



OS TRATADOS NO BRASIL : A PRISÃO CIVIL NOS CASOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E DEPÓSITO

CARMEN TIBURCIO*

I. CONFLITO ENTRE NORMAS PROVENIENTES DE FONTES INTERNAS E INTERNACIONAIS

Por muito tempo, o país praticou um isolacionismo em matéria internacional. Como recentemente o Brasil tem ratificado um número bastante expressivo de tratados internacionais, a questão do conflito entre normas provenientes de tratado e lei interna tem sido cada vez mais frequente. Para esses casos, surge a problemática de qual a norma a ser aplicada.

Note-se que há três tipos de conflitos possíveis:

- a) conflito entre a Constituição Federal e o tratado,
- b) conflito entre lei ordinária e tratado e c) conflito entre lei interna e tratados de direitos humanos.

a) Conflito entre CF e tratado

Em relação ao conflito entre a Constituição Federal e o tratado tem-se entendido que prevalece a Constituição, sem atentar para qualquer critério cronológico. É de se ressaltar que tratado celebrado em desconformidade com o que prevê a Constituição vigente pode ser dito inválido, ao considerarmos que a Constituição é a ele superior. Contudo, caso a incompatibilidade com o texto da Lei Maior se dê em razão de Constituição posterior, não falamos em revogação do ato internacional, uma vez que, tecnicamente, o tratado não perde a sua vigência até ser formalmente denunciado, sendo melhor dizermos que o tratado não mais será aplicado.

O próprio texto constitucional parece deixar claro

que este é o entendimento a ser seguido¹. Confira-se a dicção dos arts. 102 e 105 da CF:

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

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

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

II – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, dos Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência

A posição tradicional do STF na matéria, firmada de longa data, é a de que os tratados são hierarquicamente inferiores à Constituição² e, portanto, incorporados ao direito interno com o *status* de lei ordinária. Como consequência, estão submetidos à Constituição Federal, sujeitando os atos que os aprovam e promulgam ao controle de constitucionalidade. Em linhas gerais, essa orientação permanece sendo aplicada pelo Judiciário brasileiro. A polêmica surge quando estão em jogo tratados que versem sobre direitos humanos, que serão discutidos em item posterior.

b) Conflito entre lei e tratado

Quanto ao conflito entre a lei e tratado, surgiram, em princípio, duas concepções. O dualismo de Triepel e Anzilotti defendia que as ordens interna e internacional compõem sistemas jurídicos independentes e desconectados, regendo relações distintas, de modo que não haveria conflito possível entre elas. Já a escola monista, liderada por Kelsen, rejeitava a idéia de que as ordens interna e internacional fossem apartadas, afirmando ser perfeitamente possível que o direito internacional cuidasse das mesmas matérias que o direito interno. Nesse caso, vislumbra-se, portanto, a superposição entre os sistemas, surgindo a necessidade de compatibilizá-los.

A linha monista, por sua vez, biparte-se em monismo radical e monismo moderado. O primeiro defende a supremacia do direito internacional sobre o direito interno, qualquer que seja a ordem de sua criação. Um dos principais argumentos da corrente é o fato de que o Estado somente se desobriga no plano internacional com a regular denúncia do tratado ou convenção. A essa posição aderiu a maioria da doutrina internacionalista brasileira, que defende a supremacia das fontes internacionais, independentemente de serem elas anteriores ou posteriores às internas. O monismo moderado equipara hierarquicamente direito interno e internacional: a prevalência de um ou outro, no caso concreto, dependerá da ordem cronológica de sua criação (*lex posterior derogat priori*). Curiosamente, esta teoria foi criada por um discípulo de Kelsen, Alfred Verdross, que chegou mesmo a abrandar o radicalismo de seu mestre. O monismo moderado encontrou na obra de José Francisco Rezek³ a sua principal voz na doutrina brasileira.

Em sede normativa, não cessam as polêmicas. Quando da elaboração da atual Carta, era clara na Assembléia Constituinte a existência de adeptos das duas correntes monistas, uma a adotar a superioridade dos tratados, e a outra, o critério cronológico. Jacob Dolinger, em importante estudo sobre o conflito de fontes, traz as sugestões de alguns dos principais juristas do país, que pretendiam incluir no Texto um

artigo que preveria a supremacia das fontes internacionais sobre as leis internas⁴. O texto final da Constituição não acatou qualquer das sugestões, mantendo-se omissa na matéria. Por isso, quanto ao conflito entre lei ordinária e tratado, não há uniformidade entre a posição de nossa doutrina e o que decidem os tribunais, que têm preferido claramente o monismo moderado: tratado e lei federal possuem a mesma hierarquia, logo, a prevalência de um ou outro se regula pela sucessão no tempo⁵.

É de fundamental importância que se verifique a natureza do tratado: alguns deles criarão normas especiais para a regência das relações recíprocas com um outro Estado estrangeiro, ou seja, estabelecerão direitos subjetivos para as partes contratantes; neste caso, as normas internacionais têm precedência sobre as internas, mas apenas pelo critério da especialidade (tratados-contrato, tais como tratados bilaterais sobre matéria tributária e acordos extradicionais). Outros instrumentos, no entanto, destinam-se a serem aplicados diretamente no interior do Estado ao criarem normas gerais, direito objetivo (tratados-lei), como uma Convenção sobre condições de trabalho ou títulos de crédito. Quanto a estes, sendo inadmissível o convívio com a lei interna em relação especial/geral, o critério utilizado pela jurisprudência é o cronológico (monismo moderado).

c) Conflito entre lei interna e tratados de direitos humanos

No centro da discussão está o art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, que amplia a dicção do art. 153, § 36, da Constituição de 1967/69 para contemplar expressamente os direitos decorrentes dos tratados internacionais firmados pelo Brasil. Esse o teor dos dispositivos:

Carta de 1967/69: “Art. 153 § 36. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

Carta de 1988: “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”.

Diante disso, parte da doutrina⁶, adotando posição progressista, já entendia que o referido art. 5º, § 2º, teria emprestado hierarquia de norma constitucional aos tratados sobre direitos humanos. Tal posição, porém, por muito tempo não foi aceita pelo STF⁷. A fim de superar esse entendimento, a Emenda Constitucional no 45/2004 introduziu um novo § 3º ao art. 5º, atualmente em vigor, que não deixa dúvida: os tratados internacionais sobre direitos humanos equiparam-se às emendas constitucionais, desde que obedecido o quórum especial de aprovação destas últimas: “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”.

Além disso, o art. 60, § 4º, IV, da CF determina que não serão apreciadas as emendas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais. Como a nova redação do dispositivo equiparou os tratados de direitos humanos às emendas constitucionais, os tratados internacionais que tratem da matéria, em princípio, não podem ser objeto de denúncia pelo Presidente, até porque nem mesmo com o aval do Congresso tais regras podem ser revogadas. Assim, tais diplomas, uma vez ratificados, passam a integrar definitivamente o ordenamento nacional, sem possibilidade de denúncia pelo Executivo.

II. O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E A PRISÃO CIVIL

Os conflitos que envolvem os tratados de direitos humanos merecem uma análise mais detalhada em virtude da recente mudança de orientação dos Tribunais Superiores em relação ao Pacto de São José da Costa Rica e a (im)possibilidade da prisão civil do depositário infiel, abordada pela decisão ora comentada. Tal decisão foi anunciada pelo

Informativo nº 531 do STF, *in verbis*:

Informativo: Em conclusão de julgamento, o Tribunal concedeu *habeas corpus* em que se questionava a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual — v. Informativos 471, 477 e 498. Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;*”). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do status de suprallegalidade da referida Convenção, inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466343/SP, abaixo relatado. Vencidos, no ponto, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que a ela davam a qualificação constitucional, perfilhando o entendimento expendido pelo primeiro no voto que proferira nesse recurso. O Min. Marco Aurélio, relativamente a essa questão, se absteve de pronunciamento.⁸

Em princípio autorizada pela Constituição, a prisão do depositário infiel é proibida pelo Pacto de São José da Costa Rica (promulgado pelo Decreto nº 678/92). Com efeito, o art. 5º, LXVII, da Lei Fundamental estabelece: “*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*”. Por sua vez, o art. 7º, do Pacto de São José somente admite a prisão civil no caso do devedor de alimentos. Para completar o quadro, o Decreto-lei nº 911/69 determinou a equiparação do devedor fiduciante ao depositário infiel, já que o domínio e a posse indireta são legalmente atribuídos ao credor.

Consequentemente, surgiram duas grandes

polêmicas: (1) legalidade da prisão no caso da alienação fiduciária e (2) cabimento da prisão do depositário infiel, contemplada na Constituição, mas excluída da sistemática da Convenção. Quanto à primeira, a questão resume-se a saber se a lei ordinária pode criar outras hipóteses de cabimento de prisão civil por dívida, além daquelas previstas diretamente pela Constituição, com a equiparação de outros contratos ao de depósito. Sobre esse ponto, o STF e o STJ sempre divergiram.

De início, o STF entendeu reiteradamente ser possível a prisão civil do devedor fiduciante, já que a legislação ordinária o equipara ao depositário:

Esta Corte, por seu Plenário (HC 72.131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel. (...) Inconstitucionalidade da interpretação dada ao artigo 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica no sentido de derrogar o Decreto-Lei 911/69 no tocante à admissibilidade da prisão civil por infidelidade do depositário em alienação fiduciária em garantia. É de observar-se, por fim, que o § 2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional. Recurso extraordinário conhecido e provido⁹.

O STJ, por sua vez, com algumas exceções, tem adotado entendimento oposto, decidindo ser incabível tal prisão:

Habeas Corpus. Alienação fiduciária. Prisão civil. Descabimento. Orientação da Corte Especial. Concessão da ordem. A partir do julgamento dos EREsp 149.519-GO [rectius: 149.518] julgados em 05/05/99 (DJU 28 fev. 00), a

Corte Especial, modificando o entendimento anterior em relação ao tema, consolidou a orientação de que é incabível a prisão civil em alienação fiduciária, em razão da inocorrência de relação de depósito¹⁰.

Porém, no último dia 12 de dezembro de 2008 foi publicada decisão que marca definitivamente uma mudança na posição original do STF. No julgamento do RE 466.343/SP¹¹, o Tribunal decidiu pela inconstitucionalidade da prisão civil por dívida no caso da alienação fiduciária. O voto do Relator, Ministro Cezar Peluso, foi no sentido de rechaçar qualquer equiparação entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária, não sendo possível, portanto, estender a aplicabilidade da prisão civil também aos casos de alienação fiduciária. A decisão foi tomada por maioria, vencidos os Ministros Moreira Alves e Sydney Sanches.

Quanto à prisão civil do *depositário infiel*, o STF e o STJ sempre mantiveram posição uniforme no sentido da validade da prisão, já que autorizada pela Constituição. Todavia, recentemente, ambos os tribunais mudaram seus posicionamentos. O Plenário do STF, em conclusão de julgamento do *Habeas Corpus* nº 87.585/TO, objeto do presente comentário, determinou ser ilegítima a prisão civil do depositário infiel. Para tanto, o Tribunal considerou que o disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição dá aos tratados sobre direitos humanos – como o Pacto de São José – um status diferenciado, superior ao do direito ordinário interno, embora não os eleve ao nível de normas constitucionais (o que somente seria possível pela via do § 3º do mesmo artigo). Ou seja: o STF afirmou o caráter *supralegal* – embora *infraconstitucional* – das convenções internacionais que versem sobre direitos humanos. Desse modo, a internalização do Pacto de São José da Costa Rica não apenas revogou as normas ordinárias que, à época, regulamentavam a prisão civil do depositário infiel, como implicou a invalidade das disposições semelhantes contidas no Novo Código Civil, editado após a promulgação do Pacto.

Essa mudança de entendimento foi acompanhada

pelo STJ no HC nº 123.755, por exemplo, no qual foi concedida a ordem para o fim de impedir a prolação do decreto prisional. Para fundamentar sua decisão, o Relator, Ministro Luiz Fux, defendeu a posição privilegiada de que gozam os tratados relativos a direitos humanos no ordenamento brasileiro e citou a dignidade da pessoa humana como princípio basilar do Estado Democrático¹². Além desse, muitos outros julgados do STJ também seguiram essa linha¹³. Portanto, é possível afirmar ter havido uma alteração definitiva no âmbito também daquela Corte, tendo em vista as ações julgadas após a confirmação da mudança de entendimento do STF¹⁴.

NOTAS E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

*Professora Adjunta de Direito Internacional Privado e Direito Processual Internacional da Faculdade de Direito da UERJ, Professora da Pós-graduação da Universidade Gama Filho e Doutora em Direito Internacional pela Universidade de Virginia – EUA.

¹ Desde a Constituição da República de 1891, admite-se a verificação da compatibilidade entre a letra do tratado e a da Constituição (art. 59, § 1º, a).

² STF, DJU 21.fev.1997, RE 172.720-9, Rel. Min. Marco Aurélio.

³ “Abstraída a constituição do Estado, sobrevive o problema da concorrência entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional. A solução, em países diversos, consiste em garantir a prevalência aos tratados. Noutros, entre os quais o Brasil contemporâneo, garante-se-lhes apenas um tratamento paritário, tomadas como paradigma as leis nacionais e diplomas de grau equivalente.” [José Francisco Rezek, *Direito dos Tratados*, 1984, p. 463].

⁴ Jacob Dolinger, *As soluções da Suprema Corte Brasileira para os conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: um exercício de ecletismo*, Revista Forense 334:83, onde o autor reproduz as sugestões de Celso de Albuquerque Mello, Luís Ivani de Amorim Araújo e João Grandino Rodas. Este último critica expressamente a omissão do texto constitucional, que deixa o país à mercê de eventual responsabilização internacional por deixar de reconhecer eficácia interna a uma norma convencional a que esteja obrigado [João Grandino Rodas, *A Constituinte e os Tratados Internacionais*, Revista dos Tribunais 624:49, 1987].

⁵ O “leading case” na matéria é STF, DJU 29 dez. 1977, RE 80.004/SE, Rel. Min. Cunha Peixoto. Essa orientação se mantém firme até hoje.

⁶ Flavia Piovesan, *Direitos humanos e o direito internacional*, 2004, p. 75 e ss.. Celso de Albuquerque Mello também defendia

que as normas internacionais de direitos humanos formam uma ordem superior ao direito interno com base na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e na prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do Brasil (art. 4º, II), de sorte que chegava a igual conclusão: não seria possível a prisão civil senão nas hipóteses em que autorizada pelas convenções (Celso de Albuquerque Mello, *Curso de direito internacional público*, vol. I, 2002, p. 807-8).

⁷ STF, DJU 1º ago. 2003, HC 72.131/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁸ Habeas Corpus nº 87.585 – Tocantins, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.08, Inf./STF nº 531, edição eletrônica.

⁹ STF, DJU 29 jun. 2001, RE 302.624-1/MG, Rel. Min. Moreira Alves.

¹⁰ STJ, DJU 5 jun. 2000, HC 7.859/SP, Rel. Min. Sálvio F. Teixeira. No mesmo sentido, STJ, DJU 28 fev. 2000, EDv em RE 149.518/GO, Rel. Min. Ruy Rosado; STJ, DJU 5 jun. 2000, HC 7.859/SP, Rel. Min. Sálvio F. Teixeira. Vide tb. STJ, DJU 10 jun. 2002, HC 11.918/CE, Rel. Min. Antônio de Pádua; STJ, DJU 10 jun. 2002, HC 21.077/RS, Rel. Min. Felix Fisher; STJ, DJU 5 ago. 2002, HC 20.246/SP, Rel. Min. Gilson Dipp; STJ, DJU 17 fev. 2003, HC 20.161/RS, Rel. Min. Vicente Leal; STJ, DJU 4 jun. 2007, HC 78.915/DF, Rel. Min. Ari Pargendler e STJ, DJU 5 fev. 2007, AgRg nos Edcl no REsp 816.666/DF, Rel. Min. Jorge Scatezzini. Em sentido oposto: STJ, DJU 4 ago. 2003, RO em HC 14.423/MG, Rel. Min. A. de Pádua Ribeiro.

¹¹ STF, DJU 12 dez. 2008, RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso.

¹² STJ, DJU 12 dez. 2008, HC 123.755/SP, Rel. Min. Luiz Fux.

¹³ STJ, DJU 17 dez. 2008, HC 120.902/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi; STJ, DJU 09 dez. 2008, HC 105.121/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi.

¹⁴ STJ, DJU 09.fev.2009, HC 96.180/SP, Rel. Min. Laurita Vaz; STJ, DJU 10.fev.2009, RHC 24.978/MS, Rel. Min. Sidnei Beneti; STJ, DJU 6.mar.2009, RHC 25.206/SC, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias e STJ, DJU 27.fev.2009, HC 128.864/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão.