

A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A PRISÃO CIVIL NO DEPÓSITO JUDICIAL

Ana Cristina Brenner*

INTRODUÇÃO

O estudo do direito internacional e, por via de consequência, dos tratados internacionais ocupa, na atualidade, posição de destaque, tendo em vista os fenômenos da globalização.

O Brasil, hoje já participante do Mercosul e assediado por outros grandes conglomerados comerciais, vê-se compelido a participar das grandes decisões mundiais, atuando, por esse mesmo motivo, cada vez mais na realização de novos tratados e convenções, bem como assumindo, na mesma proporção, o compromisso de ratificá-los, para que possam adquirir, assim, força coercitiva dentro de nosso ordenamento jurídico.

Levando em conta essa nova moldura de relações mundiais é que o legislador constituinte de 1988 salientou, de maneira expressa, a questão relativa ao ingresso, em nosso direito positivo, dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, dedicando artigo específico (art. 5º, § 2º), cujo sentido é de informar o intérprete do texto constitucional de que o rol dos direitos constantes do aludido artigo não é exaustivo, existindo, outrossim, outros direitos e garantias que integram a ordem positiva brasileira.

Por sua relevância nesse cenário, o tema, sem dúvida alguma, merece reflexões por parte dos operadores do direito, não só no que respeita às consequências que essa série de acontecimentos irá gerar em nosso ordenamento, mas, sobretudo, pelas interferências que daí advirão em torno dos direitos e garantias expressos na Constituição.

E é com esse espírito que o presente trabalho se propõe a enfrentar a problemática da prisão civil no caso do depósito judicial, bem como a situação do depositário infiel após a ratificação pelo Brasil de dois dos mais importantes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, quais sejam, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também chamada de Pacto de São José da Costa Rica).

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS, Procuradora do Estado, em exercício na Procuradoria do Interior, em Porto Alegre, na função de Coordenadora Adjunta.

O estudo estará dividido em dois capítulos. O primeiro deles propõe-se a abordar a interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno no que respeita à proteção dos direitos humanos e à existência de eventuais conflitos entre as duas ordens jurídicas, levando em conta, no aspecto, a posição hierárquica assumida pelos Tratados em nosso ordenamento positivo. O segundo, a seu turno, dará especial enfoque à prisão civil no depósito judicial, analisada sob a perspectiva das vedações impostas quanto à matéria nos Pactos ratificados pelo Brasil.

Com efeito, em linhas bastante genéricas, os tópicos sobre os quais se discorrerá ao longo deste trabalho podem ser assim sintetizados.

Inicialmente, procurar-se-á estabelecer um conceito do que seja Tratado, sem a pretensão, nesse particular, de aprofundar e esgotar o assunto, porquanto mais afeto ao Direito Internacional Público do que aos Direitos Humanos.

Em um segundo momento, será examinado o conteúdo das normas inseridas nos Pactos sobre Direitos Humanos de que o Brasil é signatário (Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos) relativamente à vedação da prisão civil.

Na seqüência, se trará à baila a dissidência que grassa na doutrina e na jurisprudência sobre a forma como as normas enunciadas nesses tratados ingressam no ordenamento jurídico brasileiro e qual a natureza jurídica que se lhes atribui (normas constitucionais, infraconstitucionais ordinárias, ou normas infraconstitucionais especiais), fazendo-se referência às diversas correntes acerca do tema, especialmente a posição dos Tribunais Superiores.

Superada essa etapa introdutória, e já no segundo bloco deste estudo, o foco estará centrado na exata extensão dada pela Constituição Federal à garantia da vedação da prisão civil, com análise, nesse passo, do conceito constitucional de "*depositário infiel*".

Outrossim, como a tônica da monografia relaciona-se com a prisão no depósito judicial, terá destaque, especialmente, a distinção entre as diversas espécies de depósito: a) o contratual, previsto no Código Civil no art. 627 e segs; b) o legal, como no caso do depósito necessário, previsto nos artigos 647 e segs. da Lei Civil ou mesmo o do Decreto-lei nº 911/69, em relação à alienação fiduciária e c) o decorrente de ato judicial, quando o depositário responsabiliza-se, como '*longa manus*' da Justiça, a guardar o bem até que, por ordem do juiz, lhe seja solicitado (figura essa que aparecerá ou na ação de depósito, prevista nos arts. 901 e segs. do CPC, ou no processo de execução).

Também serão tecidas breves considerações sobre a natureza da prisão no depósito judicial e qual o procedimento a ser adotado para apuração da responsabilidade do infiel depositário (nos próprios autos da execução ou em ação própria), abrindo-se espaço aqui para tratar sobre a oportunidade de defesa àquele que descumpre a ordem judicial de entrega da coisa.

Dentro desse contexto, e considerando que o vigente texto constitucional dispõe, em seu artigo 5º, LIV, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", não se poderá deixar de fazer referência acerca

do ('*substantive due process*'), o qual, mais do que um princípio de ordem processual, é princípio de ordem material, "servindo como importante instrumento de controle do arbítrio legislativo e da discricionariedade governamental, mormente da razoabilidade e da racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral".¹

1 A INTERAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

1.1 Os Tratados como Fonte do Direito Internacional

O Direito Internacional Público, até o fim do século passado, tinha uma consistência costumeira, mas assentada, contudo, em princípios gerais, notadamente o '*pacta sunt servanda*' e o da boa-fé.

Com a chegada do século XX, mais precisamente no primeiro pós-guerra, entram em cena as *organizações internacionais*, fazendo com que o rol das pessoas jurídicas habilitadas a pactuar no plano externo não ficasse mais limitado aos Estados soberanos. Nesse palco, surge, também, a *codificação* do direito dos tratados, com a transformação de suas regras costumeiras em regras convencionais, escritas.

Essa evolução através dos séculos atingiu seu apogeu com a celebração da Convenção de Viena, em 1969, que consolidou uma prática codificando o Direito Consuetudinário relativo aos tratados. O texto dessa Convenção foi ultimado em 23 de maio de 1969, mas só entrou em vigor em 27 de janeiro de 1980.

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça (Estatuto da Corte de Haia), em 1929, por sua vez, já estabelecia o primeiro tribunal destinado a resolver litígios entre os estados sem qualquer limitação de ordem geográfica ou temática, além do que previa, no artigo 38, a hierarquia das fontes do direito internacional:

Art. 38.

1 – A Corte, cuja função é decidir de acordo com o Direito Internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita com sendo o direito;
- c) os princípios gerais de direitos reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d) sob ressalvas da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meios auxiliares para a determinação das regras de direito.

2 – A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão '*ex aequo et bono*', se as partes com isso concordarem.

¹ DERGINT, Augusto do Amaral. Aspecto material do devido processo legal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 709, p. 249-255, nov. 1994. p. 250.

O Estatuto, como se percebe, relacionou entre as fontes do direito internacional as convenções, os costumes e os princípios gerais de direito, fazendo referência, também, à jurisprudência e à doutrina como meios auxiliares na determinação das regras jurídicas, e prevendo, sob certas condições, o emprego da equidade.²

Nessa enumeração, seus redatores não tiveram em vista o estabelecimento de uma ordem hierárquica que marcasse a superioridade entre as citadas fontes.

A nós, dentro dos estreitos limites deste trabalho, interessará, sem desprestigiar as demais fontes igualmente importantes, focar a atenção sobre os tratados, tecendo breves noções sobre o assunto, até porque não é nossa pretensão aprofundar e esgotar a matéria, mais afeta ao Direito Internacional.

1.2 Conceituação dos Tratados

Na definição de José Francisco Rezek, tratado é “[...] todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”.³

Paulo Hamilton Siqueira Júnior⁴ diz que há uma variedade de denominações para os tratados: convenção, ato, protocolo, convênio, ajuste, acordo, etc. Tratados e Convenções são expressões sinônimas. Acordo, convênio, ajuste, arranjo são atos internacionais de maior ou menor alcance, tanto de caráter bilateral, como de caráter multilateral.

Por tratado entende-se o “ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas internacionais: é a expressão genérica”.⁵

Já na definição de Celso Ribeiro Bastos os tratados internacionais podem ser assim conceituados: “[...] são acordos formais, eis que, à moda do que acontece com os contratos no direito interno, demandam eles uma concordância de vontades, o que os distingue do ato jurídico unilateral.”⁶

Para Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969 – que é resultado de projeto da Comissão de Direito Internacional da Assembléia Geral da ONU, constituindo-se em importante instrumento no caminho da codificação do direito internacional público – tratado significa: “[...] um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, que conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular (artigo 2º, 1, a).”

No mesmo sentido, tem-se a Convenção de Havana sobre Tratados, datada

² MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 258.

³ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 14.

⁴ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 43, p. 7-30, abr./jun. 2003. p. 9.

⁵ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Constitucional Público**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 23-25.

⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 216.

de 1928, que considera ser da essência do Tratado a forma escrita.

De todos esses conceitos pode-se afirmar, em síntese apertada, que o tratado internacional é formal, porque assume necessariamente a forma escrita. A oralidade, como visto, destoa do estabelecido nas Convenções de Havana e de Viena.

Outro traço distintivo dos tratados é que as partes signatárias devem ser pessoas jurídicas de Direito Internacional, ou seja, Estados soberanos e organizações internacionais.

Quanto aos elementos dos tratados, poder-se-ia citar, na lição de Saulo José Casali Bahia:

a) o consentimento, sem o qual o ato internacional envolvendo duas ou mais pessoas de direito internacional deveria ser considerado como ato unilateral de uma delas relativamente a outra (outras); b) personalidade internacional dos acordantes, pois não é possível a existência de um tratado internacional sem que as partes possuam qualidade de pessoas de direito internacional; c) a regência pelo direito internacional, pois o controle de consentimento (aí incluindo-se a forma e o objeto) e dos efeitos jurídicos do acordo não ficam a cargo do direito interno das partes do tratado.⁷

De outra parte, tem-se que as condições de validade do tratado internacional podem ser classificadas em intrínsecas ou extrínsecas. Como intrínsecas arrola-se a capacidade dos agentes; o consentimento mútuo e livre e o objeto lícito e possível. As extrínsecas, por sua vez, dizem com a fórmula escrita, a ratificação, a publicação e o registro.⁸

A ratificação, por guardar estreita relação com o tópico que será tratado logo a seguir, merece especial destaque.

Entre a maioria dos autores, o termo 'ratificação' tem sido conceituado de duas formas: uma em sentido internacional e outra em sentido constitucional.

A primeira, ratificação propriamente dita, é tida como o "ato formal pelo qual a parte contratante exprime sua aceitação final do tratado e notifica desse fato à outra ou as outras partes, por meio do depósito ou troca de instrumentos".⁹

Já a ratificação constitucional significa, segundo o mesmo autor:

o ato interno pelo qual um órgão governamental – geralmente o legislativo – aprova o tratado sob o prisma constitucional, propiciando ao poder executivo as condições de realização da ratificação internacional, quando esta for necessária ou unicamente estabelece a legalidade sob o prisma constitucional da participação do Estado em um tratado que não necessita de ratificação internacional.¹⁰

⁷ BAHIA, José Casali. **A Constituição Federal e os Tratados Internacionais**. 1999. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1999. p. 11-12.

⁸ SIQUEIRA JÚNIOR, *Tratados Internacionais...*, p. 11.

⁹ BORJA, Sérgio. A incorporação de tratados no sistema constitucional brasileiro. **Revista de Direito Internacional e do Mercosul**, n. 4, p. 81-120, ago./set. 2001. p. 93.

¹⁰ BORJA, *A incorporação...*, p. 91.

Na verdade, as duas espécies de ratificação são atos praticados em dois planos distintos e por meio de procedimentos diversos.

De fato, como assinala Francisco Rezek, o exato conceito de ratificação não é o de 'confirmação' do tratado como ato constitucional doméstico, a cargo do parlamento, pois, se o pacto internacional envolve diversos Estados soberanos, não seria cabível supor que uma ou mais soberanias co-pactuantes, já acertadas com o governo do Estado de referência, fossem ficar na expectativa do abono final do parlamento deste. Assim, 'ratificação' é, em sentido técnico¹¹, aquela que acontece no plano internacional, como ato unilateral com que o sujeito de direito (pessoa jurídica de direito público externo), signatário de um tratado, exprime definitivamente, no plano externo, sua vontade de obrigar-se.¹²

Com isso se quer dizer que 'ratificação' não pode ser entendida senão como ato internacional, praticado no âmbito das relações exteriores, pelo titular do poder executivo, como forma de confirmar aquilo que deixara pendente ao terminar a fase negocial do acordo. Não deve ser confundida, portanto, com a 'ratificação' constitucional, até porque, sabidamente, muitos são os Estados em que a ratificação de nenhum modo se formaliza internamente.

A ratificação passou, nessa linha, a ser considerada a fase mais importante do processo de conclusão dos tratados, porquanto é a troca dos instrumentos de ratificação que torna o tratado obrigatório. Não significa, todavia, que a assinatura perdeu valor, notadamente porque o princípio da boa-fé assegura que o estado não pode praticar atos contrários ao tratado que assinou.

1.3 A forma como os Tratados Internacionais ingressam no ordenamento jurídico

1.3.1 Teorias

Na análise da forma como os tratados internacionais ingressam na ordem jurídica interna, surgem duas teorias: a monista e a dualista, as quais procuram explicar o complexo relacionamento entre o Direito Internacional e o Direito Interno.

Para os dualistas¹³ há duas ordens jurídicas distintas, uma interna e outra externa, independentes entre si e com fundamentos de validade também diversos. Enquanto a ordem interna retiraria sua validade da Constituição, a ordem externa, ao contrário, extrairia sua validade de procedimentos oriundos da comunidade internacional. Tratando-se de ordens jurídicas distintas a regularem relações de natureza diversa, as normas internas e externas convivem em harmonia, não podendo

¹¹ A ratificação é a confirmação do tratado pelo chefe do Estado. A ratificação é o ato que torna o tratado internacional perfeito e acabado. Haverá, antes, aprovação pelo Congresso ou Parlamento. Da aprovação emana autorização ao Chefe de Estado para efetivar a ratificação. O sistema jurídico pátrio exige a aprovação do Legislativo (Congresso Nacional), por intermédio de um decreto legislativo e a promulgação pelo Executivo, por meio de um decreto, atos que serão publicados no Diário Oficial da União. (SIQUEIRA JÚNIOR, *Tratados internacionais...*, p. 12).

¹² REZEK, *Direito internacional...*, p. 54.

¹³ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 130, p. 77-81, abr./jun. 1996. p.78.

conflitar, já que tem campos de incidência diferenciados. Justamente por isso, os tratados não podem irradiar efeitos na ordem interna enquanto a ela não forem formalmente incorporados por meio de alguma espécie legislativa.

Os defensores do monismo¹⁴, a seu turno, tendo Hans Kelsen como precursor, sustentam a tese de uma única ordem, composta de regras internas e internacionais. Todavia, seus adeptos se dividem em duas correntes. Para uns, existe uma única ordem, mas com primado do direito internacional, já que este sobrepõe o direito constitucional; para outros, a primazia é do direito nacional, eis que seria uma faculdade do Estado soberano a adoção de regras de direito internacional.

Em resumo, para o monismo, que apregoa a unidade entre a ordem jurídica nacional e a ordem jurídica internacional, as normas oriundas dos tratados pelo qual o Estado se obrigou ingressam automaticamente no sistema jurídico pátrio, sendo desnecessária a edição de norma interna para que o tratado possa ser aplicado. No dualismo, havendo uma separação entre os dois sistemas jurídicos (nacional e internacional), o direito internacional não obriga os indivíduos até que suas normas sejam transformadas em direito interno.

A teoria que o Direito Constitucional brasileiro encampou mais se aproxima da dualista. Com efeito, as normas contidas nos tratados internacionais, ao contrário do que querem os monistas, não se tornam eficazes por força de cláusula geral de recepção automática. Para que tenham validade no âmbito interno, é mister sejam referendadas pelo Congresso Nacional, por meio de uma lei em sentido material (lei sem sanção ou veto) que recebe o nome de decreto legislativo¹⁵ e do qual deveremos nos ocupar detidamente no próximo tópico.

1.3.2 Recepção dos Tratados

A Constituição Federal, no que respeita à celebração e incorporação dos tratados na ordem jurídica interna, trata da matéria no art. 21, I (Compete à União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais), e no art. 84, VIII, c/c o art. 49, I (Compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional).

O Decreto legislativo, previsto genericamente no artigo 59, VI, da C.F., tem função de regular matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49) que produzam efeitos externos a ele. Para aprovação, segundo estatui o art. 47, exige *quorum* simples, presente a maioria absoluta dos congressistas.

Com isso dá para asseverar que a República Federativa do Brasil tem competência para firmar tratados, por intermédio da União, cuja representação

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ "Decretos legislativos são as leis a que a Constituição não exige a remessa ao Presidente da República para sanção (promulgação ou veto)". (MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. 3, p. 142). E, ainda: "São normas primárias, isto é, diretamente fundadas na Constituição". (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 245).

competem ao Presidente da República, na qualidade de Chefe de Estado. Os tratados internacionais assim firmados devem, por sua vez, passar pelo referendo (aprovação do Congresso nacional), a fim de que sejam incorporados ao direito interno. Para inovar a ordem jurídica por meio do tratado internacional, o Estado brasileiro deve, pois, obter a conjugação de vontades de dois de seus poderes: executivo (que firma o tratado) e o legislativo (que o aprova).¹⁶

1.4 A posição hierárquica dos Tratados Internacionais no sistema jurídico pátrio: correntes sobre o tema

Uma das questões que vem ocupando os estudiosos do tema aqui tratado é saber em que nível normativo as normas inseridas nos tratados ingressam no ordenamento jurídico.

Para o deslinde da problemática, são necessárias algumas considerações sobre o conceito de hierarquia.

Na lição de Michel Temer, hierarquia é “a circunstância de uma norma encontrar sua nascente, sua fonte geradora, seu ser, seu engate lógico, seu fundamento de validade numa norma superior”.¹⁷ Significa dizer, na verdade, que as normas jurídicas superiores é que dão validade às normas jurídicas inferiores.

Se é assim, oportuno indagar que normas, entre nós, ocupam o mais alto grau na pirâmide jurídica, tendo a aptidão de criar outras normas jurídicas?

Evidentemente que se está diante das normas constitucionais. E, para que se estabeleça a correta a posição hierárquica dos tratados na ordem jurídica, imprescindível, a toda evidência, buscar o fundamento de validade do instrumento legislativo que permite a incorporação, no Direito pátrio, desses tratados: o decreto legislativo.

Assim, deve-se ter em mente que estudar a hierarquia dos tratados nada mais é do que estudar a hierarquia dos decretos legislativos que contenham, em si, os tratados internacionais.

Sobre o tema há, basicamente, três correntes: uma que defende a supremacia dos tratados sobre direitos humanos em face das demais leis, atribuindo-lhes o ‘*status*’ de normas constitucionais¹⁸; outra que advoga a idéia de paridade entre os tratados e as demais normas, entendendo que as normas estrangeiras ingressam em nosso

¹⁶ SIQUEIRA JÚNIOR, Tratados internacionais..., p. 16.

¹⁷ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 148.

¹⁸ A corrente tem, dentre seus adeptos, PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 98; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil**. Brasília, DF: Ed. UnB, 1998. p. 133-134; MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 148, p. 231-250, out./dez. 2000.

ordenamento como normas infraconstitucionais ordinárias¹⁹ e, por fim, a terceira que confere aos tratados internacionais a natureza jurídica de normas infraconstitucionais especiais²⁰.

Os filiados à primeira corrente trazem vários argumentos para alicerçar a primazia dos tratados sobre a lei. Examinaremos um a um para que possamos contrastá-los, apresentando, ao final, nosso ponto de vista.

Vem a lume, então, o magistério de Flávia Piovesan, que bem sintetiza um dos argumentos da primeira posição. Diz ela que:

[...] quando a Carta de 1988, em seu art. 5º, § 2º, dispõe que 'os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais', 'a contrario sensu', está ela a 'incluir, no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.'²¹

E incorporando ao seu texto esses direitos internacionais a Constituição está atribuindo-lhes natureza de norma constitucional. Em consequência, nenhuma norma legal pode sobrepor-se às normas de um tratado que venha proteger direitos e garantias individuais.

Deve objetar-se, no entanto, que o fato de a Constituição contemplar, no rol dos direitos e garantias individuais, direitos outros que não aqueles explicita ou implicitamente dispostos em seu texto, não dá àqueles o '*status*' de normas constitucionais.

Primeiro, porque seria admitir que, pela via do decreto legislativo, a Carta Constitucional pudesse ser emendada. Ora, considerando-se que os tratados internacionais são referendados por decreto legislativo e aprovados por maioria simples, não seria razoável entender que pudessem ser equiparados ou mesmo revogar uma norma constitucional, a qual exige, para ser modificada, maioria qualificada (três quintos) do Congresso, em dois turnos. Isso, evidentemente, acabaria por proporcionar um abalo à rigidez da Constituição.

Outrossim, pode-se referir também que, a par do '*quorum*' qualificado, há limites materiais que balizam a reforma da constituição, na medida em que algumas

¹⁹ Filiam-se a esse entendimento BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 70; CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 163; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 98-99; COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 288; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 178.

²⁰ Aderem a essa corrente MAGALHÃES, José Carlos de. O Supremo Tribunal Federal e as relações entre direito interno e direito internacional. **Boletim Brasileiro de Direito Internacional**, n. 61-69, 1975-79, p.56; MELLO, **Direito constitucional...**, p. 344; VALADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974. v. 3, p. 93 et. seq. e AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 169-171 apud AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Uma reflexão acerca dos Pactos e Convenções Internacionais e sua aplicação no ordenamento pátrio. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 43, p. 31-48, abr./jun. 2003, p. 42.

²¹ PIOVESAN, **Direitos humanos...**, 1997. p. 82.

questões sequer podem ser discutidas pelo constituinte reformador (princípio da imutabilidade implícita). Sendo assim, acaso admitíssemos estarem os decretos legislativos que incorporam tratados no mesmo nível hierárquico das normas constitucionais, dito princípio poderia restar afetado.

Não se pode olvidar, ainda, que se os tratados internacionais forem considerados normas infraconstitucionais ordinárias, possível será estabelecer um controle de constitucionalidade dos mesmos (C. F., art. 102, III, 'b'), seja quanto ao seu sentido expreso (ou formal), seja quanto ao seu significado essencial (ou material), o que, adotando-se o entendimento sustentado pela primeira corrente (equivalência entre os tratados e as normas constitucionais) seria inviável, pois implicaria admitir a existência de normas constitucionais inconstitucionais.

Por expressa previsão constitucional, pode-se afirmar, seguramente, que o Brasil consagrou o princípio da supremacia da Constituição ao conceder ao Supremo Tribunal Federal competência para declarar a inconstitucionalidade dos tratados.

Mas, diante considerações acima, poderíamos estar nos perguntando qual seria, afinal, o sentido da norma prevista no artigo 5º, parágrafo 2º, da C. F.?

O preceito normativo supracitado visa a dar ao interprete e ao aplicador do direito a mensagem de que o rol de Direitos constante no art. 5º não é exaustivo, tão-somente, existindo outros Direitos e garantias que integram a ordem positiva brasileira além daqueles dispostos explícita ou implicitamente na Constituição Federal.²² Em verdade, na doutrina de Saulo José Casali Bahia: “[...] o constituinte apenas explicitou que as normas decorrentes do regime e dos princípios constitucionalmente adotados e as normas decorrentes de tratados internacionais também deveriam ser consideradas como integrantes do ordenamento protetor dos Direitos individuais. Nesse sentido é que as normas foram ‘elencadas’”.²³

Passemos, então, ao outro fundamento que vem sendo esgrimido pelos defensores da primeira corrente. Aduzem eles que os tratados são aplicados no Direito Nacional como Direito Internacional, não se revestindo da natureza do decreto legislativo. Em outras palavras, seriam recebidos na ordem interna como tratados e não como leis internas, abrangidos por cláusula geral de recepção plena. Donde a conclusão que só poderiam ser revogados por procedimento próprio e não por lei.

Como contra-argumento, vale relembrar que os tratados internacionais tornam-se válidos internamente quando contidos no corpo de um decreto legislativo, devidamente aprovado pelo Congresso Nacional.

Ora, se o próprio legislador erigiu como mandamento constitucional a recepção dos tratados por meio dos decretos legislativos, na dicção do que reza o artigo 49, I, c/c o art. 84, VIII, seria inconstitucionalidade sustentar a incorporação automática na ordem jurídica, dispensando-se, por via de consequência, a edição de decreto pelo executivo para que irradiem efeitos tanto no plano interno como no

²² DUARTE, Eduardo Avelino. Estudos sobre a posição hierárquica dos decretos legislativos que incorporam tratados. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 41, p. 69-96, out./ dez. 2002, p. 84.

²³ BAHIA, A *Constituição Federal...*, p. 228.

²⁴ DUARTE, Estudos sobre..., p. 86.

plano internacional.

Se assim é, há que admitir - diversamente dos filiados à primeira corrente -, que os tratados internacionais podem ser modificados ou revogados por meio de lei posterior que lhes sobrevenha, já que a relação existente entre os direitos incorporados pelos tratados e as demais leis é apenas de coordenação e não de hierarquia. Em outras palavras, tendo-se presente que as espécies legislativas arroladas pelo art. 59 da Constituição, com exceção das emendas constitucionais, situam-se, *a priori*, no mesmo plano hierárquico, o tratado, recepcionado que é por decreto legislativo, coloca-se, por óbvio, no mesmo nível das demais normas infraconstitucionais primárias.

Com efeito, um decreto legislativo contendo um tratado internacional revoga as leis anteriores no que sejam incompatíveis, e uma lei posterior revoga um decreto legislativo no que com ele seja incompatível, forçando, desta feita, a denúncia do tratado, cujo efeito não é o de desfazer o decreto legislativo, mas tão-somente de dar notícia à outra parte contratante de que não há mais *predisposição política* para cumprir o tratado. Este, por sua vez, continuaria válido internamente com força de lei, só podendo ser revogado por meio de outra norma de igual hierarquia.²⁴

Corroborava essa orientação o fato de que eventual ofensa aos termos de um tratado enseja Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, não Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (C. F., artigo 105, III, 'a'). Sendo da competência do STJ o julgamento de decisões que contrariam tratado ou lei federal, a conclusão lógica é a de que o legislador equiparou os tratados às leis federais. Outrossim, na linha dessa argumentação, é de acrescentar que o STF só se pronuncia sobre matéria envolvendo tratados, quando for questionada sua constitucionalidade, o que significa, em última análise, ter a Excelsa Corte consagrado o princípio da paridade (entre tratado e lei ordinária), pois é pressuposto para declaração de inconstitucionalidade a infraconstitucionalidade.

Finalmente, e ainda no debate das idéias defendidas pelos partidários da primeira corrente, tem-se o argumento de que o artigo 98 do Código Tributário Nacional²⁵, por haver sido recepcionado como lei complementar, poderia determinar a prevalência dos tratados sobre a legislação interna, dando-lhe maior estatura hierárquica.

Como já tivemos oportunidade de destacar, todas as normas infraconstitucionais obtêm sua validade na Constituição, a qual é a fonte de todas as normas integrantes do sistema jurídico de um país, ou, como afirmara Kelsen, "é o fundamento último de validade das normas jurídicas".²⁶ Nessa senda, apenas à Lei Maior cabe determinar a hierarquia das normas jurídicas, de sorte que não podem as leis infraconstitucionais, sejam elas ordinárias ou complementares, ter como objeto tal conteúdo. Do contrário, seremos obrigados a vislumbrar um sistema em que as

²⁵ Art. 98: "Os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha".

²⁶ KELSEN, Hans apud COELHO, Fábio Ulhoa. **Para Entender Kelsen**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 28.

normas infralegais prevaleceriam sobre as normas legais apenas porque uma norma legal assim o determinou.

De outra banda, mesmo aqueles que advogam a supremacia da lei complementar em face das demais - posição com a qual não concordamos - devem ter presente que uma lei, para reger as relações entre as demais, deverá ter maior força hierárquica que aquelas normas que quer disciplinar. Nesse compasso, seria impossível à norma complementar (no caso o artigo 98 do CTN) regular os tratados internacionais ou seu posicionamento em face das demais leis, já que teria a mesma dignidade hierárquica (posição intercalar entre a Constituição e as demais leis) dos tratados.

Outra crítica que vem sendo feita ao mencionado artigo é de que a primazia do tratado sobre a legislação tributária interna, quando se trata de isentar tributos estaduais e municipais, estaria invadindo a competência estabelecida pela própria constituição Federal, no artigo 151, III²⁷, na medida em que só pode isentar quem é capaz de instituir o tributo. Raciocínio contrário implicaria admitir que a União estaria autorizada a criar tributos estaduais ou municipais. E mais. Estar-se-ia dando margem à inversão dos princípios básicos do federalismo²⁸, em que os entes federados, originalmente, delegam poderes ao ente central para que este, em nome e interesse daqueles e segundo os poderes constitucionalmente conferidos, exerça o poder central.

Parece, pois, que razão assiste àqueles que entendem que o legislador, ao editar a norma estatuída no artigo 98 do CTN, teve por intuito fazer cumprir as obrigações assumidas internacionalmente pelo Estado Brasileiro. Entretanto, em nossa linha de entendimento, estamos inclinados a afirmar que não há exceção no âmbito tributário, no que se refere à supremacia dos tratados.

Segue essa orientação, aliás, o Superior Tribunal de Justiça, que, ao apreciar o Recurso Especial nº 90.871-PE, manifestou entendimento no sentido que o artigo 98 do CTN deve ser interpretado em consonância com o artigo 151, III, da C.F.

Por todos esses motivos, cabe referir que o artigo 98 do CTN vem tendo a sua constitucionalidade questionada. Não obstante, o STF, Corte esta que tem como incumbência a guarda da Constituição (C. F., art. 102, *'caput'*), embora tenha entendido constitucional tal dispositivo, consignou, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, que a segunda parte desse artigo (a que estabelece a primazia dos tratados sobre as leis internas que lhes sobrevenham) somente tem aplicação quando se tratar de tratados-contratos, entendidos como aqueles que criam situações jurídicas subjetivas, de que seriam exemplos os acordos de comércio.

Passemos, agora, às considerações a respeito da corrente que defende estarem os tratados internacionais equiparados às normas infraconstitucionais especiais. Ao contrário dos defensores da segunda corrente - a que sustenta haver paridade entre os tratados internacionais e as leis ordinárias, tendo como princípio

²⁷ "É vedado à União: [...] instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios."

²⁸ DUARTE, Estudos sobre..., p. 88.

lex posterior derogat priori – para estes (partidários da terceira corrente) deve prevalecer o princípio segundo o qual lei especial revoga a geral.

Segundo essa linha de entendimento, que tem em Kelsen um de seus maiores expoentes²⁹, os tratados equivalem a leis especiais, por se tratar a convenção do resultado de um acordo internacional entre diferentes Estados, não podendo, em consequência, ser simplesmente revogada por leis ordinárias nacionais posteriores, sob pena de responsabilização do Estado na ordem internacional e de instaurar-se uma grave crise de credibilidade em torno de futuras convenções e relações internacionais.

Os estudiosos dessa doutrina asseveram que o próprio ordenamento jurídico dá mostras de ser este o melhor entendimento, citando, a título de exemplo, os seguintes: a) o CTN (Lei 5.712/66; b) os casos de extradição, onde se considera que a lei interna (Lei 6.815/80), que é geral, deva ceder vez ao tratado, que é regra especial; c) a situação prevista no artigo 178 da C.F. (alterado pela Emenda 7/95), o qual trata da ordenação dos transportes internacionais.³⁰

Contudo, para a maioria dos juristas, dentre os quais pode-se citar os nomes de Luis Roberto Barroso³¹ e Jacob Dolinger,³² esses casos são apenas exceções a confirmar a regra geral de que os tratados equivalem-se às leis ordinárias.

Assim, embora respeitável o argumento de que haveria supremacia, frente à legislação infraconstitucional, dos tratados que versem sobre direitos humanos, a posição que prevalece no Brasil (a qual nos filiamos) é de que os aludidos tratados guardam relação de paridade com a legislação ordinária.

Estabelecidas as distinções entre as diversas correntes doutrinárias acerca da posição hierárquica dos tratados em nosso ordenamento jurídico, oportuno que se venha a conhecer, agora, a posição da jurisprudência acerca do tema.

1.5 Posição da Jurisprudência quanto ao tema em análise

Os tribunais superiores mantêm, há muito, posição pacífica em relação ao conflito entre lei e tratado. Entendem os magistrados que, uma vez internalizados os tratados através dos mecanismos de promulgação e publicação, estes passam a vigor com '*status*' de lei federal. Neste sentido, '*in verbis*', acórdão da 3ª Turma do STJ: "O tratado internacional situa-se formalmente no mesmo nível hierárquico da lei, a ela se equiparando. A prevalência de um ou outro regula-se pela sucessão no tempo".³³

Todavia, esta prevalência não significa revogação. Apenas nos pontos em que exista antinomia, o tratado deixará de ser aplicado, em benefício da norma legal. Assim "o tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Perderá, entretanto, eficácia, quanto ao ponto em que exista antinomia,

²⁹ KELSEN, *Teoria Pura...*, p. 442-447.

³⁰ AZEVEDO, *Uma reflexão...*, p. 43.

³¹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 19-20.

³² DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 102.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0074376. DJ 27 nov. 1995.

prevalecendo a norma legal". Por isso mesmo, "a lei superveniente, de caráter geral, não afeta as disposições especiais contidas em tratado".³⁴

O STF, por seu Plenário, na ADIn. 1.480 – DF, de que foi relator o Min. Celso de Mello, assim se posicionou sobre o tema ora em análise:

[...] Paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais de direito interno.

- Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes.

No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.³⁵

De outra banda, quanto à interpretação que vem sendo dada ao artigo 98 do Código Tributário Nacional, o STJ já se pronunciou reiteradas vezes sobre o tema, assentando que "os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha." O artigo foi interpretado por eminentes internacionalistas como norma consagradora da corrente que concede primazia ao Direito Internacional. Esta concepção, entretanto, não logrou êxito em nossos tribunais, que têm lhe dado interpretação restrita, nos termos que se seguem:

O mandamento contido no artigo 98 do CTN não atribui ascendência às normas de direito internacional em detrimento do direito positivo interno, mas, ao revés, posiciona-as em nível idêntico, conferindo-lhe efeitos semelhantes. O artigo 98 do CTN, ao preceituar que tratado ou convenção não são revogados por lei tributária interna, refere-se aos acordos firmados pelo Brasil a propósito de assuntos específicos e só é aplicável aos tratados de natureza contratual.³⁶

No mesmo sentido:

Se o acórdão recorrido é expresso em afirmar que as mercadorias foram importadas sob o regime de tratado contratual e não de tratado normativo, de caráter geral, não há divisar ofensa ao acórdão do GATT, nem ao art. 98 do CTN.³⁷

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0058736. DJ 29 abr. 1996.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 78.375-2. **Informativo do STF**, Brasília, DF, n. 135, 7 nov. 1998.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0037065. DJ 21 fev. 1994.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGA 0067007. DJ 28 abr. 1997.

Há, ainda, a respeito da matéria o Recurso Especial 90.871-PE, da 1ª Turma do STJ, julgado em 17 de junho de 1997, cujo acórdão assim ementou:

TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO. ICMS. TRATADO INTERNACIONAL.

1. O sistema tributário instituído pela CF/88 vedou à União Federal de conceder isenção a tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal e Municípios (art. 151, III).
2. Em consequência, não pode a União firmar tratados internacionais isentando o ICMS de determinados fatos geradores, se inexistente lei estadual em tal sentido.
3. A amplitude da competência outorgada à União para celebrar tratados sofre os limites impostos pela própria Carta Magna.
4. O art. 98, do CTN, há de ser interpretado com base no panorama jurídico imposto pelo novo Sistema Tributário Nacional.
5. Recurso especial improvido.³⁸

1.6 O conteúdo das normas inseridas nos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil (Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos) no que respeita à vedação da prisão civil

Importante esclarecer, a essa altura de nosso estudo, que as noções apresentadas nos itens precedentes constituem o fundamento para que se possa examinar o problema da prisão civil no depósito judicial, bem como a situação do depositário infiel após a ratificação pelo Brasil de dois dos mais importantes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, quais sejam, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também chamada de Pacto de São José da Costa Rica).

O primeiro Tratado, a *Convencion Americana sobre Derechos Humanos*, melhor conhecida como 'Pacto de San José da Costa Rica', ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 27, de 25/09/92, integrou nosso direito positivo interno a partir do Decreto Executivo 678, de 06/11/92.

Tal diploma reza que:

Art. 7º. Direito à liberdade pessoal.

[...]

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

O *Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Politicos*, por sua vez, foi aprovado pelo Decreto Legislativo 226, de 12/12/91, entrando em vigor pelo Decreto Executivo 592, ratificado pelo Brasil em 06/07/92.

O artigo 11 do aludido Pacto contém a seguinte previsão: "ninguém poderá

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 90.871-PE. j. 17 jun. 1997.

ser preso apenas por não cumprir com uma obrigação contratual.”

Como já afirmado, o legislador constituinte, sob o impacto da globalização econômica relativamente à proteção dos direitos humanos, dedicou, dada importância do tema, artigo específico (C.F, artigo 5º, § 2º) prevendo o ingresso no ordenamento jurídico pátrio dos tratados internacionais, o qual se encontra assim positivado: “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”.

Atualmente, o mesmo artigo 5º, inciso LXVII, diz: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”

Pois bem. Diante de tais disposições constitucionais, poder-se-ia cogitar de revogação da norma do artigo 5º, LXVII, da C. F., considerando-se como ilegal a prisão civil do depositário infiel, em qualquer situação, face às proibições inseridas nos Pactos ratificados pelo Brasil?

A questão é das mais tormentosas e será dissecada no segundo capítulo deste trabalho.

2. A PRISÃO CIVIL NO DEPÓSITO JUDICIAL E SUA RELAÇÃO COM OS PACTOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS

2.1 O tratamento dado à prisão do depositário infiel na Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas

A Consolidação das Leis Cíveis, de 1858, é um trabalho de reconhecido valor histórico, da lavra de Augusto Teixeira de Freitas.

Logo após a independência do Brasil, em 1822, uma Lei, datada de 20 de outubro de 1823, determinou que vigorassem no país as Ordenações Filipinas, bem como as Leis e Decretos de Portugal, promulgados até 25 de abril de 1821. Isso enquanto não fosse publicado um novo Código.

O trabalho de elaboração do Código Civil foi bipartido: na primeira fase seria feito o levantamento e a consolidação de toda a legislação vigente até ali, no intuito de “formar um novo corpo, mas de direito vigente”; já na segunda etapa tratar-se-ia de elaborar o texto do Código Civil propriamente dito, ou seja, “formar um corpo novo de direito novo”.³⁹

Foi então que, em 15 de fevereiro de 1855, o Governo, representado pelo Ministro da Justiça, José Tomás Nabuco de Araújo, e o bacharel Augusto Teixeira de Freitas, celebraram um contrato, por meio do qual foi concedido a este último um prazo de cinco anos para coligir e classificar toda a legislação pátria, inclusive de Portugal, anterior à independência do Império.

³⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Prefácio. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Cíveis**. Brasília, DF: Senado Federal, 2003. v. 1, p. XVII.

Freitas não chegou a concluir o trabalho de classificação, pois a tarefa veio a ser interrompida, a fim de que o juriconsulto priorizasse a consolidação civil, que era preocupação de primeira grandeza do Governo.

Em 24 de dezembro de 1858, o Imperador aprovou a Consolidação das Leis Cíveis que foi o verdadeiro Código Civil do Brasil durante mais de meio século (1858-1917), e cuja importância, segundo bem assinala o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, reside justamente no fato de que, “ao resgatar e ordenar nossa herança jurídica, também desenhou a fisionomia da legislação civil que a seguiu, tanto no Código Civil de 1917 como no recente Código Civil de 2002.”⁴⁰

Pois bem. Feitas essas digressões, certamente o leitor já anseia por conhecer a forma como o depositário judicial, em caso de infidelidade, era tratado nesse texto legal. Para tanto, transcreve-se o que reza o artigo 437 da Consolidação das Leis Cíveis: “Art. 437. O depositário judicial será preso não entregando a coisa depositada no prazo de nove dias, depois que lhe-fôr ordenado.”

Comentando tal dispositivo, Teixeira de Freitas externa sua posição contrária à prisão do depositário judicial que, devidamente intimado, deixa de entregar a coisa sob sua guarda. A justificativa por ele apresentada, em nota explicativa de rodapé, tem o seguinte teor: “entre as penas cíveis em vigor não está compreendida a de prisão dos depositários, ou sejam judiciais ou extrajudiciais. Para os *extrajudiciais* deixou de existir desde a Lei de 20 de Junho de 1774 § 19, e Ass. de 18 de Agosto do dito anno. Para os *judiciais* nunca foi legislada, salvo no caso especial da Ord. L. 4º T. 49 § 1º.”

Tal contribuição histórica, relativamente às origens mais remotas do depósito, é trazida à baila aqui não só para nos ajudar a compreender a evolução do instituto no Direito Brasileiro, mas, especialmente, pela magnitude do trabalho de Teixeira de Freitas, responsável pela elaboração de um texto inovador – na medida em que pode sê-lo uma consolidação, para ficar na expressão do Ministro Moreira Alves, citado por Ruy Rosado de Aguiar.⁴¹

2.2 A regra constitucional sobre a prisão civil e o conceito de depositário infiel segundo a mesma Carta Política

A Constituição Federal, no que se refere à prisão do devedor, dispõe que: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (artigo 5º, LXVII).”

Chama-se prisão civil aquela que não decorre da prática de um ilícito definido na lei como delito. A locução constitucional “*prisão civil*” está colocada no texto com a finalidade de distingui-la da prisão penal. Aquela é meio compulsório de execução; esta resulta de uma infração penal.

Para Wolgran Junqueira Ferreira, a expressão “*prisão civil*” usada pela Carta

⁴⁰ AGUIAR JÚNIOR, Prefácio, p. XXIV.

⁴¹ *Ibidem*, p. XXIII.

Magna é inadequada. Deveria o texto constitucional, no seu entendimento, ter o seguinte enunciado: **não haverá prisão por dívida civil**. E isso justamente porque a intenção era de excluir da incidência penal as dívidas civis. A locução contida no item 30, do artigo 113 da Constituição de 1934 – assevera ele – era exata: “Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas”.⁴²

“Relega-se a “prisão civil” – a constrição da liberdade como medida processual civil coercitiva, meio de “execução indireta” – à excepcionalidade. Fora da exceção estabelecida no próprio dispositivo constitucional, a prisão só poderá ser utilizada como “pena” propriamente dita, sanção para condutas tipificadas como crimes (ou, quando menos, “transgressões militares” – art. 5º, LXI) – e desde que observadas todas as garantias constitucionais penais e processuais penais (art. 5º XXXIX, XLV, LIII, LIV, LV, LVII, LX, LXI, LXV, LXVI, etc)”.⁴³

Nos termos da Carta Magna, a prisão civil do devedor pode ocorrer tanto no caso de inadimplemento voluntário de obrigação alimentar, como na hipótese de infidelidade do depósito.

A nós interessará, nas precisas fronteiras deste trabalho, analisar a segunda exceção. Mas, para bem interpretarmos o artigo 5º, inciso LXVII, da Carta Constitucional, mister se faz a comparação histórica entre o texto constitucional que vigorou de 1946 a 1988 e aquele que passou a disciplinar a prisão civil a partir de 1988.

Dizia o artigo 153, § 17, da Constituição Federal de 1969: “não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso de depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei.”

Como se percebe, o legislador constituinte de 1988, retirou de seu texto a partícula de restrição “*na forma da lei*”, e, assim o fazendo, deixou clara a impossibilidade de a legislação ordinária estabelecer conceito mais abrangente do contrato de depósito, para o fim de permitir a aplicação, por extensão, do texto constitucional. O dispositivo, que, na conhecida classificação de José Afonso da Silva, era norma de eficácia contida (normas de aplicabilidade direta e imediata, mas cujos efeitos podem ser restringidos por lei), passou, na atual Carta Constitucional, a ser norma de eficácia plena (de aplicabilidade direta, imediata e integral).

Essa expressão “*na forma da lei*”, que não foi repetida no atual texto constitucional (5º, LXVII), tinha por objetivo delegar para a lei ordinária a regulamentação sobre seu conteúdo, bem como estabelecer a forma procedimental para a medida coercitiva.

Relativamente ao segundo significado, foi editada a Súmula 619 do STF⁴⁴, cuja constitucionalidade passou a ser questionada, uma vez que violava o artigo

⁴² FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. São Paulo: Julex, 1989. v. 1, p. 228.

⁴³ TALAMINI, Eduardo. Prisão civil e penal e ‘execução indireta’. A garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. In WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Processo de Execução e Assuntos Afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 142.

⁴⁴ “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito”.

153, § 17, da Carta de 69, pois admitia a prisão sem a forma procedimental estabelecida em lei, ou seja, sem a competente ação de depósito.

Mais tarde, já na vigência do novo texto (Carta de 1988) a súmula ganhou foros de constitucionalidade, uma vez que o legislador, ao suprimir a expressão "*na forma da lei*", passou a permitir que a prisão se desse independentemente da forma procedimental prevista em lei (ação de depósito). Essa questão ficou praticamente pacificada na jurisprudência⁴⁵.

Mas restou a dissidência, quer na doutrina, quer na jurisprudência, em torno da possibilidade ou não de leis infraconstitucionais qualificarem de 'depósito' hipóteses outras que, na verdade, não correspondem precisamente àquele núcleo conceitual⁴⁶ dado pela constituição. Vale dizer, a prisão se mostraria possível somente no caso do depósito genuíno, ou também quando a infidelidade ocorresse em situações de depósito por equiparação legal? Devemos dar ao artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal interpretação mais restritiva quanto ao significado da expressão "*depositário infiel*" ou mais elástica, na medida em que o legislador não fez qualquer distinção? Como a questão da prisão civil deve ser tratada à luz do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto de São José da Costa Rica, que vedam, respectivamente, a prisão decorrente de descumprimento de obrigação contratual e a prisão por dívida? Haveria conflito entre as normas oriundas desses tratados e a legislação interna em qualquer espécie de depósito?

Essas são algumas das muitas indagações que nos proporemos responder, mesmo que de forma tímida, nos próximos tópicos.

2.3 Distinção entre as diversas espécies de depósito: contratual, por equiparação legal e judicial

É inegável que a Constituição, ao referir-se a "*depositário infiel*", tome em conta a própria noção tradicional de 'depósito'. Afinal, se o legislador constitucional estipulou duas hipóteses taxativas e exaustivas em que cabe a prisão civil, não é possível que a legislação infraconstitucional – manipulando os conceitos tradicionais para além daquele núcleo mínimo – altere o alcance dessas exceções, ampliando-o.⁴⁷

Mas, afinal, caberia então nos perguntarmos: qual seria o real sentido da expressão "*depositário infiel*" inserida no texto constitucional?

O significado não pode ser outro senão o que emana do artigo 1.287 do Código Civil (atual 652). É o depositário genuíno, clássico.

Segundo Sílvio Rodrigues,⁴⁸ o depósito ali tipificado: "[...] é o contrato pelo

⁴⁵ Nesse sentido: RTJ 86/354; 89/220; 95/1.073; 118/228; 125/1.046; STF-RT 708/243, STJ-RJTE 121/156, JTJ 160/232, entre outros.

⁴⁶ "Depositário é aquele que recebe a coisa móvel para guarda-la e mantê-la, assumindo o dever de devolvê-la quando isto lhe for determinado. Se não a devolve, é infiel". (TALAMINI, Prisão civil..., p. 143).

⁴⁷ TALAMINI, Prisão civil..., p. 144.

⁴⁸ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 3 - Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade, p. 278.

qual uma pessoa – depositário – recebe, para guardar, um objeto móvel alheio, com a obrigação de restituí-lo quando o depositante o reclamar. Aperfeiçoa-se pela entrega da coisa.”

Para Washington de Barros Monteiro, o instituto define-se como: “[...]o contrato pelo qual uma das partes, recebendo de outra uma coisa móvel, se obriga a guardá-la, temporária e gratuitamente, para restituí-la na ocasião aprazada ou quando lhe for exigida.”⁴⁹

Não desgarram dessa linha Caio Mário da Silva Pereira:⁵⁰ “depósito é o contrato pelo qual uma pessoa (depositário) recebe um objeto móvel para guardar, até que o depositante o reclame” e Pontes de Miranda:⁵¹ “depósito é o contrato pelo qual alguém, depositário, se incumbe de guardar (custodiar) coisa móvel de outrem, e entregá-la ao depositante”.

Nas lições de todos esses doutrinadores, o elemento nuclear, específico do negócio jurídico, é, sem dúvida alguma, a finalidade com que se realiza: a guarda da coisa móvel.

O depósito não se origina necessariamente de uma relação contratual, podendo advir de uma determinação legal, ou decorrer de situações emergenciais. É classificado, a partir dos ensinamentos colhidos entre grande parte dos autores, como: a) contratual ou voluntário, previsto nos artigos 627 e seguintes do atual Código Civil; b) legal ou necessário, disciplinado nos artigos 647 e seguintes da mesma lei substantiva, como é o caso do depósito previsto no Decreto-lei nº 911/69 (Alienação Fiduciária em Garantia); no Decreto nº 167/67 (Título de Crédito Rural), ou do depósito chamado miserável, cabível em situações de calamidade. A essas espécies, pode-se acrescentar, ainda, uma terceira, que escapa à classificação ordinária do direito privado. Trata-se do depósito judicial, que não é figura de uma relação contratual, mas de direito público, prevista nos artigos 901 e seguintes do Código de Processo Civil, ou no processo de execução.

2.3.1 Do depósito contratual

O primeiro (depósito contratual), como já conceituado pelos renomados tratadistas acima citados, é que o que nasce da vontade dos interessados, por meio de convenção entre eles. Cuida-se de negócio jurídico regrado pela lei civil onde alguém, denominado depositário, recebe um objeto móvel para guardar, por tempo determinado ou até que o depositante o reclame. O instituto tem como características, em linhas bastante genéricas, as seguintes: 1º) a natureza real, pois não depende só do consenso das partes para que se aperfeiçoe, mas da entrega da coisa ao depositário, exceto se já se encontrar em sua posse; b) gratuidade, salvo as

⁴⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 2 - Direito das Obrigações, 2ª parte, p. 218.

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3 - Contratos – Declarações Unilateral de Vontade – Responsabilidade Civil, p. 225.

⁵¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. v. 42 - Parte Especial.

exceções previstas no artigo 628 do Código Civil; c) unilateralidade, porque, em princípio, gera obrigações exclusivamente para o depositário; d) ser '*intuitu personae*', porquanto se funda nas qualidades pessoais do depositário, como fidedignidade, honradez, honestidade, etc.; e) não solene, malgrado o disposto artigo 646 do CC, prevendo deva ser ele provado por escrito.

2.3.2 Do depósito por equiparação legal

A segunda espécie, depósito necessário, ou extracontratual, é o que prescinde da manifestação de vontade dos interessados, advindo da lei, ou de circunstâncias imperiosas que determinem a sua concretização. Está disciplinado nos artigos 647 e seguintes do Código Civil e se subdivide em: a) legal (o que se faz em desempenho de alguma obrigação legal) e b) miserável (fruto de situações imprevistas como calamidade, incêndio, inundação, naufrágio, etc. Ao depósito necessário, equiparase o alusivo à bagagens de viajantes, hóspedes ou fregueses, nas hospedarias, estalagens, casas de pensão, ou estabelecimentos similares.

Ocorre que o legislador, valendo-se da disposição contida no artigo 647 (depósito que se faz em desempenho de obrigação legal), vem equiparando ao depósito típico, genuíno (conceituado no início deste tópico) outras figuras contratuais, com a finalidade de fazer com que o contratante responda como se depositário fosse, sobretudo com a cominação da prisão civil. Estamos falando da Lei nº 4.728/65, que dispõe sobre o Mercado de Capitais, modificada pelo Decreto-lei nº 911/69, a qual equipara o devedor-fiduciante (art. 66) ao depositário infiel do diploma civilístico.

Já se disse alhures que a Constituição, quando fala em "*depositário infiel*", está se referindo somente àquele depositário do Código Civil, e a mais nenhum outro, a que ele seja, por disposição de lei, equiparado. Parte-se de um raciocínio simples, como ensina Valério de Oliveira Mazzuoli:

A Constituição diz, a '*contrario sensu*', que é possível a prisão do depositário infiel. A atual Carta não mais exige que essa prisão se dê, ou esteja na forma de alguma lei, como exigia a anterior, e assim sendo, só se pode concluir que, quando a Constituição fala em depositário infiel, está se referindo àquele do Código Civil (depósito clássico), pois é o único diploma legal que disciplina o contrato de depósito, vedando, assim a ampliação dos casos em que cabe o constrangimento através de lei ordinária.⁵²

Mas afora esse argumento, há outros tantos que bem explicam as razões pelas quais se entende não haver, na alienação fiduciária em garantia, a figura do depositário infiel.

E, para o bom entendimento da matéria, convém trazer à baila o conceito e os elementos que caracterizam esse instituto.

⁵² MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 290, p. 16-50, dez. 2001. p. 22.

Como define o artigo 66 da Lei nº 4.728/65, 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.⁵³

Examinando tal dispositivo, Orlando Gomes conceitua a alienação fiduciária como sendo: “o negócio jurídico pela qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação ou lhe seja pedida restituição.”⁵⁴

Trata-se, como afirma José Carlos Moreira Alves, de “negócio jurídico bilateral, que visa a transferir a propriedade de coisa móvel com fins de garantia (propriedade fiduciária)”⁵⁵.

O tema é recorrente na jurisprudência, onde a discussão tem sido centrada em saber se é possível equiparar o devedor-fiduciante a um depositário, atribuindo-lhe inclusive todas as obrigações que a este competem. Em outras palavras, cometendo o devedor atos de infidelidade, não restituindo o objeto do depósito, poderia ter sua prisão decretada, assim como pode tê-la o depositário propriamente dito?

Ficou assentado no item 2.1 deste trabalho que a Constituição Federal permite a prisão civil por dívida somente nos casos de infidelidade do depositário típico, genuíno, ou seja, naquelas hipóteses em que alguém, por força de imposição legal ou contrato recebe objeto móvel para guardá-lo.

Na alienação fiduciária, diferentemente do que se dá no depósito típico, o devedor-fiduciante não recebe a coisa com a obrigação formal de devolvê-la. Ao contrário, deve ficar com ela, bastando, para tanto, que pague a dívida oriunda do contrato de financiamento. E o credor-fiduciário, suposto depositante, tampouco entrega a coisa para este fim, reclamando-a quando não lhe interessar a custódia alheia. Para que peça a restituição daquilo que na verdade nunca entregou é necessário haver a mora do devedor, suposto depositário.⁵⁶

Acrescenta-se, ainda, que, enquanto no depósito típico o elemento nuclear é a custódia, na alienação fiduciária a finalidade é a garantia de um financiamento, constituindo-se em poderoso instrumento legal para dar às instituições financeiras mecanismos processuais eficientes para que vejam os seus créditos satisfeitos.

⁵³ MAZZUOLLI, Prisão civil..., p. 16.

⁵⁴ GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 18.

⁵⁵ ALVES, José Carlos Moreira. **Da Alienação Fiduciária em Garantia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 51.

⁵⁶ PEIXOTO, Maurício da Cunha. A prisão civil no depósito voluntário e a provável revogação do artigo 11 do Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos. In: SEMINÁRIO DE ESTUDOS SOBRE O NOVO CÓDIGO CIVIL, 5., 1992, Uberlândia. Disponível em: <<http://www.google.com.br>> Acesso em: 11.jan. 2004.

Por outro lado, não se pode perder de vista que o depositário típico é aquele que guarda bem alheio e não próprio. Na alienação fiduciária o devedor-fiduciante exerce, também, a condição de proprietário do bem alienado, ainda que essa propriedade esteja pendente de cláusula resolutiva, ou seja, a propriedade plena só é adquirida quando paga a dívida do financiamento. Ora, por aí já se vê que não dá para aceitar que alguém possa ser verdadeiro depositário de um bem e, ao mesmo tempo, pagando seu preço, desonerar-se do elemento primordial e essencial do contrato de depósito, que é a devolução deste bem.

A propósito, oportuno referir que, em caso de inadimplemento, o credor do bem dado em garantia pode, segundo a Lei nº 4.728/65, retomar a posse do bem, por meio de busca e apreensão, mas não pode ficar com a coisa para si, estando obrigado a vendê-la a terceiros, cujo preço obtido também não é seu senão na medida do seu crédito (porque ele sempre foi apenas um credor), devendo repassar ao devedor, que o recebe apenas por ser o proprietário. Não sendo o credor proprietário, não poderia ele ter dado a coisa em depósito.⁵⁷

Por fim, é de gizar que, enquanto no depósito típico o depositário responde por perdas e danos se, sem licença do depositante, servir-se da coisa depositada (art. 640 do Código Civil), na alienação fiduciária o devedor tem a posse imediata do bem justamente para seu uso e gozo. Em garantia ao adimplemento da obrigação, o devedor-fiduciante “aliena” a propriedade resolúvel da coisa adquirida ao credor, permanecendo com a sua posse direta, sendo-lhe permitido o desfrute econômico do bem alienado.

Não obstante essas diferenças, o legislador equiparou o devedor-fiduciante ao depositário, sujeitando-o à prisão civil em caso de não-cumprimento de suas obrigações com o bem, objeto do contrato.

Entendemos, todavia, que se o legislador pudesse equiparar ao depositário quem não tivesse as características deste, ampliando os casos de prisão civil, a norma constitucional do artigo 5º, LXVII, estaria sendo flagrantemente violada. Com isso se está a sustentar que dito dispositivo constitucional não comporta nenhum elastério, pois “sendo o artigo 66 da Lei 4.728/65 norma excepcional, e de inquestionável caráter punitivo, é vedada sua interpretação extensiva”.⁵⁸

Nessa senda, só estariam sujeitos à prisão civil o devedor por alimentos e o depositário infiel, entendido este último na sua conceituação tradicional, genuína, pena de se tornar inócua a proteção constitucional.

Essa orientação, aliás, vem sendo traçada pela jurisprudência do STJ, valendo citar, à guisa de exemplo, o seguinte acórdão:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. BENS NÃO ADQUIRIDOS COM O PRODUTO DO FINANCIAMENTO.

A lei admite a possibilidade de serem fiduciariamente alienados bens já antes pertencentes ao devedor, e portanto não adquiridos com o produto

⁵⁷ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 54618-4-RS. Relator: Rui Rosado de Aguiar Júnior.

⁵⁸ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 7.166. Relator: Des. Costa Carvalho. DJ 31 out. 1996.

do financiamento.

Exclusão, todavia, da cominação de prisão civil, não essencial à natureza mesma da ação de depósito e excluída do permissivo do artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal, que pertine tão ‘somente aos depósitos clássicos, previstos no Código Civil, sem possíveis ampliações que ponham em risco a liberdade dos devedores em geral.

Recurso especial conhecido e provido em parte, com exclusão da cominação de prisão civil.⁵⁹

Com essas considerações, já estaríamos em condições de afirmar que, relativamente à prisão na alienação fiduciária, não haveria confronto entre a vedação contida nos tratados internacionais e o ordenamento jurídico interno, já que a própria ordem constitucional só permite a prisão no caso do depósito típico, instituto que não guarda qualquer semelhança com a hipótese do devedor-fiduciante, equiparado, por ficção jurídica, ao verdadeiro depositário. Sendo a norma do artigo 5º, LXVII, de hierarquia superior à legislação ordinária que regulamenta a alienação fiduciária em garantia, concordamos com a posição externada pelo STJ no sentido de que o Decreto-lei nº 911/69, que prevê a prisão civil do depositário nesse caso, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional⁶⁰. O devedor-fiduciante em mora com o pagamento das prestações do financiamento, e que não restitui ao credor fiduciário o bem adquirido, não se equipara, em absoluto, ao depositário infiel, no sentido constitucional.

Por outro lado, a polêmica que grassa em torno da natureza das normas inseridas no Decreto-lei nº 911/69, as quais, por serem especiais (STF, HC 73.131-RJ) não poderiam ser derogadas pelas normas dos tratados, de caráter geral, resta esvaziada dentro da linha argumentativa por nós defendida. Se conflito há, ele existe entre a Constituição e o referido Decreto, mas aí estamos diante de normas de distinta hierarquia, resolvendo-se a questão sob o prisma da inconstitucionalidade.

Com efeito, muito embora o Decreto-lei nº 911/69 não tenha sido revogado pelo Pacto de São Jose da Costa Rica e pela Convenção sobre os Direitos Cíveis e Políticos, justamente pelo princípio da especialidade, não há dúvida de que tal diploma legal, ao prever a prisão do devedor-fiduciante, exorbitou das hipóteses em que a medida coercitiva restou autorizada pelo legislador constituinte, contrariando, assim, o próprio ordenamento constitucional e, em maior extensão, as normas emanadas dos tratados.

Oportuno registrar, nesse contexto, que, no final de 1995, a questão foi apreciada pelo Plenário do STF, ocasião em que o relator, Min. Marco Aurélio, e outros quatro ministros consideraram inconstitucional a prisão civil do devedor na alienação fiduciária. No entanto, saíram vencidos.

Em que pese isso, a celeuma perdura. E por vários motivos. Primeiro, porque, além de aquela decisão do Supremo não se haver dado na via da ‘ação direta’, nela

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 7.943. Relator: Min. Athos Gusmão Carneiro. DJU 10 jun. 1991, p. 7854.

⁶⁰ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 6.593-MG. Relator: Min. Félix Fischer. j. 05 ago. 1997; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 6.676-SP. Relator: Min. Vicente Leal. j. 24 nov. 1997.

apenas se rejeitou a arguição de inconstitucionalidade. Formalmente, portanto, não tem caráter vinculante para os demais juízes e tribunais. [...] Ademais disso, a controvérsia não se eliminou nem mesmo dentro do Supremo. A votação foi extremamente equilibrada. As turmas, logo depois do julgamento, passaram a adotar a tese vencedora. Mas, por exemplo, o Ministro Marco Aurélio, que saiu vencido no plenário, já afirmava, na própria ementa de acórdão que relatou posteriormente, estar seguindo a tese vencedora apenas em respeito à maioria – destacando sua intenção de tornar a discutir a questão, para defender seu ponto de vista.⁶¹ Daí que são muitos os acórdãos de outros tribunais, posteriores ao julgamento do Supremo, que permanecem reputando inconstitucional a prisão civil do devedor na alienação fiduciária em garantia. No Superior Tribunal de Justiça, aliás, parece possível, pelas mais recentes decisões, constatar-se a prevalência deste entendimento – o que se reflete também em outros tribunais.⁶²

2.3.3 Do depósito judicial

Como já foi dito em outra passagem desta monografia, em direito privado depósito é o contrato pelo qual alguém recebe coisa móvel alheia com a obrigação de guardá-la por certo tempo e restituí-la. Em direito processual, depósito não é contrato. É ato judicial em que o juiz ordena, por autoridade, a guarda dos bens do executado, sejam eles móveis ou imóveis.⁶³

A função do depositário no processo é de auxiliar da justiça, segundo o estatuído no artigo 148 do CPC. Tal dispositivo reza que os bens penhorados, arrestados, seqüestrados ou arrecadados, serão confiados a depositário, “não dispondo a lei de outro modo”.

Humberto Theodoro Júnior, citando Artur Anselmo de Castro, leciona, a propósito do assunto que: “dada a finalidade da penhora, que é a de determinar o bem sobre o qual se realizará a expropriação, sujeitando-o à execução forçada, o ‘depositário’, como responsável pela sua conservação, assume posição de ‘figura essencial da penhora’⁶⁴.

Por isso se diz que “o depositário exerce uma função pública, uma vez que substitui o próprio Estado a quem caberia, em tese, a guarda dos bens penhoráveis”.⁶⁵

Com efeito, diversamente do que acontece no depósito voluntário, em que o depositário exerce função de índole privada, tendo por finalidade a consecução de interesses particulares, o depositário judicial assume o ‘*munus*’ na condição de órgão auxiliar da justiça, razão pela qual se diz que sua função tem natureza pública, visando à efetividade e utilidade do processo.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 72.813-SP. j. 23 fev. 1996. DJU 22 nov. 1996. p. 45.6807.

⁶² TALAMINI, Prisão civil..., p. 149.

⁶³ CASTRO, Amílcar. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 8, p. 240.

⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 4 - Da Execução Forçada no Código de Processo Civil (arts. 566 a 795), p. 459.

E como suas funções são apreciáveis por direito público, ensina Amílcar de Castro que: “[...] o poder de que se acha investido o depositário é poder-dever; incumbe-lhe a tutela do interesse alheio, não para defesa de interesse próprio, mas para que se consiga perfeita realização do direito do credor, por eficiente exercício da função jurisdicional.”⁶⁶

E, logo adiante, complementa o mesmo autor que o depositário judicial, no depósito sobre o qual se está discorrendo:

[...] detém a coisa penhorada por dever de funcionário público, obedecendo a ordem do juiz: não tem posse, que é relação apreciável por direito privado; o que tem é poder público sobre a coisa, resultante de seu dever de detê-la até que o juiz mande entregá-la. Trata-se, como se vê, de relação apreciável por direito público entre o depositário e o órgão do Poder Judiciário, acerca da coisa do domínio particular.⁶⁷

Fixados esses conceitos, caberia então indagar se, em vista de sua função de guarda dos bens alheios, estaria depositário judicial sujeito à prisão, em caso de infidelidade? Tal medida estaria vedada pelos Tratados Internacionais, mais precisamente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos?

Evidentemente que o depositário processual, descumprindo o compromisso assumido perante a autoridade judicial, relativo à restituição da coisa depositada, está sujeito à prisão, até porque não se trata de obrigação de natureza contratual ou de prisão por dívida, proibida expressamente pelas normas dos tratados ratificados pelo Brasil. E tanto não se trata de prisão por dívida que esta subsiste mesmo cumprido todo o prazo máximo da medida coercitiva.

Vale, nesse passo, repetir mais uma vez. Não se cuida, aqui, de depósito derivado de contrato, nem tampouco de depósito necessário, hipóteses estas reguladas pelo Código Civil. O depósito judicial se rege pelo Código de Processo Civil (arts. 139; 148-150, 666-672, § 1º, 677-678; 690, § 1º, III, 733; 824-825; 858-859; 919-1.145, § 1º).

Tem-se, em verdade, como decidido no Agravo de Instrumento nº 85.733-SP:

[...] uma modalidade de ‘Contempt of Court’ do Direito Anglo-Americano. A prisão decorre de atentado contra a realização da Justiça, não pelo descumprimento de obrigação. O depósito, nesse caso, nada tem em comum com o depósito privado, mas, sim, é encargo público essencial à consecução da Justiça. Se o depositário, nesse caso, some com o bem, é muito bom que as consequências lhe sejam graves, para que não recalitre e para que não faça grassar o mau exemplo de atentar contra a efetividade da Justiça.⁶⁸

⁶⁵ FADEL, Sérgio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**: arts. 1º a 1.220. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 849.

⁶⁶ CASTRO, A., op. cit., p. 241.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 85.733-5-SP. Relator: Rui Cascaldi. j. 07 out. 1998. **RJTJSP**, n. 217, 1999, p. 206.

Assim, pode-se asseverar que, enquanto nas demais espécies de depósito grassa dissenso jurisprudencial acerca da possibilidade da prisão do depositário em caso de infidelidade, notadamente em razão da incorporação, na ordem interna, dos Pactos que tratam sobre Direitos Humanos, no caso do depósito judicial o entendimento é tranqüilo, conforme se pode verificar no acórdão cujo trecho abaixo se transcreve:

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, tratando-se de depósito judicial, não se aplica a regra constante do artigo 1280 do Código Civil, afigurando-se admissível a cominação de prisão civil ao depositário infiel (RHC nº 11.655-PR, por mim relatado; HC nº 8.478-GO, de relatoria do Ministro Nilson Naves.

[...]

Pouco ou nada importa, ainda, cuidar-se na hipótese '*sub judice*' de bem fungível consumível. Conforme assinalado de forma reiterada, trata-se de depósito judicial, em que o depositário assumiu de forma explícita o encargo de não abrir mão dos bens constrictos, salvo ordem emanada da autoridade judicial. O que releva no caso é, portanto, o respeito à confiança e à boa-fé empenhada na guarda da coisa alheia.⁶⁹

2.4 A natureza jurídica da prisão civil do depositário infiel: pena ou meio de coerção

A prisão do depositário infiel não tem caráter apenatório, mas tão somente dissuasório. Objetiva remover os óbices que o depositário esteja criando à restituição da coisa.⁷⁰

A natureza jurídica da prisão civil é, na verdade, instrumento coercitivo de execução, tendo por finalidade compelir o depositário à restituição do bem confiado à sua guarda.

Nesse sentido preleciona Celso Ribeiro Bastos:

A prisão de que trata a Constituição é de natureza civil. Com isto, quer-se significar que ela não visa à aplicação de uma pena, mas tão-somente a sujeição do devedor a um meio extremamente violento de coerção, diante do qual, é de presumir, cedam resistências do inadimplente. É por isso que, paga a pensão ou restituído o bem depositado, automaticamente cessa a prisão.⁷¹

Na mesma linha de entendimento situa-se a doutrina de Pontes de Miranda, quando sustenta que a prisão do depositário é tão-só meio coercitivo para se obter a execução da obrigação de restituir o depósito. E tanto é assim que se o depositário

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 402.221-MG. Rel. Min. Barros Monteiro. **ADV – Advocacia Dinâmica**: Informativo Semanal, São Paulo, n. 49, 2002, p. 815.

⁷⁰ JAYME, Fernando G. Ação de depósito: a prisão do depositário infiel interpretada pelos tribunais. **Jornal Síntese**, Porto Alegre, v. 30, ago. 1999, p. 6.

⁷¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 306.

se adianta em consignar a coisa, ou o equivalente fixado pelo perito, citado o depositante, não cabe pensar-se em cominação de prisão.⁷²

Em síntese, quanto à natureza jurídica da prisão civil, há consenso entre os doutrinadores de que se trata de instrumento de compulsão para o adimplemento de obrigação alusiva ao pagamento de pensão alimentícia ou restituição de coisa depositada, sem caráter de punição.

2.5 Apuração da responsabilidade do infiel depositário: nos próprios autos ou em ação própria

É pacífico nos julgados do Supremo Tribunal Federal que a prisão civil do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito. Tal entendimento, aliás, está consolidado na Súmula 619 dessa Corte, cujo enunciado é do seguinte teor: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito”.

Pelas mesmas razões que orientaram a edição da aludida súmula, ensina Álvaro Villaça Azevedo que a ação de depósito visa à tutela de depósito que não seja judicial. É meio processual utilizável quando há que se apurar a violação de relação jurídica entre depositante e depositário. Não tem, pois, aplicação às diferentes hipóteses de depósito em juízo, em que o depositário exerce funções de direito público, ainda quando nessa posição esteja investido o próprio executado.⁷³

Não obstante esses entendimentos, a questão ainda gera alguma dissidência na doutrina e na jurisprudência de outros tribunais.

Para a corrente de opinião contrária à orientação sumulada, a prisão do depositário infiel só pode ser decretada nos autos da ação de depósito, após o trânsito em julgado da sentença que a decreta, tendo em conta a necessidade da observância do devido processo legal, assegurado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Rogando as possíveis vênias, somos de opinião contrária a essa doutrina. A observância do *'due process of law'* não significa necessariamente que deva ter lugar no procedimento especial da ação de depósito, pois conforme tem sido reconhecido, o procedimento legal, no caso, será incidental no processo de execução, em que constituído o encargo, ou seja, em autos apartados.⁷⁴

Em se tratando de infidelidade do depósito no processo de execução, seria contrário à sua própria natureza mandar que a parte retrocedesse à via do processo de cognição ampla para resolver questão de natureza incidental.

De fato, a ação de depósito é exigível, nos termos do art. 902 do CPC, com a finalidade de permitir a análise da prova literal do depósito. No caso de infidelidade do depositário judicial, a relação de depósito (típica relação de direito público) é

⁷² MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 8, p. 67.

⁷³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão Civil por Dívida**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 77.

⁷⁴ MOLITOR, Joaquim. **Prisão Civil do Depositário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 77.

certa, pois foi o próprio magistrado quem autorizou a perfectibilização do depósito. Em sendo assim, seria descabido promover a ação respectiva apenas para conhecer o que já é sabido.

Um outro argumento que se levanta contra a necessidade da ação prevista no artigo 902 do CPC estaria assentado na falta de titularidade do exequente para mover a respectiva demanda, no caso de depósito judicial. Explica-se: é que entre o exequente e o executado/depositário não existe relação jurídica de depósito; depositante, no caso, é o juízo, face à necessidade de colocar o bem penhorado sob custódia pelo tempo que anteceder à praça e, afinal, a satisfação do crédito do exequente. Não é por outro motivo que a atitude do depositário que dá fim ou aliena o bem penhorado – violando a segurança do juízo – representa desacato à autoridade do juiz e não agressão ao patrimônio do exequente.⁷⁵

“Prima facie, inexistente relação processual entre o depositário e as partes na execução, cujo vínculo é tão-somente entre o depositário e o Estado-Juiz, durante o depósito e até a entrega final da coisa.”⁷⁶

Portanto, nos afigura evidente que o desvio patrimonial dos bens penhorados, quando praticado pelo depositário judicial, sem autorização prévia do juízo da execução, caracteriza a infidelidade do depósito, capaz de ensejar a possibilidade de decretação da prisão civil desse auxiliar do juízo no âmbito do processo de execução, independentemente, portanto, da ação de depósito.

Como já assentou a Excelsa Corte, torna-se lícito, ao magistrado que dirige o processo de execução, decretar, no curso deste – e caso se concretize a situação de infidelidade depositária – a prisão civil do auxiliar do juízo, que, descumprindo comando legal, deixa, injustamente, de restituir o bem penhorado.⁷⁷

Mas, malgrado esse entendimento ter assento em decisões do STF, guardião da Constituição, alguns autores, dentre eles Adroaldo Furtado Fabrício⁷⁸, sustentam que autorizar a prisão do depositário, independentemente da ação de depósito, seria violar a forma procedimental prevista em lei para que a medida constritiva seja imposta, com flagrante afronta às garantias e oportunidades de resposta asseguradas pelo sistema jurídico.

A celeuma, diga-se de passagem, está em vias de ser serenada. É que tramita na Câmara dos Deputados o Anteprojeto de Lei para alteração da Lei nº 5.869, de 11/01/73 (atual Código de Processo Civil). No capítulo que trata da ‘Execução por Quantia Certa Contra Devedor Solvente’, contempla-se a possibilidade de inserção do § 3º ao artigo 666, com a seguinte redação: “a prisão de depositário infiel será decretada no próprio processo independentemente de ação de depósito”.

Resta-nos, portanto, torcer, pela aprovação desse Projeto.

⁷⁵ NOGUEIRA JÚNIOR, Rubem. Da prisão administrativa nas execuções. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 86, p. 36-44, jul. 1977. p. 40.

⁷⁶ SOUZA, Sebastião Pereira de. Prisão Civil do depositário infiel no processo de execução. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 290, p. 486-491, abr./jun. 1985. p. 489.

⁷⁷ RTJ 86/354; RT 484/268; RJTJSP 71/219; RT 708/243.

⁷⁸ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 8, t. 3, p. 15.

2.5.1 Procedimento para decretação da prisão nos autos da execução

Como já referido anteriormente, a posição de alguns processualistas pátrios, dentre os quais Amílcar de Castro⁷⁹ e Humberto Theodoro Júnior⁸⁰ é de que a prisão do depositário judicial infiel deve dar-se somente por meio da ação própria. Para outros, como é o caso de Joaquim Molitor,⁸¹ o procedimento legal, para decretar-se a medida constritiva, seria incidental ao processo de execução em que constituído o encargo.

Nosso entendimento, entretanto, é na linha de que o contraditório há de ser oportunizado no bojo da própria demanda executiva e não em autos apartados, sem que isso configure qualquer prejuízo à ampla defesa.

Com efeito, desnecessária uma regra processual específica para a prisão do depositário judicial infiel, haja vista a disposição contida no artigo 652 do atual Código Civil. Este dispositivo estende expressamente a medida constritiva a todas as categorias de depositário infiel, não prevendo a forma por que será efetivada, o que, evidentemente, está a cargo da lei processual.

Assim é que, quando o depositário é o próprio executado (artigo 666 do CPC), o procedimento para apuração da responsabilidade, em caso de infidelidade, é precedido de algumas formalidades, que vão desde a sua nomeação para o encargo até a prisão. Senão vejamos.

Feita a nomeação espontânea, ou mesmo compulsória, por meio do oficial de justiça, dos bens para garantir a execução, já no auto de penhora, como último requisito, deve constar a nomeação do depositário dos bens arrecadados e colocados à disposição do poder judiciário (art. 665, IV, CPC).

Apanhado em infidelidade, o depositário judicial estará sujeito à norma do artigo 652 do Código Civil e da primeira parte do artigo 150 do Código de Processo Civil.

Para que a prisão possa ser decretada, o juiz da execução, tomando conhecimento de que o depositário está sonogando a coisa confiada a sua guarda, deverá, previamente, intimar o auxiliar do juízo, para que, no prazo de cinco dias, entregue a coisa ou seu equivalente em dinheiro, ou, então, apresente escusa no prazo legal. Guardadas as devidas ressalvas, segue-se o rito previsto nos artigos 902 a 904 CPC, aplicável analogicamente.

Escoando o prazo sem manifestação do executado, ou não sendo convincentes as justificativas por ele apresentadas para deixar de entregar o bem, o juiz, em decisão motivada (artigo 165 do CPC) estará autorizado a expedir mandado com ordem de prisão.

Com efeito, resguardado o pleno direito de defesa pelo esgotamento das possibilidades de se dar ciência pessoal ao depositário da ordem de apresentação dos bens, com estrita observância dos endereços existentes nos autos, e apreciação

⁷⁹ CASTRO, A., *Comentários...*, v. 8, p. 248.

⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 91.

⁸¹ MOLITOR, *Prisão civil...*, p. 77.

de eventuais explicações por ele prestadas (e.g. prova do desaparecimento fortuito do bem), haveria, ainda assim, razão para entender maculado o princípio do *due process of law*?

Evidentemente que não. Mas o tema, pela sua importância, está a merecer reflexões em tópico próprio, do qual nos ocuparemos a seguir.

2.6 O devido processo legal em seu aspecto substancial: razoabilidade e racionalidade das leis

Embora ainda escassos os escritos de doutrina dedicados a tratar do tema envolvendo o '*due process of law*', são inúmeras, em contrapartida, as decisões de nossos tribunais que direta ou indiretamente fazem alusão a essa garantia constitucional, a qual nem sempre se faz acompanhar da desejável teorização do instituto.

O devido processo legal comporta, na verdade, duas acepções: a processual e a material.

Até o início deste século, o "devido processo legal" era concebido sob a ótica estritamente processual. Vale dizer, como um conjunto seqüencial de atos judiciais conducentes a um veredito final, ou, segundo a lição de Antônio Roberto Sampaio Dória, apenas um processo regular e ordenado ('*ordely proceeding*').⁸²

Não se questionava nessa concepção originária e adjetiva da cláusula do "devido processo legal", a substância ou conteúdo dos atos do Poder Público, em particular daqueles editados pelo Legislativo, razão porque essa garantia constitucional não logrou desde logo erigir-se em limitação do mérito das normas jurídicas, o que viria a ocorrer anos mais tarde, com a formulação da teoria do '*substantive due process*'.⁸³

Mas, foi na Suprema Corte Americana, sobretudo a partir da nova visão de mundo trazida pela transformação do Estado Liberal em Estado Social, de cunho igualitarista, que o instituto sofreu evolução, transmudando-se de mera garantia destinada a assegurar à regularidade do processo penal, em um postulado de caráter substantivo, capaz de condicionar o mérito, a validade das leis e a generalidade das ações (omissões) do Poder Público.

Modernamente, a partir da inserção expressa dessa garantia em nosso texto constitucional, passou-se a atentar para o seu sentido material, como poderoso instrumento de controle meritório dos atos estatais nas mãos dos juizes. Dita garantia transformou-se em amálgama dos princípios da legalidade e da razoabilidade para o controle dos atos normativos e da generalidade das decisões estatais.⁸⁴

Em apertada síntese, o devido processo legal, na sua acepção substancial, diz respeito à limitação do exercício do poder, autorizando o julgador a questionar a

⁸² DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e 'Due Process of Law'*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 12-14.

⁸³ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 48.

⁸⁴ DERGINT, Aspecto material..., p. 252.

razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade. Serve, na verdade, como instrumento de controle do arbítrio legislativo e da discricionariedade governamental, mormente da razoabilidade e da racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.⁸⁵

Relativamente às noções de “proporcionalidade” e “razoabilidade”, pode-se dizer que elas muito se aproximam. Tanto é assim que alguns autores equiparam esses conceitos. Mas, para quem as diferencia, “proporcionalidade” diz respeito à uma comparação entre duas variáveis: meio e fim; enquanto “razoabilidade” não tem como requisito uma relação entre dois ou mais elementos, mas representa um padrão de avaliação geral.

É oportuno registrar, a propósito, que o cânone da “razoabilidade” foi suprimido na fase de elaboração da nova Carta Constitucional. Não obstante isso, é de admitir, forçosamente, que o postulado da “razoabilidade das leis” está embutido na garantia do “devido processo legal”, a ser empreendida com criatividade e senso de justiça pelos órgãos incumbidos da salvaguarda da supremacia da Constituição, máxime aqueles integrantes do Poder Judiciário.⁸⁶

De todo o exposto, é possível concluir que, atentando-se para os preceitos previamente estabelecidos na Constituição Federal e na lei estar-se-á respeitando o devido processo legal. Isso envolve a observância de todos os princípios (decisões motivadas, contraditório, ampla defesa, entre outros), que são corolários, em última análise, do devido processo legal, em sentido processual. Substancialmente falando, a missão seria garantir: a) os direitos fundamentais do cidadão por meio do controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais, b) a igualdade das partes no processo.

Ora, se o processo é instrumento para a realização do poder estatal, o Estado não pode restar indiferente à efetividade da tutela jurisdicional e à observância do ordenamento jurídico. Daí porque, voltando ao questionamento formulado no tópico precedente, entendemos que a prisão do depositário judicial nos próprios autos da execução não fere o devido processo legal, notadamente sob o aspecto da proporcionalidade e da razoabilidade antes examinados.

Como bem recorda Luis Fernando Cirillo seria pouco razoável que o exequente, para obter a satisfação de um direito incontroverso ou reconhecido pelo próprio Judiciário, tivesse, diante do desaparecimento da garantia entregue a alguém em termos de depósito, de intentar novas ações, ações estas sujeitas aos mesmos óbices intransponíveis encontrados na execução inicialmente ajuizada. Em outras palavras, o próprio juiz que ordenou a guarda do bem estaria fazendo pouco caso de sua determinação, assinalando expressamente que não é séria. Haveria, em última análise, absoluta desproporção entre o meio ‘processo de execução’ e o fim ‘satisfação do direito’, porque o meio revela-se completamente inócuo à obtenção do fim, exceto se a boa vontade ou ingenuidade do devedor demonstrar que o meio era, a

⁸⁵ *Ibidem*, p. 250.

⁸⁶ CASTRO, C., *O devido processo...*, p. 381.

rigor, desnecessário.⁸⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade contemporânea reclama do operador do Direito o cumprimento da difícil tarefa interpretativa de descobrir o real sentido e alcance da norma jurídica aplicável ao caso concreto, levando sempre em consideração o fato de que uma lei não existe isoladamente, devendo ser compreendida em sintonia com todo o sistema jurídico.

Como já advertia Carlos Maximiliano:

[...] o magistrado não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento deste, intermediário entre a letra morta dos códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social.⁸⁸

Enfim, ao cabo dessa exposição teórica, parte-se, agora, para firmar as seguintes conclusões:

1. A expressão “tratados internacionais” significa acordo de vontades entre Estados soberanos, ou entre Estados e organismos internacionais, destinado a produzir efeitos jurídicos.

2. Não existe hierarquia entre os decretos legislativos que incorporem tratados internacionais e as demais espécies normativas previstas no ordenamento jurídico brasileiro (art. 59, CF). As normas oriundas dos tratados, quando referendadas por meio de decreto legislativo, ocupam o mesmo grau na pirâmide jurídica.

3. Está em curso no Congresso Nacional proposta de Emenda à Constituição Federal (no contexto da chamada ‘Reforma do Judiciário’), que visa acrescentar, ao artigo 5º da Constituição Federal, um § 3º,⁸⁹ com o escopo de, aí, sim, dar qualidade de norma constitucional às normas oriundas dos tratados internacionais. Enquanto não for aprovada tal proposição, entendemos que a tese por nós defendida neste trabalho resta reforçada. Vale dizer, os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias.⁹⁰

4. As correntes monista e dualista procuram explicar o complexo

⁸⁷ CIRILLO, Luis Fernando. A prisão civil do depositário judicial. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 8, n. 33, p. 95-104, jul./ago. 2000. p. 103.

⁸⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 59.

⁸⁹ Art. 5º, § 3º: “Os Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 (três quintos) dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, condicionada à aplicação pela outra parte”.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn. 1.480-DF. Relator: Min. Celso de Mello.

relacionamento existente entre o chamado Direito internacional e o Direito interno. A primeira defende a existência de duas ordens jurídicas distintas uma interna e outra externa, independentes entre si. A segunda sustenta que o Direito Internacional e o Direito Interno perfazem somente uma ordem jurídica, com um só fundamento de validade.

5. A teoria que o Direito Constitucional brasileiro encampou mais se aproxima da dualista. As normas contidas nos tratados internacionais, ao contrário do defendem os monistas, não se tornam eficazes por força de cláusula geral de recepção automática. Para que tenham validade no âmbito interno, é mister sejam referendadas pelo Congresso Nacional, por meio de uma lei em sentido material (lei sem sanção ou veto) que recebe o nome de decreto legislativo.

6. A partir de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, o termo "tratados internacionais" deve ser compreendido como aquele ato de competência exclusiva do Presidente da República, praticado no âmbito das relações com mais de um Estado, sujeito ao referendo do Congresso Nacional. A expressão, segundo a quase unanimidade da doutrina, conforme refere Ingo Sarlet,⁹¹ engloba diversos instrumentos internacionais, tratando-se de gênero, em relação ao qual as convenções e pactos (apenas para citar alguns do mais importantes) são espécies.

7. A noção de hierarquia está ligada ao fato de uma norma subordinada, de grau inferior, extrair seu fundamento de validade de uma subordinante, de grau superior.

8. Relativamente ao tema da hierarquia dos tratados internacionais, gerador de muitas controvérsias na doutrina e na jurisprudência, tem-se três correntes: uma que sustenta estarem as normas oriundas desses instrumentos internacionais equiparadas às normas constitucionais; outra que diz haver paridade com as normas infraconstitucionais, e, finalmente, uma terceira que advoga a idéia de que estariam ditas normas equiparadas às normas infraconstitucionais especiais.

9. O real sentido da norma inserta no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal é de informar o intérprete do texto de que o rol de direitos constantes nesse dispositivo não é exaustivo, não conferindo, porém, a esses direitos a magnitude constitucional. E isso na medida em que não há norma expressa na Constituição Federal que consagre a supremacia do direito internacional.

10. O legislador constituinte de 1988, ao retirar de seu texto a partícula de restrição "*na forma da lei*", prevista no artigo 153, § 17, da Carta Constitucional de 1969, deixou clara a impossibilidade de a legislação ordinária estabelecer conceito mais abrangente do contrato de depósito, para o fim de permitir a aplicação, por extensão, do texto constitucional. Assim, quando usa a expressão "*depositário infiel*", toma em conta a noção tradicional de 'depósito', em que o elemento nuclear, específico do negócio jurídico, é, sem dúvida alguma, a finalidade com que se realiza: a guarda da coisa móvel.

11. O legislador infraconstitucional, valendo-se da disposição contida no

⁹¹ SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 125.

artigo 647 (depósito que se faz em desempenho de obrigação legal), vem equiparando o depósito típico, genuíno, a outras figuras contratuais, com a finalidade de fazer com que o contratante responda como se depositário fosse, sobretudo com a cominação da prisão civil. É o que vem ocorrendo no caso da Lei nº 4.728/65, que dispõe sobre o Mercado de Capitais, modificada pelo Decreto-lei nº 911/69, dando ao devedor-fiduciante (art. 66) o mesmo tratamento conferido ao depositário infiel do diploma civilístico.

12. A Constituição Federal permite a prisão civil por dívida somente nos casos de infidelidade do depositário típico, genuíno, ou seja, naquelas hipóteses em que alguém, por força de imposição legal ou contrato recebe objeto móvel para guardá-lo. Na alienação fiduciária, todavia, não se tem depósito típico, na medida em que o devedor-fiduciante não recebe a coisa com a obrigação formal de devolvê-la.

13. O Decreto-lei nº 911/69, que prevê a prisão civil do depositário em caso de alienação fiduciária, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional. O devedor-fiduciante em mora com o pagamento das prestações do financiamento, e que não restitui ao credor fiduciário o bem adquirido, não se equipara, em absoluto, ao depositário infiel, no sentido constitucional. Nesse caso, o ordenamento constitucional não conflita com as normas dos tratados, pois também veda, em nosso sentir, a prisão na hipótese.

14. Em direito privado depósito é o contrato pelo qual alguém recebe coisa móvel alheia com a obrigação de guardá-la por certo tempo e restituí-la. Em direito processual, depósito não é contrato. É ato judicial em que o juiz ordena, por autoridade, a guarda dos bens do executado, sejam eles móveis ou imóveis. A função do depositário, nessa hipótese, é de auxiliar da justiça, segundo o estatuído no artigo 148 do CPC.

15. Descumprindo o compromisso assumido perante a autoridade judicial, relativo à restituição da coisa depositada, o depositário judicial está sujeito à prisão, até porque não se trata de obrigação de natureza contratual ou de prisão por dívida, proibida expressamente pelas normas dos tratados ratificados pelo Brasil. Neste particular, não há qualquer confronto entre a ordenamento positivo e a ordem internacional.

16. A prisão do depositário infiel não tem caráter apenatório, mas tão somente dissuasório. Objetiva remover os óbices que o depositário esteja criando à restituição da coisa.

17. A prisão no depósito judicial pode ser decretada nos próprios autos da execução, independentemente de ação de depósito, conforme orientação traçada pela Súmula 619 do STF. Não se tem por violado, no caso, o '*due process of law*'.

18. A garantia do devido processo legal é mais do que um cânone de ordem processual. É, isto sim, princípio de natureza material, servindo como importante instrumento de controle do arbítrio e da discricionariedade governamental, mormente da razoabilidade e da racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Prefácio. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis**. Brasília, DF: Senado Federal, 2003. v. 1.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 113, p. 9-23, jan./fev. 2004.

ALVES, José Carlos Moreira. **Da Alienação Fiduciária em Garantia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Os tratados no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Estudos Tributários**, São Paulo, v. 1, p. 287-309, mar./abr. 1999.

ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1987. v. 2.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão Civil por Dívida**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Uma reflexão acerca dos pactos e convenções internacionais e sua aplicação no ordenamento pátrio. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 43, p. 31-48, abr./jun. 2003.

AYALA, Patryck de Araújo. O direito internacional dos direitos humanos e o direito a ter direitos sob uma perspectiva de gênero. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 36, p. 7-34, jul./set. 2001.

BAHIA, José Casali. **A Constituição Federal e os Tratados Internacionais**. 1999. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. _____. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Prisão civil por dívida. In:

_____. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 2.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

_____. **Dicionário de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado de Direito Internacional Privado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. 2 v.

BORJA, Sérgio. A incorporação de tratados no sistema constitucional brasileiro. **Revista de Direito Internacional e do Mercosul**, n 4, p. 81-120, ago./set. 2001.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CASTRO, Amílcar. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 8.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CIRILLO, Luis Fernando. A prisão civil do depositário judicial. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 8, n. 33, p. 95-104, jul./ago. 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para Entender Kelsen**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988**: sistema tributário. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**: Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Álvaro Augusto Ribeiro. **A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**: dificuldades internas para a aplicação das normas internacionais de proteção aos direitos humanos no Brasil. 2. ed. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

DERGINT, Augusto do Amaral. Aspecto material do devido processo legal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 709, p. 249-255, nov. 1994.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito Constitucional Tributário e 'Due Process of Law'**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DUARTE, Eduardo Avelino. Estudos sobre a posição hierárquica dos decretos legislativos que incorporam tratados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 41, p. 69-96, out./dez.2002.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 8, t. 3.

FADEL, Sérgio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**: arts. 1º a 1.220. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERREIRA, Luis Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1 - arts. 1º a 21.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. São Paulo: Julex, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GARCIA, Maria. A constituição e os tratados: a integração constitucional dos direitos humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 37, p. 38-44, out./dez. 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**: medidas coercitivas inominadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

JAYME, Fernando G. Ação de depósito: a prisão do depositário infiel interpretada pelos tribunais. **Jornal Síntese**, Porto Alegre, v. 30, ago. 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOBO, Eugênio Roberto Haddock; LEITE, Júlio César do Prado. **Comentários à Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1989. v.1.

MAGALHÃES, José Carlos de. A prisão do depositário infiel: um ilícito internacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 771, p. 78-86, jan. 2000.

_____. O Supremo Tribunal Federal e as relações entre direito interno e direito internacional. **Boletim Brasileiro de Direito Internacional**, n. 61-69, p.53-56, 1975-79.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Prisão Civil por Dívida e o Pacto de San José da Costa Rica**: de acordo com o novo Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.426/2002). 2. ed. San José: C. R: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

_____. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 148, p. 231-250, out./dez. 2000.

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

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**: relações entre o direito internacional e o direito interno. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 1.

_____. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

_____. **Direito Internacional Público**: tratados e convenções. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1977.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. 3.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 8.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3 - Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais.

_____. **Tratado de direito privado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. v. 42 - Parte Especial.

MOLITOR, Joaquim. **Prisão Civil do Depositário.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 77.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 2 - Direito das Obrigações, 2ª parte.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002.

NOGUEIRA JÚNIOR, Rubem. Da prisão administrativa nas execuções. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 86, p. 36-44, jul. 1977.

PEIXOTO, Maurício da Cunha. A prisão Civil no depósito voluntário e a provável revogação do artigo 11 do Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos. In: SEMINÁRIO DE ESTUDOS SOBRE O NOVO CÓDIGO CIVIL, 5., 1992, Uberlândia. Disponível em: <<http://www.google.com.br>> Acesso em: 11.jan. 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3 - Contratos – Declarações Unilateral de Vontade – Responsabilidade Civil.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: _____. **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 330-347.

_____. Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 37, p. 109-127, out./dez. 2001.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Internacional.** São Paulo: Max Limonad, 1997.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. Prisão civil do depositário

infiel em face da derrogação do art. 1287 do Código Civil pelo Pacto de São José da Costa Rica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 756, p. 37-52, out. 1998.

REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Direito Internacional Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 130, p.77-81, abr./jun. 1996.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 3 - Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. **Introdução ao Direito Internacional Público**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre, 2003.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 43, p. 7-30, abr./jun. 2003.

SOUZA, Sebastião Pereira de. Prisão Civil do depositário infiel no processo de execução. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 290, p. 486-491, abr./jun. 1985.

TALAMINI, Eduardo. Prisão civil e penal e 'execução indireta'. A garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Processo de Execução e Assuntos Afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. In: _____. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 4 - Da Execução Forçada no Código de Processo Civil (arts. 566 a 795).

_____. **Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1978.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o Direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: PEREIRA, Antonio Celso Alves. **A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**. 2. ed. San José: C. R: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996. p. 205-236.

_____. **A Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil**. Brasília: Ed. UnB, 1998.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974.

_____. **Tratado Internacional Privado**. São Paulo: Freitas Bastos, 1973. v. 2.

_____. _____. 4.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1974. v. 1.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGA 0067007. **DJ** 28 abr. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 6.593-MG. Relator: Min. Félix Fischer. j. 05 ago. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 6.676-SP. Relator: Min. Vicente Leal. j. 24 nov. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 7.166. Relator: Des. Costa Carvalho. *DJ* 31 out. 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 90.871-PE. j. 17 jun. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0037065. **DJ** 21 fev. 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0058736. **DJ** 29 abr. 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0074376. **DJ** 27 nov. 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 402.221-MG. Rel. Min. Barros Monteiro. **ADV – Advocacia Dinâmica**: Informativo Semanal, São Paulo, n. 49, 2002, p. 815.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 7.943. Relator: Min. Athos Gusmão Carneiro. **DJU** 10 jun. 1991.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 54618-4-RS. Relator: Rui Rosado de Aguiar Júnior.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn. 1.480-DF. Relator: Min. Celso de Mello.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 72.813-SP. j. 23 fev. 1996. **DJU** 22 nov. 1996. p. 45.6807.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 78.375-2. **Informativo do STF**, Brasília, n. 135, 7 nov. 1998.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 85.733-5-SP. Relator: Rui Cascaldi. j. 07 out. 1998. **RJTJSP**, n. 217, 1999, p. 206.