de César Augusto Baldi, págs. 47/48).

suiz

RE 466.343 / SP

Veja-se, ainda, o que escreveu Habermas, examinando a problemática do estado nacional para mostrar a repercussão, essa contaminação no plano das potências mundiais:

'O 'equilíbrio das potências', que durante três séculos serviu de base ao sistema internacional, entrou em colapso o mais tardar com o evento da Segunda Guerra Mundial. Sem tribunais internacionais ou poderes de sanção supraestatais, não se podia proceder judicialmente em relação ao direito das gentes qual um direito interno ao Estado nem se podia fazer valer esse direito. De qualquer modo, a moral convencional e a 'moralidade' das relações dinásticas zelaram por certa diligência normativa das guerras. No século XX, a guerra total fez explodir também essa guarnição normativa já bastante fraca. O estágio avançado da tecnologia de armamentos, a dinâmica da ampliação do aparato bélico e a proliferação das armas de destruição em massa acabaram por tornar evidentes os riscos dessa anarquia dos poderes que não estava mais orientada por nenhuma mão invisível. A fundação da Aliança dos Povos de Genebra foi a primeira tentativa de ao menos domesticar o gerenciamento incalculável do poder do interior de um sistema coletivo de segurança. Com a função das Nações Unidas empreendeu-se um segundo assalto no sentido de estabelecer forças supranacionais capazes de agir em prol de uma ordem global pacífica, que ainda continuava incipiente. Com o fim do equilíbrio bipolar do terror, e apesar de todos os retrocessos, parece abrir-se a perspectiva de uma 'política interna internacional' (C.F. Von Weizsäcker) no campo da política internacional de segurança e direitos humanos. O fracasso do equilíbrio entre as potências pelo menos deixou claro ser desejável uma regulamentação política nesse campo' (A inclusão do outro – estudos de teoria política, Loyola, 2ª ed., 2004, pág. 150).

Nos nossos tempos, a evolução previsível do direito internacional gerou grandes expectativas e abriu espaço a muitos questionamentos sobre a força das espécies normativas internacionais, assim, os tratados e as convenções, inserindo nestas as declarações. Mas, sem dúvida, é inquestionável que há uma força teórica impulsionando a comunidade internacional para legitimar-se ela própria como fonte criadora e protetora dos direitos humanos. Poder-se-ia dizer, sem exagero, que essa tendência que se vai construindo inspira-se na melhor ética da sociedade internacional, qual seja, a de legitimar-se para assegurar uma convivência entre os estados com base no respeito doméstico dos direitos declarados no plano internacional. Egon Schwelb, tratando da imediata aplicação dos tratados, teve essa sensibilidade

RE 466.343 / SP

invocando convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, adotada em 26 de maio de 1969, com entrada em vigor internacional em 27 de janeiro de 1980. A Convenção prevê no art. 27 que as partes não podem 'invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado' (*The Nature of the Obligations of the States Parties to the International Covenant on Civil and Political Rights*, in René Cassin *Amicorum discipulorumque Liber*, Livro I, Ed. Pédone, Paris, 1969, pág. 311).

Adiro, portanto, à idéia de que tem a Suprema Corte do Brasil de adotar uma posição transformadora na matéria, ultrapassando a antiga jurisprudência da equiparação com as leis ordinárias. E vejo com perspectivas ampliadoras a possibilidade de uma nova classificação das espécies normativas internacionais, já exposta no brilhante e culto voto do eminente Ministro **Celso de Mello**. Veja-se a propósito o magistério de Antonio Augusto Cançado Trindade mostrando que o § 2º do art. 5º da Constituição Federal abriu 'um campo amplo e fértil para avanços nessa área' (Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional, in *Arquivos de Direitos Humanos*, Vol. 1, RENOVAR, 199, págs. 46/47).

A regra jurídica do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, como exposto por Lílian Balmant Emerique e Sidney Guerra, é uma cláusula de abertura que 'sempre se fez presente nas constituições brasileiras, ainda que sua existência não necessariamente correspondesse à sua eficácia em determinados momentos históricos, em que o País assistiu ao desrespeito aos direitos fundamentais que já eram resguardados pela Lei Magna. Nas constituições brasileiras o legislador sempre enumerou os direitos fundamentais de forma exemplificativa, possibilitando uma ampliação maior do catálogo dos direitos fundamentais'. Isso quer dizer, objetivamente, segundo os autores, que 'pela cláusula de abertura permite-se a inserção de direitos fundamentais não tipificados e decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, estendendo o rol de direitos fundamentais (Título II – Dos direitos e garantias fundamentais). Essa ampliação garante que os direitos fundamentais, que são um elemento básico para a realização do princípio democrático, exerçam uma função democratizadora' (in *Revista Jurídica Brasília*, vol 10, nº 90, ed. Esp., págs. 14/15).

Parto, assim, da classificação que separa nas espécies normativas internacionais todos aqueles relativos aos direitos humanos dos demais. O meu fundamento é a natureza supra-estatal desses direitos, os quais, portanto, não são dependentes do reconhecimento pelo direito interno, cabendo-lhe apenas e unicamente declará-los. Se os direitos do homem existem pela natureza mesma da pessoa humana, os estados nacionais que dele se ocupam fazem-no em função de declarações positivadas, o que significa a pré-existência desses direitos com relação ao direito interno. Essa natureza especial do ser do homem é que dá dimensão própria aos direitos humanos, autorizando no plano

Diuit

RE 466.343 / SP

das relações entre o direito interno e o direito internacional uma relação que põe relevo no primeiro, não no segundo. O homem não está limitado ao estado nacional e, portanto, os seus direitos também não estão. Ele está na dimensão da humanidade que ultrapassa por definição a regência doméstica. Daí que teremos de construir na operação jurídica dos planos estatais uma incorporação que guarde essa dimensão.

Temos, então, duas possibilidades inovadoras nesse tema abertas na Suprema Corte: aquela aventada pelo Ministro **Celso de Mello** e aquela aventada pelo Ministro **Sepúlveda Pertence**, agora também recebida pelo Ministro **Gilmar Mendes**.

No estágio em que nos encontramos, buscar a solução mais adequada pra equacionar a força do direito internacional positivado no direito interno quando se trate de espécie normativa relativa aos direitos do homem, impõe trabalhar no plano constitucional.

Nós sabemos que o constituinte dos oitenta estabeleceu um privilégio específico com relação às normas relativas aos direitos e garantias fundamentais, determinando sua imediata aplicação. Mas foi ainda além, estabelecendo que os 'direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte'. Com isso quis o constituinte assegurar, sem a menor sombra de dúvida, que em matéria de direitos e garantias há de considerar-se o regime que adotou e os princípios que a Constituição Federal estabeleceu. Ademais, o constituinte mandou observar também aqueles decorrentes dos tratados internacionais de que seja parte o Brasil. Isso, na minha avaliação, permite que se possa pôr a força dos tratados internacionais em categoria diferenciada, se quisermos manter a orientação do constituinte. Com essa perspectiva torna-se possível, a partir de 1988, trazer os atos internacionais sobre direitos, mediante o devido processo de incorporação, para espaço normativo superior ao da simples legislação ordinária. Mas qual seria esse espaço? Seria o mesmo da Constituição? Reconhecer-se-ia assim uma natureza constitucional, ou seja, independente da força normativa da Constituição porque decorreria da própria força do direito das gentes? 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 Bidart 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

ruiz

RE 466.343 / SP

próprias espécies normativas internacionais, presente o atual estágio do direito constitucional brasileiro.

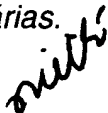
Não foi por outra razão que o Ministro **Gilmar Mendes** chamou atenção para a dificuldade dessa posição defendida com vigor entre nós por meu querido e saudoso amigo Celso de Albuquerque Mello, como se segue:

'É de ser considerada, no entanto, a dificuldade de adequação 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 ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas constitucionais.'

Para tentar fugir desse emaranhado, o Ministro **Celso de Mello** construiu solução que põe os tratados e convenções internacionais no plano constitucional e, assim, com força constitucional. Ter-se-ia de admitir objetivamente como possível estabelecer uma recepção dos tratados e convenções no plano constitucional diretamente, sem qualquer processo de incorporação. Teria de ser assim por causa da impossibilidade de se reconhecer uma variante constitucional em que a incorporação tornar-se-ia obrigatória, sob pena de frustrar-se a configuração da natureza com que se pretende revestir os atos internacionais. A utilização do § 2º do art. 5º da Constituição Federal para esse efeito equivaleria a admitir-se que o Ministro **Gilmar Mendes** chamou de 'cláusula aberta de recepção', o que não poderia ocorrer, salvo se ultrapassada a própria disciplina constitucional. O aperfeiçoamento da sociedade internacional, o que já vem sendo feito como no caso da União Européia, pode alcançar esse resultado. Todavia, não enxergo como possível esse caminho para fortalecer essa hierarquia especial dos atos internacionais relativos aos direitos humanos. Ainda mais se considerarmos o acréscimo da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que, vale lembrar, acrescentou também um § 4º admitindo a submissão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional 'a cuja criação tenha manifestado adesão'.

É que, embora não se possa deixar de reconhecer que a orientação que se desenha no Brasil tenha esse alcance, isto é, o conteúdo materialmente constitucional dos atos internacionais, o fato é que não se pode desprezar a força da disciplina positiva do constituinte originário ou derivado.

O que temos então é a inviabilidade de fazermos de logo uma equiparação dos atos normativos internacionais relativos aos direitos humanos diretamente ao plano constitucional. Mas, sem dúvida, como procurei alinhar antes, não é possível retornar nesse trânsito constitucional ao regime anterior da equivalência entre os tratados e as leis ordinárias.



Daí a solução prática trazida, inspirada em tempos de antanho 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).

Realmente, esse **status** conferido por **Orozimbo Nonato** sequer pode dizer-se de suprallegalidade. 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, da hierarquização legislativa doméstica. Eles ficam no plano legal, mas com hierarquia superior, porquanto ingressam de forma diferente da produção normativa doméstica.

Como assinalou o Ministro **Gilmar Mendes** em seu voto vogal (RE nº 466.343/SP), essa natureza especial dos atos normativos internacionais que cuidam dos direitos humanos permite que sua incorporação ao direito interno tenha o '**condão de paralisar a eficácia jurídica de todas e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante**'.

Ora, isso quer dizer que os tratados e convenções, nesses casos, estão na ordem legal doméstica, mas produzem efeitos imediatos sobre a legislação doméstica anterior exatamente porque se situam em um plano de incorporação que lhes confere hierarquia especial. Essa hierarquia no plano da legalidade doméstica, isto é, do direito interno confere ao mesmo tempo o reconhecimento da força normativa dos atos internacionais sobre direitos humanos e igualmente reverencia o procedimento de incorporação previsto no direito interno, casando assim a idéia central de fortalecimento do plano normativo internacional com a adequação às categorias nacionais de internalização do direito internacional. Na realidade, diria que é um estágio a mais no caminho do aperfeiçoamento da sociedade internacional.

Entendo, portanto, que Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos passaram a integrar o ordenamento jurídico interno com hierarquia especial, embora infraconstitucional. Isso não quer dizer que o legislador não possa socorrer-se do § 3º do art. 5º para elevar a hierarquia desses atos internacionais ao plano constitucional.

Por força de consequência, tenho como suspensa a eficácia das normas internas ordinárias que estabelecem a prisão civil do depositário infiel tanto sob o regime da alienação fiduciária como sob o regime do puro contrato de depósito regulado pelo Código Civil. Não avanço, porém, nem é necessário fazê-lo, no caso, sobre a possibilidade de reconhecer-se a contrariedade à Constituição com base no princípio da proporcionalidade como pretende o Ministro **Gilmar Mendes**. A tanto não vou. Fico no plano da aplicação dos atos internacionais relativos aos direitos humanos como categoria especial exclusivamente quanto ao depositário infiel no plano dos contratos de depósito e na possibilidade desses atos internacionais serem constitucionalizados por força da utilização do § 3º do art. 5º da Constituição Federal pelo legislador brasileiro. Por essa razão, sequer incluo nesse cenário o depositário

RE 466.343 / SP

judicial, que, na minha avaliação, tem outra natureza jurídica apartada da prisão civil própria do regime dos contratos de depósito.

*Nesse caso específico, 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. Anote-se: RHC nº 90.759/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJ de 22/6/07; HC nº 82.682/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 30/5/03; HC nº 68.609/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 30/8/91; RHC nº 80.035/SC, Segunda Turma, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJ de 17/8/01; e HC nº 92.541/PR, Primeira Turma, de que fui Relator, DJE de 25/4/08).*

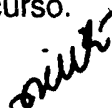
A possibilidade da prisão civil, nestes casos, é reconhecida, ainda, pela Súmula nº 619/STF, que tem a seguinte redação:

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

Bem observou sobre esse tema o Ministro Teori Zavascki (voto-vista no HC nº 92.197/SP), mostrando a diferença entre os dois regimes, o da prisão civil com origem contratual e a prisão civil do depositário judicial dos bens penhorados. É que, neste caso, a designação não decorre nem origina obrigação contratual, sendo indubitoso que o depositário judicial não assume nenhuma dívida, mas, tão-só, um encargo judicial, envolvendo a própria dignidade do processo judicial. É que 'considerada essa peculiar condição jurídica do depositário judicial de bens penhorados, que não resulta de contrato, nem representa uma dívida, não se pode ter por incompatível a sua prisão civil com as normas de direito internacional acima referidas'.

*Feita essa observação, concedo a ordem no **habeas corpus**."*

Destarte, nego provimento ao recurso.



03/12/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, também quero associar-me expressamente a todos os justos elogios ao brilhantíssimo voto do Ministro Menezes Direito, que, como sempre, traz muitas luzes às posturas desta Corte.

Eu estava até recentemente algo hesitante em relação à taxinomia dos tratados em face da nossa Constituição, mas estou seguramente convencido, hoje, 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. Os direitos humanos já não são propriedade de alguns países, mas constituem valor fundante de interesse de toda a humanidade.

Por isso, adiro à posição do grande publicista Paulo Borba Casella, o qual sustenta que a temática dos direitos humanos, por dizer respeito aos direitos fundamentais, que têm primazia na Constituição, é sempre **ipso facto** materialmente constitucional. E é possível extrair da conjugação dos §§ 2º e 3º do art. 5º que o que temos aí é, pura e simplesmente, uma distinção entre os tratados sem **status** de emenda constitucional, que são materialmente constitucionais, e os do § 3º, que são material e formalmente constitucionais. Qual a substância da distinção? A de regimes jurídicos. Com qual



RE 466.343 / SP

conseqüência? Com uma única conseqüência: saber os efeitos ou os requisitos do ato de denúncia pelo qual o Estado pode desligar-se dos seus compromissos internacionais. Esta é a única relevância na distinção entre as hipóteses do § 2º e do § 3º. E acho que o Tribunal não deve, com o devido respeito, ter receio de perquirir qual a extensão dos direitos fundamentais, até porque eles são históricos. Ou seja, é preciso que a Corte, no curso da história, diante de fatos concretos, vá descobrindo e revelando os direitos humanos que estejam previstos nos tratados internacionais, enquanto objeto da nossa interpretação, e lhes dispense a necessária tutela jurídico-constitucional.

Com esses fundamentos, também concedo o **habeas corpus**, mas fazendo ressalva que me parece importantíssima: o corpo humano, em qualquer dessas hipóteses, é sempre o mesmo. E o valor jurídico e a tutela que merece do ordenamento são também os mesmos, quer se trate de caso de depositário contratual, de depositário legal ou de depositário judicial. Ou seja, a modalidade do depósito é absolutamente irrelevante para efeito do reconhecimento de que o uso de estratégia jurídica que, como técnica coercitiva de pagamento, recaia sobre o corpo humano, é uma das mais graves ofensas à dignidade humana.

De modo que não releva o título jurídico pelo qual se agride a dignidade humana, se por força de dívida de caráter contratual, se por força de dívida decorrente do múnus de depositário, dentro do processo, ou ainda se é decorrente de outro dever oriundo da incidência de norma que regula os chamados depósitos necessários. Em quaisquer desses casos, a meu ver, a

RE 466.343 / SP

admissibilidade da prisão civil, subtendendo-se ressalva à hipótese constitucional do inadimplente de obrigação alimentar, seria sempre retorno e retrocesso ao tempo em que o corpo humano era **corpus vilis**, que, como tal, podia ser objeto de qualquer medida do Estado, ainda que aviltante, para constranger o devedor a saldar sua dívida. Isso me parece absolutamente incompatível com a atual concepção, qualquer que ela seja, da dignidade da pessoa humana.

Com essas ressalvas e pedindo vênias aos votos discordantes, nego provimento ao recurso. 

03/12/2008**TRIBUNAL PLENO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO****CONFIRMAÇÃO DE VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Também gostaria de reafirmar a posição que já sustentei nos demais casos aqui referidos, especialmente nos RREE n°s 349.703 e 466.343.

Entendo, tal como já havia contado, na linha sustentada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, de forma inicial, que a menção do Texto Constitucional a tratados de direitos humanos não foi casual nem neutra do ponto de vista jurídico-normativo, mas que também essa menção não outorgava aos tratados de direitos humanos a hierarquia de norma constitucional.

Reconheço que os tratados de direitos humanos - tal como fiz no meu voto - têm um significado ímpar, como também já tinha feito o Ministro Sepúlveda Pertence. Mas é claro que a sua condição de validade repousa no Texto Constitucional.

Por um lado, sabemos que temos a missão de fazer a aplicação da Constituição todo dia; uma Constituição analítica e que já é complementada pelas normas dos tratados a partir da interpretação. O bloco de constitucionalidade não é prejudicado pelo não-reconhecimento expresso da hierarquia constitucional. Temos feito isso em campos como dignidade da pessoa humana ou mesmo aqui

RE 466.343 / SP

com a questão da prisão civil e as normas de direito processual de perfil constitucional.

Mas fico a imaginar a confusão, diria até a babel, que nós 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.

Por outro lado, teríamos de reconhecer que esses tratados passam a integrar o catálogo de normas constitucionais com todas as conseqüências, inclusive no que diz respeito a controle de constitucionalidade abstrato, onde impera o princípio da *causa petendi* aberta, com a necessidade de aplicação dessas normas sempre que houver essa necessidade. Portanto, estamos aqui realmente num contexto muito específico e que pode provocar uma grave, gravíssima insegurança jurídica.

De modo que saúdo os avanços que estamos dispostos a fazer, e eu mesmo incentivei nos votos proferidos a tentativa de abrir um pouco esse debate, mas peço todas as vênias ao Ministro Celso de Mello e aos Ministros que subscreveram a sua posição, para reafirmar o voto que proferi e subscrever o voto agora proferido pelo Ministro Carlos Alberto Direito e os demais Ministros que o seguiram, salvo no que diz respeito ao depositário judicial, porque entendo que também aqui a idéia básica é de proibição geral, quer

RE 466.343 / SP

dizer, aplicável também ao depositário judicial. Podemos até discutir se, em alguns casos - isso tem sido apontado às vezes por juízes -, eventuais violações não deveriam até constituir infrações penais contra a administração da justiça. Mas a questão do depósito me parece que deve ser resolvida cabalmente com a proibição da prisão enquanto prisão civil.

Parece-me que as consequências práticas desta equiparação - e creio que não falei sobre tudo que poderia falar - podem nos levar realmente para uma situação tal, por exemplo, sobre supraposição de normas, revogação de normas constitucionais com o advento de tratados; problemas ligados a direito pré-constitucional e pós-constitucional. A rigor, os problemas são tão graves.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Vossa Excelência me permite um aparte?

Todos sabemos que os direitos humanos não constituem um *numerus clausus*, mas um *numerus apertus*. Estamos, neste limiar do século XXI, em pleno desenvolvimento dos direitos de quarta geração; são direitos que ainda estão sendo formatados, estão sendo ainda interpretados corretamente no plano internacional. Quais são estes direitos de quarta geração? Alguns deles até agora reconhecidos:, por exemplo, o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o

RE 466.343 / SP

direito ao patrimônio comum da humanidade, o direito à comunicação, o direito à autodeterminação dos povos, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente. São direitos complexos. Eu compartilho da preocupação do eminente Ministro Gilmar Mendes no sentido da dificuldade em darmos *status* constitucional, desde logo, a estes direitos, que, até no plano internacional, são de difícil compreensão. Realmente me parece uma dificuldade um tanto quanto intransponível, pelo menos neste momento.

Apenas essa brevíssima intervenção.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Nós vamos examinar caso por caso. Este é um caso típico. Alguém tem dúvida?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu não. Já proferi meu voto neste caso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Vamos examinar caso por caso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Não, mas, se nós afirmamos que os tratados sobre direitos mantêm hierarquia constitucional, nós estamos afirmando isso de forma cabal.

RE 466.343 / SP

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sim, mas, se tivermos um tratado que tutele determinado direito tido por "humano" e ao qual o Brasil adere, o que devemos fazer?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Deveremos interpretar a convenção internacional e promover, se for o caso, o controle de convencionalidade dos atos estatais internos ou domésticos, em ordem a impedir que a legislação nacional transgrida as cláusulas inscritas em tratados internacionais de direitos humanos.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Ministro Gilmar Mendes, só porque é importante esclarecer, desde logo, se, neste processo, nós vamos dar a extensão ao depositário judicial, porque, em assim sendo, temos de revogar a Súmula nº 619. Então, é preciso saber concretamente se nós vamos ficar, como disse o eminente Ministro Marco Aurélio, "a cada dia a sua agonia", seguindo este caso que está aqui.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - O que diz a Súmula nº 619?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Diz exatamente que autoriza a prisão do depositário judicial infiel no mesmo processo.

Então me parece, com todo respeito, que nós devemos julgar esse caso confinado a este processo e, depois, examinar o

RE 466.343 / SP

outro. Agora, se for o caso de dar essa extensão, então nós temos de, nesta sessão, também, colher o voto relativo a este processo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Eu daria também essa extensão.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Para isso, eu sugiro a Vossa Excelência, então, que nós fizéssemos uma interrupção para o lanche e retornássemos e decidíssemos essa matéria.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Na sequência, há exatamente um *habeas corpus* que trata especificamente do depositário judicial.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu apóio esse ponto de vista.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Porque tem um **habeas corpus**. É isso que eu estou dizendo. Tem um **habeas corpus** específico sobre isso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Há um *habeas corpus*, na sequência, o de n. 92.566, que trata especificamente disso.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Por isso é que estou sugerindo.

03/12/2008

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhores Ministros.
Senhoras Ministras.

O Supremo Tribunal Federal acaba de proferir uma decisão histórica. O Brasil adere agora ao entendimento já adotado em diversos países no sentido da **supralegalidade** dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna.

Se tivermos em mente que o Estado constitucional contemporâneo é também um Estado cooperativo - identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais¹ -, se levarmos isso em consideração, podemos concluir que acabamos de dar um importante passo na proteção dos direitos humanos em nosso país e em nossa comunidade latino-americana.

Não podemos nos esquecer que o Brasil está inserido nesse contexto latino-americano, no qual estamos todos submetidos a uma ordem comunitária em matéria de direitos humanos; uma ordem positiva expressada na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), cuja proteção jurídica segue avançando a passos largos pelo profícuo trabalho realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

RE 466.343 / SP

Devemos caminhar juntos na construção de um direito constitucional latino-americano, no qual a proteção dos direitos seja um dever indeclinável de todos e cada um dos Estados.

Nesse contexto, diversos países latino-americanos já avançaram no sentido de sua inserção em contextos supranacionais, reservando aos tratados internacionais de direitos humanos lugar especial no ordenamento jurídico, algumas vezes concedendo-lhes valor normativo constitucional.

Assim, Paraguai (art. 9º da Constituição)² e Argentina (art. 75 inc. 24)³, inseriram conceitos de *supranacionalidade* em suas Constituições. No caso argentino, a Constituição traz expressa a supremacia das normas supranacionais na ordem jurídica interna.

Nos Estados Unidos Mexicanos, 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 locais⁴.

¹ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 75-77.

²Constituição do Paraguai, de 20.06.1992, artigo 9º: "A República do Paraguai, em condições de igualdade com outros Estados, admite uma ordem jurídica supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos, da paz, da justiça, da cooperação e do desenvolvimento político, econômico, social e cultural."

³A Constituição da Argentina, no inciso 24 do Artigo 75, estabelece que "Corresponde ao Congresso: aprovar tratados de integração que deleguem competências e jurisdição a organizações supraestatais em condições de reciprocidade e igualdade, e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos. As normas ditadas em sua consequência têm hierarquia superior às leis."

⁴ "Localización: Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, Abril de 2007, p. 6, tesis P. IX/2007, aislada, Constitucional.

Rubro: TRATADOS INTERNACIONALES SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

RE 466.343 / SP

No contexto europeu, a temática não é tratada de outra forma.

O mesmo tratamento hierárquico-normativo é dado aos tratados e convenções internacionais pela Constituição da França de 1958 (art. 55)⁵ e pela Constituição da Grécia de 1975 (art. 28)⁶.

É importante mencionar a abertura institucional a ordens supranacionais consagrada em diversos textos constitucionais europeus. Por exemplo: o Preâmbulo da Lei Fundamental de Bonn e art. 24, (I); o art. 11 da Constituição italiana⁷; os arts. 8º⁸ e 16º da

La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente debajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario 'pacta sunt servanda', contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, un responsabilidad de carácter internacional".

⁵ Art. 55 da Constituição da França de 1958: "Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie."

⁶ Art. 28 da Constituição da Grécia de 1975: "The generally recognized rules of international law and the international conventions after their ratification by law and their having been put into effect in accordance with their respective terms, shall constitute an integral part of Greek law and override any law provision to the contrary."

⁷ O art. 11 da Constituição italiana preceitua que a Itália "consente, em condições de reciprocidade com outros Estados, nas limitações de soberania necessárias a uma ordem asseguradora da paz e da justiça entre as Nações".

RE 466.343 / SP

Constituição portuguesa; e, por fim, os arts. 9º (2) e 96 (1) da Constituição espanhola¹⁰; dentre outros¹¹.

A jurisprudência das Cortes vem reconhecendo essa superioridade normativa da ordem jurídica internacional. O Prof. Malcolm Shaw anota os seguintes ordenamentos que prevêm a prevalência dos tratados internacionais sobre as leis internas: **França** (caso *Café Jacques Fabre*, *Cour de Cassation*, 16 *Common Market Law Review*, 1975); **Holanda** (*Nordstern Allgemeine Versicherung AG v. Vereinigte Stinees Rheinreedereien* 74, *International Law Review - ILR*); **Itália** (*Canadá v. Cargnello*, *Corte de Cassação Italiana*, 114 *ILR*); **Chipre** (*Malachtou v. Armefti and Armefti*, 88 *ILR*); e **Rússia** (art. 5º da Lei Federal Russa sobre Tratados Internacionais, adotada em 16 de Junho de 1995). [SHAW, Malcolm N. *International Law*. 5ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. pp. 151-162]

⁸ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 725-727. Dispõe o atual art. 8.º da Constituição da República Portuguesa (Quarta Revisão/1997): "Art. 8.º (direito internacional). 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internamente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos".

⁹ O art. 16, n.º 1 da Constituição Portuguesa preceitua que: "os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional". Ademais, o art. 16, n.º 2 aduz que: "os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem."

¹⁰ A Constituição espanhola, em seu art. 9 n.º 2, afirma que: "As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretarão de conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificados pela Espanha". Ademais, no art. 96, n.º 1, dita a regra de que: "os tratados internacionais, logo que publicados oficialmente na Espanha farão parte da ordem interna espanhola".

¹¹ Cf. FROWEIN, Jochen Abr. *Die Europäisierung des Verfassungsrechts*. In: BADURA, Peter e DREIER, Horst. *Festschrift des Bundesverfassungsgerichts*. Bd. I, 2001. pp. 209-210.

RE 466.343 / SP

Ressalte-se que no Reino Unido, desde 1972, assentou-se a prevalência não só das normas comunitárias, como da própria Convenção Européia sobre Direitos Humanos sobre o ordenamento interno ordinário, confirmado pela *House of Lords* no famoso caso *Factortame Ltd. V. Secretary of State for Transport* (93 ILR, p. 652).

Assim, também o Reino Unido vem dando mostras de uma verdadeira revisão de conceitos. O Parlamento já não mais se mostra um soberano absoluto. O "*European Communities Act*", de 1972, atribuiu ao direito comunitário europeu hierarquia superior em face de leis formais aprovadas pelo Parlamento¹².

Ressalte-se, ainda, que em diversos países os tratados internacionais são utilizados como parâmetro de controle de leis internas. Nesse sentido, o Prof. Christian Tomuschat relata a experiência singular da Bélgica, Luxemburgo e Holanda que admitiam o controle de leis ordinárias internas pelo disposto na Convenção Européia de Direito Humanos (CEDH) antes de possibilitar o próprio controle de constitucionalidade.

Interessante notar que, até hoje, a Finlândia não possui uma Corte Constitucional, nem os juízes estão autorizados a realizar o controle de constitucionalidade das leis, mas a CEDH pode obstar a aplicação das leis internas [TOMUSCHAT, Christian. "Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte" in BADURA & DREIER. *Festschrift 50 Jahre*

¹² TOMUSCHAT, Christian. *Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte*, in Peter Badura e Horst Dreier (org.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2001, Tübingen, Mohr-Siebeck, v. 1, p. 249.

RE 466.343 / SP

Bundesverfassungsgericht. 1º vol. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. p. 247-249].

Na Grécia e na Áustria, a Convenção Européia de Direitos Humanos tem *status* constitucional, enquanto na Alemanha esse tratado possui, na prática, prioridade em face do direito interno (*faktischen Vorrang der EMRK vor deutschen Recht*) [STREINZ, Rudolf. *Europarecht*. 7ª ed. Heidelberg: Muller Verlag, 2005. Rn 73-75 p. 29-30]. Assim está expresso no art. 25 da Constituição alemã: "as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional".

É preciso lembrar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, por longo tempo, adotou a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional.

Sob a Constituição de 1891, este Tribunal reconheceu o primado dos tratados internacionais em face de legislação interna posterior. Emblemático, nesse aspecto, é o julgamento da Extradicação nº 7, Rel. Min. Canuto Saraiva, ocorrido em 7.1.1914, em que se anulou julgamento anterior para afastar a aplicação dos requisitos para extradicação da Lei nº 2.416, de 28.6.1911 em proveito do tratado de extradicação entre os governos do Brasil e do Império Alemão, de 17.9.1877 (cf. RODRIGUES, Manoel Coelho. *A Extradicação no Direito Brasileiro e na Legislação Comparada*. Tomo III, Anexo B. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931. p. 75/78).

Além disso, a preponderância das normas internacionais sobre normas internas infraconstitucionais já foi admitida por este STF na vigência da Constituição de 1937, nos termos da Apelação

RE 466.343 / SP

Cível 7.872/RS, Rel. Min. Philadelpho de Azevedo, julgada em 11.10.1943.

Na oportunidade, a Corte manteve afastada a aplicação do imposto adicional de 10% criado pelo Decreto nº 24.343, de 5.6.1934, em privilégio das disposições de tratado entre o Brasil e o Uruguai, firmado em 25.8.1933 e promulgado pelo Decreto nº 23.710, de 9.1.1934.

O eminente relator - que pouco depois seria nomeado Juiz da Corte Internacional de Justiça em Haia - apreciou exaustivamente a questão, em brilhante e minucioso voto, concluindo:

"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, com o conhecido pelo nome Bustamante (voto in Direito, vol. 8, pgs. 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 lei 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 país 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 ser 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; proclama-o até o art. 10 da Convenção sobre Tratados, assinada na 6ª Conferência Americana de Havana, e entre nós promulgada pelo Decreto 18.956, de 22 de outubro de 1929, embora não o havendo feito, até 1938, o Uruguai, também seu signatário.

Esse era, aliás, o princípio já codificado por EPITÁCIO PESSOA que estendia ainda a vinculação ao que, perante a equidade, os costumes e os princípios de direito internacional, pudesse ser considerado como tendo estado na intenção dos pactuantes (Código, art. 208); nenhuma das partes se exoneraria e assim isoladamente (art. 210) podendo apenas fazer denúncia, segundo o combinado ou de acordo com a cláusula rebus sic stantibus subentendia, aliás, na ausência de prazo determinado.

Clóvis Beviláqua também não se afastou desses princípios universais e eternos, acentuando quão fielmente devem ser executados os tratados, não alteráveis unilateralmente e interpretados segundo a equidade, a boa fé e o próprio sistema dos mesmos (D.T. Público, vol. 2, pgs. 31 e 32).

Igualmente Hildebrando Acioli, em seu precioso Tratado de Direito Internacional, acentua os mesmos postulados, ainda quando o tratado se incorpora à lei interna e enseja a formação de direitos subjetivos (vol. 2, § 1.309).

É certo que, em caso de dúvida, qualquer limitação de soberania deva ser interpretada restritamente (Acioli, p. cit. § 1.341 nº 13), o que levou Bas Devant, Gastón Jezu e Nicolas Politis a subscreverem parecer favorável à Tchecoslováquia, quanto à desapropriação de latifúndios, ainda que pertencentes a alemães, que invocavam o Tratado de Versalhes (les traités de paix, ont-ils limité la compétence législative de certains états? Paris, 1.927); em contrário, a Alemanha teve de revogar, em homenagem àquele pacto, o art. 61 da Constituição de Weimar que conferia à Áustria o direito de se representar no Reichstag. Sem embargo, a Convenção de Havana já aludida, assentou que os tratados continuarão a produzir seus efeitos, ainda quando se modifique a constituição interna do Estado, salvo caso de impossibilidade, em que serão eles adaptados às novas condições (art. 11)." (Apelação Cível nº 7.872/RS, Rel. Min. Philadelpho de Azevedo, julgada em 11.10.1943).

RE 466.343 / SP

Sob a égide da Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal confirmou esse entendimento nos autos da Apelação Cível 9.587/RS, Rel. Min. Lafayette de Andrada, julgada em 21.8.1951, aplicando tratamento tributário previsto no "Tratado de Comércio entre os Estados Unidos do Brasil e os Estados Unidos da América", firmado em 2.2.1935 e promulgado por meio do Decreto 542 de 21.12.1935, em detrimento das disposições do Decreto-Lei nº 7.404, de 22.3.1945. Na ocasião, assentou o voto condutor desse aresto:

"A controvérsia girou sobre a prevalência de tratado da União com Estados estrangeiros.

Nego provimento à apelação. A sentença bem apreciou a hipótese dos autos.

Realmente não pode ter aplicação a autora os dispositivos do dec.-lei 7.404 de 1942 porque há um Tratado entre o Brasil e os Estados Unidos da América do Norte e Inglaterra, pelo qual o Imposto de consumo deveria ser cobrado de acordo com o regulamento vigente à época de sua promulgação.

Está expresso no art. 7º do referido Tratado que os países signatários não podem elevar 'as taxas, custas, exações ou encargos internos nacionais, ou federais que sejam diferentes ou mais elevados do que o estabelecido ou previstos, respectivamente, nas leis dos Estados Unidos da América, em vigor no dia da assinatura do Tratado.'

Portanto, as leis posteriores que alteram a vigorante naquela oportunidade ficam sem aplicação nos produtos importados nos países signatários dessa convenção.

(...)

Já sustentei, ao proferir voto nos embargos na apelação cível 9.583, de 22 de junho de 1950, que os tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitos às leis gerais de cada país, porque, em regra, visam justamente à exclusão dessas mesmas leis.

(...)

Sem dúvida que o tratado revoga as leis que lhe são anteriores, mas não pode ser revogado pelas leis posteriores, se estas não se referirem expressamente a essa revogação ou se não denunciarem o tratado.

A meu ver, por isso, uma simples lei que dispõe sobre imposto de consumo não tem força para alterar os termos de um tratado internacional." (Apelação Cível nº 9.587/RS, Rel. Min. Lafayette de Andrada, julgada em 21.8.1951).

Nesse contexto, foi editado o Código Tributário Nacional, em 25.10.1966, prevendo explicitamente a preponderância dos tratados sobre normas infraconstitucionais internas em matéria tributária:

"Art. 98. Os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevenha."

Na vigência da Carta de 1967, com redação dada pela EC nº 1/69, por sua vez, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, acolhendo clara concepção monista, decidiu que os tratados internacionais, de forma geral, "têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificam a legislação interna" (RE 71.154/PR, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, julgado em 4.8.1971, DJ 25.8.1971).

Além disso, com base no art. 98 do CTN, o Plenário aprovou, em 15.12.1976, a Súmula nº 575/STF, que assenta: "à mercadoria importada de País Signatário do GATT, ou membro da ALALC, estende-se a isenção do imposto de circulação de mercadorias concedida a similar nacional" (DJ 3.1.1977).

Não se pode ignorar que os acordos internacionais demandam um extenso e cuidadoso processo de negociação, de modo a conciliar interesses e concluir instrumento que atinja os objetivos de cada Estado, com o menor custo possível.

Essa complexa cooperação internacional é garantida essencialmente pelo *pacta sunt servanda*. No atual contexto da globalização, o professor Mosche Hirsch, empregando a célebre Teoria dos Jogos (*Game Theory*) e o modelo da Decisão Racional (*Rational Choice*), destaca que a crescente intensificação (i) das relações internacionais; (ii) da interdependência entre as nações, (iii) das alternativas de retaliação; (iv) da celeridade e acesso a informações confiáveis, inclusive sobre o cumprimento por cada

Estado dos termos dos tratados; e (v) do retorno dos efeitos negativos (*rebounded externalities*) aumentam o impacto do desrespeito aos tratados e privilegiam o devido cumprimento de suas disposições (HIRSCH, Moshe. "Compliance with International Norms" in *The Impact of International Law on International Cooperation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 184-188).

Tanto quanto possível, o Estado Constitucional Cooperativo demanda a manutenção da boa-fé e da segurança dos compromissos internacionais, ainda que em face da legislação infraconstitucional, pois seu descumprimento coloca em risco os benefícios de cooperação cuidadosamente articulada no cenário internacional.

Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite às entidades federativas internas do Estado brasileiro o descumprimento unilateral de acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o 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".

Ainda que a mencionada convenção ainda não tenha sido ratificada pelo Brasil, é inegável que ela codificou princípios exigidos como costume internacional, como decidiu a Corte Internacional de Justiça no caso Namíbia [*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namíbia (South West África) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), First Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, p. 16, §§ 94-95*].

A propósito, defendendo a interpretação da constituição alemã pela prevalência do direito internacional sobre as normas infraconstitucionais, acentua o professor Klaus Vogel que "de forma

crescente, prevalece internacionalmente a noção de que as leis que contrariam tratados internacionais devem ser inconstitucionais e, conseqüentemente, nulas" (*Zunehmend setzt sich international die Auffassung durch, dass Gesetze, die gegen völkerrechtliche Verträge verstoßen, verfassungswidrig und daher nichtig sein sollte*) (VOGEL, Klaus. "Einleitung" Rz. 204-205 in VOGEL, Klaus & LEHNER, Moris. *Doppelbesteuerungsabkommen*. 4ª ed. München: Beck, 2003. p. 137-138)

Portanto, parece evidente que a possibilidade de afastar a aplicação de normas internacionais por meio de legislação ordinária (*treaty override*), inclusive no âmbito estadual e municipal, está defasada com relação às exigências de cooperação, boa-fé e estabilidade do atual cenário internacional e, sem sombra de dúvidas, precisa ser revista por essa Corte.

O texto constitucional admite a preponderância das normas internacionais sobre normas infraconstitucionais e claramente remete o intérprete para realidades normativas diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público.

Refiro-me aos arts. 4º, parágrafo único, e 5º, parágrafos 2º, 3º e 4º, da Constituição Federal, que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional

Além desses dispositivos, o entendimento de predomínio dos tratados internacionais em nenhum aspecto conflita com os arts. 2º, 5º, II e § 2º, 49, I, 84, VIII, da Constituição Federal.

Especificamente, os arts. 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal, repetidos com redação similar desde a

Constituição de 1891 (respectivamente arts. 34, 12º; e 48, 16º da CF/1891), não demandam a paridade entre leis ordinária e convenções internacionais. Ao contrário, indicam a existência de normas infraconstitucionais autônomas que não precisam ser perfiladas a outras espécies de normativos internos.

Na realidade, os mencionados dispositivos não tratam da mera *incorporação*, no plano interno, mas da própria criação das normas internacionais.

Com efeito, no plano internacional, é essencial que os Estados-partes tenham a intenção de criar obrigações legais entre elas mediante seu acordo, daí a imprescindibilidade do consentimento para a norma internacional. (cf. SHAW, Malcom. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 812).

No Brasil, o consentimento materializa-se na ratificação pelo Presidente da República (art. 84, VIII, da CF/1988), precedida pela aprovação do texto do tratado pelo Congresso Nacional (art. 49, I, da CF/1988).

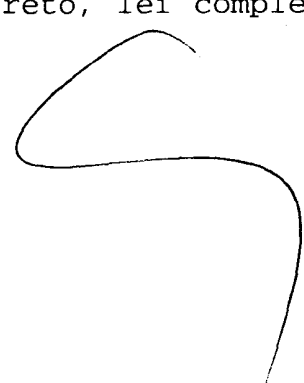
A aprovação pelo Congresso Nacional e a ratificação pelo Presidente da República constituem regras de importância fundamental para a validade das normas tanto no plano internacional quanto no plano interno.

Em outras palavras, a República Federativa do Brasil, como sujeito de direito público externo, não pode assumir obrigações, nem criar normas jurídicas internacionais, à revelia da Carta Magna, mas deve observar suas disposições e requisitos fundamentais para vincular-se em obrigações de direito internacional.

Destaque-se que a aprovação do texto do tratado e a ratificação pelo Presidente da República são necessários, porém não suficientes à existência da norma internacional. Daí que a inaplicabilidade de disposições previstas em acordo internacional aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Executivo é possível, tanto no âmbito interno quanto internacional, no caso de ausência de ratificação pelo outro Estado-parte ou de não consubstanciada alguma outra condição prevista.

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 25.8.1971 - 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.

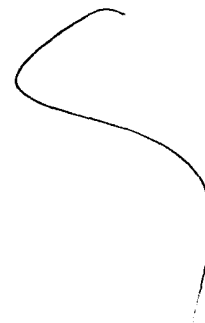


Na verdade, a equiparação absoluta entre tratados internacionais e leis ordinárias federais procura enquadrar as normas internacionais em atos normativos internos, o que não tem qualquer sustentação na estrutura constitucional. Constitui "solução simplista" à complexa questão da aplicação das normas internacionais, conforme já apontara o saudoso Min. Philadelpho de Azevedo no julgamento de 11.10.1943 (Apelação Cível nº 7.872/RS).

Como exposto, o tratado internacional não necessita ser aplicado na estrutura de outro normativo interno nem ter *status* paritário com qualquer deles, pois tem assento próprio na Carta Magna, com requisitos materiais e formais peculiares.

Dessa forma, à luz dos atuais elementos de integração e abertura do Estado à cooperação internacional, tutelados no texto constitucional, o entendimento que privilegie a boa-fé e a segurança dos pactos internacionais revela-se mais fiel à Carta Magna.

Com essas considerações finais, a título de adendo às razões anteriormente expendidas, ratifico o voto no sentido do desprovimento do recurso.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO

RECTE.(S): BANCO BRADESCO S/A

ADV.(A/S): VERA LÚCIA B. DE ALBUQUERQUE E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): LUCIANO CARDOSO SANTOS

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

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

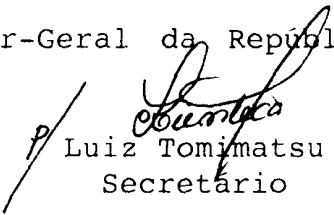
Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Celso de Mello, negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 12.03.2008.

Decisão: O Tribunal, por votação unânime, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes, em assentada anterior. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 03.12.2008.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco

Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


p/ Luiz Tomimatsu
Secretário