

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

A PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL À LUZ DA EMENDA
CONSTITUCIONAL Nº45/2004

GEORGIA STUMPF DUARTE DE CARVALHO

RIO DE JANEIRO
2008

GEORGIA STUMPF DUARTE DE CARVALHO

A PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL À LUZ DA EMENDA
CONSTITUCIONAL Nº45/2004

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Vanessa Oliveira Batista

RIO DE JANEIRO

2008

Carvalho, Georgia Stumpf Duarte de.
A prisão do depositário infiel à luz da Emenda Constitucional nº45/2004/
Georgia Stumpf Duarte de Carvalho – 2008.
86 f.

Orientadora: Vanessa Oliveira Batista.
Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 84-86

1. Direitos Humanos – Monografias. 2. O Depositário Infiel I. Batista, Vanessa Oliveira. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título

CDD 341.272

GEORGIA STUMPF DUARTE DE CARVALHO

A PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL À LUZ DA EMENDA
CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Vanessa Oliveira Batista – Presidente da Banca Examinadora

Profa. Dra. da Universidade Federal do Rio de Janeiro - Orientadora

2º Examinador

3º Examinador

Agradeço aos meus pais, pelo amor incondicional e pela incansável dedicação.

Ao meu irmão, pela sua eterna amizade.

Ao meu namorado, por sua compreensão, amor e carinho.

Aos meus amigos por estarem presentes em todos os momentos importantes da minha vida.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Professora Dra. Vanessa Oliveira Batista, pela atenção dispensada, pela dedicação, pelos conselhos sempre úteis e por instigar a minha busca pelo conhecimento.

RESUMO

CARVALHO, G.S.D.de A prisão do depositário infiel à luz da Emenda Constitucional nº 45/2004. 2008. f. 86. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A constitucionalidade da prisão do depositário infiel tem sido objeto de controvérsia por parte da doutrina e da jurisprudência, principalmente após a ratificação do Pacto de São José da Costa Rica e o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004. Discute-se qual seria o tratamento dado aos tratados internacionais de direitos humanos quando incorporados à nossa Constituição. O Pacto de São José da Costa Rica proíbe a prisão por dívidas, exceto a do devedor de alimentos. Por outro lado, a nossa Constituição permite esta prisão. Sendo assim, qual norma deveria ser aplicada? Ao longo deste estudo, nós analisamos esta prisão à luz dos direitos humanos e dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e percebemos o quanto essa prisão viola o princípio da dignidade da pessoa humana, já que restringe um dos bens mais valiosos do indivíduo: a sua dignidade. Quando realizamos um juízo de ponderação entre dois bens jurídicos, nós devemos priorizar àquele mais valioso. No caso do depositário infiel, os dois bens jurídicos são: o patrimônio do credor e a liberdade do devedor. Parece-nos razoável e humano que a liberdade do devedor deva prevalecer, em função da importância desse bem jurídico para a dignidade do ser humano.

Palavras-chave: Depositário infiel; Direitos Humanos; Pacto de São José da Costa Rica; Emenda Constitucional nº 45/2004.

ABSTRACT

CARVALHO, G.S.D.de. A prisão do depositário infiel à luz da Emenda Constitucional nº 45/2004. 2008. f. 86. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The constitutionality of the arrest of the unfaithful depositary has been object of controversy for part of the doctrine and the jurisprudence, mainly after the ratification of the Pact of San Jose da Costa Rica and the advent of the Constitutional Amendment nº 45/2004. Which is argued would be the treatment given to the international treated ones to human rights when incorporated to our Constitution. The Pact of San Jose da Costa Rica forbids the arrest for debts, except the one of the payer of alimony. On the other hand, our Constitution allows this arrest. Being thus, which norm would have to be applied? Throughout this study, we analyze this arrest to the light of the human rights and the treated ones international of human rights ratified by Brazil and we perceive how much this arrest violates the beginning of the dignity of the person human being, since it restricts one of the goods most valuable of the individual: its dignity. When we carry through a judgment of balance between two legal goods, we must prioritize to that most valuable one. In the case of the unfaithful depositary, the two legal goods are: the patrimony of the creditor and the freedom of the debtor. In them he seems reasonable and human that the freedom of the debtor must prevail, in function of the importance of the legally protected interest for the dignity of the human being.

Key-words: Unfaithful depositary; Human rights; Pact of San Jose da Costa Rica; Constitutional Amendment nº 45/2004

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 CONTRATO DE DEPÓSITO E ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS.....	11
2.1 Considerações iniciais.....	11
2.2 . Conceito e características do contrato de depósito.....	11
2.3 Peculiaridades da alienação fiduciária em garantia.....	21
3 OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.....	29
3.1 Conceito de direitos humanos.....	29
3.2 Conceito e características dos tratados internacionais de direitos humanos.....	35
3.3 A incorporação de tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.....	43
4 O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº45/2004.....	47
4.1 A prisão civil do depositário infiel.....	47
4.2 Posição da doutrina e do Supremo Tribunal Federal.....	50
4.3 Dúvidas trazidas pela EC nº 45.....	68
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	74
REFERÊNCIAS.....	78

1 INTRODUÇÃO

Esta monografia se propõe a estudar a prisão civil do depositário infiel à luz da Emenda Constitucional nº45 e do Pacto de San José da Costa Rica ratificado pelo Brasil.

A Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, LXVII que não haverá prisão civil por dívidas, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. Como podemos perceber, o nosso ordenamento jurídico prevê a possibilidade da prisão do depositário infiel.

Por outro lado, o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, incorporando-a na nossa legislação através do Decreto 678 de 06/10/1992. Esse Pacto, em seu artigo 7º, §7º, proíbe a prisão por dívidas, prevendo apenas exceção para o devedor de pensão alimentícia. Não há qualquer previsão em relação à prisão civil do depositário infiel.

Com a aprovação da Emenda Constitucional (EC) 45/2004 foi acrescentado o §3º do artigo 5º da Constituição Federal que passou a prever a possibilidade de Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos ingressarem na ordem jurídica interna com *status* diferenciado, equivalente às emendas constitucionais, se preenchidos certos requisitos. Com isso, surgiu uma indagação: seria possível a prisão do depositário infiel frente ao Pacto de São José da Costa Rica? Não teria esse tratado *status* constitucional? Ou apenas seria uma norma infraconstitucional?

Diante desse aparente conflito de normas, surgiu uma grande discussão na doutrina e na jurisprudência sobre a constitucionalidade dessa prisão. Muito se debateu a respeito do *status* atribuídos aos tratados internacionais de direitos humanos com o advento da Emenda Constitucional nº 45. Com isso, surgiram quatro correntes principais acerca do tema.

A primeira corrente, defendida por Celso Duvivier de Albuquerque de Mello, entende que os tratados de direitos humanos possuem natureza supraconstitucional. Esta posição foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal até a década de 1970 que sustentava a prevalência do direito internacional sobre o direito interno.

Já a segunda vertente entende que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia constitucional de acordo com o exposto no §2º do artigo 5º da Constituição que dizia: “§2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Esse é o entendimento de autores como Cançado Trindade e Flávia Piovesan.

A terceira corrente confere natureza supralegal e infraconstitucional aos tratados sobre direitos humanos. Ela se baseia no direito comparado como, por exemplo, na Constituição Alemã.

O quarto posicionamento é mais conservador e prevalece atualmente na jurisprudência da Suprema Corte. Essa corrente atribui *status* de lei ordinária a tratados internacionais em geral, não fazendo diferença entre àqueles que versam sobre direitos humanos.

Como podemos notar, esse é um tema que gera muita polêmica e discussão na doutrina e na jurisprudência sendo objeto de perplexidade jurídica. Diante do conflito entre o Pacto de São José da Costa Rica e a norma constitucional, qual deve prevalecer? Essa resposta nós iremos buscar ao longo desta monografia.

Esse tema é de suma importância para entendermos o processo de internacionalização dos Direitos Humanos e sua influência no ordenamento jurídico brasileiro; estudarmos a prisão do depositário infiel na nossa atual sistemática jurídica e as principais correntes doutrinárias; analisarmos a relevância do cumprimento dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil para a efetivação do Estado Democrático de Direito.

Diante desse tema, podemos levantar uma indagação que será analisada no decorrer desta monografia: Seria razoável e constitucional a prisão civil do depositário infiel diante da prevalência dos direitos humanos em nosso ordenamento jurídico? Essa questão será analisada levando-se em consideração os dispositivos legais, as correntes doutrinárias e os princípios humanísticos.

Perante a discussão doutrinária acerca da constitucionalidade ou não da prisão civil do depositário infiel, tem-se como objetivo analisar a prisão civil do depositário infiel em face à proteção dos direitos humanos; verificar a situação do depositário infiel no atual ordenamento jurídico brasileiro; analisar a influência dos tratados internacionais na legislação pátria (como, por exemplo, o Pacto de San José da Costa Rica) após o advento da EC 45/2004.

Pretende-se, *a priori*, analisar os institutos do contrato de depósito e da alienação fiduciária em garantia, com o objetivo de diferenciá-los, já que por muito tempo eles foram erroneamente equiparados por lei ordinária. Essa equiparação fez com que o credor-fiduciante pudesse lançar mão do instrumento processual da prisão civil como meio de forçar o devedor-fiduciário a adimplir a sua obrigação.

No segundo capítulo nós iremos estudar o conceito de Direitos Humanos, suas características e peculiaridades, com o escopo de demonstrar a sua real importância frente ao processo de internacionalização da proteção desses direitos. Também iremos ressaltar a importância da observância do princípio da dignidade da pessoa humana para a construção do

Estado Democrático de Direito. Além disso, iremos realizar um estudo sobre o processo de formação dos tratados internacionais de direitos humanos e o processo de incorporação dos mesmos no ordenamento jurídico brasileiro.

No terceiro e último capítulo, nós confrontaremos o Pacto de São José da Costa Rica e a Emenda Constitucional nº 45 para verificarmos a constitucionalidade da prisão do depositário infiel. Ademais, realizaremos uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial acerca de qual status deveria ser atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Por fim, nós iremos analisar as dúvidas geradas pela Emenda Constitucional nº 45, tais como: Qual status deve ser conferido aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da referida Emenda? Essas e outras indagações serão ventiladas nesse capítulo.

Com esse tema, pretendemos abrir os olhos da comunidade jurídica para a real importância de se proteger os direitos humanos seja em âmbito nacional ou internacional. A questão do depositário infiel envolve várias discussões doutrinárias e jurisprudenciais o que enriquece o debate. Concluir se é constitucional ou não essa prisão, será o nosso desafio.

Buscamos, nos vários entendimentos doutrinários e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o nosso referencial teórico-metodológico, assim como na interpretação dos tratados internacionais como a Convenção de Viena e o Pacto de São José da Costa Rica.

Concluídas as considerações iniciais, passaremos para o estudo do primeiro capítulo, que trata do contrato de depósito e da alienação fiduciária em garantia, com o objetivo de defini-los e diferenciá-los.

2 CONTRATO DE DEPÓSITO E ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

2.1 Considerações iniciais

Neste capítulo, ao introduzirmos o tema do contrato de depósito e da alienação fiduciária em garantia, pretendemos diferenciar esses dois institutos que têm sido equiparados por lei ordinária, gerando grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência acerca da prisão do depositário infiel.

É muito importante que haja essa diferenciação entre os institutos, para que não haja uma interpretação extensiva da norma da Constituição que prevê a possibilidade dessa prisão. O termo depositário infiel não deve ser entendido como sinônimo de alienação fiduciária em garantia, já que esta possui características próprias, como veremos mais adiante.

Sendo assim, iniciaremos o nosso estudo com o conceito e as características do contrato de depósito e posteriormente analisaremos a alienação fiduciária em garantia.

2.2 Conceito e características do contrato de depósito

Segundo o exposto no art.627 do Código Civil Brasileiro (CCB), o depósito é o contrato pelo qual uma das partes (depositário) recebendo de outra (depositante) uma coisa móvel, se obriga a guardá-la, temporariamente, para restituí-la no momento ajustado, ou quando for reclamada pelo depositante. A palavra depositário é originária do vocábulo latim *deponere* e significa pessoa a quem se entrega ou a quem se confia alguma coisa, em depósito.

Para o civilista Caio Mário da Silva Pereira é o contrato pelo qual uma pessoa recebe um objeto móvel para guardar, até que o depositante o reclame.¹

O contrato de depósito é um negócio jurídico, ou seja, só existe quando há convergência de duas ou mais vontades exteriorizadas de forma espontânea. A vontade só produz efeitos a partir do momento em que ela é exteriorizada e a partir deste momento havendo encontro de vontades nascerá o contrato.

O contrato de depósito é um contrato unilateral. É contrato porque exige mútuo consentimento, no entanto é unilateral por gerar obrigações apenas para o depositário.

¹ PEREIRA, Caio mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2005. v.3.p . 359.

Segundo o Código Civil Brasileiro são características do depósito: a) a entrega da coisa pelo depositante ao depositário; b) a natureza móvel do bem depositado; c) a entrega da coisa para o fim de ser guardada; d) a restituição da coisa quando reclamada pelo depositante; e) a temporariedade e gratuidade do depósito.

A necessidade da entrega da coisa ao depositário pelo depositante atribui ao depósito a natureza de contrato real. A tradição da coisa depositada é essencial ao aperfeiçoamento do contrato, salvo, quando a coisa já estiver em poder do depositário.

No contrato de depósito a guarda da coisa é essencial. A custódia do bem é o fim primordial do contrato (até que a coisa guardada seja requerida pelo depositante), ao contrário do que ocorre por exemplo, no mandato, no comodato, na locação, entre outros em que esta custódia tem caráter subsidiário.

Nessas hipóteses a guarda do bem móvel advém de um outro contrato perfeito e acabado que não o de depósito. No comodato, por exemplo, o comodatário recebe a coisa para usá-la e não para guardá-la, como ocorre no contrato de depósito.

A restituição da coisa é elemento moral do contrato, cuja inobservância pode acarretar sanções civis e penais ao depositário.

Outra característica deste contrato é a gratuidade que decorre do art. 628 do CC: “O contrato de depósito é gratuito, exceto se houver convenção em contrário, se resultante de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão”.

O contrato de depósito é por natureza gratuito, mas poderá ser oneroso se estipulado pelas partes. Essa presunção de gratuidade deixará de existir se o depósito resultar de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão. Por outro lado, o depositante é obrigado a pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa depositada, bem como ressarcí-lo dos eventuais prejuízos oriundos do depósito (art. 643), sob pena de retenção da coisa depositada (art. 644).

No Direito Romano a gratuidade era característica da essência do contrato de depósito, tornando-se locação caso houvesse um pagamento. Já no Direito Moderno embora conserve como sua característica essencial a gratuidade, admite-se a retribuição, ou seja, há a possibilidade desse contrato ser oneroso.

Se o depósito for oneroso e a retribuição do depositário não tiver previsão legal nem resultar de ajuste, será determinado pelo uso e costumes do local ou na falta deste, por arbitramento.

Podemos ainda acrescentar a infungibilidade da coisa móvel depositada como elemento essencial desse contrato. De acordo com o art. 645 do Código Civil, o depósito de coisas

móveis fungíveis, em que o depositário se obriga a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade, regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo.

Também devemos lembrar que não existe depósito perpétuo, logo há um prazo para que a coisa guardada seja restituída. Sendo assim, o contrato de depósito é temporário. O depositário deve apenas guardar a coisa que lhe foi confiada e ao final do contrato, tem a obrigação de restituí-la.

Em nosso direito temos três espécies de depósito. A primeira é o depósito civil, previsto nos arts. 627 e ss do CCB, a segunda é o depósito mercantil, comercial, que é aquele realizado pelo comerciante, ou ainda aquele proveniente de negócio relativo ao comércio (art.628 do CCB), que tem como uma das suas modalidades o depósito bancário, e por último temos o depósito judicial, ou seja, aquele que surge de uma determinação do Poder Judiciário através de mandado, como por exemplo, no seqüestro (arts. 824 e ss do CPC), na penhora (art. 666, III, do CPC).

Neste trabalho, objetiva-se a análise apenas do depósito civil, não tendo como objetivo principal tecer considerações acerca das demais espécies.

O depósito civil divide-se em voluntário e necessário. Será voluntário quando for proveniente da livre convenção das partes caracterizando-se como um contrato formal, por depender de prova por escrito. Trata-se de negócio baseado na confiança. Ao depósito voluntário são aplicadas as regras dos arts. 627 a 624 do Código Civil. Através dessa modalidade, o depositante escolhe o depositário e lhe confia a guarda de algum bem móvel para que este o restitua, quando solicitado.

Como ensina Silvio Rodrigues: “trata-se de contrato real, não solene, unilateral, gratuito e feito *intuito personae*”.²

Por outro lado, o depósito necessário ou obrigatório se perfaz em regra independentemente da vontade dos interessados. Essa modalidade de depósito é regulada pelos arts. 647 a 652 do Código Civil (CC). Diferentemente do depósito voluntário, não se trata de negócio fundado na confiança, já que o depositante não pode escolher livremente a pessoa do depositário, ele é impelido pelas circunstâncias a realizar o depósito com pessoas cujas qualidades desconhece.

O art.647 do Código Civil prevê duas hipóteses de depósito necessário: I- o depósito que se realiza em desempenho de obrigação legal; II- o que se efetua por ocasião de alguma calamidade, como o incêndio, a inundação, o naufrágio ou o saque.

² RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 30.ed.São Paulo.ed. Saraiva. 2004.v.3. p.273.

A primeira espécie é denominada depósito legal, por ser efetuado em decorrência de obrigação imposta pela lei (depósito legal), já a segunda é chamada de depósito miserável, ou depósito necessário propriamente dito, caracterizado pela urgência e ausência de voluntariedade na escolha do depositário.

Para Sílvio Rodrigues:

(...) é o feito por ocasião de uma calamidade, que deixando a pessoa ao desabrigo, impõe-lhe a necessidade de se socorrer da primeira pessoa que aceite, para com ela depositar os bens que porventura salvou.³

Sendo assim, essa espécie de depósito mais se assemelha a prestação de serviços que do depósito tradicional e por isso, não se presume gratuito (CCB, art.651).

Além disso, o depósito miserável dispensa prova escrita para demonstrar sua exigência, logo, pode-se utilizar de prova exclusivamente testemunhal, qualquer que seja o seu valor. Neste caso, podemos notar uma preocupação do legislador em tutelar o depositante.

Existe ainda o depósito hoteleiro ou hospedeiro previsto no art. 649 do CC, que são equiparados ao depósito necessário (Parágrafo único do art. 649). Esse artigo equipara a guarda das bagagens dos viajantes, hóspedes ou fregueses, nas hospedarias, estalagens ou casas de pensões, onde eles estiverem, ao depósito necessário, já que não pode o depositante escolher o depositário.

No depósito irregular, dito como modalidade de depósito voluntário, pode haver depósito de coisa fungível ou substituível, e o depositário pode alienar esse bem que ele recebeu, desde que este devolva igual quantidade e qualidade quando requerido pelo depositante. Desta forma, não podemos afirmar que existem as obrigações de guarda e conservação neste caso. Essa hipótese de depósito de coisa fungível foi admitida pelo legislador no art. 645, antigo art. 1.280 do CC, que determinou que sejam-lhe aplicadas as regras acerca do mútuo. No caso do depósito bancário, por exemplo, há a desvirtuação da natureza do instituto, logo deve ser regulado pelas regras do mútuo.

Este depósito é chamado pela doutrina de irregular porque o depositário não precisa devolver exatamente a coisa que lhe foi confiada, podendo devolver coisas da mesma espécie, qualidade e quantidade. Esse tipo de contrato, na prática, tem como objeto dinheiro, e por isso a lei o compara ao mútuo. Através deste contrato, o proprietário detém a propriedade da coisa dada em depósito e assim, também assume os riscos por sua deterioração.

O contrato de depósito possui requisitos subjetivos e objetivos a serem observados. O primeiro requisito subjetivo é a entrega e o recebimento de coisa para guarda. O depósito

³ RODRIGUES, Sílvio. ob.cit. p. 281

ocorre quando uma pessoa recebe de outrem uma coisa para guardar. Desta forma, se as partes contratantes manifestarem a sua vontade no intuito de uma entregar a outra coisa móvel para que a outra assuma a obrigação de guardá-la teremos o contrato de depósito. É importante salientar que só haverá contrato de depósito se o depositário assumir a obrigação de custodiar o bem, a mera permissão de deixar o bem não é suficiente para caracterizá-lo.⁴

Quando o depósito não decorre da lei, é necessário que o contratante manifeste o *animus* de receber a coisa dada em depósito. Para Silvio Salvo Venosa não existiria manifestação de vontade do depositário, por exemplo, no guarda-chuva que se deixa na sala de espera de um consultório, nem na bolsa em que se coloca sobre a cadeira de um restaurante. Haveria depósito, entretanto, se o preposto do restaurante recebesse a coisa com a única finalidade de guardá-la durante a permanência do consumidor no local.⁵

O segundo requisito subjetivo é a capacidade das partes, ou seja, as partes (depositante e depositário) precisam possuir aptidão para a prática dos atos da vida civil. Essa é a capacidade de fato ou de exercício.

Em relação aos requisitos objetivos; o contrato de depósito deve ter como objeto uma coisa móvel corpórea também em regra infungível, ressalvada a exceção prevista no art.645 que prevê a hipótese do depósito irregular (depósito de bens fungíveis) e também o caso do depósito de imóveis como na hipótese do seqüestro (depósito judicial).

O depósito voluntário não é solene, no entanto o art. 646 do Código Civil determina que a sua prova se faz por escrito. Essa exigência é, portanto, uma forma *ad probationem*, que só é dispensável nos depósitos necessários (miseráveis).⁶

Em regra, no contrato de depósito o depositário não pode usar a coisa depositada, assim como também não deve dá-la em depósito a outrem, salvo se isso for convencionado entre as partes, de acordo com o art. 640 do Código Civil. Mesmo que o depositante autorize o depositário a transferir a coisa para terceiro, tal providência poderá lhe imputar a responsabilidade por culpa *in eligendo* em consonância ao parágrafo único do mesmo artigo.

Entretanto, em algumas espécies de depósito o uso da coisa depositada é da própria natureza do negócio, como por exemplo, nos casos dos depósitos bancários que são regidos pelas normas relativas ao mútuo, já que se trata de depósito de coisa fungível. Por outro lado,

⁴ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Prisão Civil e os Direitos Humanos**. São Paulo: RT, 2004. p.31

⁵ VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil: contratos em espécie**. São Paulo: Atlas, 2006. p.248

⁶ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *op.cit.* p.32

se for concedido o uso da coisa dada em depósito e esta for infungível, o depósito se equivalerá ao comodato (empréstimo de uso) se gratuito, ou da locação se oneroso.⁷

Outra característica é que depósito é realizado no interesse do depositante. Ainda que seja permitido o uso da coisa depositada, a principal finalidade desse instituto é a custódia. Essa peculiaridade do contrato de depósito que o diferencia do comodato e da locação. No comodato assim como na locação, o comodatário e o locatário têm inclusive o dever de guarda das coisas, alugadas ou dadas em comodato, sobre as quais possuem o uso. Entretanto, a custódia do bem não é a finalidade principal para esses dois contratos, e sim secundária, proveniente do uso e do dever de cuidar da coisa.⁸

A diferença entre o depósito e o comodato se dá no fato de neste último, o comodatário receber gratuitamente a coisa para o seu uso, tendo um dever secundário de custodiá-la, já no depósito, o depositário recebe a coisa para guardá-la sendo esta a principal finalidade, e não poderá usá-la sem que o depositante autorize.

Em princípio, o depósito tem que ter por objeto um bem móvel e infungível (depósito regular). É isto o que dispõem o art. 627: “Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame.”

Segundo Sílvio de Salvo Venosa, a coisa objeto de depósito deve ser, em regra, um bem móvel e corpóreo, porém a assimilação da idéia de depósito como ato judicial, permitiu-se que o depósito tenha por objeto bem imóvel. Esse é o entendimento atual da doutrina e da jurisprudência. Para o autor o bem incorpóreo não pode ser objeto de depósito por não ter consistência, ou seja, a coisa não poderia ser manipulada para guarda, em função da ausência de materialidade, o que inviabilizaria o seu depósito. Por outro lado, o mesmo admite títulos de crédito como objetos de depósito, assim como as coisas infungíveis, desde que especificados o gênero, qualidade e quantidade.⁹

Sendo assim, somente as coisas corpóreas podem ser depositadas já que a materialidade é uma característica imprescindível da coisa depositada. Sendo assim, coisas incorpóreas estão impossibilitadas de serem depositadas. Entretanto, títulos que materializem um crédito podem ser objeto de depósito, é o caso dos títulos de crédito. Além disso, é importante ressaltar que embora a regra seja no sentido de que a coisa dada em depósito deva

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *op.cit.* p.181

⁸ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *op.cit.* p.33

⁹ VENOSA. Sílvio de Salvo. *op.cit.* p.246

ser infungível, existe a possibilidade de coisas fungíveis serem depositadas, desde que especificado-se gênero, qualidade e quantidade (depósito irregular).

É importante ressaltar que o objeto deve ser conhecido do depositário, mesmo que este esteja embalado ou lacrado no momento do depósito, em função do seu dever de guarda. Em virtude disso, os contratos de cofre bancários individuais não são exemplos de depósito típico. Esses contratos são meros contratos de guarda, não sendo locação pura e simples pelo fato do titular não ter o livre acesso a coisa locada. O dever do banqueiro é exercer vigilância permanente sobre o cofre, no intuito de controlar a entrada no local.

Uma outra característica do contrato de depósito é o prazo em benefício do depositante. Como o depósito é feito em benefício do depositante, se houver um prazo este será estipulado em favor daquele.

Além disso, temos também a disponibilidade como mais uma característica. A coisa depositada só ficara com o depositário até que o depositante o reclame, já que o contrato de depósito não pode ser perpétuo.

Por último, o depósito é contrato de duração ou de execução continuada, já que pressupõem uma dilação temporal. Poderá ser acordado por tempo determinado ou indeterminado. Se não tiver termo final, o depositário deverá devolver a coisa quando o depositante solicitá-la. Por outro lado, se possuir termo final, a devolução deverá acontecer no dia acordado.

Este contrato é nominado, pois possui nome dado pelo legislador; é típico, já que apresenta uma estrutura definida pelo Código Civil Brasileiro e também é unilateral tendo em vista que só o depositário possui dever, já que a entrega pelo depositante é mero ato de configuração do contrato. Entretanto, se o depositante se obrigar a pagar o depositário, gerando uma obrigação oriunda do contrato, haverá um contrato bilateral perfeito ou sinalagmático.

Além disso, o contrato de depósito é gratuito, salvo se houver convenção das partes em contrário; resultar de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão. Também é classificado como contrato real, (já que exige a tradição, ou seja, a entrega é *conditio sine qua non* para a configuração do contrato), não formal (a lei não estabelece forma), e *intuitu personae* em relação ao depositário (contrato personalíssimo, baseado na confiança).

Em relação às obrigações do depositário, nós podemos dizer que este possui três obrigações principais: a de guardar a coisa, a de conservá-la e a de restituí-la.¹⁰

¹⁰ VENOSA. Silvio de Salvo. *Op. cit.* p.253

A obrigação de guardar a coisa é fundamental para o aperfeiçoamento do contrato de depósito e por isso, o depositário só pode dela se desvincular se tiver motivo relevante que o impeça de continuar custodiando a coisa, do contrário deverá cumprir tal obrigação.

O art. 635 do Código Civil faculta ao depositário requerer depósito judicial da coisa quando por motivo plausível não possa guardar, e o depositante não queira recebê-la.

Essa solução trazida pelo legislador é muito relevante principalmente nos casos de depósito gratuito, pois segundo Silvio Rodrigues “(...) não se pode exigir que o favor prestado ao amigo vá a ponto de causar prejuízo maior a quem o preste (...)”¹¹

O depositário também tem o dever de conservar a coisa alheia, logo deve zelar pela coisa dada em depósito, para poder restituí-la no mesmo estado em que a recebeu. Pelo contrato, o depositário assume a obrigação de conservar a coisa com a devida diligência, para o que será reembolsado das despesas necessárias tidas, quando lhe exigido. A não observância ao pedido implica em ato de infidelidade e por isso, é dado a ele o nome de depositário de infiel.

O art.629 do CC assim dispõem:

O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e a diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como restituí-la, com todos os frutos e acréscidos, quando o exija o depositante.

Desta forma, se por dolo ou culpa do depositário a coisa depositada perece ou se deteriora, a este cabe a responsabilidade. No entanto, se a perda ou deterioração decorrer de força maior ou caso fortuito, não tem o depositário o dever de reparar, já que neste caso aplica-se a regra *res perit domino*¹², e o depositante é o dono da coisa (art. 642 do CCB).

É importante lembrar que o art. 642, parte final, ao tratar do caso fortuito e da força maior, exige que o depositário prove-os para que se valha desta escusa. Do contrário, caberá ao depositário a responsabilidade de reparar.

A coisa depositada deve ser devolvida com todos os seus frutos e acréscidos, já que pertencem ao depositante.

A terceira obrigação fundamental é a de restituir a coisa quando reclamada. Para o contrato de depósito é irrelevante a existência de um prazo, já que o depósito regular é feito em benefício do depositante, logo este pode requerer a coisa depositada mesmo antes do término do prazo fixado (art.633).

¹¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 30.ed.São Paulo.ed. Saraiva. 2004.v.3. p. 275

¹² *Res perit domino* – A coisa perece com responsabilidade exclusiva do dono ou proprietário. – SILVEIRA, Roberto da Silveira. *Brocardos Latinos. Termos Jurídicos.latim-português*.São Paulo.ed. leud.2001.p.116.

Por outro lado há exceções a essa regra: quando o depositário tiver direito de retenção previsto no art. 644, se o objeto for judicialmente embargado, se sobre ele pender execução, notificada ao depositário, ou se houver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida. Nesta última hipótese, a lei não exige prova indubitável de que a coisa foi criminosamente obtida de seu dono, basta que pelo menos haja uma suspeita razoável, sendo assim, a recusa de depositário em devolver a coisa não pode se basear em alegações infundadas ou suspeitas levianas, pois se isto ocorrer, o depositário se sujeitará às penas impostas ao depositário infiel.

Além disso, não pode o depositário, a pretexto de que a coisa depositada pertence a terceiro e não ao depositante, conservá-la consigo ou depositá-la judicialmente. Se proceder desta forma, estará praticando ato ilícito, respondendo por perdas e danos e até mesmo por pena de prisão (art.638).

É importante salientar que a obrigação do depositário é devolver a coisa no estado em que a recebeu. Sendo assim, se a coisa estiver fechada, lacrada, colada ou selada, neste mesmo estado deverá a ser mantida. Se o depósito for violado, o depositário incorrerá na presunção de culpa (art. 630).

Ademais a coisa deve ser devolvida no local estipulado no contrato, e no silêncio deste, no lugar do depósito (art. 631).

Como o contrato de depósito é baseado na confiança, o legislador reagiu de forma enérgica contra o depositário infiel, estabelecendo uma violenta sanção à sua recusa de devolver a coisa depositada. E por isso, como forma de forçá-lo a restituí-la, o Código civil lhe impôs pena de prisão. Isto está previsto no art. 652 que assim dispõem: “Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a 1 (um) ano, e ressarcir os prejuízos.”

Desta forma, se o depositário se recusar a devolver a coisa, este será intimado a fazê-lo em quarenta e oito horas, sob pena de prisão. Esta obrigação também passa ao herdeiro do depositário. Entretanto, se este de boa-fé vendeu a coisa depositada, será obrigado a assistir o depositante na reivindicação, e a restituir o comprador o preço recebido (art.637).

Caio Mário ao se referir à prisão do depositário infiel comenta:

A nós parece caracterizar-se como pena civil e não criminal, e é aplicável independentemente da apuração do dolo. Basta o fato de não devolver a coisa, injustificadamente, para fundamentar a sua imposição.¹³

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op.cit* p.367.

A prisão do depositário infiel também está regulada pelo §1º do art. 902 do Código de Processo Civil: “No pedido poderá constar, ainda, a cominação da pena de prisão até 1 (um) ano, que o juiz decretará na forma do art. 904, parágrafo único.”

Essa prisão ocorrerá após o decreto de procedência do pedido e o não-atendimento do mandado para a devolução do bem depositado. Entretanto, segundo Silvio Salvo Venosa, a jurisprudência majoritária já não tem admitido prisão nessas hipóteses.¹⁴

A Constituição Federal em seu art.5º, LXVII, prevê apenas duas hipóteses de prisão civil: “Não haverá prisão por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Faz-se mister salientar que a prisão do depositário infiel é admitida pelo nosso ordenamento jurídico em virtude da natureza do negócio, tendo em vista o caráter fiduciário, mesmo havendo duras críticas por parte da doutrina. Essa medida não é pena, mas um meio coercitivo de se fazer com que o depositário cumpra a sua obrigação de restituir o bem depositado nas condições em que lhe foi entregue.

Ressalta Venosa que: “(...) essa prisão não se amolda ao depósito irregular, de coisas fungíveis e consumíveis, para o qual se aplicam as regras do mútuo. Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RSTJ 39/439)”.¹⁵

Por outro lado, o depositário também possui direitos. O primeiro é o de restituir a coisa depositada quando por motivo plausível não puder mais guardar a coisa e o depositante não a quiser receber (art. 635 do CCB). O segundo é o de obter o ressarcimento de despesas efetuadas com a coisa e até mesmo possíveis prejuízos decorrentes dessa custódia. Isto é uma vedação ao enriquecimento ilícito. O depositante é obrigado a pagar as despesas feitas com a coisa assim como os prejuízos que do depósito provierem (art.643/CCB)

Além disso, o depositário tem o direito de retenção (previsto no art.644 do Código Civil), no caso de não receber o ressarcimento pelas despesas decorrentes do depósito. Caso o depositário não tenha provas suficientes do valor dessas despesas, ou se ilíquido, o depositário poderá exigir caução idônea do depositante e na ausência desta, poderá requerer a remoção da coisa para depósito oficial até a respectiva liquidação.

Por último, o depositário também tem o direito de alegar como defesa a compensação. Isto, se este for além de devedor da obrigação de restituir, credor de seu credor depositante em uma outra relação jurídica. É importante ressaltar que não é qualquer crédito que pode ser compensado, e sim aquele que também seja um depósito (art.638 do CC).

¹⁴ VENOSA. Silvio de Salvo. *op.cit* p.259

¹⁵ VENOSA. Silvio de Salvo.*op.cit.* p.260

Agora passaremos a analisar as formas de extinção do contrato de depósito. O depósito extingue-se pelo vencimento do prazo, ressalvando-se que o depositante pode, a qualquer tempo, requerer a restituição da coisa depositada; por iniciativa do depositário, com o recolhimento da coisa ao depósito público; por perecimento da coisa por caso fortuito ou de força maior, sem sub-rogação em outro; pela morte ou incapacidade superveniente do depositário, quando exclusivamente *intuitu personae* o contrato; pelo decurso do prazo de 25 anos, instituído por lei especial (Lei 2.313/54 e o Decreto 40.395/65), quando não reclamada a coisa. De acordo com essa lei, todo contrato de depósito regular e voluntário extingue-se em vinte e cinco anos, podendo ser renovado com expressa anuência das partes. Uma vez extintos os contratos, os bens depositados devem ser recolhidos ao Tesouro Nacional em nome dos proprietários, onde permanecerão durante cinco anos. Se decorrido o prazo, os proprietários não reclamarem os bens, estes serão incorporados ao patrimônio nacional.

2.3 Peculiaridades da alienação fiduciária em garantia

Iniciaremos agora o estudo da alienação fiduciária em garantia com o escopo de diferenciá-la do contrato de depósito, em função das inúmeras controvérsias geradas na doutrina e na jurisprudência resultantes da equiparação (por lei ordinária) desses dois institutos, para o fim de aplicação da pena de prisão do depositário infiel ao devedor fiduciante.

A alienação fiduciária nasceu de uma necessidade do ordenamento jurídico brasileiro em criar novas formas de garantia para atender a complexidade das relações jurídicas da sociedade moderna. Para isso, para ser uma garantia mais efetiva e célere que as demais garantias reais e fidejussórias já existentes no nosso direito, com o objetivo de assegurar o cumprimento das obrigações.

As modalidades mais tradicionais como o penhor, a hipoteca e a anticrese apresentavam requisitos muito rígidos e por isso, já não acompanhavam o desenvolvimento da vida mercantil. A primeira, por exemplo, exige que a coisa apenhada seja efetivamente entregue; a hipoteca restringe-se aos bens imóveis, extendendo-se também a navios e aeronaves, limitando a área de sua atuação. E por último, a anticrese praticamente não é mais utilizada em nosso direito, havendo até uma tendência da doutrina em retirá-la do rol dos direitos reais.

Afirma Caio Mário da Silva Pereira que o negócio fiduciário tem a sua origem no Direito Romano através dos institutos da *fiducia cum amico* e da *fiducia cum creditore*. O

primeiro não possuía finalidade de garantia e era utilizado para resguardar bens em caso situações adversas, como em casos de perecimento em decorrência de uma calamidade ou até mesmo perda do bem em situações de guerra. Esta modalidade consistia na entrega de um bem a um amigo que deveria devolvê-lo quando cessasse a situação de perigo. Já o segundo, também chamado de *fiducia pignoris causa cum creditore*, assimilava-se a retrovenda por consistir na alienação do bem pelo devedor ao credor, com a reserva de recuperá-los, se dentro de certo prazo ou se resolvida determinada condição, efetuasse o pagamento. Por outro lado, dela se diferenciava por não ser ostensiva a faculdade de recompra.

O grande mestre civilista ainda ressalta que nos sistemas da *Civil Law* não foram incorporados tais institutos, por ter havido supressão dos mesmos no *Corpus Iuris Civilis* do Século VI. Por esta razão, não integraram o Código Francês e tampouco o alemão BGB de 1896, o que ocasionou o desconhecimento destes por parte dos demais filiados a esse sistema, inclusive o Código Civil Brasileiro de 1916. Por outro lado, os sistemas da *Common Law* criaram um outro instituto denominado *trust*.¹⁶

Com o Projeto de Código de Obrigações de 1965 buscou-se inserir o contrato de fidúcia em nosso ordenamento jurídico, todavia essa pretensão não logrou êxito em face da timidez do Anti-projeto de 1972/73 que optou por não adotá-lo. Por outro lado, surgiu uma lei especial conhecida como Lei de Mercado de Capitais 4.728/65 que inovou trazendo ao nosso direito a alienação fiduciária em garantia, influenciada pelo *fiducia cum creditore*, ao contrário do referido Projeto que se baseava na *fiducia cum amico*. Essa lei surgiu em um cenário econômico frágil em que se objetivava incentivar a produção de bens de consumo, visando estimular o consumo e a produção.

A Lei 4.728/65, em seu texto original, prevê no caput do art. 66 o seguinte: “Nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida”.

Com a nova redação dada pelo Decreto-Lei 911/69, este artigo passou a vigorar com a seguinte disposição:

A alienação fiduciária em garantia 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.

¹⁶ PEREIRA. Caio Mário da Silva. *op.cit* p.423.)

Como podemos verificar, essa lei equiparou a alienação fiduciária ao depósito. Em decorrência disso, embora o presente instituto seja um instrumento de garantia, permitiu-se a condenação à prisão do fiduciante inadimplente, da mesma forma que a do depositário infiel. Atualmente, a jurisprudência vem debatendo o cabimento ou não dessa prisão.

A alienação fiduciária é um negócio jurídico bilateral em que o devedor (fiduciante) aliena a propriedade de um bem ao credor (fiduciário), até que se extinga a relação contratual pelo adimplemento ou pela inexecução de qualquer das obrigações contratuais. Sendo assim, através deste contrato, transfere-se ao credor ou fiduciário a propriedade resolúvel da coisa alienada e a posse indireta do bem dado em garantia independente de efetiva tradição da coisa, tornando-se o alienante ou devedor em mero possuidor direto e, por força da lei, depositário do bem alienado.

Em outras palavras, podemos afirmar que a alienação fiduciária é um contrato de garantia, no qual o devedor aliena um bem com o escopo de assegurar o pagamento de um débito, até que seja adimplido, e quando isto ocorrer, o bem retornará ao patrimônio do fiduciante.

É importante ressaltar que as expressões “alienação fiduciária” e “propriedade fiduciária” não são sinônimas, possuindo diferenças que serão analisadas a seguir. O Código Civil optou pela denominação “propriedade fiduciária em garantia”, enquanto que a legislação extravagante como um todo se utilizou da expressão “alienação fiduciária em garantia”.

De acordo com a Lei 9.512, a alienação fiduciária em garantia ocorre quando o devedor, ou fiduciante, com o objetivo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, a propriedade resolúvel da coisa imóvel. Ela tem como pressuposto a transferência de propriedade através de um contrato, isto é, uma relação de direito obrigacional.

A alienação é um acordo que só produz efeitos entre as partes contratantes. Com a alienação origina-se a propriedade fiduciária, sendo esta um direito real de garantia que produz efeitos *erga omnes*. É neste momento que se ultrapassa a seara da obrigação e passa-se para o campo do direito real. Por esses motivos expostos, podemos denominar o negócio jurídico celebrado entre as partes de alienação fiduciária ou de cessão fiduciária.

Autores como Maria Helena Diniz, Orlando Gomes, Sílvio Salvo Venosa, definem a alienação fiduciária como um contrato em que o devedor transfere ao credor a propriedade

resolúvel do bem, ficando o alienante com a posse direta.¹⁷ Já a propriedade fiduciária é a propriedade resolúvel decorrente da transferência, pelo devedor ao credor, do domínio e da posse indireta de determinada coisa, com escopo de garantia, cuja resolução ocorre mediante pagamento da dívida garantida (art. 1.361 do Código Civil). Segundo Caio Mário Pereira da Silva é um direito real de garantia. Sua constituição se dá através do registro de contrato escrito junto ao órgão competente (registro de títulos e documentos, registro geral de imóveis ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento) (2005, vol.IV, p.425).

O mesmo autor também entende que a propriedade fiduciária é um “negócio jurídico de disposição condicional”, já que termina em favor do alienante assim que verificada a condição resolutiva. Sendo assim, não é necessária, uma nova manifestação de vontade por parte do alienante, muito menos a requisição de outro ato.

O devedor retoma a propriedade do bem, transferido em garantia, pelo mero pagamento do débito. Não é necessária a averbação do instrumento de quitação no cartório onde foi arquivado o ato de alienação. Este ato tem apenas força probante.

Segundo o §2º do art.1.361 do Código Civil: “Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desmembramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa”.

Como podemos notar no instituto da propriedade fiduciária a posse é desmembrada, ficando o devedor com a posse direta e o credor com a propriedade resolúvel e a posse indireta do bem. É importante salientar que a propriedade ulterior, obtida pelo alienante, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária (§3º do art.1.361).

¹⁷ “A alienação fiduciária em garantia consiste na transferência feita pelo devedor ao credor da propriedade resolúvel da posse indireta de um bem infungível como garantia do seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o adimplemento da obrigação, ou melhor, com o pagamento da dívida garantida.” DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995, vol.IV, p.398.

“Alienação fiduciária em garantia é o negócio jurídico pelo qual o devedor, para garantir o pagamento da dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, retendo-lhe a posse direta, sob condição resolutiva dec saldá-la” GOMES, Orlando, **Contratos**. Rio de Janeiro:Forense, 1997, p.459

“Tanto da dicção do art.66 da Lei 4.728/1965, quanto do art.22 da Lei 9.514/1997 conclui-se que o credor adquire a propriedade resolúvel da coisa alienada”. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2001, p.445.

Caio Mário da Silva Pereira ao caracterizar a propriedade fiduciária diz que é um contrato bilateral, oneroso, acessório e formal. (2005, v.4, p. 427). É um contrato bilateral porque há a criação de obrigações para ambas as partes, ou seja, tanto para o alienante quanto para o adquirente. Enquanto o devedor tem a obrigação de pagar o valor devido e de conservar a coisa alienada, o credor, na condição de proprietário resolúvel, tem o dever de restituir a propriedade quando houver o pagamento integral do débito.

É oneroso porque dele decorrem vantagens e desvantagens recíprocas, já que serve de garantia para o credor e de instrumento de crédito para o alienante. Também é acessório, por ter sua existência condicionada a obrigação garantida, e por isso também segue a sorte desta. E por último é um contrato formal pela exigência de instrumento público ou particular.

A propriedade fiduciária possui requisitos subjetivos e objetivos. Começaremos pelos subjetivos. O primeiro, diz respeito a capacidade do alienante, sendo esta uma capacidade genérica para a prática dos atos da vida civil e também a capacidade de disposição da coisa tida em seu domínio de forma livre. É importante ressaltar que o alienante não precisa ser proprietário da coisa dada em garantia para a validade do ato, desde que ele o seja posteriormente. Nesta hipótese, com a obtenção da propriedade, há a retroação dos seus efeitos até a data do contrato.

Em relação aos requisitos objetivos, o Código Civil adota o entendimento de que o bem deve ser móvel, assim como alguns civilistas, dentre eles, Orlando Gomes.¹⁸ Por outro lado, Caio Mário da Silva Pereira e Pontes de Miranda defendem a incidência da alienação fiduciária em garantia em bens imóveis.¹⁹

Outro requisito (formal) é a exigência de instrumento escrito (público ou particular), que deve estipular o valor da dívida garantida, o prazo ou a data do pagamento, a descrição do bem que será alienado e a taxa de juros, se houver. Estes requisitos estão previstos no art. 1.363 do Código Civil.

Para Caio Mário da Silva Pereira:

O requisito formal é, e sempre foi da essência do ato, pois que sem o instrumento escrito não haverá arquivamento no Registro de Títulos e Documentos para 'valer contra terceiros', e é óbvio que se a alienação fiduciária não for oponível a terceiros não transmite a propriedade, uma vez que é da essência desta a oponibilidade erga omnes.²⁰

¹⁸ GOMES, Orlando. *op.cit.* pág 52

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op.cit.* P.430

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op.cit.* 431

Desta forma, o autor salienta que é fundamental a forma pública e a transcrição no Registro Imobiliário, do contrário, configuraria-se mero direito de crédito, desprovido de execução direta e sem oponibilidade *erga omnes*.

O devedor tem o direito de usar o bem dado em garantia de acordo com a sua destinação, antes do vencimento da dívida. No entanto, ele responde pelos eventuais riscos decorrentes desse uso.

Como depositário, o devedor tem a obrigação de empregar na guarda da coisa a diligência necessária e entregá-la ao credor, se a dívida não for paga no vencimento (I, II do art. 1.363 do CCB).

Por outro lado, o credor é obrigado a vender, judicialmente ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros se vencida a dívida e não paga. Além disso, também tem que aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se existente, ao devedor (art.1.364 do CCB).

No contrato de alienação fiduciária é nula a cláusula que permite o proprietário fiduciário de ficar com o bem alienado em garantia, se não ocorrer o adimplemento da dívida no vencimento. Entretanto, o legislador atenuou a rigidez desta regra, permitindo no parágrafo único do art.1.365 do Código Civil, que o devedor, com a concordância do credor, dê o seu direito à coisa em pagamento da dívida vencida (ocorrência da dação em pagamento).

Em caso de inadimplência, poderá o credor fiduciário requerer a busca e apreensão do bem dado em garantia, sendo admitida a purgação da mora se solvido 40% do preço financiado, ou o devedor irá apresentar contestação podendo alegar ou provar o pagamento da dívida ou o cumprimento das obrigações contratuais. Se for considerada procedente a ação, reconhecendo o inadimplemento, tem o credor a propriedade efetivada.

Com isso, o credor deve vender a coisa, judicialmente ou extrajudicialmente, se permitido no contrato e com o produto deverá solver o seu crédito e o restante, se houver, deverá ser restituído ao devedor fiduciante.

Entretanto, se o produto da venda do bem não for suficiente para satisfazer o crédito do credor, que inclui tanto o pagamento da dívida, bem como as despesas de cobrança, o devedor continuará obrigado pelo restante.

Uma outra alternativa ao credor, é a ação de execução com a finalidade de penhora de qualquer dos bens do devedor para adimplir o seu crédito. Se ocorrer a extinção, se faz necessário o cancelamento junto ao Cartório ou órgão em que se tenha realizado o registro do objeto da alienação fiduciária.

Por outro lado, se não encontrado a coisa objeto da alienação fiduciária, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão em depósito, de acordo com as regras previstas nos arts. 901 a 906 do CPC. Neste caso, o devedor será equiparado ao depositário infiel.

Segundo Maria Helena Diniz:

Se, contudo, não se puder encontrar o bem gravado que não se acha na posse do fiduciante, o fiduciário intentará ação de depósito, citando o devedor para que apresente dentro de 48 horas, sob pena de sofrer as sanções cominadas para o depositário infiel.

Em tese, a pena de prisão forçaria o devedor fiduciário a pagar o valor devido em decorrência da aplicação do art. 652 do CCB resultante da equiparação atribuída pelo Decreto-Lei 911/1969, que permaneceu no art. 1363 do CCB.

O cabimento ou não dessa prisão é motivo de grandes controvérsias na doutrina e também na nossa jurisprudência, já que os tribunais já decidiram de maneiras diversas. Boa parte da doutrina não concorda com a prisão do devedor fiduciante, alegando para tanto que não se trata de depósito regular (depósito que tem por objeto coisa infungível), devendo-se aplicar as regras relativas ao mútuo de acordo com o previsto no art. 645 do CCB. O STJ já seguiu esse entendimento no Resp 3013, de 26/11/1990.²¹

Outro argumento utilizado por aqueles que pretendem afastar a prisão civil, no caso do alienante fiduciário, é de que a expressão “na forma da lei” que consta no artigo 153, §17 da Constituição anterior foi suprimida pelo legislador do texto constitucional, não existindo mais na nossa atual Carta Magna, o que levou muitos doutrinadores a entenderem que a partir desta supressão não poderia mais se admitir essa prisão, salvo para o devedor de pensão alimentícia e o depósito genuíno. Sendo, portanto, evidente o caráter excepcional de tal prisão.

²¹ Resp 3.013- SP (90.0004266-6), rel. Min. Eduardo Ribeiro, 26.11.1990 – Ementa:

“Depósito – Coisas fungíveis. O depósito irregular não se confunde com o mútuo, tendo cada um finalidades específicas. Aplicam-se, entretanto, as regras deste, não sendo possível o uso da ação de depósito para obter o cumprimento da obrigação de devolver as coisas depositadas, cuja propriedade transferiu-se ao depositário. O adimplemento da obrigação de devolver o equivalente há de buscar-se em ação ordinária, não se podendo pretender a prisão do depositário. E notas taquigráficas

Acórdão: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas: Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.”

Embora boa parcela da doutrina tenha se manifestado de maneira contrária à prisão civil do alienante fiduciário, muitas decisões dos nossos tribunais entenderam em suas decisões pelo cabimento de tal prisão equiparando o devedor fiduciário ao depositário infiel, mesmo após a ratificação pelo Brasil de tratados internacionais que privilegiam os direitos humanos.

O Brasil ratificou vários tratados internacionais de Direitos Humanos, entre eles a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica que apenas admite uma única hipótese de prisão civil por dívida, qual seja, a do devedor de pensão alimentícia, não fazendo menção à possibilidade de prisão do depositário infiel. Sendo assim, parte da doutrina considera inconstitucional essa prisão.

Por todo o exposto, objetivamos neste capítulo comparar os institutos do contrato de depósito e da alienação fiduciária em garantia com o objetivo de diferenciá-los para melhor entendermos a atual discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do cabimento ou não da prisão do devedor fiduciário (equiparado ao depositário infiel) que analisaremos *a posteriori*.

No próximo capítulo analisaremos o conceito e as peculiaridades dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos para melhor compreendermos a importância dos mesmos serem respeitados, tanto no âmbito externo, perante a comunidade internacional, bem como internamente, através da incorporados desses tratados no nosso ordenamento jurídico.

3 OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

3.1 Conceito de Direitos Humanos

Neste capítulo iremos tratar dos direitos humanos tendo como prioridade a análise do princípio da dignidade da pessoa humana frente à possibilidade da prisão civil do depositário infiel

Boa parte da doutrina assevera que essa prisão é uma forma de sanção que visa o cumprimento da obrigação resultante do depósito. Entretanto, mesmo não sendo considerada pena, não deixa de cercear a liberdade do indivíduo, privando-o de um dos direitos fundamentais protegidos pela nossa Carta Magna, qual seja, a sua própria liberdade.

A supressão da liberdade agride o princípio da dignidade humana e por este motivo só deve ocorrer em casos excepcionais, não servindo apenas de um meio para o credor satisfazer o seu crédito. Desta forma, para uma parte da doutrina, a prisão do depositário infiel significaria visível violação aos direitos humanos, já que se visa tutelar o patrimônio em detrimento da liberdade do cidadão depositário.²²

Por outro lado, temos os que entendem que tal prisão seria uma forma de pressionar o devedor depositário a cumprir a sua obrigação. Esse é o entendimento, por exemplo, de Moreira Alves.²³ Diante dessa discussão doutrinária, indagamos: Seria razoável privar alguém de sua liberdade como meio de lhe compelir a adimplir uma obrigação? Em uma era de prevalência dos direitos humanos seria cabível esta hipótese de prisão? São essas perguntas que pretendemos responder ao longo deste capítulo.

A nossa Constituição de 1988, ao ser elaborada, foi intitulada de “constituição cidadã”, reproduzindo em seu texto a garantia de direitos fundamentais ao cidadão brasileiro. Em seu artigo 1º ela traz como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, ressaltando a sua relevância para a construção de um Estado Democrático de Direito.

Segundo Dalmo Dallari:

As finalidades mais importantes da Constituição consistem na proteção e promoção da dignidade humana. Por esse motivo, não é uma verdadeira Constituição uma lei que tenha o nome de Constituição, mas que apenas imponha regras de comportamento, estabelecendo uma ordem arbitrária que não protege igualmente a dignidade de todos os indivíduos e que não favorece sua promoção.²⁴

²² GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.344

²³ MOREIRA ALVES, José Carlos. **A ação de depósito e o pedido de prisão**. Revista de Processo 36/11, 1984 P. 9 e 10

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p.63. Dalmo de Abreu Dallari critica a diferenciação entre Constituição em sentido formal e em sentido material, apontando a confusão decorrente de se chamar de Constituição um documento que, por sua origem, conteúdo e/ou finalidades, é uma “falsa Constituição”. O ideal, então, é que toda norma de conteúdo constitucional estivesse inserida na Carta Política e vice-versa; mas como tal não ocorre (v. exemplo da Constituição Federal de 1988, extensa e analítica), parece inevitável tentar estabelecer uma distinção das normas constitucionais.

É por esse motivo, que a doutrina constitucional entende que as normas de direitos humanos são normas materialmente constitucionais, já que se inserem no “conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política”.²⁵ Já o artigo 3º da nossa Carta Magna traz os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre eles: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, tornando evidente a preocupação do legislador em tutelar os direitos humanos no texto constitucional. E por sua vez, o artigo 4º traz os princípios que regem a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais e ressalta entre eles a “prevalência dos direitos humanos”.

É importante salientar que ao longo de nossa Constituição encontramos um extenso rol de direitos e liberdades fundamentais, assim como garantias para possibilitar o seu exercício pelo cidadão brasileiro. É por isso que dizemos que a indivisibilidade dos direitos humanos é inerente ao sistema constitucional do Brasil, já que a nossa Constituição reúne em seu texto, direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.²⁶

Com essas breves considerações podemos concluir que a nossa Carta Magna busca tutelar os direitos humanos como forma de se alcançar um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Ao definir o que seriam direitos humanos, Dalmo Dallari leciona que: “(...) seriam aqueles sem os quais a pessoa humana não conseguiria existir ou não seria capaz de desenvolver-se e de participar plenamente da vida”.²⁷

Já Ingo Sarlet analisa os direitos humanos a partir de duas esferas, uma individual e outra intersubjetiva. Na primeira espécie, temos uma concepção de dignidade relacionada a pessoa humana considerada individualmente e na segunda, partiríamos de uma relação do indivíduo com o outro. Para esse autor, essas duas esferas devem ser consideradas conjuntamente, sendo que a dignidade intersubjetiva não deve se sobrepor a dignidade individual e vice-versa.²⁸

O Direito Internacional dos Direitos Humanos nasceu como uma resposta às atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de reconstruir o valor dos

²⁵ WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. Malheiros, 2006.1.ed.p.27

²⁶ GODINHO, Fabiana de Oliveira. **A proteção internacional dos direitos humanos**. Del Rey, 2006.p. 154

²⁷DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: ed.Moderna, 1998, p.7

²⁸ SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. P.111,113 e 114

direitos humanos até então violados e servir de referência ética a orientar a ordem internacional. Desta forma, surgiu em meados do século XX, baseado na crença de que um sistema efetivo de proteção internacional de direitos humanos poderia prevenir a violação de tais direitos.

A partir deste marco, a comunidade internacional preocupou-se em elaborar normas que protegessem os direitos humanos e que tivessem alcance global. Para isso, houve uma sistematização desses direitos em um sistema normativo internacional que resultou na Proclamação Universal dos Direitos Humanos pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

Com isso, iniciou-se a sistematização jurídica universal dos direitos humanos visando orientar as relações entre os Estados e entre estes e os indivíduos, tendo como base a promoção e a proteção da dignidade da pessoa humana. E assim surgiu um novo ramo do Direito Internacional público, denominado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”.

Segundo Carlos Weis:

Esta preocupação em positivar os direitos humanos revelados ao longo da História marca o começo de uma nova etapa em sua evolução, caracterizada pela combinação entre a universalidade e a positivação dos direitos, que se expressa pela criação de um corpo normativo de vocação global, destinado a efetivamente proteger e promover a dignidade de todo ser humano.²⁹

É importante destacar que os direitos humanos são inerentes aos seres humanos e por isso não surgem da vontade dos Estados, todavia são por eles positivados como forma de conceder normatividade a esses direitos.

Com o progresso obtido na codificação das normas de direitos humanos surgiu uma necessidade em se obter a ratificação dos tratados de direitos humanos existentes de forma universal. Desta forma, os Estados deveriam aderir a esses tratados internacionais e evitar ao máximo o estabelecimento de reservas.

Os direitos humanos possuem características tradicionais (inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade) e outras decorrentes de construção doutrinária como: Inerência; Universalidade; Indivisibilidade e Interdependência; Transnacionalidade.

O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos traz em seu primeiro parágrafo: “a dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. Como podemos

²⁹ WEIS, Carlos. *op.cit.* p.21

notar, o preâmbulo nos traz a noção de Inerência dos direitos humanos, ou seja, os direitos humanos são inerentes ao ser humano, pelo simples fato deste existir.

Essa característica permite a alteração das normas de direitos humanos sempre que for atualizada a noção de dignidade humana, permitindo um equilíbrio entre direito natural e positivo.

Já a Universalidade decorre da Inerência dos direitos humanos, tendo em vista que estes direitos pertencem a todos os seres humanos, sem distinção de raça, cor, religião, condição econômica, etc.

Carlos Weis ressalta que:

A internacionalização dos direitos humanos a partir de 1948 traz outros elementos a esse fenômeno, significando que o problema já não mais é restrito à órbita interna dos Estados, mas dele passa a se ocupar o direito internacional público, no sentido de reconhecer um bem comum internacional, tendo nos direitos humanos um dos fundamentos para a paz. Como conclusão, surge a pessoa como sujeito de direitos no plano internacional. E surge daí a relação entre universalidade e a historicidade dos direitos humanos.”³⁰

Para Odete Novais Carneiro Queiroz não é admissível o questionamento sobre o caráter de universalidade dos Direitos Humanos. Ela ressalta que boa parte da doutrina entende que esses direitos têm aspirações convergentes seja no âmbito do direito internacional ou no direito interno dos países. Não obstante haja diferenças culturais entre os países ocidentais e os orientais, o objetivo almejado é o mesmo; promoção e proteção dos direitos humanos em âmbito global.

A mesma autora destaca: “O relativismo cultural que aponta as diferenças entre as culturas não pode servir como escusa ensejadora de conivência com violações de direitos já consagrados irrestritamente no mundo todo.”³¹

Como podemos observar, a universalidade é uma das características mais importantes dos direitos humanos já que reflete a amplitude mundial de proteção desses direitos. Mesmo havendo povos com culturas diferentes, o respeito à dignidade da pessoa humana é fundamental, não sendo possível alegar divergências culturais ou até mesmo religiosas para violar esse direito.

A respeito, José Augusto Lindgren Alves observa:

“As afirmações de que a Declaração Universal é documento de interesse apenas ocidental, irrelevante e inaplicável em sociedades com valores histórico-culturais distintos, são, porém, falsas e perniciosas. Falsas porque

³⁰ WEIS, Carlos. *op.cit.* p.112

³¹ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *op.cit.* p.75

todas as Constituições nacionais redigidas após a adoção da Declaração pela Assembléia Geral da ONU nela se inspiram ao tratar dos direitos e liberdades fundamentais, pondo em evidência, assim, o caráter hoje universal de seus valores. Perniciosas porque abrem possibilidades à invocação do relativismo cultural como justificativa, para violações concretas de direitos já internacionalmente reconhecidos.

Se, na consideração dos direitos humanos, os ocidentais privilegiam o enfoque individualista, e os orientais e socialistas o enfoque coletivista, se os ocidentais dão mais atenção às liberdades fundamentais e os socialistas aos direitos econômicos e sociais, os objetivos teleológicos de todos são essencialmente os mesmos.”³²

Além dessas características, temos também a Indivisibilidade e a Interdependência que são consideradas sinônimas por documentos internacionais que versam sobre direitos humanos. Essa característica pretende evitar com que os Estados interpretem de maneira restritiva esses direitos, invocando o cumprimento parcial das normas internacionais que tratam sobre tais direitos. Neste sentido, Cançado Trindade ressalta:

Já é tempo de superar certos ranços do passado, de afastar de vez o hermetismo de certas construções artificiais e fictícias. O formalismo do conhecimento da norma jurídica, por exemplo, tem sido, por vezes, levado a extremos inaceitáveis, em detrimento dos direitos individuais, como ilustrado pela negativa, pelo Judiciário nacional, de dar vigência no plano do direito interno a um tratado de direitos humanos que obriga o país no plano internacional, pelo simples fato de, apesar de ratificado, não haver sido o referido tratado publicado no Diário Oficial e não poder assim ser aplicado como ‘lei interna’. Atitudes como esta, reveladoras de um dualismo fictício e descabido, atentam contra a unidade da solução jurídica e esvaziam o Direito de todo sentido. Não há como reconhecer ou admitir as obrigações convencionais contraídas por um Estado no plano internacional e ao mesmo tempo negar-lhes vigência no plano do direito interno.³³

A característica da indivisibilidade está atrelada a finalidade principal do sistema internacional de direitos humanos, qual seja, a de promoção e proteção da dignidade do ser humano.³⁴

De acordo com o entendimento de Dalmo de Abreu Dallari:

Não existe respeito à pessoa humana e ao direito de ser pessoa se não for respeitada, em todos os momentos, em todos os lugares e em todas as situações, a integridade física, psíquica, e moral da pessoa. E não há

³² ALVES, J.A.Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. 1.ed.São Paulo: Perspectiva, 1994, p.4

³³ TRINDADE, Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. vol.1. Sergio Antônio Fabris. 2.ed.2003, p. 437

³⁴ WEIS, Carlos. *op.cit.* p.118

qualquer justificativa para que umas pessoas sejam mais respeitadas do que outras.³⁵

Já a interdependência significa que um determinado direito para ter eficácia plena, precisa da realização simultânea dos outros direitos humanos, ou seja, os direitos humanos não podem ser fracionados.

Ao analisar esse conceito, José Afonso da Silva comenta:

O certo é que a Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como categoria contingente.³⁶

Nesse trecho José Afonso da Silva ressalta a importância de se vislumbrar de forma conjunta e integrada os direitos fundamentais, não sendo possível classificá-los de forma diferente, mesmo que possuam conteúdos distintos (sociais, políticos, econômicos, etc).

Por último temos a transnacionalidade como outra característica dos direitos humanos.

Dalmo Dallari assim preceitua:

Os direitos fundamentais da pessoa humana são reconhecidos e protegidos em todos os Estados, embora existam algumas variações quanto à enumeração desses direitos, bem como quanto à forma de protegê-los. Esses direitos não dependem da nacionalidade ou cidadania, sendo assegurados a qualquer pessoa.³⁷

De acordo com o entendimento de Dalmo Dallari, podemos concluir que os direitos humanos são reconhecidos por todos os países, não obstante possam ser tutelados de maneiras diversas por cada um deles. O fato de cada país estabelecer formas diferentes para proteção dos direitos humanos, não significa que o respeito a esses direitos não seja global.

A crescente ratificação dos tratados internacionais por grande parte dos países fez com que os direitos humanos obtivessem respeito em âmbito mundial, não sendo apenas direitos de cidadãos nacionais. Desta forma, podemos afirmar que os direitos humanos são naturais e universais por serem inerentes a natureza humana, mas também são transnacionais por serem reconhecidos por todos os países.

Com essa breve análise, nós concluímos esse tópico, ressaltando a importância do respeito aos direitos humanos na sociedade internacional e no Brasil. A dignidade da pessoa humana não deve ser apenas um princípio, mas deve ser observada e respeitada em todas as

³⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Viver em Sociedade**. São Paulo: Moderna, 1985 p.13

³⁶ SILVA, José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 188

³⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são Direitos da Pessoa**. 10.ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.p.22

nossas normas e relações, seja entre indivíduos, entre indivíduo e o Estado, ou entre Estados. É por isso que entendemos que a prisão do depositário infiel violaria esse princípio tão consagrado e protegido pela nossa Constituição (que apesar de ambígua, ao permitir esta prisão, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana).

Cercear a liberdade de um indivíduo é retirar o seu maior bem, que é a sua liberdade. Apesar de ser considerada uma prisão civil, que visa o adimplemento da obrigação pelo depositário, essa prisão não deixa de privar a liberdade do indivíduo. (que é um direito protegido pela nossa Constituição no art.5º, LIV). Sendo assim, a nosso ver, não seria razoável, nem proporcional, prender alguém por dívida, salvo no caso do devedor de pensão alimentícia. Nesta hipótese, o legislador teve a preocupação de resguardar o alimentando que depende daquela pensão para a sua sobrevivência. Logo há uma prevalência da vida do alimentando em relação à liberdade do devedor, ou seja, há uma ponderação entre esses dois bens jurídicos.

No caso do depositário infiel nós temos dois bens jurídicos a serem tutelados: o patrimônio do credor e a liberdade do devedor. Qual deles deve prevalecer? Parece-nos razoável e humano que seja a liberdade do indivíduo, dada à importância desse bem jurídico para o respeito à dignidade da pessoa humana.

3.2 Conceito e características dos tratados internacionais de direitos humanos

A Constituição de 1988 aumentou o rol de Direitos Fundamentais e determinou que os mesmos tivessem aplicação imediata. Além disso, também inovou estabelecendo que o rol desses direitos não se restringe àqueles constantes no art.5º, incluindo o rol de direitos provenientes de tratados internacionais em que o Brasil é parte.

É por isso que se faz necessária a análise do conceito e das características dos tratados internacionais de direitos humanos, para melhor compreendermos o processo de incorporação dos mesmos no ordenamento jurídico brasileiro, tema este que será abordado no próximo item.

O fato de existir um dispositivo em nossa Constituição prevendo a possibilidade da prisão civil do depositário infiel e ao mesmo tempo, haver o Pacto de São Jose da Costa Rica (ratificado pelo Brasil), vedando qualquer tipo de prisão civil por dívidas (excetuando apenas

a prisão do devedor de pensão alimentícia), tornou pertinente o debate sobre a constitucionalidade ou não dessa prisão.³⁸

Em face dessa controvérsia surgiu a necessidade de introduzirmos esse tema para analisarmos qual norma será aplicada nesse aparente conflito. Seria aplicável a regra da Constituição, que permite a prisão do depositário infiel, ou a regra proveniente do Pacto de San Jose da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos? Esse será o tema que estudaremos no próximo capítulo.

Inicialmente, é importante salientar, que os tratados internacionais de direitos humanos são acordos internacionais celebrados entre sujeitos de Direito Internacional. Esses acordos são juridicamente obrigatórios e vinculantes, sendo, portanto, a principal fonte de obrigação do Direito Internacional.³⁹

Os tratados internacionais de direitos humanos são atos internacionais que estabelecem normas que visam concretizar as exigências de liberdade, igualdade, dignidade, fraternidade e solidariedade entre os povos. Objetivam a proteção da pessoa humana em âmbito mundial.

De acordo com João Grandino Rodas:

Dos inúmeros conceitos doutrinários existentes sobre tratado internacional é particularmente elucidativo o fornecido por Reuter: ‘uma manifestação de vontades concordantes imputável a dois ou mais sujeitos de direito internacional e destinada a produzir efeitos jurídicos, segundo as regras de direito internacional.’⁴⁰

Já Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, ao se referir ao tratado, assim leciona:

O tratado, fonte *sui generis* de regras jurídicas, ao mesmo tempo internacionais e internas, comuns a vários Estados, configura um ato absolutamente original, uma forma normativa autônoma, que não se compara a nenhuma outra, nem à lei e nem ao contrato.⁴¹

³⁸ CF: art. 5º, LXVII: “Não haverá prisão por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Pacto de San Jose da Costa Rica:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

(...)

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

³⁹ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro, *op.cit.* p.88

⁴⁰ RODAS, João Grandino. **Tratados internacionais: sua exequibilidade no direito interno brasileiro.** Apud Flávia Piovesan. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. p.75

Os tratados são regulados pelo regime jurídico do Direito Internacional. O termo ‘tratado’ é gênero que tem como espécies: as Convenções, os Pactos, as Cartas e demais acordos internacionais.⁴²

De acordo com Flávia Piovesan: “A necessidade de disciplinar e regular o processo de formação dos tratados internacionais estimulou a celebração da Convenção de Viena que teve como finalidade servir como a Lei dos Tratados”

O Brasil assinou essa Convenção, porém não a ratificou. Ela passou a vigorar desde 23 de maio de 1969 e possui 80 Estados-partes. Além disso, limitou-se aos tratados celebrados entre os Estados, não envolvendo os tratados dos quais participam organizações internacionais.

Segundo o entendimento da autora à cima citada: “Para fins da Convenção de Viena, o termo ‘tratado’, significa um acordo internacional concluído entre Estados, na forma escrita e regulado pelo regime do Direito Internacional”.⁴³

A primeira regra desta Convenção é que os tratados internacionais só se aplicam aos Estados-partes, logo, não se aplicam aos Estados que não consentiram a sua adoção. Além disso, uma parte não pode alegar violação ao seu direito pátrio para justificar o não cumprimento de um tratado. Isto está previsto no art. 27 desta Convenção.⁴⁴

Sendo assim, os tratados são instrumentos de consenso entre os Estados-partes e por isso, só podem criar obrigações legais se houver concordância dos mesmos. Uma vez aceitos pelos seus Estados-partes, estes se comprometem a respeitá-los. O consenso é uma exigência prevista no art. 52 da Convenção.⁴⁵

Por este motivo, podemos dizer que os tratados são de livre adesão, isto é, concordância no sentido de aceitar a incidência de regras que regulam interesses da

⁴¹ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **Atualização do Direito dos Tratados**. Revista Virtual do Ministério das Relações Exteriores p.6

⁴² PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo. Max Limonad, 2003.p.76

⁴³ PIOVESAN, Flávia.*op.cit.*p.77

⁴⁴ Artigo 27 Direito Interno e Observância de Tratados:

“Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”.

⁴⁵ Artigo 51

Coação de Representante de um Estado

Não produzirá qualquer efeito jurídico a manifestação do consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado que tenha sido obtida pela coação de seu representante, por meio de atos ou ameaças dirigidas contra ele.

comunidade internacional. E por isso, eles precisam ser cumpridos em face do Princípio do *pacta sunt servanda*.⁴⁶

É muito importante que as nações aderentes ao tratado cumpram com os seus deveres, em função da relação de interdependência recíproca entre elas, em uma comunidade internacional cada vez mais globalizada. O não-cumprimento de um tratado por um país, gera desconfiças em relação a ele, afeta a sua credibilidade perante às demais nações, e isso é muito prejudicial tanto politicamente quanto economicamente, já que as relações entre países são baseadas na confiança e na diplomacia.

Odete Novais Carneiro Queiroz ao tratar da necessidade de cumprimento dos tratados assevera “Os tratados são pactos entre os titulares do Direito Internacional e que possuem força vinculante uma vez ratificados pelos Estados”.⁴⁷

Com efeito, os tratados internacionais vinculam os Estados-partes que o acordaram, que consentiram quanto à aplicação de seus efeitos jurídicos na esfera internacional. Até porque, há a possibilidade dos Estados-partes em realizar reservas quanto a eficácia jurídica do que dispuser o tratado. O limite para essas reservas está previsto no art. 19 da Convenção de Viena.⁴⁸ É importante ressaltar que se houver impossibilidade de reserva, pode o país não aderir ao tratado, manifestando-se pela não-adesão.

Além disso, cabe ressaltar que a forma de revogação de um tratado é a **Denúncia**. Esta consiste no ato pelo qual uma Parte Contratante manifesta a sua vontade de deixar de ser Parte no tratado. Sendo assim, não haveria escusas para que um Estado alegasse violação ao direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. A denúncia é ato exclusivo do Presidente da República, sendo desnecessária a manifestação do Legislativo.

⁴⁶ “As partes devem submeter-se rigorosamente às cláusulas dos contratos celebrados” – SILVEIRA, José Roberto da. Brocardos Latinos.Latim-Português.Leud.2001

⁴⁷ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro, *op.cit.*p. 87

⁴⁸ Artigo 19 - Formulação de reservas

Um Estado pode, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, formular uma reserva, a não ser que:

- a) a reserva seja proibida pelo tratado;
- b) o tratado disponha que só possam ser formuladas determinadas reservas, entre as quais não figure a reserva em questão; ou
- c) nos casos não previstos nas alíneas a e b, a reserva seja incompatível com o objeto e a finalidade do tratado.

Todavia, o Poder Legislativo pode elaborar uma lei com o intuito de derogar um tratado. Neste caso, o Presidente da República deve, desde logo, denunciar ao tratado, do contrário, incorrerá na pena de responsabilidade por violação internacional.

A denúncia é uma das formas de extinção dos tratados. De acordo com o professor Sidney Guerra, nós temos outras formas como: **Execução Integral do Tratado; Guerra; Caducidade; Renúncia do Benefício; Termo; e Impossibilidade na Execução.**⁴⁹

Para que um país passe a respeitar as normas oriundas de um tratado, existe um trâmite a ser cumprido que está previsto em sua própria Constituição. Já que, como assevera Odete Novais Carneiro Queiroz: “Todo Estado é soberano e organizações internacionais são capazes para celebrar os tratados e a legitimidade para a representação dos Estados é conferida ao Chefe de Estado.”

Com isso, passaremos a analisar o processo de formação dos tratados internacionais para melhor compreendermos, a partir de que momento, os mesmos passam a ter força normativa no âmbito dos seus Estados-partes.

Flávia Piovesan ao se referir ao poder de celebrar tratados ressalta:

Desse modo, o poder de celebrar tratados é uma autêntica expressão sistemática de *checks and balances*. Ao atribuir o poder de celebrar tratados ao Poder Executivo, mas apenas mediante o referendo do Legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder.⁵⁰

Inicialmente, temos a assinatura do tratado pelo Presidente da República de acordo com o art. 84 da Constituição. É uma competência privativa deste e não exclusiva, logo admite delegação. O presidente pode delegar essa atribuição ao ministro das relações exteriores. Poderá também o diplomata fazê-lo se receber a “Carta de Plenos Poderes” que nada mais é do que uma “procuração”. O direito internacional chama o diplomata com carta de plenos poderes de agente plenipotenciário.

Na prática quem assina são os diplomatas, já que a assinatura de um tratado só autentica o texto deste e cria um protocolo de intenção, não gera efeitos só com a assinatura e sim com a ratificação (e este ato é exclusivo do Presidente da República, logo não cabe delegação). É isso que diferencia o tratado de um contrato. Este último passa a produzir

⁴⁹ GUERRA, Sidney. **Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 46.

⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. *op.cit.* p.79

efeitos a partir da sua assinatura, enquanto que o tratado não. Além disso, é relevante ressaltar que o objeto do tratado precisa ser lícito e possível, se for ilícito, o tratado é nulo.

Sendo assim, é importante salientar que a mera assinatura do tratado não gera nenhum efeito vinculante para o país aderente. Este ato apenas indica que o tratado é definitivo e autêntico. Essa fase é conhecida como fase negocial, não gerando, em regra, obrigações. A assinatura é mero protocolo de intenções. Isto nós podemos extrair do entendimento de Flávia Piovesan:

A assinatura do tratado, por si só, traduz o aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes. Trata-se da mera aquiescência do Estado com relação à forma e conteúdo formal do tratado. A assinatura do tratado, via de regra, indica tão somente que o tratado é autêntico e definitivo.⁵¹

Depois que o chefe do executivo assina o tratado, em seguida o mesmo é apreciado e aprovado pelo Poder Legislativo. A importância desse procedimento é observada por Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros:

A problemática essencial da determinação da competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados e para a direção e o controle da política externa consiste em buscar uma conciliação entre duas exigências contraditórias: por um lado, a exigência que o Estado tenha unidade de ação, para que possa enfrentar os desafios da sociedade internacional; por outro, a exigência que a representação nacional tenha controle sobre a ação do Estado, para que sejam mantidos os princípios democráticos. Não é fácil obter essa conciliação. "Combinar os poderes, regulamentá-los, moderá-los e fazê-los agir (...) é obra-prima de legislação que o acaso raramente produz e que também raramente deixa-se à prudência fazer", sabiamente ponderou Montesquieu.⁵²

O tratado precisa ser homologado pelo Congresso Nacional através de decreto legislativo. Todo tratado precisa passar pelo crivo do poder legislativo já que precisa ser convertido em lei. Se o congresso reprovar o tratado, ele não produzirá efeitos. Se concordar com o tratado, precisa manifestar a sua concordância através do decreto legislativo (quem assina é o presidente do Senado Federal). É uma forma anômala, não sofre sanção, não há necessidade de concordância por parte do presidente da república.

⁵¹ PIOVESAN, Flávia. *op.cit.* p.78

⁵² MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *op.cit.* p.6

O congresso não pode modificar o conteúdo dos tratados, porém ele pode aprovar o tratado condicionando que o Presidente faça uma reserva no momento da ratificação. Depois de publicado o decreto legislativo, o tratado vai para o presidente para este ratificá-lo.

Aprovado o tratado pelo Legislativo, segue-se para o ato de ratificação do mesmo pelo Poder Executivo. O ato de ratificação gera o aceite definitivo, através do qual o Estado se obriga a cumprir as normas do tratado. E assim, o mesmo Estado se obriga perante a comunidade internacional. Segundo Flávia Piovesan: “A ratificação é ato jurídico que irradia necessariamente efeitos no plano internacional”⁵³

A ratificação é o ato mais importante, pois com ele, há exigência de cumprimento, ou seja, a obrigação de respeitar as normas do tratado, já que antes da ratificação há apenas intenção. Essa obrigação é externa. Após a ratificação o país assume o compromisso de cumpri-lo.

De acordo com o entendimento de Odete Novais Carneiro Queiroz:

Todo Estado é soberano e organizações internacionais são capazes para celebrar os tratados e a legitimidade para a representação dos Estados é conferida ao Chefe de Estado. No direito positivo brasileiro, o preceito constitucional que cuida da matéria é o art. 84 da vigente Constituição, sendo que o art. 49 da mesma carta, confere ao Congresso Nacional a competência para decidir, com caráter de definitividade, avaliando a conveniência da adesão àquele tratado, que só depois dessa análise e decisão positiva poderá ser ratificado.⁵⁴

A forma de ratificação depende do tipo de tratado. Se ele for bilateral, isto é, se ele envolver apenas dois membros, a ratificação se dá pela troca dos instrumentos de ratificação e a partir daí o tratado entra em vigor. Sendo o tratado multilateral, ou seja, com mais de dois países aderentes, há a escolha de um país-secretaria (que no caso do Mercosul é o Paraguai). E neste, é feito o depósito dos instrumentos de ratificação.

No próprio texto do tratado há a previsão da entrada em vigor deste. O tratado só entra em vigor para os países que o ratificarem (isto é, realizarem o depósito dos instrumentos de ratificação).

⁵³ PIOVESAN, Flávia. *op.cit.* pag.79

⁵⁴ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *op.cit.* p.90

Art. 84 da CF de 1988: “Compete privativamente ao Presidente da República:

(...) VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.”

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (...).”

O ato de ratificação é ato exclusivo do Presidente da República, logo não há possibilidade de delegação. É ato político do Estado, depende de uma política de governo, de uma filosofia política. É um ato administrativo discricionário, cabendo juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República.

Analisaremos agora os efeitos da ratificação. Com a ratificação o país assume o compromisso de seguir o tratado. É sempre uma decisão de dentro para fora, ou seja, os efeitos são sempre externos.

Embora a partir da ratificação haja efeitos externos, não gera efeitos internos. Sendo assim, para a população daquele país não vale o tratado e sim para sujeitos de direito internacional.

Para que a população goze dos direitos oriundos desse tratado, este terá que ser transformado em lei nacional (tem que ser internalizado) através da promulgação e publicação (ato discricionário do Presidente).

O texto é publicado no Diário Oficial através de decreto presidencial. Quando isso ocorre, o tratado é transformado em lei ordinária federal e passa a gerar efeitos internamente. Todo tratado para valer internamente precisa se transformar em lei nacional.

A Emenda Constitucional 45 acrescentou o §3º ao art.5 da Constituição Federal que dispõem que tratados 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. Como podemos observar o quórum não é de maioria simples no Congresso, como na votação para tratado simples, e sim por dois turnos e três quintos dos votos. Com isso, podemos verificar que o procedimento de votação para tratados internacionais sobre direitos humanos é mais dificultoso.

Com essa Emenda, surgiram várias controvérsias acerca da incorporação dos tratados de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Muitos autores sustentam a desnecessidade de formalização dos tratados de direitos humanos, alegando que estes já são materialmente constitucionais de acordo com o parágrafo segundo do referido artigo quinto. Todavia, a existência de um bloco de constitucionalidade não é o entendimento pacífico de nossa jurisprudência, nem tampouco da doutrina brasileira. Isto nós podemos observar na posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na discussão sobre o cabimento da prisão do depositário infiel. Mesmo o Brasil tendo ratificado o Pacto de San Jose da Costa Rica, que proíbe a prisão civil por dívidas (salvo a do devedor de alimentos), o STF têm aplicado à regra disposta em nossa Constituição favorável a possibilidade dessa prisão do depositário infiel.

Essas discussões doutrinárias serão analisadas a seguir, com o objetivo de verificarmos, qual seria a melhor posição para a problemática que envolve o Pacto de San José da Costa Rica e a nossa Constituição (após a Emenda Constitucional nº 45/2004) acerca da prisão do depositário infiel.

3.3 A incorporação de tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro

Passaremos, agora, para a análise da incorporação dos tratados de direitos humanos no nosso ordenamento jurídico, tendo em vista a relevância do assunto, já que na presente monografia, buscamos analisar a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, frente aos tratados ratificados pelo Brasil, como o Pacto de San Jose da Costa Rica.

Inicialmente, é importante ressaltar que há uma grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto à hierarquia dos tratados internacionais incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, iremos analisar alguns posicionamentos considerados mais relevantes pela nossa doutrina.

De acordo com Lise Nery Mota, essa divergência gira em torno da transformação do direito internacional em direito interno, o que originou duas teorias:

- a) Teoria monista: Para essa doutrina, a ordem jurídica interna e internacional compõem uma única unidade de normas jurídicas. Entretanto, dentro dessa classificação, há quem defenda a prevalência do direito interno sobre o direito internacional (monista com primazia do direito interno ou monismo nacionalista); e há a corrente adepta ao monismo com primazia do direito internacional ou, como também é chamado, monismo internacionalista
- b) Teoria dualista: Já para a tese dualista, o direito interno e o internacional são sistemas estanques, independentes, onde a ordem internacional regula as relações entre Estados, enquanto que o direito interno regula a conduta entre o Estado e seus indivíduos. Notadamente, como fazem parte de sistemas distintos, não há que se falar em conflito normativo, uma vez que o direito internacional só se validará no ordenamento jurídico pátrio após sua superveniente incorporação.

Assim, o direito internacional não ingressará automaticamente na órbita jurídica interna do Estado, a partir da ratificação, mas tão somente mediante incorporação ou internalização (transposição da norma de origem internacional para o sistema interno através de uma manifestação legislativa).⁵⁵

É relevante salientar que, segundo Flávia Piovesan, não há na nossa Constituição “menção expressa a qualquer das correntes, seja à monista, seja à dualista”.⁵⁶ Sendo assim,

⁵⁵ MOTA, Lise Nery. **Prisão civil como técnica de efetivação das decisões judiciais**. Lumen Iuris. Rio de Janeiro. 2007

⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. **A incorporação, a hierarquia, e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. p.158

não temos como precisar qual procedimento de incorporação foi adotado pela nossa Carta Magna. Seria incorporação automática ou não?

De acordo com o entendimento de Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros:

O silêncio da Constituição brasileira sobre a matéria favoreceu interpretação jurisprudencial de que os tratados recepcionados na ordem jurídica interna têm hierarquia idêntica à da legislação infraconstitucional, submetidos, por conseguinte, ao princípio da *lex posterior derogat priori*.

Essa interpretação, consubstanciada no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do recurso extraordinário nº 80.004, de 1977, tem causado dificuldades para a inserção do Brasil no cenário internacional contemporâneo. A Constituição precisa ser emendada para dispor que os tratados internacionais de que o Brasil seja parte integram o ordenamento jurídico pátrio e suas normas prevalecem sobre as leis.

Para boa parte da doutrina e também para o Supremo Tribunal Federal (STF), o nosso país teria adotado a corrente dualista que exige a edição de um Decreto Executivo pelo Presidente da República, após a ratificação do tratado. De acordo com Lise Nery Mota: “Seria uma incorporação não automática ou *not self executing*, tendo em vista a necessidade de um ato normativo nacional para conferir efetividade ao tratado no âmbito interno”.

Por outro lado, a mesma autora assevera que:

Entretanto, em mais uma de suas mutações, o STF passou a novamente ter o entendimento oposto, qual seja, o de que ‘o decreto presidencial que sucede à aprovação congressional do ato internacional e à troca dos respectivos instrumentos de ratificação, revela-se enquanto momento culminante do processo de incorporação desse ato internacional ao sistema jurídico doméstico manifestação essencial e insuprimível, especialmente se considerados os três efeitos básicos que lhe são pertinentes: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.’”

Por outro lado, ao contrário da doutrina dominante, temos autores como Flávia Piovesan, Antônio Augusto Cançado Trindade e Valério Manzuoli, que entendem que os tratados de direitos humanos seriam incorporados automaticamente no nosso ordenamento em virtude do art.5, §1º, da CF, que prevê aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.⁵⁷ Desta forma, seria dispensada a edição do Decreto Executivo, adotando-se, portanto, a corrente monista para a incorporação dos tratados sobre direitos humanos.

⁵⁷ CF: Art. 5º §1º: “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

É importante lembrar que, para esses autores, a incorporação dos tratados tradicionais se daria pelo trâmite da teoria dualista, em que há a exigência de um decreto executivo para se efetivar a incorporação desses tratados.

De acordo com o entendimento de Flávia Piovesan:

Em síntese, relativamente aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, a Constituição brasileira de 1988, nos termos do art.5º, §1º, acolhe-se a sistemática de incorporação automática dos tratados, o que reflete a adoção da concepção monista. Ademais, (...) a Carta de 1988 confere aos tratados de direitos humanos, o status de norma constitucional, por força do art.5º, §2º. O regime jurídico diferenciado conferido aos tratados de direito humano não é, todavia, aplicável aos demais tratados, isto é, aos tratados tradicionais. No que tange a estes, adota-se a sistemática da incorporação legislativa, de modo a exigir que, após a ratificação, um ato com força de lei (no caso brasileiro este ato é um Decreto expedido pelo Executivo) confira execução e cumprimento aos tratadados no plano interno. Desse modo, no que se refere aos tratados em geral, acolhe-se a sistemática da incorporação não automática, o que reflete a adoção da concepção dualista. Ainda no que tange a estes tratados e nos termos do art. 102, III, b, da Carta Maior, o texto lhe atribui natureza de norma infraconstitucional.⁵⁸

Portanto, diante do entendimento dessa jurista, nós teríamos um sistema jurídico misto, estabelecendo critérios distintos de acordo com o conteúdo do tratado. Se fosse um tratado sobre direitos humanos teria incorporação automática, se fosse um tratado tradicional, a incorporação seria não automática.

Data venia, nós discordamos da posição desta brilhante autora, por entendermos que a incorporação dos tratados no âmbito interno não é automática, tendo em vista a rigidez de nossa Constituição que estabeleceu procedimentos próprios para a incorporação destes.

Entendemos que todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais de acordo com o previsto no art. 5º, §2º da Constituição. Todavia, essa afirmação não é suficiente para exigirmos um comprometimento das nossas entidades políticas e jurídicas em relação ao respeito e à proteção dos direitos humanos positivados internacionalmente.

Para que essas normas passem a ser materialmente constitucionais é necessário que o STF as reconheça formalmente, o que ainda não aconteceu. Sendo assim, a melhor doutrina seria àquela, que entende que para haver a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos é necessário observar o procedimento atinente das Emendas Constitucionais, ou seja, deverão ser aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

⁵⁸ PIOVESAN, Flávia.*op.cit.*p.

Sendo assim, concluímos mais um capítulo, tendo como objetivo introduzir o tema dos tratados internacionais de direitos humanos: o conceito, as características, o modo de celebração e de incorporação dos mesmos. No próximo capítulo, analisaremos o Pacto de San Jose da Costa Rica frente à Emenda Constitucional nº 45/2004, com o escopo de verificarmos a possibilidade ou não da prisão do depositário infiel. Estudaremos também de uma forma mais aprofundada, as principais correntes doutrinárias acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como as jurisprudências sobre o tema.

4 O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº45/2004

4.1 A prisão do depositário infiel

Iniciaremos esse capítulo com o objetivo de analisar a possibilidade de prisão do depositário infiel, tendo em vista o Pacto de San José da Costa Rica e a Emenda Constitucional nº 45/2004. Primeiramente, realizaremos um estudo acerca do Pacto de San Jose da Costa Rica, visando analisar o conteúdo de suas normas. E posteriormente, passaremos a interpretar os efeitos provocados pela Emenda Constitucional em nossa Constituição.

O Pacto de San José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, foi ratificado pelo Brasil em 1992, e promulgado através do Decreto nº 678 de 06/11/92, isto é, antes do advento desta Emenda Constitucional nº 45/2004. Esta Convenção estabeleceu normas de proteção aos direitos humanos como podemos verificar em seu preâmbulo:

Os Estados Americanos signatários da presente Convenção,

Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais;

Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de Ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados Americanos.

Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional.

Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos;

(...)

Além disso, o Pacto de San José da Costa Rica também estabelece obrigações para os Estados-partes, como a obrigação de respeitar os direitos nele expostos e dever de adotar disposições de direito interno, como podemos extrair dos artigos 1º e 2º do Capítulo 1:

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Como podemos observar, essa Convenção exige que os Estados-partes adotem medidas legislativas ou de outra natureza para efetivarem os direitos e liberdades nela estabelecidos. Sendo assim, se o país ratificou o Pacto de San José da Costa Rica, não haveria escusas para o não-cumprimento dos direitos e obrigações nele assegurados.

O referido Pacto estabelece em seu art. 7º, 7:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

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

De acordo com o exposto neste artigo, é vedada a prisão por dívidas, salvo, em caso de inadimplemento de obrigação alimentar. Sendo assim, esse artigo não faz menção à possibilidade de prisão do depositário infiel. Por outro lado, temos a nossa Constituição Federal que assim preceitua:

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;

Desta forma, estaríamos diante de um aparente conflito de normas, já que a Constituição Federal prevê a possibilidade de prisão do depositário infiel enquanto o Pacto de São José da Costa Rica veda essa prisão. Neste caso, qual norma irá prevalecer, a norma de direito interno ou a norma proveniente de um tratado? Isso é motivo de grande controvérsia por parte da doutrina e da jurisprudência, principalmente após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 alterou alguns dispositivos da nossa Constituição e inseriu o §3º ao artigo 5º, trazendo tal previsão:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Com essa redação, o legislador avançou no sentido de complementar a lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro, quanto à regulamentação dos tratados internacionais de direitos humanos. E assim, conferiu a esses *status* de Emendas Constitucionais se forem aprovados em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros de cada casa do Congresso Nacional.

Desta forma, segundo Lise Nery Mota, “podemos, então, com esteio nessas inovações, sistematizar hierarquicamente os tratados internacionais incorporados antes e depois da

Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004”. Segundo a autora, os tratados internacionais tradicionais incorporados antes da EC nº 45 teriam o *status* de Lei Federal Ordinária, em função do artigo 102, III, b da Constituição e manteriam esse *status* após a citada emenda.⁵⁹

Já em relação aos tratados de direitos humanos haveria uma controvérsia. Segundo a autora, antes da EC nº 45, os tratados de direitos humanos possuíam, para o STF, o *status* de Lei Federal Ordinária (art. 102, III, b, CF) e para outra corrente doutrinária, o *status* de Norma Constitucional tendo em vista o disposto no art. 5º, §2º da Constituição. Após a EC nº 45/2004, esses tratados passariam a ter *status* de Emenda Constitucional se aprovada por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, ou seriam considerados Lei Federal Ordinária, se aprovada com menos de três quintos dos votos dos membros de Cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos.

Diante desta indagação pretendemos buscar uma solução para essa problemática analisando o entendimento da doutrina e da jurisprudência acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos em nosso ordenamento jurídico.

4.2 Posição da doutrina e do Supremo Tribunal Federal

Durante muito tempo, os juristas se utilizaram das teorias monista e dualista para tentar resolver o conflito entre normas de direito interno e normas de direito internacional. O ponto de divergência entre essas teorias seria a forma de incorporação dos tratados internacionais ao direito interno.

Odete Novais Carneiro Queiroz, ao analisar essas teorias, assim preceitua:

Como salientado, há divergências entre estudiosos do Direito quando se colocam em confronto os direitos nacional e internacional. Para alguns estudiosos, os dualistas, tais sistemas são considerados diversos e autônomos, nos quais se admitem posicionamentos conflitantes. Já para uma parcela dos integrantes do monismo o direito interno deve ajustar-se ao internacional caso daí advenham duas posições em confronto; existindo, porém, para outro segmento o primado do direito nacional, que sobreleva a soberania de cada Estado, que detém o poder discricionário de aceitar ou não as normas da comunidade internacional. São os monistas nacionalistas – que cultuam a Constituição dos países nos quais, em havendo conflitos, deverão prevalecer as normas de direito interno sobre as de direito internacional.⁶⁰

⁵⁹ MOTA, Lise Nery. *op.cit.* P. 172

⁶⁰ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Op.cit.* p.88

Com efeito, podemos perceber que a teoria dualista afirma que existem duas ordens jurídicas. Uma ordem interna e outra internacional. Essas ordens seriam paralelas, autônomas, que não possuem nenhum ponto de intersecção. São campos de atuação diferentes. O direito interno cuida das relações domésticas enquanto o direito internacional trata das relações entre Estados. Desta forma, segundo o dualista não existe conflito entre lei e tratado. Assim, toda vez que o Brasil celebrar um tratado, ele só valerá aqui quando internalizado, ou seja, quando transformado em uma lei brasileira. Logo, não há conflito entre lei e tratado e sim sobre leis, aí se aplica o Sistema intertemporal (lei posterior revoga a anterior) e a lei especial prevalece sobre a lei geral. Essa teoria nasceu com Alfred von Verdross e foi adotada por Carl Heinrich Triepel, na Alemanha.

Valério de Oliveira Mazzuoli ao discorrer sobre a teoria dualista, assim leciona:

Foi Alfred von Verdross que, em 1914, cunhou a expressão "dualismo", a qual foi aceita por Triepel, em 1923. Para os adeptos dessa corrente, o direito interno de cada Estado e o internacional são dois sistemas independentes e distintos, embora igualmente válidos. Por regularem tais sistemas matérias diferentes, entre eles não poderia haver conflito, ou seja, um tratado internacional não poderia, em nenhuma hipótese, regular uma questão interna sem antes ter sido incorporado a este ordenamento por um procedimento receptivo que o transforme em lei nacional. Para os dualistas, os tratados internacionais representam apenas compromissos exteriores do Estado, assumidos por Governos na sua representação, sem que isso possa influir no ordenamento interno desse Estado. Em um caso, trata-se de relações entre Estados, enquanto em outro as regras visam à regulamentação das relações entre indivíduos. (4) Por isso é que esses compromissos exteriores, para os dualistas, não têm o condão de gerar efeitos automáticos na ordem jurídica interna do país, se todo o pactuado não se materializar na forma de diploma normativo típico do direito interno: uma lei, um decreto, uma lei complementar, uma norma constitucional etc. (5)

Esta teoria teve em Carl Heinrich Triepel, na Alemanha, um de seus maiores e mais notáveis defensores. Foi de Triepel o primeiro estudo sistemático sobre a matéria (*Volkerrecht und Landesrecht*, de 1899), cuja concepção foi aprovada por Dionisio Anzilotti, na Itália, que a adotou, em 1905, em trabalho intitulado "*Il Diritto Internazionale nel giudizio interno*", e aplaudida também por Oppenheim. Esta corrente dualista estabelece diferenças entre o direito internacional público e o direito interno, dentre elas a de que as regras internas de um Estado soberano são emanadas de um poder ilimitado, em relação ao qual existe forte subordinação de seus dependentes, o que não acontece no âmbito internacional. De forma que, estes dois ordenamentos jurídicos – o do Estado e o internacional – podem andar pareados sem, entretanto, haver primazia de um sobre o outro, pois distintas são as esferas de suas atuações. Assim, não pode um preceito do *Direitos das Gentes* revogar outro que lhe seja diverso no ordenamento interno. O Estado pactuante, apenas, obriga-se a incorporar tais preceitos no seu ordenamento doméstico, assumindo somente uma obrigação moral, mas,

se não o fizer, deverá ser por isso, responsabilizado no plano internacional. Para os dualistas, "as normas de Direito Internacional não têm força cogente no interior de um Estado senão por meio da *recepção*, isto é, em decorrência de um ato do seu Poder Legislativo que as converte em regras de Direito Interno, não sendo possível, por via de consequência, colisões entre as duas ordens jurídicas".⁶¹

Uma crítica que a doutrina faz a essa teoria é que na prática, esse pensamento é insustentável, já que o lapso temporal de transformação de um tratado em lei demora em média de cinco a oito anos. Sendo assim, durante esse tempo haverá conflito entre lei e tratado.

Por outro lado, também temos a teoria monista que é o oposto do dualismo. Essa teoria tem como seu precursor Hans Kelsen. Para essa corrente, o Direito é uma coisa só. Tanto a lei quanto o tratado pertencem a uma mesma ordem jurídica. Essa teoria se subdivide em três posicionamentos: Teoria Monista com primado no Direito Interno, Teoria Monista com primado no Direito Internacional e Teoria Monista Moderada.

Começaremos com a *teoria monista com primado no direito interno*. Esta teoria sustenta que a lei é superior ao tratado baseando-se na idéia de soberania do Estado. Segundo essa posição, se um tratado puder prevalecer sobre a lei interna, o país perderia sua soberania.

Uma crítica que se faz a essa corrente é que ela é ultrapassada, já que adota um conceito de soberania do final do século XVII e início do século XVIII. Nesta época, nenhuma norma externa poderia valer internamente. Hoje, a idéia de soberania não é mais essa, tendo em vista, que cada vez mais, os países precisam interagir em função da globalização. Desta forma, a soberania deve ser flexibilizada em prol da convivência internacional.

Temos também a *teoria monista com primado no direito internacional*. Essa é a teoria adotada por Kelsen. Ela defende que o tratado deve ser superior a lei, pois parte do pressuposto que o país só ratifica um tratado se ele quiser. Essa é a característica do voluntarismo dos tratados internacionais. Logo, se um país opta por ratificar um tratado, não há porque não cumpri-lo.

Por último, temos a *teoria monista moderada* que preceitua que lei e tratado são hierarquicamente iguais. Esta corrente estabelece que lei ou tratado posterior revoga o anterior e a lei ou tratado específico prevalece sobre o geral.

⁶¹: MAZZUOLI. Valerio de Oliveira. **A influência dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito interno brasileiro**. Disponível em: <http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=69&rv=Direito>. Acesso em 25 out.2008.

Valerio de Oliveira Mazzuoli ao analisar a teoria monista e suas subdivisões assim preceitua:

Já, os autores monistas, partem da inteligência oposta. Para eles, se um Estado assina e ratifica um tratado internacional, é porque está se comprometendo juridicamente a assumir um compromisso; se tal compromisso envolve direitos e obrigações que podem ser exigidos no âmbito interno do Estado, não se faz necessário, só por isso, a edição de um novo diploma, materializando internamente aquele compromisso exterior.

Os monistas dividem-se em duas correntes: *a)* uma (*monismo internacionalista*), sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito internacional, a que se ajustariam todas as ordens internas (posição que teve em Hans Kelsen seu maior expoente). Os que defendem este posicionamento se bifurcam – uns não admitem que uma norma de direito interno vá de encontro a um preceito internacional, sob pena de nulidade, assim como Kelsen (*Das problem der souveränität und die theorie des völkerrechtes*, 1920), e outros, os mais moderados, como Verdross, negam tal falta de validade, embora afirmem que tal lei constitui uma infração que o Estado lesado pode impugnar exigindo ou a sua derrogação ou a sua inaplicabilidade, responsabilizando o infrator a indenizar os prejuízos decursivos(8); *b)* já, a outra corrente (*monismo nacionalista*), apregoa o primado do direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja ótica a adoção dos preceitos do direito internacional reponta como uma faculdade discricionária. Aceitam a integração do produto convencional ao direito interno, mas não em grau hierárquico superior. Os monistas defensores do predomínio interno, dão, assim, "relevo especial à soberania de cada Estado e à descentralização da sociedade internacional. Propendem, dessarte, ao culto da *constituição (sic)*, estimando que no seu texto, ao qual nenhum outro pode sobrepor-se na hora presente, há de encontrar-se notícia do exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras", vertente esta influenciada pela filosofia de Spinoza e de Hegel, defensor da soberania absoluta do Estado, seguida também por Wenzel e Chailley.⁶²

Atualmente, há autores que sustentam que essa discussão entre dualistas e monistas está superada. Um deles é Cançado Trindade que assim dispõem:

No presente domínio de proteção, não mais há pretensão de primazia do direito internacional ou do direito interno, como ocorria na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente contexto, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas. Merecedora da maior atenção, tem curiosamente passado quase desapercibida na doutrina contemporânea.⁶³

⁶² MAZZUOLI. Valerio de Oliveira.*op.cit.* 7

⁶³ TRINDADE, Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. vol.1. Sergio Antoônio Fabris. 2.ed.2003, p. 436

De acordo com este autor, a idéia de primazia da norma mais favorável às pessoas protegidas por tratados internacionais sobre direitos humanos contribui:

Em primeiro lugar para reduzir ou minimizar consideravelmente as pretensas possibilidades de ‘conflitos’ entre instrumentos legais em seus aspectos normativos. Contribui, em segundo lugar, para obter maior coordenação entre tais instrumentos, em dimensão tanto vertical (tratados e instrumentos de direito interno) quanto horizontal (dois ou mais tratados). (...) Contribui, em terceiro lugar, (...) para demonstrar que a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção. O que importa em última análise é o grau de eficiência da proteção, e, por conseguinte há de impor-se a norma que no caso concreto melhor proteja, seja ela de direito internacional ou de direito interno.

Sílvia Maria da Silveira Loureiro ao analisar a posição de Cançado Trindade assim entende:

Este princípio encontra respaldo também no plano do direito constitucional brasileiro, na medida em que, diante de eventual juízo de ponderação em um caso concreto de colisão entre direitos fundamentais, devem prevalecer os valores inerentes à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), sejam estes direitos consagrados em normas de tratados sobre direitos humanos, sejam elas previstas no texto originário da Constituição.⁶⁴

Gomes Canotilho, ao examinar o conflito aparente de normas materialmente constitucionais, de origem internacional e as normas constitucionais, Gomes Canotilho assevera:

De um modo geral, considera-se existir uma ‘colisão autêntica’ de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício de um direito fundamental por parte de um outro titular. Aqui não estamos perante um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um ‘choque’, um autêntico conflito de direitos. A ‘colisão de direitos em sentido impróprio’ tem lugar quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos.⁶⁵

O mesmo autor apresenta propostas para a solução desse conflito no momento em que dispõem:

(...) as normas dos direitos fundamentais são entendidas como exigências ou imperativos de otimização que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fática. Não

⁶⁴ LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos na Constituição*. Del Rey. Belo Horizonte. 2005; p.116

⁶⁵ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.p.1229

existe, porém, um padrão ou critério de soluções de conflitos de direito válido em termos gerais e abstratos. A ponderação e/ou harmonização no caso concreto é, apesar da perigosa vizinhança de posições decisionistas, uma necessidade inelimitável. Isso não invalida a necessidade de critérios metódicos abstractos que orientem, precisamente, a tarefa de ponderação e/ou harmonização concretas (...).⁶⁶

Dentro desses critérios apontados por Canotilho, o melhor deles seria a aplicação da norma que melhor protege as supostas vítimas de violação de direitos humanos de acordo com o entendimento de Cançado Trindade e Sílvia Maria da Silveira Loureiro.

Antônio Augusto Cançado Trindade afirma que devemos nos desvincilhar das:

Amarras da velha e ociosa polêmica entre monistas e dualistas; nesse campo de proteção, não se trata de primazia do direito internacional ou do direito interno, aqui em constante interação; a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela um norma de direito internacional ou de direito interno.⁶⁷

Fábio Konder Comparato também segue a mesma linha de raciocínio que os autores acima expostos, já que ele sustenta que as normas de direito internacional devem prevalecer em relação às de direito interno, pelo fato das primeiras representarem uma consciência ética universal. Esse entendimento nós podemos extrair de um trecho de sua obra:

Isto posto, pergunta-se: No terreno dos chamados direitos fundamentais, os direitos humanos reconhecidos expressamente pela autoridade política, existe uma hierarquia normativa? O direito internacional prevalece sobre o direito interno, ou trata-se de duas ordens jurídicas paralelas? Nesta última hipótese como resolver os eventuais conflitos normativos entre o direito internacional e o direito interno?

Sem entrar na tradicional querela doutrinária entre monistas e dualistas, a esse respeito, convém deixar aqui assentado que a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de expremirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. Em várias Constituições posteriores à II Guerra Mundial, aliás, já se inseriram normas que declaram de nível constitucional os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional. Seja como for, vai-se firmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflito entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico.⁶⁸

⁶⁶ CANOTILHO. J.J.Gomes.*op.cit.*p.1233

⁶⁷ TRINDADE. Antônio Augusto Cançado. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos Direitos Humanos nos planos internacional e nacional**. Anais do VI Seminário Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Rio de Janeiro:UERJ,1997. p.317-318

Com efeito, podemos perceber que nos dias atuais essa discussão entre as teorias monistas e dualistas perdeu o sentido, já que é a Constituição de cada Estado que irá determinar as regras para incorporação dos tratados internacionais ao direito interno. É através da análise da Constituição do país e dos mecanismos por ela adotados para a celebração e ratificação de tratados internacionais que resolveremos essa questão. Sendo assim, devemos sempre realizar o exame da Constituição do país para verificar a constitucionalidade de um tratado e, por conseguinte, sua regularidade diante da ordem interna.

Atualmente, essa discussão envolve quatro grandes correntes que divergem quanto ao *status* conferido aos tratados internacionais de direitos humanos, no momento em que eles são incorporados em nosso ordenamento jurídico.

A primeira corrente confere *natureza supranacional* aos tratados internacionais de direitos humanos. Ela é defendida por Celso Duvivier de Albuquerque Mello e foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal até a década de 1970, seguindo a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional.

Celso Mello entende que as normas de direito internacional devem prevalecer em relação às normas nacionais. Para ele, as normas provenientes de tratados internacionais de direitos humanos preponderam até mesmo em relação a nossa Carta Magna.⁶⁹ Desta forma, segundo o pensamento deste autor, nem a emenda constitucional seria capaz de suprimir a normatividade dos tratados internacionais de direitos humanos. Isto dificultaria até o controle de constitucionalidade dos mesmos por parte do Supremo Tribunal Federal. Já que segundo o art. 102, III, b da Constituição:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

(...)

b- declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal

(...)

⁶⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p.48

⁶⁹ MELLO, Celso A. O parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 20

Para Celso Mello esse conflito entre normas de direito interno e de direito internacional não prejudica a unidade do sistema jurídico, da mesma forma que um confronto entre uma lei infraconstitucional e a Constituição Federal não fragilizaria a unidade do nosso ordenamento jurídico. Ele também afirma que tanto a jurisprudência como a doutrina internacional sustentam a primazia do direito internacional de forma unânime.

Sendo assim, o autor assevera:

“A Constituição de 1988 no parágrafo 2º do artigo 5º, constitucionalizou as normas de direitos humanos consagradas nos tratados. Significando isto que as referidas normas são normas constitucionais, como diz Flávia Piovesan. Considero esta posição como um grande avanço. Contudo sou ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada. A nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional.”⁷⁰

Além de dificultar o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais, o pensamento de Celso Mello também não leva em consideração os princípios da supremacia formal e material da Constituição que devem ser sempre observados.

Passaremos agora para a segunda corrente que atribui *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, a qual possui muitos seguidores em nosso país como Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Valério Manzuoli, Clèmerson Merlin Clève, Ingo Sarlet, entre outros.

Para esses autores, os tratados de direitos humanos seriam incorporados automaticamente no nosso ordenamento jurídico, em virtude do art. 5º, §1º da Constituição, que prevê aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Desta forma, se dispensaria a edição de um decreto executivo, consagrando-se a teoria monista de incorporação dos tratados de proteção dos direitos humanos.

Entretanto, é importante ressaltar que para os referidos autores, em relação aos tratados tradicionais, a incorporação seguiria o trâmite da teoria dualista, isto é, exigindo-se o decreto executivo para se implementar a incorporação destes tratados.

Desta forma, haveria um sistema jurídico misto, que fixa critérios diferentes para a incorporação dos tratados internacionais, levando-se em consideração o conteúdo de cada um deles.

De acordo com Flávia Piovesan:

⁷⁰ MELLO, Celso A. *op.cit.* p.27

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.⁷¹

Valerio de Oliveira Mazzuoli ao tecer considerações a respeito do §2º do art. 5º da Constituição assim dispõem:

O que ocorre, é que o § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal, como se pode perceber sem muito esforço, tem um caráter eminentemente *aberto*, pois dá margem à entrada ao rol dos direitos e garantias consagrados na Constituição, de outros direitos e garantias provenientes de tratados. Está, a cláusula do § 2.º do art. 5.º da Carta da República, a admitir (e isto é bem visível!) que tratados internacionais de direitos humanos entrem no ordenamento jurídico interno brasileiro a nível constitucional, e não no âmbito da legislação ordinária, como quer o Supremo Tribunal Federal.⁷²

Por sua vez, Cançado Trindade compartilha do mesmo raciocínio dos juristas acima citados quando preceitua:

O disposto no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição brasileira de 1988: se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.⁷³

Diante do exposto, podemos perceber que essa corrente atribui aos tratados internacionais de Direitos Humanos hierarquia de norma constitucional. Para esses autores, esses tratados apresentam caráter especial em função do bem que protegem. E é isso que os diferencia dos demais tratados. Os tratados de direitos humanos têm como objetivo a proteção

⁷¹ PIOVESAN, Flávia. **Tratados de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF.** : Disponível em: http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Artigos/00000034-001_FlaviaPioveasn.pdf. Acesso em: 11 out.2008 p.12 e 13

⁷² MAZZUOLI. Valerio de Oliveira.*op.cit.*5

⁷³ TRINDADE. Antônio Augusto Cançado Trindade.*op.cit.*p.498

dos direitos do ser humano, ao contrário dos tratados que versam sobre matéria tributária e comercial que apenas buscam obter o equilíbrio nas relações entre os Estados-partes.

Partindo dessa idéia, Carla Pinheiro afirma que no ordenamento jurídico brasileiro existem dois regimes aplicáveis aos tratados:

(...) um aplicável aos tratados de Direitos Humanos, e outro aplicável aos demais tratados. Assim, a partir do ato de ratificação, os tratados que cuidam de Direitos Humanos passariam de imediato – art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988 – a integrar a ordem jurídica interna, ao contrário das demais espécies de tratados, que necessitam obedecer a um procedimento determinado, para que passem a constituir norma interna.⁷⁴

Nesse sentido, afirma Canotilho:

O programa normativo constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao "texto" da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da Constituição, alargando o "bloco da constitucionalidade" a princípios não escritos, mas ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas.⁷⁵

De acordo com o entendimento de Flávia Piovesan não é necessária a produção de um ato normativo interno que reproduza no ordenamento jurídico brasileiro o conteúdo do tratado, já que os tratados internacionais de Direitos Humanos seriam materialmente constitucionais por meio do §2º do art.5º da Constituição.⁷⁶

A autora assim preceitua:

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.⁷⁷

Todavia, como exposto no capítulo anterior, não concordamos com essa tese, *data venia* a brilhante exposição desses autores. Primeiro, porque até hoje não foi pacificado esse entendimento no Supremo Tribunal Federal, mesmo após a inserção do §3º ao art. 5º da

⁷⁴ PINHEIRO, Carla. **Direito Internacional e Direitos Fundamentais**. São Paulo; Atlas, 2001, p.74

⁷⁵ CANOTILHO. J.J.Gomes.*op.cit.* p. 982

⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. *Op.cit.*p.38

⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.* p.7

Constituição. Segundo, porque este parágrafo, exige que sejam observados certos requisitos para que os tratados de direitos humanos sejam equiparados às Emendas Constitucionais, quais sejam, serem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Logo, não é pacífico a existência de um bloco de constitucionalidade.

Passaremos, agora, para a terceira vertente que atribui *natureza de lei ordinária* aos tratados internacionais. Atualmente, essa corrente vem predominando, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Ela estabelece que os tratados internacionais possuem *status* de lei ordinária, não fazendo distinção àqueles que versam sobre direitos humanos.

Antes de 1977, o STF sustentava a primazia do tratado internacional quando em conflito com norma infraconstitucional. Entretanto, esse posicionamento foi alterado em função do julgamento do RE 80.004-SE, em 1977. Esse recurso extraordinário foi o *leading case* que modificou o entendimento anterior do STF. A partir daí, o Excelso Pretório tem adotado o sistema paritário ou monismo nacionalista moderado, de acordo com o qual, tratados e convenções internacionais têm *status* de lei ordinária.

Esse recurso envolvia a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que entrou em vigor com o Decreto nº 57.663 de 1966, e uma lei interna posterior, o Decreto-lei nº 427/69. O conflito versava sobre a obrigatoriedade ou não de existência do aval apostado na nota promissória. Essa exigência para a validade do título não estava prevista no texto internacional.

O STF entendeu que o Decreto-lei nº 427/69 deveria prevalecer de acordo com a regra *lex posterior derogat priori*. A partir dessa decisão, predominou a paridade entre lei interna e tratado internacional, utilizando-se o critério cronológico para a solução dos conflitos entre leis internas e tratados internacionais.

Esse entendimento ainda persiste na Suprema Corte, como podemos verificar na ADIn 1.480-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello (julgamento em 04/09/1997), que tinha por objeto a Convenção nº 158 da OIT. O Pleno do STF decidiu que todos os tratados internacionais estão subordinados à Constituição, havendo, portanto, uma prevalência da nossa Carta Magna. Com isso, podemos perceber que há uma relação de paridade normativa entre a lei ordinária e os tratados. Sendo assim, se houver conflito entre lei e tratado, deve ser

adotado o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, o critério da especialidade (*lex specialis derogat generalis*).

Flávia Piovesan critica a atual postura do Supremo Tribunal ao mencionar:

Acredita-se que o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004 enseja, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença diante das conseqüências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional — os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé. Essa posição afronta, ademais, o disposto pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não-cumprimento de tratado. Tal dispositivo reitera a importância, na esfera internacional, do princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir cumprimento às disposições de tratado, com o qual livremente consentiu.⁷⁸

E continua o seu raciocínio dizendo:

Insiste-se que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns.⁷⁹

Valério de Oliveira Mazzuoli ao analisar a posição do STF no julgamento do RE 80.004 de 1977 comenta:

A conclusão a que chegou o STF, no citado julgamento, foi a de que dentro do sistema jurídico brasileiro, em que tratados e convenções guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado, a normatividade dos tratados internacionais permite no que concerne à hierarquia das fontes, situá-los no mesmo plano e mesmo grau de eficácia em que posicionam as nossas leis internas.⁸⁰

Com essa tipificação, o Supremo Tribunal passou a seguir o critério cronológico, isto é, *lex posterior derogat priori*. A pouco tempo, o STF decidiu na ADIn 1480-DF que:

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos

⁷⁸ PIOVESAN. Flávia. *op.cit.* 1

⁷⁹ PIOVESAN. Flávia. *op.cit.* 3

⁸⁰ MAZZUOLI. Valério de Oliveira. **Direito Internacional público: parte geral**. São Paulo: RT, 2004, v.2, p. 92

mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade.⁸¹

Podemos citar também outros precedentes em que o Pleno do STF confirmou a paridade normativa entre leis ordinárias e tratados internacionais são a Ext. 662-2/Peru, julgada em 28/11/1996, e a ADIn 1.347-DF, julgada em 05/09/1995, ambas relatadas pelo Min. Celso de Mello. Assim, após 1977 e antes da EC nº 45, o STF se posicionou no sentido de que todos os tratados receberiam o *status* de lei ordinária. Esta posição também foi seguida pelo STJ.

Por último, temos a corrente que atribui *caráter supralegal e infraconstitucional* aos tratados e convenções sobre direitos humanos. Essa vertente se baseia no direito comparado, como por exemplo, na Constituição Alemã. Na Alemanha, as regras gerais de direito internacional público integram o direito federal e, por conseguinte se sobrepõem ao direito interno. Já no nosso país, a Constituição da República não determinou essa prevalência.

Essa corrente nasceu no Brasil em 2000, com o voto do Ministro Sepúlveda Pertence no RHC n. 79785-RJ, que sustentou a natureza supralegal dos tratados de direitos humanos, ao serem incorporados pelo nosso ordenamento jurídico. Argumentava-se, que os tratados internacionais não teriam o condão de se sobrepor à Constituição, no entanto, os que tratassem de direitos humanos deveriam ter um local especial no nosso ordenamento jurídico, isto é, estariam abaixo da Constituição, porém acima das leis ordinárias. Esse entendimento também foi adotado pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes.

Os defensores dessa corrente não atribuem *status* de lei ordinária aos tratados de direitos humanos, todavia, também não conferem natureza constitucional aos mesmos. Para essa vertente, os tratados de direitos humanos estão em uma categoria intermediária. Esse é o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence na decisão proferida, *in verbis*:

Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim – aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (e.q., *Memorial cit.*, *ibidem*, p. 43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (A Constituição brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, em Boucault e N. Araújo (órgão), Os direitos humanos e o direito interno) – a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicabilidade direta às suas

⁸¹ MOTA. Lise Nery. *op.cit.* p.16

normas – até, se necessário, contra lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantia dela constantes.⁸²

Posteriormente a essa decisão, Odete Novais Carneiro Queiroz analisa o voto do Ministro no julgamento do RE 299.627-1-MG como relator, em acórdão com votação unânime, em que o Ministro alega estar “convicto da inconstitucionalidade da prisão civil fundada na equiparação do devedor fiduciário ao depositário”, mas abre mão do seu entendimento e segue os demais ao dizer “devo render-me à jurisprudência”, e critica:

Causa estranheza essa posição, pois ao votar fiel ao seu pensar o juiz acaba por fazer firmar essa ou aquela jurisprudência. De nada vale dizer-se contra, se o voto finaliza favoravelmente. Ainda que restasse o voto vencido, imprescindível seria manter e externar a sua convicção, salvo melhor juízo.

Por outro lado, a mesma autora assevera:

O que se tem percebido é uma evolução inegável do pensar do poder judiciário no que tange à natureza jurídica dos tratados de direitos humanos revelada também, por exemplo, no texto da Reforma Judiciária, pela qual lhes é conferido o caráter de emendas constitucionais.⁸³

Concordamos com a posição da autora ao observar essa mudança de paradigma em nossos tribunais. Atualmente, está em debate no Supremo Tribunal Federal o RE nº 466.343, Relator Min. Cezar Peluso, 22/11/2006 (Informativo 449, 450, 498 e 502) em que se discute a constitucionalidade da prisão civil nos casos de alienação fiduciária em garantia (DL 911/69: “Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.”) O relator negou provimento ao recurso por entender que o art. 4º do DL 911/69 não pode ser aplicado em sua totalidade, por inconstitucionalidade manifesta. Afirmou que não existe afinidade ou conexão teórica entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia.

Após o voto Min. Cezar Peluso, pediu vista o Min. Gilmar Ferreira Mendes que defendeu o *status* de norma supralegal aos tratados de direitos humanos e manteve a supremacia da Constituição. O referido ministro analisou a questão tendo em vista a premissa

⁸² RHC 79.785-RJ – Informativo 183

Relator: Min. Sepúlveda Pertence

⁸³ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *op. cit.* p.155

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 equiparados às normas constitucionais” e paralelo a isso, ressaltou a relevância da Emenda Constitucional nº 45 que conferiu um tratamento especial aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, conferindo-lhes um status diferenciado dos demais tratados em nosso ordenamento jurídico.

O Min. Gilmar Mendes assevera que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal precisa ser revista, haja vista a necessidade de se atribuir efetividade à proteção dos direitos humanos tanto no âmbito internacional quanto no plano interno. Ele entende que pelo fato dos tratados internacionais de direitos humanos possuírem um “inequívoco caráter especial”, isto é, supralegal, eles têm o poder de “paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”. Este é o caso da norma que prevê a possibilidade de prisão do depositário infiel (artigo 5º, inciso LXVII da Constituição). Todavia, este dispositivo não pode ser revogado por meio de um tratado, já que a Constituição possui supremacia em relação aos atos internacionais.

Além disso, o ministro ressaltou que o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) precisa seguir o procedimento especial de aprovação descrito no §3º do art.5º, para que seja incorporado formalmente à nossa constituição e, por conseguinte, obter o *status* de emenda constitucional. Este critério também deve ser seguido pelos demais tratados de direitos humanos. Ademais, ele entende que os tratados de direitos humanos não podem afrontar à Constituição, mas que por outro lado, merecem tratamento especial em nosso ordenamento jurídico.

Por último, ele afirma que a prisão do depositário infiel violaria o princípio da proporcionalidade, tendo em vista, que existem outros mecanismos processuais de execução que são capazes de satisfazer o crédito do credor-fiduciante. E também salienta que o DL 911/69 estabeleceu uma ficção jurídica ao equiparar o devedor da alienação fiduciária em garantia com o depositário infiel. Para o ministro, isso afrontaria o princípio da reserva legal proporcional.

Até o presente momento, já foram proferidos oito votos no sentido da inconstitucionalidade tanto da prisão civil do alienante fiduciário (erroneamente “equiparado” ao depositário) quanto da prisão do próprio depositário infiel. Além dos votos ministros já citados, temos os votos de mais seis ministros. São eles: Marco Aurélio, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

O último voto proferido foi o do Ministro Celso de Mello, que acompanhou o voto do relator e negou provimento ao recurso, sob o argumento de que a norma impugnada não foi recebida pelo vigente ordenamento constitucional. Asseverou, que, em face da relevância do assunto debatido, seria mister a análise do processo de crescente internacionalização dos direitos humanos e das relações entre o direito nacional e o direito internacional dos direitos humanos, sobretudo diante do disposto no § 3º do art. 5º da CF, introduzido pela EC 45/2004. Ressaltou que a vedação da prisão civil por dívida possui previsão constitucional e que, de acordo com o art. 5º, LXVII, da CF, abriu-se, ao legislador comum, a possibilidade, em duas hipóteses, de restringir o alcance dessa vedação, quais sejam: inadimplemento de obrigação alimentar e infidelidade depositária (RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 12.3.2008).

O Min. Celso Mello inovou o seu entendimento ao dispor que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, mesmo firmados antes do advento da Constituição de 1988, devem ter o mesmo *status* dos dispositivos incritos na Constituição Federal”, entretanto ele ressaltou dizendo que “tais tratados e convenções não podem contrariar o disposto na Constituição, somente complementá-la”.

Desta forma, analisando o posicionamento do Min. Celso Mello, podemos notar que o seu entendimento difere da posição de Gilmar Mendes. Ele não concorda com o *status* supralegal dos tratados de direitos humanos, e atribui hierarquia constitucional a estes. Entretanto, mesmo discordando quanto ao status dos tratados de direitos humanos, ambos concordam que o texto do tratado precisa ser adequado à Constituição.

Após o voto do Min. Celso Mello, o Min. Menezes Direito pediu vista, e suspendeu o julgamento. É importante observar que embora o julgamento do recurso extraordinário esteja ainda suspenso, o referido ministro já se posicionou em outro julgado recente, no sentido da constitucionalidade da prisão do depositário infiel decorrente do depósito judicial.

Como nós podemos observar pelos votos dos ministros do Supremo Tribunal, há uma tendência no sentido de se reconhecer a inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel e de seus equiparados, tendo em vista que dos onze ministros do STF, oito já se manifestaram a favor da inconstitucionalidade. Desta forma, nos parece possível antever que o resultado final desse julgamento seja no sentido de declarar a inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel.

E por esse motivo, a própria Suprema Corte suspendeu a eficácia de ordem de prisão no âmbito do HC 90.702-MC/RJ (Rel. Ministro Cezar Peluso), determinando que o paciente aguarde em liberdade o julgamento do *habeas corpus* e que os autos permanecessem na Secretaria Judiciária, até o julgamento definitivo, pelo Plenário da Corte, do RE 466.343,

devendo voltar conclusos após o julgamento. O mesmo ocorreu nos autos do HC 90.354-MC/RJ em que foi deferido o pedido de liminar, permitindo ao paciente que aguarde em liberdade o julgamento daquele recurso extraordinário.

De forma similar, no HC 90.172, também foi deferido pelo STF *habeas corpus* preventivo para assegurar a liberdade do paciente até o julgamento do mérito pelo STJ, em idêntica medida. O voto do relator Min. Gilmar Ferreira Mendes, confirmou o seu entendimento adotado no RE 466.343/SP, no sentido de atribuir *status* normativo supralegal aos tratados internacionais de Direitos Humanos, o que tornaria inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo nosso país, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica – art.7º, § 7º) não haveria mais base legal para a prisão do depositário infiel.

Diante do exposto, esperamos que seja declarada a inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel porque acreditamos, assim como o Min. Gilmar Mendes, que essa prisão é desproporcional tendo em vista que o credor-fiduciário teria outros meios de satisfazer o seu crédito, como por exemplo exigir perdas e danos. Nós devemos realizar uma ponderação de interesses, já que estamos diante de dois bens jurídicos a serem tutelados (de um lado temos o patrimônio do credor e de outro, a liberdade do devedor). Não nos parece razoável, nem humano que a liberdade deva prevalecer sobre o patrimônio, tendo em vista a relevância deste bem jurídico para ao respeito e proteção da dignidade da pessoa humana. A liberdade é sempre a regra e a prisão a exceção. Utilizar a prisão como um meio de coerção, para forçar o devedor a adimplir uma obrigação contratual, é excessivo e desproporcional. Nós não estamos mais na época em que a pessoa do devedor era garantia do credor. A prisão não vai restituir o bem do credor nem vai possibilitar que o devedor o faça. Logo é desarrazoada a idéia de que a prisão irá resolver a questão do depositário infiel.

Até mesmo no Direito Penal a liberdade é a regra e a pena restritiva de liberdade é a exceção. O Estado só deve restringir a liberdade daqueles indivíduos que são considerados perigosos para o convívio em sociedade e para a ordem pública (em função da gravidade do crime cometido por estes). Como nós podemos observar o devedor não é um indivíduo perigoso, não é um criminoso, mas é simplesmente um devedor de uma relação contratual, logo, não haveria justificativas para a sua prisão, mesmo que ela seja denominada “civil”. O inadimplemento não põe em risco à vida de outras pessoas, apenas prejudica o patrimônio do credor. Por outro lado, nós concordamos com a outra hipótese de prisão civil

prevista em nossa Constituição, qual seja a do devedor de alimento, pois entendemos que neste caso temos um bem jurídico mais relevante que a própria liberdade, que é a vida do alimentando.

Além disso, estamos vivendo uma fase de prevalência dos direitos humanos, na qual devemos olhar para o indivíduo não apenas como um membro da coletividade, mas sim como um sujeito de direitos e deveres, que guarda consigo direitos inerentes a sua condição de ser humano, como por exemplo, a sua dignidade. Em uma época em que se defende um Direito Penal mínimo, em que se invocam penas alternativas, não seria razoável admitir uma prisão por dívidas (no âmbito do Direito Processual Civil).

Também não podemos esquecer que a nossa própria Constituição consagra, como um de seus fundamentos, o princípio da dignidade da pessoa humana que deve nortear a interpretação das demais normas nela presentes.⁸⁴ Sendo assim, se a nossa Carta Magna confere prevalência a esse princípio tão essencial, não seria razoável, nem coerente que o Estado desse maior relevância ao patrimônio do credor em detrimento da liberdade do devedor. Isto, sem contar com os inúmeros tratados de direitos humanos que o Brasil já ratificou, vinculando-se, portanto, perante toda a comunidade internacional. Se até hoje, o mesmo não se posicionou no sentido da denúncia desses tratados (único meio de fazer com que os tratados percam eficácia no âmbito nacional), não pode ele oferecer excusas para o seu descumprimento, invocando violação às normas internas, sob pena de violar o art. 27 da Convenção de Viena e de perder credibilidade e respeito perante os demais membros da comunidade internacional.

Por último, destacamos que com o advento da EC n.º 45, o legislador teve a preocupação de conferir maior relevância aos tratados de direitos humanos, pois inseriu o §3º ao artigo 5º da Constituição, conferindo *status* de Emenda Constitucional aos tratados que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Com isso, acolheu-se a idéia de que os tratados sobre direitos humanos, dada a relevância da matéria, devem ser acolhidos de forma diferenciada no ordenamento jurídico brasileiro, mas ao mesmo tempo, devem seguir o procedimento especial previsto no §3º do art. 5º.

⁸⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana

Procurou-se com a inserção desse parágrafo, acabar com a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do *status* dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, conferindo-lhes hierarquia constitucional. Entretanto, o nosso legislador não conseguiu trazer respostas para algumas indagações como por exemplo: Qual tratamento deve ser dado aos tratados internacionais de direitos humanos? Esse e outros questionamentos serão analisados no item seguinte.

4.3 Dúvidas trazidas pela Emenda Constitucional nº 45

O §3º do artigo 5º da Constituição ao prever a possibilidade de o Congresso Nacional nivelar ao plano da Constituição os tratados de direitos humanos, deixou, entretanto, de contemplar o imenso número de tratados vigentes sobre essa matéria. Além disso, ao exigir um procedimento especial (igual ao observado pelas Emendas Constitucionais) para que os tratados internacionais de direitos humanos possam produzir efeitos equivalentes ao de norma da Constituição, o novo dispositivo operou em sentido oposto ao entendimento de que o §2º do artigo 5º já ensinaria esse nivelamento hierárquico para o rol de tratados já existentes antes da EC nº 45.

Com isso, surgiu uma grande discussão sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da EC nº 45. Teriam eles hierarquia infraconstitucional, tendo em vista que os mesmos foram incorporados sem a observância dos requisitos exigidos pelo §3º do art. 5º até então inexistente?

Essas e outras questões chamaram a atenção do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro⁸⁵. De acordo com o entendimento deste Grupo de Pesquisa, havia uma falta de clareza quanto ao tratamento dado pela jurisprudência e pela doutrina em relação ao *status* atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da Emenda 45 e posteriores a EC nº 45. Havia também uma dúvida quanto à prioridade que deveria ser dada a determinados tratados

⁸⁵ Este grupo de pesquisa é coordenado pelas professoras Vanessa Oliveira Batista, Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues e Thula Rafaela Pires.

Através de solicitação do Ministério da Justiça, no Projeto “Pensando o Direito”, de acordo com o edital BRA/07/004, o referido Grupo foi convidado a trabalhar na construção de uma proposta de regulamentação jurídica de constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, em atendimento à Emenda Constitucional nº 45/2004. O Grupo de Pesquisa procurou estabelecer operacionalidade do §3º do art. 5º da Constituição de modo a fortalecer os direitos fundamentais no âmbito interno.

quanto à Constitucionalização e ainda se haveria possibilidade dos tratados serem incorporados parcialmente ou se necessariamente deveriam ser incorporados na sua integralidade.

Diante disso, foram elencadas algumas indagações:

- 1- Os tratados internacionais de direitos humanos anteriores a EC nº 45 seriam automaticamente constitucionalizados por via da recepção constitucional?
- 2 - O acervo legislativo e os mecanismos de execução hoje existentes no Brasil são efetivamente adequados para aplicação da EC 45?
- 3 - Qual a consequência da aprovação por quórum inferior ao estabelecido no §3º do art.5º da Constituição?
- 4 - Qual seria a ordem desejada de priorização desses tratados?

Para solucionar essas questões várias áreas foram envolvidas na pesquisa, tais como: Direito constitucional, Direito Internacional Público, Direito Comparado, Processo Legislativo e a Teoria dos Direitos Humanos.

Além disso, os membros do grupo listaram objetivos específicos como:

- Formular um referencial teórico prático que sirva de guia para a articulação das medidas jurídicas adequadas ao cumprimento da emenda, tendo em vista os marcos teóricos e simbólicos que foram estabelecidos.
- Analisar a constitucionalidade do acervo dos tratados internacionais de direitos humanos que foram ratificados antes da EC nº45 e os que foram ratificados após a EC nº45. Optar por uma lista de tratados que prioritariamente deveriam ser constitucionalizados.
- Desenvolvimento de modelos jurídicos que poderiam auxiliar na imediata aplicação da EC nº45 e ainda a elaboração de propostas legislativas e programas de ação para serem implementados no âmbito da Emenda.

O Grupo de Pesquisa teve como referência uma lista com vários tratados de direitos humanos, remetida pela Secretaria Especial de Direitos Humanos. Ao analisarem essa lista de tratados, os membros deste Grupo chegaram à conclusão que nela existiam não só tratados de direitos humanos em sentido estrito, que se adequavam aos seus marcos teóricos e deveriam ser, portanto, constitucionalizados, mas também tratados que não abordavam estritamente Direitos Humanos, mas que tinham relevância para o tema, mas que o Grupo decidiu não constitucionalizar. E assim, estabeleceu-se uma lista em que os membros do Grupo

escolheram quais tratados deveriam ser constitucionalizados no sistema universal e no sistema regional.⁸⁶ Essa lista inclui a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

Em relação aos tratados de direitos humanos assinados posteriormente à Emenda nº45/2004, ou que ainda não tenham sido ratificados na forma de Emenda à Constituição, ou ainda aqueles que não constem da lista acima proposta, o grupo sugere o procedimento legislativo especial, para que sejam enviados ao Congresso Nacional com Mensagem Presidencial que encaminhe para a constitucionalização, a exemplo do que ocorreu com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e seu Protocolo Facultativo.

Como produtos desta pesquisa, nós podemos citar a publicação de um artigo na revista da Presidência da República⁸⁷ e publicação do relatório final da pesquisa no sítio eletrônico Secretaria de assuntos legislativos do ministério da justiça.⁸⁸ Além disso, um dos produtos mais importantes foi a apresentação de uma Proposta de Emenda à Constituição que pretende

⁸⁶ Esta lista inclui os seguintes tratados:

- Declaração Universal dos Direitos do Homem
- Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem

Sistema Universal

- Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio
- Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial
- Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos
- Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
- Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres
- Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes
- Convenção sobre os Direitos da Criança

Sistema Regional

-Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)

- Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura
- Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador)
- Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher
- Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência

⁸⁷ BATISTA. Vanessa Oliveira. Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues. Thula Rafaela Pires. **A Emenda Constitucional n.º 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil.** Revista da Presidência. vol. 10, n. 90, Edição Especial, Abril/Maio 2008. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_90/Resumo_VanessaOliveira_Rev90.htm

alterar a redação do art. 5º, §3º a fim de incluir todos aqueles tratados que foram enumerados do sistema universal e do sistema regional no próprio texto constitucional. Então esses tratados passariam a integrar o nosso bloco de constitucionalidade e seriam tratados como constituição. É interessante frisar que esse modelo de recuperar os tratados, ele é importado da Constituição Argentina. A Argentina através de Emenda Constitucional elencou todos os tratados de direitos humanos que seriam constitucionais.

Pedro Lenza, André Ramos e Pietro de Jesús Lora Alarcón ao analisarem o procedimento adotado pela Constituição Argentina para constitucionalização dos tratados, assim preceituam:

A fórmula argentina, portanto, além de estabelecer mecanismo para a constitucionalização dos tratados que viessem a ser eventualmente apreciados pelo parlamento nacional posteriormente à nova regra de 1994, procurou equacionar a situação dos tratados e declarações que lhe fossem anteriores. E fez isso conferindo às respectivas disposições condição hierárquica de norma constitucional (...). Tal preocupação não se manifestou na nova regra brasileira, que é omissa quanto aos documentos internacionais sobre direitos humanos já existentes anteriormente à promulgação da Emenda Constitucional n.º 45, inclusive os tratados em que o Brasil é parte.

⁸⁹

Como podemos extrair do texto acima citado, o §3º do art. 5º da Constituição não se preocupou em estabelecer mecanismos para a constitucionalização dos tratados ratificados anteriormente à EC n.º 45. Deste modo, nós podemos perceber o quanto é relevante a proposta de Emenda à Constituição de autoria do Grupo de Pesquisa de Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito para a regulamentação desses tratados.

E, por conseguinte, de acordo com o entendimento do Grupo de Pesquisa, os novos tratados de direitos humanos que forem incorporados terão que observar os critérios do art.5º, §3º da Constituição.

Além disso, também foi realizada uma proposta de alteração dos regimentos internos tanto do senado como da câmara dos deputados a fim de que fosse estabelecido um procedimento especial para internalização dos tratados de acordo com a EC n.º 45.

Foi organizado um Seminário no Congresso Nacional no qual o Grupo de Pesquisa levou a proposta parlamentar. É importante ressaltar que esse congresso contou com a

⁸⁸ Relatório final de Projeto de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça / PNUD, no Projeto “Pensando o Direito”. Este relatório está disponível em: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJBEB32F35ITEMID555EEAF25F2E491DAD11A23A6F982102PTBRNN.htm>

⁸⁹ Tavares, André Ramos. Pedro Lenza. Pietro de Jesús Lora Alarcón. Reforma do Judiciário. Emenda Constitucional 45/2004 analisada e comentada. Método. São Paulo. 2005.p.91

participação do professor Eugenio Raúl Zaffaroni ⁹⁰ que é ministro da suprema corte da argentina, inclusive é o modelo que está sendo utilizado na pesquisa.

Esperamos que essa Proposta de Emenda à Constituição seja acolhida pelo Congresso Nacional para que possamos colocar um ponto final às dúvidas geradas pela EC nº 45 quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes desta Emenda.

No final da pesquisa, o Grupo chegou a algumas conclusões a respeito de algumas indagações suscitadas anteriormente. Em relação à possibilidade ou não de constitucionalização em parte do tratado internacional de direitos humanos, entendeu-se que o Poder Legislativo não pode apresentar emendas ou reservas a estas espécies. Por isso, cabe ao Congresso Nacional decidir de forma definitiva se o tratado será totalmente internalizado como norma constitucional ou se totalmente rejeitado. Não seria possível a realização de emendas aos textos já ratificados pelo Presidente da República. A negociação dos tratados é matéria de competência privativa do Chefe do Executivo Federal, logo, se houver permissão para que o Congresso Nacional interfira no processo, isso acarretaria violação ao Princípio da Separação dos Poderes.

A última conclusão diz respeito à possibilidade ou não de internalizarmos tratados de direitos humanos com *status* de lei ordinária, quando não for obtido o quórum exigido para a constitucionalização destes. O Grupo de Pesquisa entendeu que isso não seria conveniente já que implicaria na existência de normas de direitos humanos de hierarquias diferentes, o que acarretaria insegurança jurídica. Além de enfraquecer a proteção das normas definidoras de direitos humanos, o que definitivamente não é a intenção do Poder Constituinte Reformador.

Por último, afirmamos que essa iniciativa dos membros do Grupo de Pesquisa da Faculdade Nacional de Direito é de suma relevância para operacionalizar a real proteção dos direitos humanos no nosso ordenamento jurídico e alargar o bloco de constitucionalidade. Além disso, é essencial para o tema estudado nesta monografia, já que através da proposta de Emenda à Constituição será possível a constitucionalização do Pacto de São José da Costa, dentre outros tratados de direitos humanos, e com isso, será reconhecida a inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel. Isto, porque o Pacto de São José da Costa Rica possuirá *status* de norma constitucional e, por conseguinte, irá prevalecer em relação à norma infraconstitucional que possibilita a prisão do depositário infiel. A Convenção de Direitos Humanos passará a integrar o bloco de constitucionalidade.

⁹⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni é ministro da Suprema Corte Argentina. Ainda, é professor titular e diretor do Departamento de Direito Penal e Criminologia na Universidade de Buenos Aires, doutor *honoris causa* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e vice-presidente da Associação Internacional de Direito Penal

Assim, nós poderemos, realmente, ter mecanismos apropriados para assegurar a aplicação das normas de direitos humanos em nosso país, e com isso, garantir que direitos inerentes ao ser humano, como a sua dignidade, não sejam violados. Este estudo representa um avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país, o que também contribui para a imagem do nosso país perante a comunidade internacional.

Por isso, concluímos, dizendo, que somos contrários à prisão do depositário infiel e de qualquer outra forma de violação dos direitos humanos consagrados internacionalmente, já que entendemos que a prisão do depositário infiel significaria visível violação a esses direitos, já que se visa tutelar o patrimônio em detrimento da liberdade do cidadão depositário.

Sendo assim, chegou a hora de voltarmos os nossos olhos para o ser humano, e percebermos a real importância de se assegurar (adequadamente) a proteção dos direitos humanos em nosso país e no mundo, para que não haja violações a esses direitos, justificadas por uma hierarquia de normas. Independentemente do *status* da norma que assegure os direitos humanos, a dignidade da pessoa humana deve sempre prevalecer, porque só assim nós iremos alcançar uma sociedade mais justa e mais humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendemos ao longo desta monografia ressaltar a importância da proteção dos direitos humanos em nosso país, utilizando como parâmetro a prisão do depositário infiel. Como podemos observar, essa prisão tem gerado muitas controvérsias por parte da doutrina e

da jurisprudência quanto a sua constitucionalidade, principalmente com o advento da Emenda Constitucional n.º 45 e após inúmeros tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Esses tratados refletem a tendência mundial de internacionalização dos direitos humanos e o comprometimento cada vez maior dos países em promover internamente mecanismos para a sua real proteção. O Brasil está cada vez mais integrado a esse movimento, tendo em vista que já ratificou vários tratados sobre o tema. Cumpre lembrar, que a nossa própria Constituição de 1988, intitulada de “Constituição Cidadã” estabeleceu como um de seus fundamentos, o princípio da dignidade humana, demonstrando assim, uma enorme preocupação em resguardar os direitos humanos em nosso país.

Dentre os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, nós temos a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Esse Pacto prevê em seu artigo 7º, §7º que é vedada qualquer forma de prisão por dívidas, salvo o caso do devedor de obrigação alimentar. Como podemos notar, o referido Pacto não faz menção à possibilidade de prisão do depositário infiel.

Por outro lado, a nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXVII, estabeleceu que não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Analisando esses dois dispositivos, nós verificamos que há um conflito entre eles, já que a nossa Constituição permite a prisão do depositário infiel e o citado Pacto a proíbe. Neste caso, qual norma deveria prevalecer? O dispositivo internacional ou a norma interna?

A Constituição de 1988 prevê no §2º do artigo 5º que: “Os direitos e garantias expressos nessa 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 essa disposição, parte da doutrina entendeu que os direitos e garantias previstos nos tratados internacionais de direitos humanos teriam equivalência àqueles constitucionalmente assegurados e, por conseguinte, fariam parte do bloco de constitucionalidade. Esse entendimento se contrapôs à posição consagrada no direito brasileiro que sustentava a equiparação das normas provenientes de tratados às leis internas.

Essa divergência doutrinária foi transferida para o âmbito judiciário e o Supremo Tribunal Federal ao tratar da polêmica em volta da possibilidade da prisão do depositário infiel (prevista constitucionalmente, mas contestada em razão do Pacto de São José da Costa Rica), decidiu por não conferir ao §2º do artigo 5º da Constituição, qualquer efeito inovador

em relação à matéria de incorporação de tratados ao direito interno e manteve assim a posição jurisprudencial até então predominante, embora sem procurar pacificar a questão.⁹¹

Desta forma, segundo o entendimento de André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón, o direito brasileiro manteve o entendimento monista em relação ao tratamento dado aos tratados internacionais e esse entendimento continua a vigorar mesmo com a edição da Emenda Constitucional nº 45. Para os citados autores, essa Emenda não alterou a regra de integração na sua essência, já que apenas abriu a possibilidade de se conferir um status constitucional aos tratados de direitos humanos.

A Emenda nº 45 implementou a chamada “Reforma do Poder Judiciário” introduzindo várias disposições expressamente relativas aos direitos humanos e fundamentais. Ela inseriu o §3º ao artigo 5º da Constituição, estabelecendo a possibilidade dos tratados internacionais de direitos humanos possuírem *status* de emenda constitucional, se aprovados em dois turnos em cada uma das Casas do Congresso Nacional, e por pelo menos três quintos dos votos dos respectivos membros.

Adotou-se o entendimento, que dada à importância dos direitos assegurados nestes tratados, estes mereceriam tratamento diferenciado ao serem incorporados em nosso ordenamento jurídico. Todavia, para que isso ocorresse, seria necessário o preenchimento dos requisitos especiais previstos no §3º do artigo 5º.

Não obstante a intenção do nosso legislador, essa Emenda deixou algumas lacunas que precisavam ser preenchidas, como: Qual seria o tratamento dado aos tratados internacionais de direitos humanos incorporados antes da referida Emenda, como por exemplo, o Pacto de São José da Costa Rica?

Teriam eles sido incorporados automaticamente ou continuariam gozando do *status* de norma infraconstitucional? Como podemos verificar diferentemente da Constituição Argentina que estabeleceu mecanismos para a constitucionalização dos tratados de direitos humanos, o Brasil se quedou inerte. Não houve, por parte do nosso Constituinte, a preocupação em esclarecer qual o tratamento deveria ser dado aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes do advento da EC nº 45/2004.

⁹¹ “(...) o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do art. 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão do depositário infiel” (Recurso Extraordinário 218.356-SP de dezembro de 1997, RTJ 165/745, ago. 1998).

E, por isso, alguns autores sustentavam que a incorporação desses tratados seria automática e outros negavam a recepção desses atos anteriores à Emenda, sob o argumento que tais atos não preencheram os requisitos exigidos pelo §3º do artigo 5º.

Diante dessa controvérsia, nós suscitamos a importância do trabalho realizado pelo Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, que ao realizar um estudo minucioso sobre a nossa Constituição, sobre o Direito Comparado e sobre a constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, conseguiu vislumbrar soluções para esse impasse. Uma das soluções mais importantes apontadas pelo grupo foi a proposta de uma Emenda à Constituição que pretende alterar a redação do art. 5º, §3º a fim de incluir todos aqueles tratados (enumeramos no final do capítulo 3) do sistema universal e do sistema regional no próprio texto constitucional. Com isso, esses tratados passariam a integrar o nosso bloco de constitucionalidade e seriam por isso tratados como Constituição.

Essa iniciativa é essencial para estabelecermos operacionalidade ao §3º do art. 5º da Constituição e assim, fortalecer os direitos fundamentais no âmbito interno. Através dessa idéia inovadora do referido Grupo de Pesquisa, tratados internacionais de direitos humanos, como a Convenção de Direitos Humanos, passariam a fazer parte do nosso bloco de constitucionalidade e isso colocaria um fim à discussão da constitucionalidade da prisão do depositário infiel.

Ao analisarmos os direitos humanos, ressaltamos a importância do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humanas, princípio este constitucionalmente assegurado. Argumentamos no sentido da inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel, por entendermos que tal prisão feriria o referido princípio, pois estaríamos dando mais valor ao patrimônio do credor do que à liberdade do devedor, o que seria um absurdo, dado a relevância do bem jurídico liberdade para a dignidade do ser humano.

Além disso, frizamos que independentemente de qualquer norma, o princípio da dignidade humana deve sempre prevalecer e a atuação do Estado é essencial, já que é ele que irá estabelecer mecanismos de proteção aos direitos humanos.

Todavia, é importante salientar que de nada adianta possuir normas que consagrem os direitos humanos em nosso ordenamento jurídico, se tais normas, na prática, não possuem efetividade. Não são as normas que irão defender os direitos humanos e sim o homem. É ele que irá aplicar o direito ao caso concreto, estabelecendo o êxito ou o fracasso de um sistema de normas. E isso, sem dúvida, dependerá do seu grau de consciência e comprometimento com a sociedade, valores estes subjetivos e inerentes do ser humano.

Neste sentido, é muito pertinente a reflexão da professora Vanessa Oliveira Batista ao afirmar que falta vontade por parte do poder público em promover e assegurar a proteção de direitos. Segundo ela, isso só será possível através da conscientização das sociedades.⁹²

A mesma professora também assevera, que o nosso país padece de uma escassez democrática, isto é, o gozo dos direitos humanos, que deveria ser o cerne daqueles que ocupam cargos públicos, em função da desigualdade social e da ineficácia de alguns dispositivos constitucionais, muitas vezes é sobrelevada por formalismos exagerados e procedimentos sem utilidade, o que contraria a idéia de Estado Democrático de Direito que pressupõe um Direito participativo, pluralista e aberto.⁹³

Com isso, nós pretendemos frizar que o mais importante não é a mera constitucionalização formal dos tratados de direitos humanos ou a forma que o nosso ordenamento jurídico incorpora as normas sobre tais direitos. O que realmente importa é o conteúdo dessas normas e sua real efetividade na nossa sociedade. Assim, não basta a positivação na Constituição, é necessário haver uma efetiva proteção desses direitos.

Por fim, concluímos dizendo que o respeito aos direitos humanos é essencial para a construção de um Estado Democrático de Direito. Sem isto, seria impossível a vida em sociedade, pois já como dizia o filósofo Hobbes “o homem é o lobo do próprio homem”.⁹⁴

REFERÊNCIAS

ALVES, J.A. Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. 1.ed. São Paulo: Perspectiva, 1994.

⁹² BATISTA, Vanessa Oliveira. **Da necessidade de interação das normas de direitos fundamentais com a normativa internacional no estado contemporâneo**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 34, 02/11/2006. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1343. Acesso em 15/11/2008. p.7

⁹³ BATISTA, Vanessa Oliveira. **Atualizando a Declaração dos Direitos Humanos: os Direitos das Minorias. Direitos Humanos e Direitos dos Cidadãos**. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual/The British Council/Foreign & Commonwealth Office, 2002, v. 1.

⁹⁴ WEFFORT. Francisco C. *Os clássicos da Política. Ática*. São Paulo; 2002.p. 56

BATISTA, Vanessa Oliveira. Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues. Thula Rafaela Pires. **A Emenda Constitucional n.º 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil**. Brasília: Revista Jurídica da Presidência da República/Pensando Direito, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_90/Resumo_VanessaOliveira_Rev90.htm. Acesso em 14 out. 2008

BATISTA, Vanessa Oliveira. **Atualizando a Declaração dos Direitos Humanos: os Direitos das Minorias. Direitos Humanos e Direitos dos Cidadãos**. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual/The British Council/Foreign & Commonwealth Office, 2002, v. 1.

BATISTA, Vanessa Oliveira. **Da necessidade de interação das normas de direitos fundamentais com a normativa internacional no estado contemporâneo**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 34, 02/11/2006. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1343. Acesso em 15/11/2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são Direitos da Pessoa**. 10.ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Viver em Sociedade**. São Paulo: Moderna, 1985.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. 1.ed. São Paulo: Moderna, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995, vol.IV.

GOMES, Orlando, **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. **A proteção internacional dos direitos humanos**. Del Rey, 2006.

GUERRA, Sidney. **Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos na Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional público: parte geral**. São Paulo: RT, 2004, v.2.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **A influência dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito interno brasileiro**. Disponível em: <http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=69&rv=Direito>. Acesso em 25 out.2008.

MEDEIROS, A. P. C. ; RANGEL, V. M. ; PEREIRA, A. C. A. ; ARAUJO, N. ; TRINDADE, A. A. C. . **Atualização do Direito dos Tratados.** In: Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros. (Org.). *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo.* 01 ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, v. 01, p. 133-206.

MELLO, Celso A. **O parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal. Teoria dos Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **A ação de depósito e o pedido de prisão.** Revista de Processo 36/11, 1984.

MOTA, Lise Nery. **Prisão civil como técnica de efetivação das decisões judiciais.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 12.ed.Rio de Janeiro: Forense. 2005. v.3.

PINHEIRO, Carla. **Direito Internacional e Direitos Fundamentais.** São Paulo; Atlas, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF: Disponível em:**

http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Artigos/00000034-001_FlaviaPioveasn.pdf. Acesso em: 11 out.2008.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.**São Paulo: Max Limonad, 2003.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Prisão Civil e os Direitos Humanos.** São Paulo: RT, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** 30.ed.São Paulo.ed. Saraiva. 2004.v.3

RODAS, João Grandino. **Tratados internacionais: sua executividade no direito interno brasileiro.** Apud Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.*

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

SILVEIRA, Roberto da Silveira. **Brocardos Latinos. Termos Jurídicos.latin-português.**São Paul: leud.2001.

TAVARES, André Ramos. Pedro Lenza. Pietro de Jesús Lora Alarcón. **Reforma do Judiciário. Emenda Constitucional 45/2004 analisada e comentada.** Método. São Paulo. 2005.

TRINDADE, Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.vol.1.** Sergio Antônio Fabris. 2.ed.2003

TRINDADE. Antônio Augusto Cançado. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos Direitos Humanos nos planos internacional e nacional**. Anais do VI Seminário Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Rio de Janeiro:UERJ,1997.

VENOSA. Silvio de Salvo. Direito Civil: **Contratos em espécie**. São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2001.

WEFFORT. Francisco C. **Os clássicos da Política**. Ática. São Paulo; 2002.

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. Malheiros, 1.ed. 2006.