

A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL
ECONOMICAMENTE CAPAZ: UM OUTRO OLHAR
CIVIL ARREST OF THE UNFAITHFUL DEPOSITARY
ECONOMICALLY ABLE: A DIFFERENT
POINT OF VIEW

Guilherme Guimarães Feliciano*

Resumo: O artigo trata da prisão do depositário judicial infiel economicamente capaz no processo do trabalho, sustentando a sua constitucionalidade. Aponta a inexistência de «reiteradas decisões sobre matéria constitucional» com mesma orientação semântica (STF), a mera supralégitimidade do Pacto de San José da Costa Rica e a renovação legislativa desse instituto. Descobre, enfim, a sua natureza jurídica de sanção por “contempt of court”. No particular, associa a necessidade da medida ao caráter estritamente alimentar de verbas sob execução trabalhista.

Palavras-chave: Prisão civil. Depositário infiel. Pacto de San José da Costa Rica. “Contempt of court”. Efetividade. Execução. Processo do trabalho.

Abstract: The article talks about the civil arrest of the unfaithful legal depositary economically able in the labour procedures, maintaining its constitutionality. It indicates the absence of repeated decisions on constitutional matter with same semantic orientation (STF), the mere supralégitimacy of the Pact of San José and the renewal of this legislative institution. It discovers, finally, its legal nature of sanction for “contempt of court.” In particular, it associates the necessity of this measure with the strictly alimentary character of the rights in labour executions.

Key words: Civil arrest. Unfaithful depositary. Pact of San José, Costa Ri-

* Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté (15ª Região). Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docente em Direito do Trabalho e Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor-Assistente Doutor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté (licenciado). Autor de diversos artigos e monografias jurídicas (*Das Cooperativas na Perspectiva Luso-Brasileira*, LTr, 2009; *Direito à Prova e Dignidade Humana*, LTr, 2008; *Tópicos Avançados de Direito Material do Trabalho*, v. I e II, EDJ, 2006; *Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental brasileiro*, LTr, 2005; *Informática e Criminalidade*, Nacional de Direito, 2001; *Execução das Contribuições Sociais na Justiça do Trabalho*, LTr, 2001; *Tratado de Alienação Fiduciária em Garantia*, LTr, 2000).

ca. Contempt of court. Effectiveness of civil execution (labour procedure).

Sumário: 1 Efetividade da execução e devido processo legal; 2 A prisão civil do depositário infiel; 2.1 A Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica; 2.2 Posições do Supremo Tribunal Federal; 2.3 A questão da hierarquia das normas internacionais (I): interpretação autêntica do art. 5º, § 3º, CRFB; 2.4 A questão da hierarquia das normas internacionais (II): regime de recepção por derivação vinculada a ato de legitimação política; 2.5 A questão da natureza jurídica da prisão do depositário infiel: “*contempt of court*”; 3 Conclusões; 4 Referências.

1 EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO E DEVIDO PROCESSO LEGAL

Nos Estados Democráticos de Direito, o conceito de **jurisdição** já não se limita ao velho conceito chiovendiano de atuação da vontade concreta da lei; nem tampouco se atém à ideia carneluttiana de composição de conflitos de interesses qualificados por pretensões resistidas. A jurisdição, em acepção moderna — seguida, entre outros, por A. PROTO PISANI (na Itália) e por OVÍDIO BAPTISTA e GUILHERME MARINONI (no Brasil) —, vincula-se mais diretamente ao rol constitucional de direitos fundamentais e à própria noção de justiça concreta.

Assim é que, ao dissecar o conteúdo semântico da cláusula constitucional do *devido processo legal procedimental* («*procedural due process*»), o intérprete deve necessariamente reconhecer, ao lado de ideias-força como as de ampla defesa, de contraditório ou de publicidade dos atos, a de **tutela jurisdicional**

efetiva (que se liga diretamente à **fase executiva** do processo). Na dicção do próprio MARINONI,

[...] a norma constitucional que afirma a ação [art. 5º, XXXV] institui o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, e, dessa forma, confere a devida oportunidade da prática de atos capazes de influir sobre o convencimento judicial, assim como a possibilidade do uso das técnicas processuais adequadas à situação conflitiva concreta. [...] O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva obriga o juiz a garantir todos os seus corolários, como o direito ao meio executivo capaz de permitir a tutela do direito, além de obrigar o legislador a desenhar os procedimentos e as técnicas processuais adequadas às diferentes situações de direito substancial. [...] As novas técnicas processuais, partindo do pressuposto de que o direito de ação não pode ficar na dependência de técnicas processuais ditadas de maneira uniforme para todos os casos ou para alguns casos específicos, incorporam normas abertas, isto é, normas voltadas para a realidade, deixando claro que a ação pode ser construída conforme as necessidades do caso conflitivo. — g.n.)¹

Nesse encaixo, é certo que **(1)** o binômio processo/procedimento deve se adequar às neces-

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. v. I, p. 285-291.

sidades de satisfação do direito material “*in concreto*” (em especial quando dotado de jusfundamentalidade), não o contrário; e (2) o conceito de **jurisdição** passa a se erguer sobre três pilares:

(a) **revalorização do sentido de função de tutela da atividade jurisdicional** (especialmente em relação aos direitos fundamentais do cidadão e à respectiva dimensão da eficácia, em sentido vertical e horizontal);

(b) **reconhecimento do princípio da efetividade da jurisdição como corolário do devido processo legal** (art. 5º, LIV, *in fine*, CRFB);

(c) **reconhecimento da jurisdição como espaço público legítimo para o diálogo social legitimador do fenômeno jurídico** (transigindo — como já é inevitável na pós-modernidade — com a ideia habermasiana de **Direito como agir comunicativo**²).

Sendo assim, põe-se a questão: como compreender, nesse novo contexto, a questão da **prisão civil do depositário infiel** (art. 5º, LXVII, CRFB)? Atende-se, e em que medida, à **função de tutela material** do fenômeno jurisdicional?

2 A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL

2.1 A Constituição Federal e o

Pacto de San José da Costa Rica

A questão não é nova, em absoluto. Reza o art. 5º, LXVII, da CRFB, no rol dos direitos individuais da pessoa humana, o seguinte:

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

No entanto, no ano de 1992, por intermédio do Decreto n. 678/1992, entrou em vigor no Brasil a **Convenção Interamericana de Direitos Humanos**, também conhecida como **Pacto de San José da Costa Rica**. A Convenção, aprovada em 22.11.1969 no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), colhe dos Estados signatários o compromisso de “respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e [...] garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que está sujeita à sua jurisdição, sem qualquer discriminação”. E, no que toca aos **direitos de liberdade**, assim dispõe o seu art. 7º, n. 7:

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

Após o ingresso das normas do Pacto de San José na ordem jurídica interna brasileira, e à vista do que dispõe o art. 5º, § 2º, da

² Cfr., por todos, HABERMAS, Jürgen, **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, *passim* (em especial na contraposição entre as concepções «procedimentalista» e «substancialista» do Direito); HABERMAS, Jürgen, **Éra das transições**. trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.53 (quanto às «práticas intersubjetivas de entendimento» legitimadoras do processo de criação normativa).

CRFB, passou-se a discutir quais os efeitos da garantia do art. 7º, n. 7, nas disposições constitucionais e legais em vigor, notadamente naquelas que equiparavam à condição de depositário infiel devedores dos mais diversos matizes (alienação fiduciária em garantia, cédulas hipotecárias rurais e industriais, etc.). Seguiu-se a isso um período de amadurecimento intelectual, que culminou com as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria. E, na sua esteira, o enunciado n. 17 da PSV n. 03, assim redigido:

PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL. É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito (g.n.).

Vê-se que o texto proposto não estabelece distinção entre as variegadas hipóteses de ordens de prisão calcadas na hipótese de infidelidade depositária. No que, cremos, não andou bem. Mas, para tanto concluir, é importante, pois, examinar o teor dessas decisões. Vejamo-las.

2.2 Posições do Supremo Tribunal Federal

Em sucessivos julgamentos, inspirado pelos bons ventos do Pacto de San José, o Excelso Pretório tem se manifestado pela inconstitucionalidade de normas legais que dispõem sobre a prisão civil de devedores equiparadas a depositários

infiéis. Nem todos, porém, seguem a mesma linha de raciocínio hermenêutico. Na verdade, divisam-se claras divergências de entendimento iminentes aos próprios arestos ou votos vencedores (conquanto encaminhem, em vários aspectos, resultados bem semelhantes).

Entre as tantas decisões, algumas merecem apontamento e transcrição, até porque estão na base de fundamentação do enunciado n. 17 da PSV n. 03.

Em primeiro lugar, deve-se referenciar o Recurso Extraordinário n. 349.703/RS, relatado pelo Ministro AYRES BRITO, em voto que talvez seja o mais paradigmático da linha jusfundamentalista de interpretação da norma do art. 5º, LXVII, da CRFB.

Lê-se no aresto:

“Em sucessivos julgamentos, inspirado pelos bons ventos do Pacto de San José, o Excelso Pretório tem se manifestado pela inconstitucionalidade de normas legais que dispõem sobre a prisão civil de devedores equiparadas a depositários infiéis. Nem todos, porém, seguem a mesma linha de raciocínio hermenêutico.”

1. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base

legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

E, na sequência, lê-se:

2. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPARAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: (a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e (b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e,

dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. Recurso extraordinário conhecido e não provido (STF, RE n. 349.703, Min. AYRES BRITTO, j. 03.12.2008 – g.n.).

Não foi, porém, essa a decisão a inspirar a redação do enunciado n. 17 da PSV n. 03. Ao contrário, aquela redação – que, vimos, **generaliza** a proibição de cerceamento à liberdade do depositário infiel – está umbilicalmente ligada ao julgamento do RE n. 466.343/SP, da relatoria do Min. CEZAR PELUSO. Nesse último, pode-se ler a seguinte ementa:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito (STF, RE n. 466.343/SP, Min. CEZAR PELUSO, j. 03.12.2008 – g.n.).

Mais eloquente ainda, nessa mesma direção, é a ementa do HC n. 91.361-SP, da relatoria do Min. Celso de Mello, que reconhece explicitamente a possibilidade de «mutação informal da Constituição», com espeque na jurisprudência dos tribunais. Grafou-a nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS - PRISÃO

CIVIL - DEPOSITÁRIO LEGAL (LEILOEIRO OFICIAL) - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL.

• Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário. Precedentes.

TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA.

• A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana.

• Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes.

• Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de suprallegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos.

A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO.

• A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

• Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

• O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da *norma mais favorável* (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade huma-

na tornarem-se palavras vãs.

• Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da *regra mais favorável* à proteção efetiva do ser humano” (STF, HC n. 91.361-SP, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 23.09.2008 - g.n.).

Cotejando-se esses julgados — que ocupam o papel mais proeminente na base de sustentação da proposta de enunciado (em especial os dois primeiros) —, pode-se facilmente observar um choque de concepções. Nesse último aresto, resta clarividente o entendimento perfilhado pelo Min. CEZAR PELUSO, no sentido de que a norma do art. 5º, LXVII, da CRFB, é **insubsistente** (essa é a expressão da ementa), assim como — e com maior razão — as normas infraconstitucionais que regulavam a hipótese. Propõe, portanto, uma tese de «**esvaziamento**» da parte final do inciso LXVII do art. 5º, provavelmente dentro da ideia de “Constituição viva” e de historicidade da *Lex legum* (a que corresponde, segundo J. J. GOMES CANOTILHO, o princípio da força normativa da Constituição³); isso porque, afinal, o Supremo Tribunal Federal não poderia sem mais julgar inconstitucional um precei-

to — ou parte dele — ditado pelo próprio Poder Constituinte originário. Já naquele primeiro julgado, contrariamente a esse derradeiro, convém atentar para dois aspectos fundamentais.

A uma, e por um lado, o aresto da lavra do Min. AYRES BRITTO faz expressa referência ao art. 652 do NCC, pelo qual, “seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos”. E, com efeito, entre as hipóteses de depósito necessário, está a do “que se faz em desempenho de obrigação legal” (art. 647, I, NCC), como é o caso do **depósito judicial**. Realmente, consta do art. 665, IV, do CPC a previsão legal de **nomeação** de depositário para os bens penhorados; logo, quem voluntariamente assume esse compromisso, na forma do respectivo termo de depósito ou da própria certidão do oficial de justiça, passa a estar no **desempenho de obrigação legal**, ordinariamente dimanada do próprio artigo 655 do CPC, sujeitando-se, por essa via, ao regime jurídico dos artigos que regem a matéria no campo civil (627 a 652, no que couber). Noutras hipóteses, mais específicas, a «obriga-

“...resta clarividente o entendimento perfilhado pelo Min. CEZAR PELUSO, no sentido de que a norma do art. 5º, LXVII, da CRFB, é **insubsistente** (essa é a expressão da ementa), assim como — e com maior razão — as normas infraconstitucionais que regulavam a hipótese. Propõe, portanto, uma tese de «**esvaziamento**» da parte final do inciso LXVII do art. 5º, provavelmente dentro da ideia de “Constituição viva” e de historicidade da *Lex legum*...”

³ Cfr., por todos: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1999, p.1223-1228; MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.39-43.

ção legal» estará calcada em outras normas do Código de Processo Civil, como a do seu artigo 188, a do seu artigo 824 (cautelar de sequestro), etc. Mas, em todo caso, «obrigação» (dir-se-ia melhor **dever**) de natureza **legal**, a perfazer hipótese de **depósito necessário**, desde que, na origem, haja interesse do cidadão em assumir as responsabilidades de depositário e, com isso, preservar ou obter a posse dos bens constritos. A partir de então, só por **expressa decisão judicial** poderá ser liberado de seus deveres para com o juízo; e, para esse fim, o magistrado oficiante deverá considerar, sempre, quais as **razões** alegadas para o requerimento de destituição.

A duas, e por outro lado, o aresto da lavra do Min. AYRES BRITTO faz **concomitante referência** ao art. 5º, inciso LXVII, da Constituição (= **prisão do depositário infiel**), o que significa que, naquele voto (aprovado por unanimidade), está subentendida, para algum efeito, a **subsistência** do permissivo constitucional do art. 5º, LXVIII, “*in fine*”, da CRFB. Cai por terra, portanto, a tese do «esvaziamento» desse preceito normativo.

Constata-se, pois, que as teses vazadas num e noutro aresto **não são coincidentes**. O primeiro considera apenas a legislação in-

fraconstitucional, que teria sido superada, nessa parte, pelo Pacto de San José da Costa Rica (inclusive no Código Civil de 2002, apesar da sua posteridade cronológica); não entrevê, porém, qualquer esvaziamento na norma constitucional (ao menos explicitamente). O segundo, por sua vez, considera ter havido uma **derrogação de conteúdo** na norma do art. 5º, LXVII, da CRFB. Outrossim, o primeiro cinge-se à hipótese do Decreto-lei n. 911/1969 (= alienação fiduciária em garantia), esgrimindo com o princípio da proporcionalidade (i.e., considerando haver, **em**

“...o aresto da lavra do Min. AYRES BRITTO faz **concomitante referência** ao art. 5º, inciso LXVII, da Constituição (= **prisão do depositário infiel**), o que significa que, naquele voto (aprovado por unanimidade), está subentendida, para algum efeito, a **subsistência** do permissivo constitucional do art. 5º, LXVIII, “*in fine*”, da CRFB.”

juízo concreto, um descompasso entre a legislação ordinária e os princípios de liberdade que informam a Constituição, o que corresponde a declarar a desconformidade **daquela específica**

hipótese de prisão civil – a do devedor-fiduciante – com a «*law of the land*», i.e., com o **devido processo legal substantivo**). Com isso – diga-se –, não discordamos, em absoluto⁴. A questão é que o segundo julgado, por seu turno, versa tesse completamente diversa: na sua perspectiva, qualquer hipótese de prisão civil por infidelidade depositária seria **inconstitucional**, “*in abstracto*” e “*ab ovo*”, independentemente de qualquer juízo concreto de proporcionalidade. Como se nota, os dois arestos encaminham

⁴ E, para tanto constatar, veja-se, de nossa lavra, **Tratado de alienação fiduciária em garantia**: das bases romanas à Lei n. 9.514/97. São Paulo: LTr, 1999, p.387-411.

teses bem diferentes (conquanto, na prática, ambos terminem invalidando a restrição à liberdade da pessoa).

Quando, porém, se examina o teor do 17º enunciado da P.S.V. n. 03, não se encontram fiapos quaisquer daquela primeira visão de mundo. O enunciado é simplesmente a reprodução da parte final da ementa exarada no RE n. 466.343, que guarda boa distância do pensamento veiculado no RE n. 349.703. E, como sabemos, um dos pressupostos legais para que se edite uma súmula vinculante é, nos termos do art. 103-A, *caput*, da CRFB (na redação da E.C. n. 45/2004), que:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (*g.n.*).

No mesmo sentido, quase dois anos depois, promulgou-se a Lei n. 11.417/2006 – que “regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal” –, cujo art. 2º, *caput*, praticamente reproduz o texto anterior.

Sendo assim, no âmbi-

to do STF, a existência de **reiteradas decisões** sobre determinada matéria constitucional (i.e., a existência de **iterativa jurisprudência – com mesmo teor semântico** – acerca de certo tema constitucional) é condição “*sine qua non*” para a edição de uma súmula vinculante. “**A contrario sensu**”, se é notória a divergência de teses (apesar da uniformidade de resultados), o texto de uma das ementas – que abraça uma das teses, em prejuízo parcial daquela outra – jamais poderia dar forma a uma súmula vinculante. Afinal, o que está em jogo é sobretudo a “*ratio decidendi*” dos julgados, não o seu resultado prático-formal (ou não se trataria de função judiciária, mas de função legislativa discricionária⁵).

Bem a propósito, identificando o eixo evolutivo dessas mesmas teses – e, por conta disso, a principal fonte das divergências entre aqueles julgados –, vem à baila o quanto dito pelo Min. GILMAR MENDES, da mesma corte suprema, tanto em seu voto no HC n. 87.585-8/TO, quanto em recente texto doutrinário⁶. Para MENDES,

[...] as consequências práticas da equiparação [dos tratados de direitos humanos à Constituição] vão nos levar a uma situação de revogação de normas constitucionais pela assinatura de tratados. [...] O Estado Constitucional não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza

⁵ E nesse sentido, sobre as diferenças ontológicas entre as funções **judiciária** (= jurisdicional) e **legislativa**, v., por todos, CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p.81-82.

⁶ Cfr. MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. **Revista Consultor Jurídico** São Paulo, Conjur, 10.04.2009, p. 01-19. Disponível em: (<http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>). Acesso em: 22.07.2009).

como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais (g.n.).

Noutras palavras, fiando-se no paradigma pós-moderno do chamado «Estado Constitucional Cooperativo», GILMAR MENDES parece caminhar, com certa doutrina, para o reconhecimento de uma **condição de supraconstitucionalidade** em favor dos tratados de direitos humanos (endossando – ou superando –, nesse aspecto, a tese de CEZAR PELUSO, de CELSO DE MELLO e, outrora, do ímpar VICENTE MAROTTA RANGEL). Isso conduziria, no futuro, a um desdobramento dos estratos de legitimidade de leis sindicáveis junto ao Excelso Pretório (aproximando-nos, aqui, do modelo europeu continental): de uma lado, a **constitucionalidade** de leis; de outro, a **convencionalidade** de leis. E, nesse encaço, a aprovação do Pacto de San José da Costa Rica poderia realmente «esvaziar» a parte final da norma do art. 5º, LXVII, da CRFB. Observe-se, porém, que essa tese está **em franca colidência** com aquela perfilhada pelo Min. AYRES BRITTO no RE n. 349.703, em cuja ementa se lê, textualmente, que “o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos [na espécie, o Pacto de San José] lhes reserva lugar

específico no ordenamento jurídico, estando **abaixo da Constituição**, porém acima da legislação interna”; o que equivale a ressaltar, adiante, “o **status normativo supralegal** dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil”. Ou seja: **supralegalidade**, mas não **constitucionalidade** ou **supraconstitucionalidade** do texto convencional (contrapondo-se, pois, à tese de PELUSO). Curiosamente, aliás, é o que também afirmou o próprio Min. GILMAR MENDES, mas agora no RE n. 466.343, assegurando que os tratados sobre direitos humanos aprovados sem o rito do art. 5º, § 3º “seriam **infraconstitucionais**, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de **supralegalidade**” (g.n.).

Cite-se, enfim, o quanto ementado no próprio HC n. 87.585, da relatoria do Min. MARCO AURÉLIO, que praticamente **preenunciou** essa mudança de rumos⁷, logo após a edição da E.C. n. 45/2004. Nesse *habeas*, decidiu-se, na linha do quanto decidido pelo Min. AYRES BRITTO (mas alguns anos antes), o seguinte:

DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO.
A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação

⁷ Isso porque, até o final da década de noventa, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça **afirmavam** a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel e a própria recepção constitucional do Decreto-lei n. 911/1969 (= alienação fiduciária em garantia), reconhecendo a legitimidade das prisões declaradas mesmo em figuras contratuais **equiparadas** à do depósito contratual ou necessário (cfr., e.g., STF, HC n. 72.131, j. 23.11.1995; STF, HC n. 73.044-2, 20.09.1996; STJ, RMS 3.623/SP, 29.10.1996). Pontuávamos então a nossa divergência, na obra citada, quanto à condição específica do devedor fiduciante e à ilegitimidade de sua prisão, mercê do Pacto de San José e de outros argumentos (FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Tratado de alienação fiduciária em garantia**: das bases romanas à Lei n. 9.514/97. São Paulo: LTr, 1999, p.392-398).

alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel (ementa oficial – *g.n.*).

Noutro trecho:

[...] 2. Surge a relevância do que articulado. Se, de um lado, é certo que a Carta da República dispõe sobre a prisão do depositário infiel - artigo 5º, inciso LXVII -, de outro, afigura-se inaplicável o preceito. As balizas da referida prisão estão na legislação comum e, então, embora a norma inserta no artigo 652 do Código Civil seja posterior aos fatos mencionados, o mesmo não ocorre com a disciplina instrumental prevista no Código de Processo Civil (STF, HC n. 87.585, Min. MARCO AURÉLIO, j. 20.12.2005 [liminar] – *g.n.*).

Nesse último excerto, sustenta-se claramente – quiçá numa terceira perspectiva – que, a uma, **não houve revogação ou «esvaziamento» da parte final do art. 5º, LXVII, da CRFB**, mas apenas uma condição “*sui generis*” de ineficácia pela revogação da legislação infraconstitucional (e, muito particularmente, das normas do Código de Processo Civil que se aplicariam à matéria), face ao advento do Pacto de San José⁸; logo, o julgado não compartilha, em absoluto, da ideia de **constitucionalidade ou supraconstitucionalidade** da norma do art. 7º, 7, do Pacto, a ponto de seguir citando o permissivo constitucional, para depois considerá-lo

apenas “inaplicável” no atual contexto. A duas, a referência à **posteridade** da norma do art. 652 do NCC – que AYRES BRITTO reputaria inaplicável no RE n. 349.703 –, em contraponto com a superação das normas processuais civis pertinentes (art. 902, 904 e 905 do CPC), sugerem, “*a contrario sensu*”, que o Min. MARCO AURÉLIO sequer supôs a **supralegalidade** do tratado, mas tão-só a sua **legalidade** (em grau ordinário), a ponto de se submeter à regra geral de sucessão de leis no tempo, *ut* art. 2º, § 1º, da LICC (“*lex posterior derogat priori*”). É, ademais, como pensava a doutrina majoritária ao tempo da ratificação executiva do Pacto de San José da Costa Rica⁹. A ser assim, nessa terceira perspectiva (mera legalidade), bastaria apenas editar uma **nova** disciplina legal-processual, para que a norma do art. 5º, LXVII, da CRFB recobrasse os seus efeitos no plano da eficácia. E, de certo modo, essa nova disciplina processual **foi provida** com a edição da Lei n. 11.382/2006 – **posterior** à aprovação interna do Pacto de San José e ao próprio aresto *supra* –, que **incluiu**, no art. 666 do CPC, o seu § 3º, assim ditado:

A prisão de depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito” (*g.n.*).

⁸ Ou, como bem resumiu o Min. AYRES BRITTO nos debates orais (dirigindo-se ao Min. CELSO DE MELLO): “Gostaria muito de saber a opinião de Vossa Excelência, porque o Ministro Marco Aurélio emite um voto conceitual, defende a tese jurídica de que a Constituição, no particular, não é auto-aplicável, não consubstancia uma norma de eficácia plena quanto excepciona a prisão civil. A proibição é a regra, mas há duas exceções que, segundo o Ministro Marco Aurélio, não são operantes, dependem de lei” (*g.n.*).

⁹ Nesse sentido, veja-se, por todos, REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.104-105. *In verbis*: “A prevalência de que fala essa tópic é a que tem indistintamente valor hierárquico, garantindo ao compromisso internacional plena vigência, sem embargo de leis posteriores que o contradigam” (*g.n.*).

Assim, o legislador **autonomizou** a ordem de prisão civil por infidelidade depositária judicial, **desvinculando-a** do procedimento especial regulado entre os arts. 901 a 906 do CPC (resolvendo, dessarte, longa celeuma doutrinária). Isso significa que, a seguir o raciocínio do Min. MARCO AURÉLIO, e mesmo se derogadas/ab-rogadas algumas daquelas normas de rito da ação de depósito (porque anteriores ao Pacto de San José), **a prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz segue possível**, independentemente do que se passe hoje com o depositário contratual ou necessário (não-judicial); e segue possível **pela expressa vontade do legislador ordinário**, declarada **ulteriormente** ao Decreto n. 678/1992.

Por tudo isso, é certo haver, ao menos, **duas teses distintas** reunidas, de modo indiferenciado, como "*ratio decidendi*" do enunciado n. 17 da PSV n. 03 (se não mais). A divergência interna, a sugerir ainda a necessidade de amadurecimento das teses, foi inclusive explicitada pelo Min. RICARDO LEWANDOSKY no mesmo HC n. 87.585¹⁰. Apenas

essa circunstância, a nosso ver, já desautoriza formalmente a aprovação de súmula vinculante, em qualquer sentido, mercê da hipótese de admissibilidade do art. 103-A, *caput*, da CRFB, e do art. 2º, *caput*, da Lei n. 11.417/2006.

Mas não é só. A questão da supralegalidade remete-nos a outro nível de discussão, que passo a explorar nos dois próximos itens.

2.3 A questão da hierarquia das normas internacionais (I): interpretação autêntica do art. 5º, § 3º, CRFB

Pode-se — e deve-se — reconhecer a **constitucionalidade** e a **legalidade** da prisão civil do depositário **judicial infiel economicamente capaz** (sem prejuízo das teses de ilegitimidade da prisão civil nos casos de equiparação legal,

como na alienação fiduciária em garantia e nas cédulas hipotecárias, às quais acedemos). E há de ser assim por ao menos duas vias distintas de argumentação (= abordagem): a **abordagem jurídico-formal** e a **abordagem jurídico-semântica**. Trataremos da primeira neste tópico e no seguinte; e da segunda, no tópico «1.E».

"Assim, o legislador **autonomizou** a ordem de prisão civil por infidelidade depositária judicial, **desvinculando-a** do procedimento especial regulado entre os arts. 901 a 906 do CPC (resolvendo, dessarte, longa celeuma doutrinária). Isso significa que, a seguir o raciocínio do Min. MARCO AURÉLIO, e mesmo se derogadas/ab-rogadas algumas daquelas normas de rito da ação de depósito (porque anteriores ao Pacto de San José), **a prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz segue possível**, independentemente do que se passe hoje com o depositário contratual ou necessário (não-judicial); e segue possível **pela expressa vontade do legislador ordinário**, declarada **ulteriormente** ao Decreto n. 678/1992."

¹⁰ *In verbis*: "Recentemente, eu trouxe um habeas corpus entendendo constitucional e legal a prisão decretada contra o depositário infiel, na esteira da jurisprudência consolidada da Casa. Mas eu estaria aberto a eventual mudança" (p.244 — g.n.).

No plano **jurídico-formal**, vem à baixa a questão da **hierarquia dos tratados** após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45/2004. Como se sabe, após a emenda, o art. 5º da *Lex legum* passou a contar com dois parágrafos relativos ao regime jurídico dos direitos humanos fundamentais, a saber:

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (parágrafo acrescido pela E.C. n. 45/2004).

E, a respeito de tais preceitos, assim se pronunciou, entre tantos, o eminente José Afonso da Silva¹¹:

Esse § 3º inserido pela Emenda Constitucional 45/2004 regula ou interpreta a segunda parte do § 2º quando admite a incorporação dos tratados e convenções sobre direitos humanos ao direito constitucional pátrio – recepção, essa, que gerou controvérsia quanto a saber em que termos se dava essa incorporação. Parte da doutrina – que tinha meu apoio – sustentava que essa incorporação se dava já com a qualidade de norma constitucional; outra entendia que assim não era, porque esses acordos internacionais não eram aprovados com o mesmo *quorum* exigido para a formação de normas constitucionais. Não é o caso

de discutir, agora, o acerto ou o desacerto dessas posições, uma vez que a Emenda Constitucional 45/2004, acrescentando esse § 3º ao art. 5º, deu solução expressa à questão no sentido pleiteado por essa última corrente doutrinária. Temos aí um § 3º regulando interpretativamente cláusula do § 2º, a dizer que os tratados e convenções sobre direitos humanos só se incorporarão ao Direito interno com o *status* de norma constitucional *formal* se os decretos legislativos por meio dos quais o Congresso Nacional os referenda (art. 49, I) forem aprovados com as mesmas exigências estabelecidas no art. 60 para a aprovação das emendas constitucionais [...]. A diferença importante está aí: as normas infraconstitucionais que violem as normas internacionais acolhidas na forma daquele § 3º são inconstitucionais e ficam sujeitas ao sistema de controle de constitucionalidade na via incidente como na via direta; as que não forem acolhidas desse modo ingressam no ordenamento interno no nível de lei ordinária, e eventual conflito com as demais normas infraconstitucionais se resolverá pelo modo de apreciação da colidência entre **lei especial e lei geral**” (g.n.).

O lente do Largo São Francisco supõe, portanto, que a função constitucional do § 3º é a de **interpretar** o § 2º, de modo que, em relação aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, a incorporação do direito internacional com “*status*” constitucional (§ 2º) dependeria, necessariamente, da aprovação pela devida forma do § 3º. Sendo assim, duas seriam, para o nosso caso, as necessárias conclusões: **(a)** a parte final do § 2º seria dispensável – ou, mais, não teria razão de

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.179.

ser —, pois a incorporação de direitos e garantias previstos em tratados internacionais de que o Brasil fosse parte far-se-ia mesmo nos termos do § 3º; **(b)** o Pacto de San José da Costa Rica jamais poderia gozar de constitucionalidade (ou, com maior razão, de supraconstitucionalidade), já que foi referendado pelo Congresso Nacional mediante decreto legislativo aprovado por **quórum simples**, sendo a seguir ratificado por decreto do Poder Executivo¹². Assim, a interpretação vazada nos arestos cujas ementas foram transcritas acima (Ministros Cezar Peluso, Ayres Britto, Gilmar Mendes, Marco Aurélio) não seria possível, em absoluto: mercê do nível constitucional da norma do art. 5º, LXVII, *in fine*, da CRFB — e, bem assim, da posteridade das normas do art. 652 do NCC e do art. 666, § 3º, do CPC (ambas constantes de textos promulgados **após** a ratificação executiva do Pacto de San José) —, a prisão civil do depositário infiel seguiria legítima e factível, ao menos nas hipóteses de infidelidade depositária judicial.

E nem se diga, a propósito, que a prisão civil do depositário judicial infiel não seria possível — **apesar** da posteridade dos arts. 652 do NCC e 666, § 3º, do CPC —, dada a **supralegalidade** dos tratados internacionais sobre direitos huma-

nos (fiando-se na leitura do Min. Ayres Britto, *supra*). A bem se ver, esse pensamento termina conferindo aos tratados de direitos humanos, na prática, o poder **de sustar indefinidamente a eficácia** da norma constitucional, porque não há, no ordenamento interno brasileiro (art. 59 da CRFB), qualquer espécie legislativa que esteja «entre» a Constituição e as leis (inclusa a lei complementar, que também é lei). Logo, a norma do art. 5º, LXVII, *in fine*, da CRFB só poderia ser «revivida», no plano da eficácia, por algum outro **tratado internacional**, que a seu modo dispusesse sobre ritos para a prisão civil de depositários infiéis nos países signatários.

Mas isso configuraria, na prática, a **ab-rogação** da norma do art. 7º, 7, do Pacto de San José, o que nos levaria a concluir que, de todo modo, a possibilidade jurídica de prisão civil do depositário infiel (inclusive o judicial), no plano interno, dependeria **necessariamente** da revisão da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, **apesar** da subsistência de norma constitucional válida. Ou seja: «supralegalidade» com efeitos cabais de constitucionalidade (ou mesmo de supraconstitucionalidade, a se supor que a norma do art. 7º, 7, do Pacto esteja albergada pela cláusula de indenidade do art. 60, § 4º, IV, da CRFB) — o que

¹² Na verdade, até hoje — passados cinco anos da chamada «Reforma do Poder Judiciário» (= E.C. n. 45/2004), ou de sua primeira fase —, editou-se **um único decreto legislativo** com força de emenda constitucional (hipótese do art. 5º, § 3º, da CRFB). Trata-se do Decreto Legislativo n. 186, de 09.07.2008, que “aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007”. Mesmo aí, aliás, já há diversos aspectos polêmicos para os quais a doutrina não atinou, como, p.ex., a constitucionalização de princípios gerais de interpretação e aplicação dos direitos humanos — universalidade, indivisibilidade, interdependência e interrelação (item «c» do Preâmbulo) — que, antes do Decreto-lei n. 186/2008, eram princípios meramente doutrinários; agora, integram nominalmente a ordem constitucional, por constarem expressamente do item «c» do Preâmbulo da Convenção de Nova Iorque (e, sobre a eficácia normativa dos preâmbulos constitucionais, muito tem a nos dizer o constitucionalismo francês).

significaria, para todos os fins, **ofensa oblíqua** à norma do art. 5º, § 3º, da CRFB, por inobservância da devida forma ali estatuída.

Tampouco se diga, outrossim, que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos ter-se-ia incorporado imediatamente à Constituição da República, simplesmente porque aprovada e ratificada antes do advento da E.C. n. 45/2004. A valer o magistério de AFONSO DA SILVA, o novel § 3º do art. 5º não fez mais que **interpretar** a norma do § 2º, perfilhando uma das teses que até então se digladiavam. Se houve, pois, mera **interpretação autêntica** (ou **semiautêntica**, considerando-se que a composição do Parlamento em 2004 já não correspondia à da Assembleia Nacional Constituinte de 1987), e não inovação de regime constitucional, a norma do art. 5º, § 2º não pode ser interpretada em desconformidade com o seu atual § 3º, antes ou depois de dezembro de 2004. No mínimo, a nova regra teria **restringido efeitos** de textos normativos internacionais que, antes de 2004, tenham sido diretamente recepcionados com “*status*” constitucional, sem quórum qualificado. E, a rigor, desautoriza a vontade do legislador

“Tampouco se diga, outrossim, que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos ter-se-ia incorporado imediatamente à Constituição da República, simplesmente porque aprovada e ratificada antes do advento da E.C. n. 45/2004. A valer o magistério de AFONSO DA SILVA, o novel § 3º do art. 5º não fez mais que **interpretar** a norma do § 2º, perfilhando uma das teses que até então se digladiavam. Se houve, pois, mera **interpretação autêntica** (ou **semiautêntica**, considerando-se que a composição do Parlamento em 2004 já não correspondia à da Assembleia Nacional Constituinte de 1987), e não inovação de regime constitucional, a norma do art. 5º, § 2º não pode ser interpretada em desconformidade com o seu atual § 3º, antes ou depois de dezembro de 2004.”

qualquer exegese que — a pretexto de reger o direito intertemporal — estabeleça no tempo, sob a égide da mesma Constituição, dois regimes diversos e sucessivos de incorporação de direitos humanos fundamentais constantes de convenções ou tratados internacionais (mesmo porque, nessa matéria, o regime de garantias é imutável, *ut* art. 60, § 4º, IV). Haveria que se reconhecer, no

limite, a inconstitucionalidade do próprio art. 5º, § 3º, de que não se cogita e nem se cogitará.

2.4 A questão da hierarquia das normas internacionais (II): regime de recepção por derivação vinculada a ato de legitimação política

Há, porém, um segundo modo de pensar a questão, reconhecendo relativa autonomia às normas dos §§ 2º e 3º da CRFB e permitindo, em tese, importações normativas diretas, sem o especial processo legislativo do § 3º. É o modo que perfilhamos, já que a boa regra de Hermenêutica sugere, desde os tempos da CARLOS MAXIMILIANO (e antes dele), que a lei — e tanto menos a Constituição — não tem palavras inúteis. Entretanto, nem mesmo por esse modo chega-se àquele resultado que o enunciado n. 17 da PSV n. 03 pretende condensar. Vejamos.

Por essa segunda visão, deve-se entender que existem hoje **dois regimes possíveis** de recepção das normas internacionais de direitos humanos (que, diga-se, não são sucessivos, mas **concomitantes**, antes ou depois do advento da E.C. n. 45/2004 e do novel § 3º, considerando-se a sua função meramente explicativa). Ambos têm expressa ancoragem constitucional.

O primeiro regime dá-se por **derivação principiológica imediata**, lastreado na norma do art. 5º, § 2º. Por ele, **princípios** imanentes a tratados ou convenções internacionais são imediatamente incorporados ao rol de direitos e garantias individuais, tornando-se desde logo **cognoscíveis e sindicáveis** judicialmente. Insista-se, porém, que — pela própria letra constitucional (“[...] não excluem outros decorrentes do regime e dos **princípios** por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”) —, tal regime de recepção só serve aos **princípios** (i.e., às normas dotadas de conteúdo imediatamente axiológico, máxima abstração e caráter normogenético); não serve às regras que, mediante comandos mais concretos, densificam aqueles princípios.

O segundo regime dá-se por **derivação vinculada a ato de legitimação congressual** (com quórum de emenda constitucional), lastreado, hoje, na norma do art. 5º, § 3º.

Nesse caso, o texto normativo internacional incorpora-se por inteiro, em nível constitucional, mas não antes do devido processo legislativo, que equivale aos das emendas (aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros).

Assim admitido (como admitimos), a pergunta subsequente é por si evidente. No caso do **Pacto de San José da Costa Rica** (O.E.A., 22.11.1969; Decreto n. 678/1992), qual é — ou foi — o regime de recepção? O seu texto — e muito particularmente a norma do seu art. 7º, n. 7 — ingressa ou pode ingressar à ordem jurídica constitucional por derivação principiológica ou vinculada? E a resposta, em nossa opinião, não pode ser outra: por **derivação vinculada**. Duas razões essenciais nos justificam.

1. A garantia subjacente ao debate é a própria **liberdade de ir e vir** (cujo preceito encerra, ao mesmo tempo, **norma-princípio e norma-regra**, ante o “*Doppelcharakter*” de R. ALEXY¹³), que, mercê da sua própria natureza, admite **limitações e concreções** por obra do legislador ordinário (que, diga-se, **não estão circunscritas** à hipótese de sentenças penais condenatórias transitadas em julgado; vejam-se, p.ex., as hipóteses de prisões cautelares processuais penais¹⁴ e de

¹³ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl.. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, p.122-125.

¹⁴ Que, na legislação em vigor, admitem nada menos que *cinco* espécies: a prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão em flagrante delicto, a prisão decorrente de pronúncia e a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível (essa última abalada, recentemente, pelo quanto decidido no HC n. 84.078/MG, j. 05.02.2009, em voto da relatoria do Min. EROS GRAU, que legitimou tal restrição apenas se presentes os pressupostos do artigo 312 do CPP — o que significa, na prática, reduzir a última hipótese à primeira).

prisões administrativas¹⁵). O mesmo há de valer, por lógica e imitação, para o anunciado princípio da «não-detenção por dívidas», vazado no art. 7º, 7, do Pacto de San José. E as exceções a ambos os princípios — sendo esse último uma especialização daquele primeiro — são inscritas no sistema por **normas-regra**, já não por (contra-) princípios. Logo, **as hipóteses de admissibilidade de prisão civil “lato sensu”** — que são as exceções ao princípio da não-detenção por dívidas — **perfazem normas-regras** (com menor grau de abstração e sem potencial normogênico), não normas-princípios. Ora, somente essas — as **normas-princípios** — admitem recepção constitucional direta, independentemente de ato de legitimação política no plano interno, nos termos do art. 5º, § 2º, da CRFB (supra); conseqüentemente, aquelas — as **normas-regras** (como são as que excetam o princípio da não-detenção por dívidas na ordem constitucional, concretizando as hipóteses excepcionais de admissibilidade de prisão civil) so-

mente podem ser introduzidas no estamento constitucional **pela via legislativa estrita**, i.e., pelo procedimento do art. 5º, § 3º, da CRFB.

2. O próprio Poder Constituinte originário **ressalvou** a possibilidade de prisão do depositário infiel, juntamente à do alimentante inadimplente, com a promulgação da Carta em 05.10.1988. Logo, há manifesta **incompatibilidade** entre normas internacionais que a proibam e o regime constitucional democraticamente instituído, de modo que, no plano político, somente um ato congressual **relegitimador** teria idoneidade bastante para **subverter** a vontade constituinte originária. Para tais casos, o regime de recepção há de ser **necessariamente** o do art. 5º, § 3º, CF (= votação qualificada).

Por conseguinte, somente com a aprovação do Pacto de San José por cada uma das casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, poder-se-ia

“Por conseguinte, somente com a aprovação do Pacto de San José por cada uma das casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, poder-se-ia obter o alardeado «esvaziamento» da norma do art. 5º, XXLVl, “*in fine*”, da CF. Caberia, assim, ao próprio **Poder Legislativo** — e não ao Poder Judiciário (“*venia concessa*” da tese de «mutação informal da Constituição») — reescrutinar a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, para então (re)aprová-la mediante decreto legislativo com força de emenda constitucional (art. 5º, §3º). Até lá, o único controle constitucional possível das prisões civis legalmente postas com fundamento no permissivo do art. 5º, XXLVl (“*in fine*”) dar-se-á, necessariamente, pela via da **proporcionalidade** (i.e., por juízos concretos de **adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito**, que não se emitem “*in abstracto*” — como encaminha o enunciado n. 17 da PSV n. 03 —, mas sempre para **cada caso concreto**).”

¹⁵ No Brasil, ainda hoje, vejam-se as hipóteses das *prisões cautelares administrativas* do extraditando, do expulsando ou do deportando, para fins de extradição, expulsão ou deportação, vazadas respectivamente nos artigos 81, 69 e 61 da Lei n. 6.815/80.

obter o alardeado «esvaziamento» da norma do art. 5º, *XXLVI*, “*in fine*”, da CF. Caberia, assim, ao próprio **Poder Legislativo** — e não ao Poder Judiciário (“*venia concessa*” da tese de «mutação informal da Constituição»¹⁶) — reescrutinar a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, para então (re) aprová-la mediante decreto legislativo com força de emenda constitucional (art. 5º, §3º). Até lá, o único controle constitucional possível das prisões civis legalmente postas com fundamento no permissivo do art. 5º, *XXLVI* (“*in fine*”) dar-se-á, necessariamente, pela via da **proporcionalidade** (i.e., por juízos concretos de **adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito**¹⁷, que não se emitem “*in abstracto*” — como enuncia o enunciado n. 17 da PSV n. 03 —, mas sempre para **cada caso concreto**). É, aliás, o que sinaliza o voto do Min. AYRES BRITTO (*supra*), que esgrime diretamente com o **princípio da proporcionalidade** para assim afastar — com toda razão — a possibilidade de prisão civil de devedor-fiduciante.

Nessa ordem de ideias, não tendo sido incorporado ao sistema constitucional pela via do art. 5º, § 3º, da CRFB, o Pacto de San José — ou, ao menos, a norma de seu art. 7º, 7 (que potencialmente revogaria parte do texto do art. 5º, *XXLVI*, da CRFB) —, resta reconhecer, quando muito, a sua **supralegalidade**,

mas sempre “**abaixo da Constituição**”, como encareceu o mesmo AYRES BRITTO (RE n. 349.703). E, nesse caso, a regra do art. 5º, *XXLVI*, “*in fine*”, da CRFB jamais poderia ser tisonada, em abstrato, por aquela convenção.

É, a propósito, o que recentemente declarou, com todas as letras, o renomado constitucionalista Ingo Wolfgang Sarlet¹⁸, ao sustentar que, nesse particular, as decisões do STF são **contraditórias**. Como visto, a própria ementa do RE n. 349.703 (Min. Ayres Britto), como também a ementa do HC n. 87.585 (Min. Marco aurélio) ou o voto do Min. Gilmar Mendes do RE n. 466.343, esclarecem que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos — considerando-se, aqui, os que não estão aprovados nos termos do art. 5º, § 3º, CF — situam-se **abaixo da Constituição**, embora acima da legislação interna. E, sabe-se bem, é a **própria Constituição** que ressalva a prisão civil do depositário infiel. Se a sua hierarquia é **supralegal**, mas **infraconstitucional**, então não poderia haver qualquer «esvaziamento» da norma constitucional; e tanto menos uma condição de ineficácia pela derrogação das normas infraconstitucionais anteriores (HC n. 87.585), considerando-se a autonomia de ritos decretada pela Lei n. 11.382/2006 (art. 666, § 3º, do CPC) e a posteridade do Novo Código Civil (art. 652).

¹⁶ HC n. 91.361, rel. Min. CELSO DE MELLO (*supra*).

¹⁷ Cfr., por todos, HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 4. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1970, p.28-29 e 132 e ss.

¹⁸ Cfr. Anais do XXIX Congresso Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC), 2009.

Já no campo jurisprudencial, em sentido muito similar, importa referir, entre tantas, a paradigmática ementa do Des. Freire Pimenta, do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, lavrada nos seguintes termos:

-Não se afigura ilegal ou abusiva a ordem judicial restritiva da liberdade, fundada na condição de depositário infiel dos bens penhorados, quando constatado que o paciente deixou de atender à determinação judicial de que fosse colocado à disposição do Juízo da execução o bem penhorado que estava sob sua guarda. Os tratados e convenções internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, [...] ainda que lhes seja atribuída a estatura de norma supralegal (ou seja, com *status* superior ao de toda a legislação infraconstitucional interna), não tem força para revogar as normas expressas da própria Constituição de 1988, instituída por uma Assembleia Nacional Constituinte. Sendo certo, por outro lado, que aquela Pacto não foi aprovado, em 1992, com o procedimento legislativo e o quórum qualificado previsto para a aprovação das emendas constitucionais no §3º do mesmo preceito constitucional, introduzido pela EC n. 45/2004, não tendo, pois estatura a estas equivalente. [...] Tal conclusão se torna ainda mais necessária nos casos em que o débito injustificadamente adimplido, embora de origem trabalhista, constitui obrigação de natureza alimentícia (enquadrando-se, pois, na primeira exceção do preceito constitucional em discussão e na única exceção admitida pelo próprio Pacto de San José da Costa Rica) e teve a garantia de sua satisfação em Juízo destruída pela conduta ilícita do depositário infiel de bem regularmente penhorado em processo trabalhista. Tratando-se de confronto entre princípios e garantias constitucionais, é necessário encontrar-se um resultado interpretativo que,

na prática e em cada caso, não esvazie por completo o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, de estatura igualmente constitucional” (TRT-3ª Reg., HC n. 0480-2009-0, rel. Des. José Roberto Freire Pimenta, j. 05.05.2009 – g.n.).

Como se vê, em precisa e oportuna reflexão, FREIRE PIMENTA traz à consideração todos os valores constitucionais imbricados com a questão – “*ius libertatis*” (art. 5º, *caput*, CRFB), dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), soberania nacional (art. 1º, I, CRFB), efetividade da jurisdição (art. 5º, LIV, CRFB), caráter alimentar dos salários e afins (art. 100, § 1º-A, CRFB) – para, em **juízo concreto de proporcionalidade** (como deve ser, até que o Congresso Nacional reescrutine o Pacto de San José nos termos do art. 5º, § 3º, CRFB), compreender que, na hipótese de depositários judiciais infieis que têm condições de apresentar o bem constrito ou de substituí-lo pelo importe equivalente, a **natureza alimentar** do crédito exequendo (como ocorre, de regra, na execução trabalhista – o que inclusive a aproxima, “*per analogiam*”, do próprio permissivo do art. 7º, 7, do Pacto), associada à necessidade de se conferir **efetividade** à execução trabalhista (exatamente por aquele recorrente caráter alimentar), **justificam a inflexão do princípio da não-detenção por dívidas**, no marco do permissivo constitucional (art. 5º, XLVI, “*in fine*”). O que permite afirmar que, **no processo do trabalho, mercê do tipo de crédito a satisfazer** (art. 100, § 1º-A, CRFB) e **da usual hipossuficiência econômica dos credores, a manutenção da possibilidade de prisão do depositário**

judicial infiel — quando possível a devolução da coisa ou a sua substituição pecuniária — é medida de inteiro rigor e justiça, em estrito juízo concreto de proporcionalidade (= “*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*”).

2.5 A questão da natureza jurídica da prisão do depositário judicial infiel economicamente capaz: “*contempt of court*”

Já no plano **jurídico-semântico**, deve-se ter em conta que, no caso do depositário judicial (i.e., daquele que consensualmente aceita a coisa em depósito, no curso de processo judicial e na forma do art. 665, IV, do CPC), a infidelidade não consubstancia apenas inadimplência creditícia. Consubstancia também — e sobretudo — ato atentatório à autoridade do juiz e à dignidade do Poder Judiciário (desafiando, a par da própria prisão, a sanção processual do art. 601 do CPC — multa não superior a 20% do débito atualizado em execução —, estabelecida “sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material”). A isso corresponde, no direito anglo-saxônico, a figura do “*contempt of court*”.

Com efeito, a prisão do depositário infiel, tal como prevista

no art. 5º, LXVII, “*in fine*”, **não é**, no caso de depósitos judiciais assumidos consensualmente por sujeito economicamente capaz, uma *mera* prisão civil por dívidas. Tutela também a **autoridade do magistrado e a dignidade do Poder Judiciário**, que dizem com o próprio **princípio da segurança jurídica** (art. 5º, *caput*, CRFB). Afinal, não é à toa que a **autoridade dos julgados** é um dos princípios sensíveis da Carta Constitucional de 1988 e de todo e qualquer **Estado de Direito** (a ponto de **autorizar**, entre

nós, a **intervenção federal e estadual**, nos termos dos arts. 34, VI, e 35, IV, da CRFB).

Daí ser possível, razoável e necessário entrever, na prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz, **hipótese assemelhada à prisão por “*contempt of court*”, assim admitida, com grande liberalidade, na pátria-mãe das democracias republicanas** (i.e., nos Estados Unidos da América) **e em outros muitos Estados Democráticos de Direito** — que, sobre serem democráticos (e antes mesmo disso), são também **de Direito**.

O que nos obriga a um breve olhar sobre o instituto do “*contempt*”, para melhor entendimento¹⁹.

“Com efeito, a prisão do depositário infiel, tal como prevista no art. 5º, LXVII, “*in fine*”, **não é**, no caso de depósitos judiciais assumidos consensualmente por sujeito economicamente capaz, uma *mera* prisão civil por dívidas. Tutela também a **autoridade do magistrado e a dignidade do Poder Judiciário**, que dizem com o próprio **princípio da segurança jurídica** (art. 5º, *caput*, CRFB).”

¹⁹ Cfr. BORTOLUZZI, Roger Guardioli. Sanção por descumprimento de ordem judicial. In: TESHEINER, José Maria; MILHORANZA, Mariângela (org.). **Páginas de direito**. Porto Alegre, [s.e.], 2009. Disponível em: (http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2003/sancaopordescumprimentodeordemjudicial_roger.htm, ISSN 1981-1578. Acesso em 23.07.2009). O texto é fruto das pesquisas do autor para sua dissertação de mestrado e nele se baseia parte das informações que se seguem abaixo.

A sua origem histórica radica no Direito Romano (em especial durante a fase da “*cognitio extraordinaria*”); e, por meio dele, no direito inglês medieval. Na Inglaterra do século XIII, seguindo-se de perto o modelo romano das “*legis actiones*”, criava-se um *writ* para cada espécie de violação de direitos dos súditos (para se chegar, somente em 1679, ao “*Habeas Corpus Amendment Act*”). Entretanto, quando não havia um *writ* para determinado caso, não restava ao súdito senão reclamar a clemência do rei, fazendo-o perante a *Chancery* (que, segundo Lima Guerra, atuavam como “cortes de consciência”²⁰). Provia-se ali a **tutela específica das obrigações**, a ponto de se conduzir o réu à prisão caso se recusasse a cumprir o que lhe determinava a decisão do *chancellor* (estando, nesse caso, “*in contempt of court*”, dizendo-se dele “*a contemnor*”²¹); e ali permaneceria, sob a autoridade do rei, até que resolvesse obedecer ao quanto determinado. Pode-se bem dizer que essas ações afirmativas desempenharam um papel relevante – não vital – na construção, entre os ingleses, da ideia de um “poder” judiciário (que, no futuro – *Act of Settlement*, 1701 –, chegaria a ameaçar garantias de independência em face da própria Coroa).

Em Portugal – e, por extensão, no Brasil –, as **Ordenações Filipinas** já previam, entre nós, instituto com efeitos semelhantes (Li-

vro V, Título 128). Eram as «cartas de segurança», que traziam consigo o germe da nossa **jurisdição mandamental**: se desobedecidas pelo destinatário, poderiam sujeitá-lo à prisão. Mas o legislador republicano abdicou dessa tradição, sobretudo por influência do direito francês. O que não significa, por outro lado, que a prisão por “*contempt of court*” seja **estranha** ao nosso sistema: não é, nem histórica, nem positivamente, como se dirá.

Antes, porém, interessa afinal *conceituar* o instituto. Seguindo Cruz e Tucci²², que se reporta a Hozard e M. Taruffo,

[...] a expressão *contempt of court* designa em termos gerais a recusa em acatar a ordem emitida por uma corte de justiça. Como consequência desse comportamento, o destinatário da ordem pode sofrer uma sanção pecuniária ou restritiva de liberdade, dependendo da gravidade do *contempt*, sempre com o intuito de constranger a parte a cumprir a determinação judicial [...].

É sanção processual que, diga-se, não se limita às partes. O próprio Cruz e Tucci, adiante, esclarece que a responsabilização pelo “*contempt of court*” pode recair sobre o litigante “ou outro integrante do processo”, razão pela qual se exige “uma ordem que imponha especificamente a quem é dirigida uma obrigação de fazer ou de abster-se de fazer”²³.

²⁰ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.87-89.

²¹ Para o dado histórico e a terminologia, cfr., por todos, “*Contempt Power, Judicial*”, in DUDLEY JR., Earl. *Encyclopedia of the American Constitution*. Woodbridge: Macmillan Reference, 2000. p.671-672. Para uma visão menos técnica (e acidamente crítica), v. SCARCE, Rik. *Contempt of court: A Scholar's Battle for Free Speech from behind Bars*. Walnut Creek: Altamira Press, 2005, *passim*.

²² TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.19-20.

²³ *ibid.*

No que toca à *tipologia*, a doutrina norte-americana conhece duas modalidades de “*contempt of court*”, a saber, o “*civil contempt of court*” (que é praticada por litigante ou terceiro em detrimento de uma das partes no processo) e o “*criminal contempt of court*” (bem mais grave, é praticada por litigante ou terceiro em detrimento da própria autoridade judiciária). Distingue-se ainda entre o “*contempt of court*” **direto** (praticado na presença da autoridade, durante os procedimentos judiciais) e o “*contempt of court*” **indireto** (a que corresponde o descumprimento de ordens judiciais fora das dependências da própria corte e/ou sem a presença da autoridade judiciária)²⁴.

E no Brasil hodierno, à luz da legislação em vigor e da própria Constituição de 1988? Admite-se a figura da prisão por “*contempt of court*”?

Não temos dúvidas de que **sim** (embora de modo extrema-

mente casuístico). Vejamos.

Do ponto de vista **principlológico**, há uma indiscutível compatibilidade do instituto com princípios estruturantes — notadamente o **princípio do Estado de Direito**²⁵ (como visto) — e também com princípios instrumentais — notadamente o **princípio da cooperação processual**²⁶ (de que é corolário o **dever de lealdade**) e do **acesso à justiça**²⁷ (em sentido material).

“*De lege lata*”, temos já a positivação geral do instituto, em versão abrandada, tanto no art. 600 do CPC (atos atentatórios à dignidade da Justiça) — notadamente em seu inciso III (resistência injustificada às ordens judiciais) —, com as sanções do art. 601 (que, insista-se, **ressalva as “outras sanções de natureza processual ou material”**)²⁸, como também, mais recentemente (Lei n. 10.358/2001), no art. 14, parágrafo único, do mesmo diploma, que sanciona precisamente os

²⁴ Cfr., para a distinção, o sistema *Wex* do *Legal Information Institute* (LII) da *Cornell University Law School*. Disponível em: (http://topics.law.cornell.edu/wex/contempt_of_court_indirect; http://topics.law.cornell.edu/wex/contempt_of_court_direct. Acessos em: 23.07.2009).

²⁵ Pode-se enunciar o princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaat*) como o estado de soberania das leis, não da vontade das partes (João Paulo II, *Centesimus Annus*, n. 44); mas entre as suas dimensões essenciais geralmente se destacam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos, o que inclui, em relação aos atos jurisdicionais, a **estabilidade** ou **eficácia «ex post»** dos julgados. Ou, como decidiu o Supremo Tribunal Administrativo de Portugal em 13.11.2007 (Ac. n. 0164-A/04), “o princípio do Estado de Direito concretiza-se através de elementos retirados de outros princípios, designadamente, o da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos, [...] Os citados princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança assumem-se como princípios classificadores d o Estado de Direito Democrático, e que implicam um mínimo de certeza e segurança nos direitos das pessoas e nas expectativas juridicamente criadas a que está imanente uma ideia de protecção da confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na actuação do Estado” Disponível em: (<http://jurisprudencia.vlex.pt/vid/29199184>, <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf>. Acesso em: 24.07.2009 — g.n.). Em suma, não há Estado de Direito onde as decisões jurisdicionais do Estado-juiz não se cumprem ou podem ser facilmente rechaçadas por expedientes extrajudiciais.

²⁶ Sobre o princípio da cooperação processual e suas implicações, veja-se, de nossa lavra, **Direito à prova e dignidade humana**: cooperação e proporcionalidade nas provas condicionadas à disposição física da pessoa humana. São Paulo, LTr, 2007, *passim* (em especial o capítulo I).

²⁷ Sobre as dimensões formal e material do princípio de acesso à justiça, cfr., por todos, CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, *passim*.

²⁸ Nesse sentido, identificando hipótese de “*contempt of court*” na norma do art. 600 do Código de Processo Civil, veja-se, por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. P. 178, e, do mesmo autor, **A reforma do código de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. *passim* (comentando, à época, a alteração do art. 601 pela Lei n. 8.953/1994).

ciais (art. 35, 37, 60, § 1º e 69, § 5º, todos do DL n. 7.661/1945, em vigor até dezembro de 2004, mas abolidos com a Lei n. 11.101/2005, que manteve apenas a hipótese do art. 99, VII³²).

Nada obsta, portanto, que se reconheça, para o processo judicial em geral – e, muito particularmente, para o **processo do trabalho** (dada a recorrente **natureza alimentar** dos créditos exequendos) –, a possibilidade jurídica da **prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz**, *ex vi* do art. 5º, LXVII, CF e do art. 666, § 3º, do CPC, pelo qual “a prisão de depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito”. Houve, aqui, uma **opção legislativa inconteste**, ulterior à ratificação do Pacto de San José, não circunscrita à hipótese de «prisão por dívida» (porque a natureza jurídica é **bifronte**, açambarcando a defesa da autoridade pública e da dignidade do Poder Judiciário) e, alfim, coerente – formal e substancialmente – com o permissivo constitucional em vigor. Logo, uma opção **inexorável**, mercê do próprio art. 2º da CRFB (“**poderes independentes e harmônicos entre si**”).

3 CONCLUSÕES

Pelo quanto demonstrado, pode-se enfim pontuar e acrescentar, mas já à guisa de conclusões, o

que segue.

3.1 A efetividade da jurisdição

– e, como seu corolário, a **efetividade da execução** – é cláusula indissociável da garantia constitucional de «*procedural due process of law*» nos Estados Democráticos de Direito.

3.2 O enunciado n. 17 da PSV n. 03,

ao declarar ilícita a prisão civil do depositário infiel “qualquer que seja a modalidade de depósito”, sumula tese ainda não pacífica no Excelso Pretório, visto haver decisões e manifestações de resultado semelhante que, nada obstante, baseiam-se em diversas razões de decidir, num amplo espectro teórico (que se espraia da mera legalidade até a supraconstitucionalidade das normas do Pacto de San José da Costa Rica).

3.3 De outra parte, pela doutrina

dominante, as normas de tratados e convenções internacionais de direitos humanos não poderiam ser alçadas à condição de normas constitucionais, senão pelo procedimento do art. 5º, § 3º, da CRFB (E.C. n. 45/2004) – que, nessa parte, perfaria interpretação autêntica da norma do art. 5º, § 2º, da mesma Carta. Assim, a suposta constitucionalidade da norma do art. 7º, n. 7, do Pacto de San José estaria condicionada a uma reescrutinação do tratado no modo do § 3º, para ulterior aprovação mediante decreto legislativo com força de emenda constitucional

³² O preceito utiliza a expressão «prisão preventiva» e se refere a *crimes* falimentares, mas (a) não exige todos os requisitos do art. 312 do CPP (= prisão preventiva «típica»), pois basta que haja “provas da prática de crime definido nesta Lei”; e – mais relevante – (b) a prisão é decretada pelo juiz cível (i.e., pelo juiz prolator “da sentença que decretar a falência do devedor”, nos termos do art. 99, *caput*).

(como se deu, recentemente, com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo).

3.4 Ademais, a se admitir que os §§ 2º e 3º do art. 5º da CRFB positivavam regimes diversos de incorporação de convenções e tratados sobre direitos humanos, é certo que o primeiro modo (= derivação principiológica imediata) não pode alcançar **normas-regra**, que condicionam ou dimensionam as chamadas liberdades gerais (essas, sim, dotadas de caráter principiológico). De conseguinte, as regras que excepcionam o princípio da não-detenção por dívidas, se alçadas ao panteão constitucional (caso em tela, *ut* art. 5º, XLVI, “*in fine*”), só podem ser suprimidas ou modificadas, por força de tratados ou convenções internacionais, em regime de recepção por **derivação vinculada a ato de legitimação política** (art. 5º, § 3º, CFRB), já que diz respeito à esfera de razoável conformação do Poder Legislativo.

3.5 Não bastasse, a prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz, sobre estar autorizada pela norma do art. 5º, XLVI, “*in fine*”, da CRFB, não se resume à mera “prisão civil por dívidas”. Tem irrefragável **natureza bifronte**, consubstanciando também **medida de defesa da autoridade pública e da dignidade do Poder Judiciário**, à maneira de “*contempt of court*” (o que não está vedada, nesses termos, pelo Pacto de San José da Costa Rica).

3.6 Para mais, deve-se compreen-

der que, nas execuções trabalhistas, a natureza alimentar de que geralmente se revestem os títulos exequendos reforça a tese da possibilidade jurídica, gozando de reconhecimento constitucional indireto (artigo 100, §1º-A, CRFB) e aproximando, pela relativa identidade ontológica, as hipóteses de prisão civil de depositário judicial infiel e de prisão civil de alimentante inadimplente (art. 7º, n. 7, do Pacto de San José da Costa Rica).

3.7 Alfim, a par do incalculável prejuízo para a efetividade das execuções trabalhistas, a aprovação do enunciado n. 17 da PSV n. 03 representaria, para a Justiça do Trabalho, uma inexplicável **supressão hermenêutica de competência constitucional expressa**, eis que, afastada a competência penal das varas do trabalho (ADI n. 3684/2006, rel. Min. CEZAR PELUSO) e inviabilizada a prisão civil de depositários judiciais infieis, **não restaria qualquer hipótese possível de constrangimento ao “*ius libertatis*” perpetrado por juízes do trabalho**. Isso significará, na prática, a derrogação oblíqua da norma do art. 114, IV, da CRFB (quanto à competência material da Justiça do Trabalho para o processo e o julgamento de “*habeas corpus*”) — o que evidencia que, sistematicamente, essa não é uma interpretação constitucional aceitável.

Conseqüentemente, pelo plexo de convicções que tais elementos engendram, não resta ao intérprete outra ilação, que não aquela repulsante e preempatória:

sobre desatender formalmente aos pressupostos do art. 103-A da CRFB, **o enunciado n. 17 da PSV n. 03, pela sua exorbitante generalização, fere de morte o único recurso efetivo de satisfação judicial de direitos sonegados por devedores e/ou depositários de má-fé.** Nessa precisa medida, não atende à concepção hodierna de jurisdição (= função de tutela de direitos materiais), enfraquece a segurança e a autoridade dos julgados (tisanando o princípio do Estado de Direito), revoga direta e indiretamente texto constitucional e, no processo do trabalho, pode vir a comprometer, no limite, a própria dignidade da pessoa do credor (na medida em que permite a chicana processual em detrimento de quem tem urgência para dar sustento a si mesmo e à família, na ausência de fontes alternativas de renda). Recuse-se, sim, a constitucionalidade daquelas hipóteses de prisão civil que se ligam a obrigações contratuais e títulos de crédito; não, porém, àquela que funciona, antes, como um mecanismo fundamental de «eficacização»³³ das sentenças judiciais maliciosamente resistidas – e, muito particularmente, das sentenças trabalhistas.

4 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.
- BORTOLUZZI, Roger. Guardiola. Sanção por descumprimento de ordem judicial. In: TESHEINER, José Maria; MILHORANZA, Mariângela (org.). **Páginas de direito**. Porto Alegre: [s.e.], 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- _____. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Lineamentos da nova reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. **Execução civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- DUDLEY JR., Earl. *Encyclopedia of the American Constitution*. Woodbridge: Macmillan Reference, 2000.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Direito à prova e dignidade humana: cooperação e proporcionalidade nas provas condicionadas à disposição física da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2007.

³³ O neologismo «eficacização» foi empregado, entre nós, por PONTES DE MIRANDA, ainda sob a égide do CPC de 1939. Cfr. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975. t. VIII. p.286-287.

_____. **Tratado de alienação fiduciária em garantia:** das bases romanas à Lei n. 9.514/97. São Paulo: LTr, 1999.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

_____. **Era das transições.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. *Grundzüge ds Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.* 4. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1970.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. v. I.

MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF.

Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Conjur, 10.04.2009, p. 01-19. Disponível em: (<http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>). Acesso em: 22.07.2009).

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1975. t. VIII.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público:** curso elementar. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SCARCE, Rik. *Contempt of court: A Scholar's Battle for Free Speech from behind Bars.* Walnut Creek: Altamira Press, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição.** São Paulo: Malheiros, 2005.