

NORMA CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL? A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL E O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL NORM? THE CASE OF THE ARREST OF THE UNFAITHFUL DEPOSITARY AND THE UNDERSTANDING OF THE SUPREME FEDERAL COURT

Sandro Nahmias Melo¹
Jamilly Izabela de Brito Silva²

RESUMO: A partir dos estudos desenvolvidos por Otto Bachof na obra “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, o artigo debate a *ratio decidendi* adotada pelo STF no caso da prisão civil do depositário infiel (RE 466.343/SP) e suas aproximações com a teoria que apontou, ainda que de forma teórica, para a possibilidade de que normas constitucionais originárias sejam inconstitucionais. O método é o hipotético-dedutivo porquanto busca a corroboração (ou não) de proposições hipotéticas viáveis mediante experimentação. Como se verá, o STF não admitiu a inconstitucionalidade da parte final do inciso XVII do art. 5º., mas reconheceu sua completa ineficácia (ou cessão de vigência), o que, de forma inusitada, aproxima o entendimento jurisprudencial da tese defendida por Bachof. Logo, ainda que a teoria analisada não seja acatada pelo ordenamento brasileiro, o debate propicia enfrentar a interlocução entre o direito positivado e o direito suprapositivo como mecanismo de adequação da Constituição às novas exigências sociais.

Palavras-chave: depositário infiel; normas constitucionais inconstitucionais; Otto Bachof; STF.

ABSTRACT: From the studies developed by Otto Bachof in the book “Unconstitutional Constitutional Norms?”, the article discusses the *ratio decidendi* adopted by the STF in the case of the arrest of the unfaithful depository (RE 466.343/SP) and its approximations with the theory that pointed, albeit theoretically, to the possibility that original norms of the Constitution may be unconstitutional. The method is the hypothetical-deductive because it seeks to corroborate (or not) viable hypothetical propositions through experimentation. As will be seen, the STF did not admit the unconstitutionality of the final part of item XVII of art. 5º., but acknowledged its complete ineffectiveness (or termination), which, in an unusual way, approximates the jurisprudential understanding of the thesis defended by Bachof. Therefore, even if the theory analyzed is not accepted by the Brazilian legal system, the debate allows us to deal with the interlocution between the positive law and the suprapositive law as a mechanism to adapt the Constitution to the new social requirements.

Keywords: unfaithful depository; unconstitutional constitutional norms; Otto Bachof; STF.

1 Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (Cadeira n. 20). Juiz do Trabalho Titular da 11ª Região.

2 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil e em Direito Público pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Assessora Jurídica da Presidência do Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas. Membro do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos na Amazônia”.

1 INTRODUÇÃO

Em sua obra intitulada “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, escrita na década de 50, o alemão Otto Bachof (2014, p.70), influenciado pelos horrores legalmente perpetrados durante a Segunda Guerra Mundial, defende “que a afirmação, muitas vezes feita demasiado precipitadamente, da <<impossibilidade lógica>> de normas constitucionais inconstitucionais (ou, de qualquer modo, inválidas) não resiste à análise.”³

Em suma, sua teoria reconhece a validade e a legitimidade do texto constitucional tão somente quando o legislador leva em consideração os princípios constitutivos da ordem jurídica, além de buscar atender aos mandamentos cardeais da lei moral, possivelmente diferentes segundo o tempo e lugar.

No julgamento do RE 466.343/SP, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a possibilidade (ou não) de prisão civil do depositário infiel, diante da aparente antinomia entre o que preveem a Constituição Federal (art. 5º., LXVII⁴) e a Convenção Americana (art. 7.7⁵), inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo 27/92 e do Decreto Presidencial 678/92⁶, firmou o entendimento de que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos internalizados em momento anterior à inclusão do §3º. ao art. 5º. da Constituição Federal possuem *status* supralegal e, portanto, devem se posicionar acima das leis (ordinárias e complementares), mas abaixo da Carta Maior.

Ainda assim, com fundamento na suposta necessidade de regulamentação infraconstitucional do art. 5º., LXVII, da CF/88, viabilizada por meio do Decreto-lei 911/1969 e/ou do art. 652 do Código Civil, a Suprema Corte brasileira afastou a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, considerando que a disposição da Convenção Americana de Direitos Humanos, por ser supralegal, afastaria a regulamentação infraconstitucional então existente.

Feitas tais considerações, a questão que se coloca em debate é a seguinte: *o art. 5º., XLVII, da Constituição Federal teve sua eficácia paralisada pela Convenção Americana de Direitos Humanos, como defendeu o STF, ou a hipótese deveria ser de superveniente inconstitucionalidade?*

Nesse panorama, e com base nos estudos desenvolvidos por Otto Bachof, especialmente na obra supracitada, o presente artigo tem como objetivo debater a *ratio decidendi* adotada pelo STF no caso da prisão civil do depositário infiel (então autorizada por norma constitucional originária) e suas aproximações com a teoria alemã que apontou, considerando seus efeitos jurídicos práticos, para a possibilidade de que normas constitucionais

3 Nesse ponto, saliente-se que o autor, ao defender a possibilidade de uma norma constitucional inconstitucional privilegia o debate em torno da hipótese em que esta norma constitucional emanou do poder constituinte originário, até em virtude da aplicação do direito alemão durante a Segunda Guerra Mundial.

4 CF, Art. 5º., LXVII: não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

5 CADH, art. 7.7: ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

6 Por sua vez, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (art. 11), também internalizado pelo Estado brasileiro (Decreto Legislativo n. 226/91 e Decreto Presidencial n. 592/92), dispõe que “ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”

originárias sejam “inconstitucionais” (no sentido da perda de aplicabilidade diante do efeito paralisante de sua eficácia).⁷

Para tanto, num primeiro momento, será enfrentado o entendimento do próprio STF e da doutrina constitucionalista pátria sobre a (im)possibilidade de normas constitucionais originárias serem consideradas inconstitucionais, bem como serão explicitadas, ainda que de forma *an passant*, as técnicas de decisão de controle de constitucionalidade. Em seguida, o estudo em comento passará a expor as premissas da teoria proposta por Otto Bachof, buscando identificar o arcabouço teórico a sustentar seu entendimento. Por fim, buscar-se-á analisar o entendimento do STF no caso específico do depositário infiel como uma (possível) aplicação prática de norma constitucional que, apesar de não declarada inconstitucional, perdeu *in totum* sua eficácia.

Segundo Mezzaroba e Monteiro (2017, p.96-98), o método utilizado é o hipotético-dedutivo, tanto porque busca confrontar o entendimento constitucional brasileiro com a teoria formulada por Otto Bachof sobre a possibilidade de normas originariamente constitucionais serem consideradas inconstitucionais, quanto porque visa verificar o alcance, a consistência e a incidência dos dois entendimentos na análise sobre a (in)viabilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro (antinomia entre Constituição e Convenção Americana). Assim, busca-se corroborar (ou não) as proposições hipotéticas viáveis mediante experimentação. Em tempo, também serão utilizados como recursos metodológicos o estudo de caso (RE 466.343/SP) e as pesquisas bibliográfica e documental.

2 NORMA CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL? O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS TÉCNICAS DE DECISÃO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

É cediço que o Supremo Tribunal Federal não admite a tese das normas constitucionais inconstitucionais quando estas advêm do poder constituinte *originário*. Considerada a teoria da unidade, se duas ou mais normas originalmente presentes na Carta Maior aparentam ser contraditórias, para o STF, a hipótese é de compatibilização e/ou ponderação, não se podendo falar em derrogação de uma em detrimento da outra. Nesse sentido, foi o posicionamento adotado no julgamento da ADI 815, *leandig case* sobre o assunto, assim ementada:

Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal.

- *A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e incompatível com o sistema de Constituição rígida.*

- *Na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, “caput”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição.*

- *Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado*

⁷ STF, RE 466.343, voto do rel. Min. Cezar Peluso, j. 3-12-2008, DJE 104 de 5-6-2009, Tema 60.

ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido. (Rel. Min. MOREIRA ALVES, Data do Julgamento: 28/03/1996, Data DJe: 10/05/1996) (grifos nossos)

Tal entendimento, além de afastar a existência de hierarquia entre as normas constitucionais, expressa que as cláusulas pétreas (art. 60, §4º, CF/88) somente limitam a atuação do poder constituinte derivado. Em síntese, a Corte Suprema brasileira apenas admite controle de constitucionalidade de normas emanadas do poder constituinte derivado (emendas constitucionais).

Por sua vez, a doutrina brasileira, a exemplo de Branco e Mendes (2015, p.63;103-117), defende que a impossibilidade de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias decorre do princípio da unidade da constituição e, ainda, da rigidez do texto constitucional (supremacia constitucional).

No mais, as características comumente imputadas ao poder constituinte originário – poder *inicial, ilimitado e incondicionado* – também afastam a possibilidade de norma constitucional originária ser eivada de inconstitucionalidade. Ora, “[s]endo o poder constituinte originário ilimitado e sendo o controle de constitucionalidade exercício atribuído pelo constituinte originário a poder por ele criado e que a ele deve reverência, não há que se cogitar de fiscalização de legitimidade por parte do Judiciário” (BRANCO; MENDES, 2015, p.117).

Para o ordenamento jurídico brasileiro, portanto, o tema relativo à inviabilidade de declaração de inconstitucionalidade de norma constitucional originária é pacífico, seja no plano teórico, seja na prática jurisprudencial.

Por outro lado, quando a análise versa sobre as técnicas de decisão de controle de constitucionalidade, o debate é constantemente renovado, mormente quando se afasta da hipótese de declaração de inconstitucionalidade total com efeito *ex tunc* (regra geral para o controle de constitucionalidade).

Segundo Fernandes (2015, p.1.276-1.283), há falar na existência de, pelo menos, quatro técnicas de decisão^{8 9}, a saber: (a) interpretação conforme a Constituição, (b) declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, (c) declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e (d) declaração de constitucionalidade de lei “ainda” constitucional.

A interpretação conforme a Constituição, para o referido autor, aponta que, com ou sem redução do texto constitucional, “pode [se] declarar a constitucionalidade de uma norma, desde que tenha determinada interpretação compatível com a Constituição ou mesmo pode

8 Além das hipóteses a seguir citadas, Fernandes (2015, p.1.283-1.296) tece diversas considerações sobre as chamadas sentenças intermediárias, as quais também podem ser vistas como técnicas de decisão de controle de constitucionalidade. Tal problemática não será enfrentada no presente estudo, seja porque as técnicas já trazidas são suficientes para os objetivos ora propostos, seja porque, como destaca o referido autor, “encontramos na doutrina um discurso totalmente confuso a respeito do tema, de modo que ora os juristas tentam distinguir diferenças entre os institutos que compõem este gênero, ora buscam mesclá-los de modo desarrazoado” (FERNANDES, 2015, p.1.285).

9 Importa mencionar também a chamada modulação de efeitos de eventual declaração de inconstitucionalidade, expressamente prevista no art. 27 da Lei 9.868/99, *in verbis*: ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

[se] declarar a constitucionalidade de uma norma desde que tenha determinada interpretação” (FERNANDES, 2015, p.1277).

Por sua vez, a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto representa a “possibilidade (...) [de] declarar a inconstitucionalidade de uma hipótese, de um viés ou de uma variante de aplicação de uma norma jurídica sem reduzir seu texto” (FERNANDES, 2015, p.1.278). O texto literal continua o mesmo, mas determinada(s) hipótese(s) de aplicação são extirpadas do ordenamento jurídico.

Já a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade ocorre quando a inconstitucionalidade é reconhecida, porém a nulidade não é pronunciada. Isso porque “com base no princípio da proporcionalidade, [pode-se entender] que a declaração de nulidade poderá agravar o estado de inconstitucionalidade presente no sistema jurídico-constitucional” (FERNANDES, 2015, p.1.280). A norma, portanto, pode permanecer de forma provisória, consignando-se lapso temporal razoável para a norma ser retirada do ordenamento.

Por fim, a declaração de constitucionalidade de lei “ainda” constitucional, como a nomenclatura deixa transparecer, aponta para a hipótese em que “a lei é constitucional, mas caminha progressivamente para a inconstitucionalidade” (FERNANDES, 2015, p.1.281). Daí porque esta técnica também é conhecida como inconstitucionalidade progressiva e/ou apelo ao legislador.

Fincadas as razões que embasam, no direito constitucional brasileiro, o entendimento dominante no sentido de que é inviável a existência de normas constitucionais originárias inconstitucionais, bem como algumas técnicas que permeiam as decisões proferidas no âmbito do controle de constitucionalidade, na seção a seguir serão rapidamente expostos os argumentos que sustentam a identificação de uma norma constitucional inconstitucional, tendo como parâmetro a teoria desenvolvida por Otto Bachof.

3 NORMA CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL? UMA BREVE ANÁLISE DA TEORIA DE OTTO BACHOF

O questionamento acerca da possibilidade ou não de uma norma constitucional originária ser inconstitucional, para Otto Bachof (2014, p.2), impõe-se com especial intensidade, mas não exclusivamente¹⁰, no contexto em que “regimes contrários ao Estado-de-direito são substituídos por regimes de Estado-de-direito.” À vista disso, a obra em análise, denominada “Normas Constitucionais Inconstitucionais?” é permeada pela necessidade de “superação do passado” alemão na então recente Segunda Guerra Mundial.

Feitas tais considerações, o objeto de estudo é dissecado pelo próprio autor, por ocasião da identificação dos principais entraves para o enfrentamento do tema, após análise crítica e minuciosa da jurisprudência, doutrina e posicionamento do parlamento federal na Alemanha, *in litteris*:

Pareceu-me necessária esta panorâmica relativamente pormenorizada das posições até agora assumidas sobre o nosso problema, porque só o seu conjunto mostra onde se situam as dificuldades da respectiva solução. É manifesto que elas são condicionadas predominantemente por três circunstâncias:

10 Sobre o assunto, o autor conclui seu prefácio à tradução portuguesa nos seguintes termos: “Deixe-se todavia em suspenso a questão de se saber a possibilidade de um legislador democrático ultrapassar os limites indicados é, na verdade, tão pequena como o Tribunal Constitucional Federal crê. Em qualquer caso, o fenómeno (só na aparência paradoxal) de normas constitucionais inconstitucionais não deverá ser esquecido, como advertência permanente de que a onipotência do Estado tem limites” (BACHOF, 2014, p.4).

1. pelos diversos sentidos em que é usado o conceito de *Constituição* e também forçosamente, por consequência, o conceito de *inconstitucionalidade*;
2. pelas diferentes concepções acerca da existência de um direito supralegal e, por consequência, acerca da *vinculação* ou *liberdade* do legislador constituinte;
3. por uma insuficiente distinção da questão jurídica-material da *validade* (*Geltung*) de uma norma jurídica – em especial, de uma norma constitucional – da questão processual de um correspondente *direito judicial de controle* (BACHOF, 2014, p.37)

Diante de tais circunstâncias, é imprescindível estabelecer as três principais premissas jurídicas que fundamentam o raciocínio do autor. A *primeira* refere-se à necessidade de que o texto constitucional seja adequado à missão de integrar a comunidade por ele constituída (missão integradora), sob pena da Constituição falhar em a sua missão.

A *segunda*, por seu turno, requer o afastamento do padrão constitucional que restringe a ideia de Constituição à lei *escrita* ou à lei *formal*. Em outras palavras, o conceito do que é texto constitucional deve considerar o conteúdo material das normas e, até mesmo, o direito suprapositivo (supralegal ou natural).

Neste ponto, para Bachof (2014, p.42), tanto a primeira quanto a segunda premissa apontam os requisitos essenciais para que a Constituição seja válida e legítima, a saber, positividade e obrigatoriedade. Confira-se:

A *validade* (*Geltung*) de uma Constituição compreende a sua legitimidade em ambos os aspectos: a *positividade*, no sentido de sua <<existência como plano e expressão de um poder efetivo>>, e a *obrigatoriedade*, no sentido da vinculação jurídica dos destinatários das normas ao que é ordenado.

Já a *terceira* premissa reside na identificação da hierarquia entre normas constitucionais. Assim, é preciso examinar “a tese segundo a qual um preceito do documento constitucional pode ser inconstitucional e carecer, por isso, de obrigatoriedade jurídica em virtude de uma contradição com um preceito de grau superior do mesmo documento” e, ainda, excluir “a hipótese de a norma de grau superior conter uma positivação de direito supralegal, de tal maneira que a não obrigatoriedade da norma de grau inferior pudesse advir de uma infracção deste direito supralegal” (BACHOF, 2014, p.55).

Todavia, é certo que, até em razão do conceito de Constituição abarcar o direito suprapositivo e este direito funcionar como uma exceção à hierarquia entre normas constitucionais, o pilar fundamental da teoria ora analisada está alicerçado numa espécie de *limitação ao poder constituinte originário* fincada em *valores éticos e/ou morais* com repercussões jurídicas, a saber: o próprio direito suprapositivo, supralegal ou natural como pressuposto e parte integrante do texto constitucional.

Assim sendo, a Constituição somente será válida e legítima:

[N]a medida em que o legislador tome em conta os <<princípios constitutivos de toda e qualquer ordem jurídica>> e, nomeadamente, se deixe guiar pela aspiração à justiça e evite regulamentações arbitrárias. Mas, além disso, só [haverá legitimidade e validade] (...) se o legislador atender aos mandamentos cardeais da lei moral, possivelmente diferente segundo o tempo e o lugar, reconhecida pela comunidade jurídica, ou, pelo menos, não os renegar conscientemente. (...)

Nenhum sério defensor do direito supralegal pretenderá afirmar que todos os postulados que a razão, a natureza, a religião ou a lei moral ditam à ordem

jurídica sejam direito vigente, só porque são postulados com essa natureza. (...) O direito supralegal assim delimitado é uma ordem *objectiva*.

Apontados os argumentos jurídicos que subsidiam a teoria de Otto Bachof, na sequência, serão analisados os principais argumentos utilizados pelo STF para considerar *ilícita* a prisão civil do depositário infiel, especialmente aqueles relacionados aos *status* dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

4 A (IM)POSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL: ESTUDO DE CASO

A discussão acerca da (im)possibilidade de prisão civil do depositário infiel foi retomada, no STF, por ocasião do julgamento do RE 466.343/SP, iniciado em 2006.¹¹ Em síntese, no referido feito, entre outros argumentos, havia conflito entre “a normativa constitucional brasileira, que permite a prisão civil do depositário infiel (art. 5º., LXXVII), e o art. 7.7 da Convenção Americana que permite tão somente a prisão civil do alimentante inadimplente por razões inescusáveis” (LOUREIRO; SILVA, p.196).

Somente na sessão do dia 3 de dezembro de 2008, após diversos pedidos de vista, o julgamento foi concluído, tendo a Corte Suprema superado o entendimento até então vigente¹² para reconhecer a impossibilidade da prisão civil por dívida do depositário infiel.

O cerne do debate, no que interessa para o presente estudo, concentrou-se no *status* dos tratados internacionais sobre direitos humanos, particularmente na hierarquia normativa que deveria ser atribuída à Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo certo que, na ocasião, foram defendidas 02 (duas) teses, a saber: a primeira, que se sagrou vencedora, de *supralegalidade deste tratado*, defendida pelos Ministros Gilmar Mendes, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Marco Aurélio e Menezes Direito e; a segunda, de *reconhecimento desse tratado como parte integrante do “bloco de constitucionalidade”*, sustentada pelos Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie.

Esclarecedora a ementa do julgado em comento:

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

Nesses termos, por ocasião do referido julgamento, o STF, de um lado, reconheceu a insubsistência da previsão constitucional e das normas infraconstitucionais que possibilitavam a prisão civil do depositário infiel à luz do que dita a Convenção Americana de Direitos Humanos

11 Ressalte-se que o RE 466.343/SP foi julgado em conjunto com o RE 349.703/RS e o HC 87.585/TO.

12 O debate é antigo e remonta ao RE 80.004/SE, de 1º de junho de 1977. Desta feita, a definição do valor dos tratados internacionais vem sendo recorrentemente discutida no STF, tendo sido firmada a jurisprudência no sentido de paridade normativa entre os tratados internacionais, ainda que versem sobre direitos humanos, e as leis ordinárias, embasada na suposta identidade entre os quóruns de votação por maioria simples durante os processos legislativos para a aprovação destas duas espécies normativas totalmente distintas até o voto do Ministro Gilmar Mendes nos RE 466.343/SP e 349.703/RS, que firmou o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem valor supralegal, sendo esta a primeira sinalização de que o STF iniciaria um processo de gradativa mutação constitucional.

e, doutro modo, entendeu que o referido tratado internacional possui *status* supralegal no ordenamento jurídico brasileiro.

Ora, o raciocínio desenvolvido pela Corte Suprema – além de ir de encontro com o que dita o §2º. do art. 5º. da Constitucional Federal¹³ (norma constitucional originária), para exaltar o que dispõe o §3º. do mesmo art. 5º.¹⁴ (norma constitucional derivada inserida pela EC n. 45/2004), privilegiando aspectos formais em detrimento do conteúdo material da norma – parece padecer de uma contradição – lógica – intrínseca.

Isso porque, da forma como foi afastada a possibilidade da prisão civil do depositário infiel, pode-se defender que foi utilizada técnica de decisão típica de controle de constitucionalidade – seja a interpretação conforme, seja a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – para tratado internacional que somente possui caráter supralegal (e não constitucional).

Vejam os trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido no julgamento do já citado RE n. 466.343/SP, esclarecedor sobre o que ora se defende:

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a *previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria*, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.

Tendo em vista o *caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais*, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916. Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), *não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel. (destaques nossos)*

Esta também é a opinião de Sarlet (2015, p.4) ao se manifestar sobre o referido julgamento:

Uma reflexão possível é a de que o STF acabou, de certo modo, caindo em *contradição*. Com efeito, ao refutar a tese da paridade entre a CF e os tratados, hipótese na qual poderia, mediante um juízo de ponderação e na esteira da lógica do in favor personae (já comentada na coluna de 10.04.15), ter afastado, pelo menos como regra, a prisão civil do depositário, o STF afirmou a *hierarquia supralegal (mas infraconstitucional) dos tratados*. Com isso, em que pese o artifício argumentativo de que a CF não teria sido revogada, o que houve foi sim uma derrogação informal do permissivo constitucional expresso. Ora, se os tratados situam-se abaixo da CF e o STF afirmou a competência para declarar sua inconstitucionalidade, não parece que a tese da supralegalidade possa, aplicada coerentemente, afastar por completo e

13 Art. 5º., §2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

14 Art. 5º., §3º.: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

mesmo para toda e qualquer hipótese futura, possibilidade expressamente afirmada pela CF que lhe seque superior. (*destaques nossos*)

Com essas considerações, de forma inusitada, há nítida aproximação entre os estudos desenvolvidos por Otto Bachof e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no caso em análise. Ainda que defendam posicionamentos inconciliáveis quanto à possibilidade de ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais, *o STF e Bachof parecem chegar à mesma conclusão quando, por motivos eminentemente formais, não se declara a superveniente inconstitucionalidade de determinado dispositivo constitucional originário.*

De fato, ao discorrer sobre circunstância em que se identifica a perda de sentido ou obsolescência de determinada norma, Bachof (2014, p.60) desenvolve raciocínio que parece se coadunar com o entendimento da Corte Maior brasileiro:

Se certos pressupostos, que foram determinantes para o legislador emitir uma norma jurídica, não vieram a verificar-se, ou se falham as expectativas que manifestamente se ligaram à norma jurídica, pode a norma, certamente, perder o sentido. Mas, em regra, será então tarefa do legislador tirar daí as consequências e modificá-la. No entanto, em vista da particular missão de integração da ordem constitucional, *será lícito admitir também como possível que normas singulares da Constituição se tornem automaticamente obsoletas, quando as mesmas, em consequência da mudança da situação real, já não puderem cumprir a sua função integradora, e porventura comecem até a desempenhar uma função desintegradora.* Põe-se, porém, a questão de saber se pode dizer-se então que essas normas se tornaram daí em diante <<inconstitucionais>>, ou se não será mais exacto falar aqui *simplesmente de <<cessação de vigência>>.*

Impende registrar que, ao se referir a dois precedentes emanados de tribunais alemães, Bachof, quando enaltece o conceito “alargado” de Constituição, defende o reconhecimento de “direitos invioláveis e inalienáveis do homem” como parte integrante da ordem constitucional, o que, *mutatis mutandi*, corresponde aos parâmetros norteadores da própria cláusula aberta de direitos humanos, concretizada pelo §2º. do art. 5º. da Constituição Federal, mecanismo indispensável para acompanhar as alterações e/ou mudanças da sociedade quanto ao mínimo existencial (direito suprallegal) que deve ser preservado. Vejamos os comentários do autor alemão:

Numa decisão (Beschluss) do VGH de Württemberg-Baden (...) presente-se (...) o aparecimento, ainda que em termos muito cautelosos, de um conceito de Constituição alargado por inclusão do direito suprapositivo. O tribunal afirma ser eventualmente possível uma norma da Constituição infringir direito suprapositivo que, por um lado, o legislador da Lei Fundamental, através do reconhecimento de direitos do homem invioláveis e inalienáveis, positivou e todo o caso em certa extensão, assim o declarando parte integrante da <<ordem constitucional>>; o saber se uma norma da Constituição, no caso de infração do direito suprapositivo assim positivado, pode ser qualificada como <<inconstitucional>> e se, no caso afirmativo, o Tribunal Constitucional Federal também seria competente para decidir da existência de tal infração, são questões que podem ficar em suspenso. (...) É, porém, o VerfGH da Baviera que de modo mais decidido se afasta de um conceito de Constituição puramente formal, ao incluir o próprio direito suprapositivo na <<Constituição>> como padrão de controlo. (BACHOF, 2014, p.22-23)

Em outro momento, ao contrapor as críticas ao subjetivismo alegadamente inerente ao conceito de justiça, Bachof (2014, p.80) acrescenta:

É evidente que um juiz não está autorizado a basear suas decisões em concepções *subjectivas* sobre a justiça: tem de servir-lhe sempre de padrão a *communis opinio* de todo <<os que pensam recta e justamente>> - e, na verdade, ainda que as concepções sobre o justo e o injusto diverjam múltiplamente no pormenor, existe a tal respeito, nas questões *fundamentais*, larga concordância dentro de uma comunidade jurídica, pois de outro modo qualquer tentativa de criação de uma autêntica ordem integradora estaria de antemão condenada ao fracasso.

A título de última nota, impende mencionar que, no caso em apreço (RE 466.343/SP), nada obstava que o Supremo Tribunal Federal, ao invés de aplicar uma espécie de reengenharia jurídica que, por um lado, afasta a tese do caráter constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos e, doutro modo, reconhece a “ilegalidade” da prisão civil, a despeito de previsão constitucional expressa nesse sentido, *fundamentasse sua ratio decidendi no controle de convencionalidade*.¹⁵

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo em comento, com base na teoria desenvolvida por Otto Bachof, especialmente na obra “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, teve como objetivo precípua debater os fundamentos adotados pela Corte Suprema no caso da prisão civil do depositário infiel (RE 466.343/SP).

Como visto, o STF não reconhece a inconstitucionalidade de norma constitucional originária, mas admite que esta tenha sua aplicabilidade, sua eficácia, paralisadas por norma infraconstitucional (tratado internacional sobre direito humano com *status* supralegal). Dito de outra forma: o STF não admite a inconstitucionalidade da parte final do inciso XVII do art. 5º., mas reconheceu sua completa inaplicabilidade (paralisa de eficácia ou cessação de vigência).

A própria tese fixada no RE 466.343/SP deixa claro tal entendimento, ao prever que é *ilícita* e não *inconstitucional* a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

Além disso, durante o julgamento, por diversas vezes, os Ministros enaltecem a inclusão do §3º. ao art. 5º. da Constituição Federal, porquanto tal dispositivo teria o condão de encerrar o debate acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos.

Em suma, segundo o STF, para que sejam considerados com *status* constitucional, os diplomas internacionais que versam sobre direitos humanos necessitam passar pelo rito agravado equivalente ao de emendas constitucionais. Se assim não ocorrer, os tratados em questão possuem hierarquia supralegal, a exemplo dos diplomas internacionais sobre direitos

15 Ainda no ano de 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Almonacid Arellano vs. Chile explicitou que “o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não apenas o tratado, mas também a sua interpretação feita pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”. (par. 124). Sobre o tema, ver ainda o voto razonado do juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot no Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México, também julgado pela Corte Interamericana.

humanos internalizados antes da EC n. 45/2004. Há, portanto, nítido privilégio da forma em relação ao conteúdo material da norma, além de ser visível a construção de um raciocínio que desembocará em insegurança jurídica¹⁶.

Por outro lado, ao defender posicionamento voltado para o conteúdo material dos tratados internacionais de direitos humanos, afastando-se de aspectos formais que dificultam a implementação da “cláusula aberta” do §2º. do art. 5º. da CF/88 e considerando a responsabilidade internacional assumida pelo Estado brasileiro ao internalizar a Convenção Americana, Antônio Augusto Cançado Trindade, em voto separado proferido no caso *Damião Ximenes Lopes vs. Brasil*, perante a Corte Interamericana, aponta a irrelevância jurídica do *status* com que são recepcionados os tratados internacionais sobre direitos humanos, do ponto de vista do Direito Internacional:

[O]s triunfalistas da recente inserção do parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal brasileira, *reféns de um direito formalista e esquecidos do Direito material*, não parecem se dar conta de que, do prisma do Direito Internacional, um tratado como a Convenção Americana ratificado por um Estado o vincula *ipso jure*, aplicando-se de imediato e diretamente, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna, - ou, ainda menos, de *interna corporis*, - são simples fatos do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do prisma jurídico-internacional e da responsabilidade internacional do Estado, inteiramente irrelevantes.

Porém, a própria doutrina brasileira, atualmente, começa a questionar a *ilimitação* do poder constituinte originário. Segundo Sarmiento e Souza Neto (2016, p.255), os limites a serem impostos devem ser “decorrentes de valores historicamente sedimentados, radicados na cultura do constitucionalismo, e voltados à garantia de um patamar mínimo de respeito aos direitos humanos e à democracia”.

Já Branco e Mendes (2015, p.105) asseveram que “se o poder constituinte é a expressão da vontade política da nação, não pode ser entendido sem a referência aos valores éticos, religiosos, culturais que informam essa mesma nação e que motivam suas ações.”

Coincidentemente ou não, esta também era uma das principais preocupações de Bachof (2014, p.42-43), mormente quando defende que a obrigatoriedade da Constituição somente é legítima quando o legislador considera “os princípios constitutivos de toda e qualquer ordem jurídica”, deixa-se guiar pela “aspiração à justiça”, evita regulamentações arbitrárias e atende aos mandamentos cardeais da lei moral, possivelmente diferente segundo o tempo e o lugar, reconhecida pela comunidade jurídica, ou, pelo menos, não os renegar conscientemente.

Logo, ainda que a teoria alemã não seja acatada pelo ordenamento jurídico brasileiro, o debate propicia enfrentar a interlocução entre o direito positivado e o chamado direito suprapositivo, supralegal ou natural. A unidade da Constituição e a rigidez constitucional não

16 A comprovar a afirmação explicita-se que duas convenções internacionais sobre direitos humanos que versam sobre o mesmo tema – Direitos das Pessoas com Deficiência – possuem *status* diferentes no ordenamento jurídico brasileiro. A *Convenção da ONU*, exclusivamente por ter seguido o rito do §3º. do art. 5º., possui hierarquia equivalente à emenda constitucional, já a *Convenção da OEA*, exclusivamente por não ter seguido o mencionado rito agravado, possui hierarquia supralegal.

podem ser muralhas intransponíveis para o ideal de justiça vigente e em constante mutação. Aspectos formais não podem impedir que determinada norma, por seu conteúdo, seja reconhecida constitucional.

Ora, a perpetuação de um poder constituinte originário ilimitado, mormente quando impede avanços na salvaguarda de direitos fundamentais, também pode representar uma espécie de *paradigma da democracia* porquanto, como questiona Canotilho (2003, p.74), “como <<pode>> um poder estabelecer limites às gerações futuras?”, “será defensável vincular gerações futuras a ideias de legitimação e a projectos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte?” (CANOTILHO, p.1.065).

É preciso lembrar as palavras do Ministro Celso de Mello quando, no julgamento do RE 466.343/SP, defendeu a necessidade de “adequação da própria Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam a sociedade contemporânea”.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 815/DF, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Moreira Alves. Data do Julgamento: 28/03/1996. Data de Publicação: 10/05/1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343/SP, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Cezar Peluso. Data do Julgamento: 03/12/2008. Data de Publicação: 05/06/2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CORTE IDH. Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C No. 149. Voto concordante do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade.

CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C No. 154.

CORTE IDH. Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C No. 220. Voto razonado do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional* 7. ed., rev., ampl. e atual. e em consonância com a jurisprudência do STF. Salvador: Juspodivm, 2015.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOUREIRO, Silvia Maria da Silveira; SILVA, Jamilly Izabela de Brito. O modelo janicéfalo de incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos na Constituição: as perplexidades da validade e aplicabilidade do novo parágrafo 3º. do art. 5º. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 9, p. 193-208, jul. 2016. ISSN 1677-1419. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/147>>. Acesso em: 26 dezembro de 2018.

SARLET, Ingo. Prisão civil do depositário infiel e o “controle de convencionalidade.” In: *Revista Consultor Jurídico*, 24 de abril de 2015, 8h02. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-24/direitos-fundamentais-prisao-civil-depositario-infiel-controle-convencionalidade>>. Acesso em: 26 de dezembro de 2018.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Recebido em: 18/01/2019

Aprovado em: 07/10/2019

Como citar este artigo (ABNT):

MELO, Sandro Nahmias; SILVA, Jamilly Izabela de Brito. Norma constitucional inconstitucional? a prisão civil do depositário infiel e o entendimento do Supremo Tribunal Federal. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.38, p.28-40, maio/ago. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/10/DIR38-02.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.