

# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

# Seção IV

Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas

# Reflexos da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel à luz do Pacto de São José da Costa Rica: uma visão doutrinária e jurisprudencial

Leandro Ambros Gallon\*  
Caroline Ribeiro Bianchini\*\*  
Reynaldo Camargo Mello\*\*\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Da prisão civil do alienante fiduciário. 3 Do insculpido na Convenção Americana de Direitos Humanos. 4 A nova hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos e a cláusula aberta do § 2º do art. 5º da Magna Carta. 5 A posição clássica do Supremo Tribunal Federal acerca do patamar dos tratados internacionais humanitários: *status* de lei ordinária. 6 Da equiparação dos tratados internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais. 7 Das normas internacionais de direitos humanos com caráter de supralegalidade. 8 Da incorporação com *status* constitucional dos tratados humanitários. 9 Das distinções entre um tratado ser formalmente constitucional e materialmente constitucional. 10 Dos tratados humanos internacionais e das cláusulas pétreas. 11 Do princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano (princípio do *pro omnes*) e da teoria do *dialogue des sources*. 12 Conclusão.

---

\* Leandro Ambros Gallon é acadêmico do curso de Direito das Faculdades Integradas FACVEST.

\*\* Caroline Ribeiro Bianchini é advogada, mestre em Direito, professora de Direito Processual Civil IV nas Faculdades Integradas FACVEST.

\*\*\* Reynaldo Camargo Mello é professor de Metodologia da Pesquisa Jurídica nas Faculdades Integradas FACVEST, bacharel em Direito, especialista em Docência no Ensino Superior e mestre em Educação.

## 1 Introdução

O aprofundamento em apreço visa avaliar as implicações trazidas ao ordenamento jurídico pátrio no tocante à prisão civil por dívida do depositário infiel no caso de alienação fiduciária em garantia. É essencial separar os regimes em referência – depósito e alienação fiduciária –, porquanto a discussão aprofundada gera ilações distintas. De um lado observa-se alguma admissibilidade em relação à impossibilidade da prisão (no segundo), ao passo que várias são as divergências no que concerne ao depositário “propriamente dito” (aquele por meio do qual se originou a ação depositária).

Entretanto, não apenas disso versa aludido trabalho. Em decorrência da nova hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, as repercussões englobaram, também, a prisão do depositário infiel (aquele cujo contrato anterior não era o de alienação fiduciária e sim o de depósito).

Nesse passo, além de explicitar as correntes doutrinárias hodiernas acerca do tema, uma exposição jurisprudencial também é realizada, a fim de analisar criticamente a visão dos doutos julgadores.

Outrossim, mercê de sua relevância, examina-se recente entendimento emanado de alguns ministros do excelso Supremo Tribunal Federal, cuja última notável manifestação sobreveio com voto do ministro Gilmar Mendes, no RE n. 466.343/SP, do qual se constata criação de nova posição acerca do assunto e se colaciona breve análise acerca da temática:

Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matéria de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadim-

plente (STF, RE n. 366.464/SP, rel. min. Cezar Peluso, Pleno – Em andamento).

Não obstante, pela sua complexidade e significativa repercussão entre os estudiosos, a diversificação dada ao enfoque acarreta inestimáveis conseqüências seja na prática, porquanto ataca diretamente a restrição à liberdade de locomoção do depositário infiel, seja no mundo científico, uma vez que as reflexões e inferências são imprescindíveis para a evolução da sociedade.

Por conseguinte, a pesquisa em comento demonstra explícita aplicação interdisciplinar, haja vista penetrar no direito constitucional e, sobretudo, na questão das cláusulas péticas, passando pelo ingresso no sistema jurídico brasileiro dos *pactos internacionais humanitários*, até atingir as modalidades contratuais civis.

## 2 Da prisão civil do alienante fiduciário

Para se compreender com *exatidão* o real significado da polêmica, é imprescindível partir de algumas premissas básicas acerca da modalidade contratual da *alienação fiduciária*.

A fidúcia ou *trust* é, na lição de Pereira<sup>1</sup>,

o contrato pelo qual uma das partes, recebendo da outra bens móveis ou imóveis, assume o encargo de administrá-los em proveito do instituidor ou de terceiro, tendo a sua livre administração, embora sem prejuízo do beneficiário.

Na mesma linha, conceitua-se o *negócio fiduciário* como sendo:

o ato pelo qual se realizaria a transmissão de uma coisa ou de um direito ao fiduciário para garantir ou resguardar certos direitos, estabelecendo-se a obrigação de o adquirente efetuar sua devolução ao alienante, uma vez atendido aquele fim<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> PEREIRA, 1978.

<sup>2</sup> DINIZ, 2005, p. 637.

A Lei n. 4.728/1965, com alteração advinda pelo Decreto-Lei n. 911/1969, introduziu a figura da *alienação fiduciária em garantia*, cujo escopo consiste na transferência, feita pelo devedor ao credor, da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem, mesmo enfiteutico com garantia de seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o adimplemento da obrigação, ou melhor, com o pagamento da dívida garantida.

Com efeito, impende alvitrar que a discussão central insere-se na redação do art. 4º do Decreto-Lei n. 911/1969<sup>3</sup>, a qual dispõe haver possibilidade, por óbvio ao credor, de converter o pedido de busca e apreensão em ação de depósito, no caso de o bem alienado fiduciariamente não ser encontrado ou não se achar na posse do devedor.

Desse modo, portanto, *haveria possibilidade de se aplicar a prisão civil* deste mercê do disposto no art. 5º, LXVII, *in fine*, da Constituição da República de 1988<sup>4</sup>, *uma vez que se estaria diante de legítimo depositário infiel*. Tal aplicação prisional foi por muito tempo admitida pelo egrégio STF, *verbi gratia*, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 72.131/RJ, cuja decisão fora proferida em 23 de novembro de 1995.

EMENTA: “HABEAS CORPUS”. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR COMO DEPOSITÁRIO INFIEL. – Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva

<sup>3</sup> “Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil” [g.n.].

<sup>4</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

LXVII – *não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*” [g.n.].

contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. – Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. “Habeas corpus” indeferido, cassada a liminar concedida (STF, HC n. 72.131/RJ, rel. min. Marco Aurélio Mello, Pleno, DJ de 23 nov. 1995).

No entanto, frisa-se que a ementa transcrita foi resultado da votação do Pleno, *totalmente distinta* da conclusão a que chegara o relator ministro Marco Aurélio, acompanhado dos ministros Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.

Por consectário, em que pese o excelso pretório tenha se manifestado favorável à prisão civil mesmo em consequência da conversão anteriormente aludida, a alteração de seus membros, acompanhada de nova perspectiva sobre o tema, fez com que a tese ventilada por tais magistrados ganhasse força e novos adeptos.

Explicitado o prisma até então dominante no STF, convém examinar referida questão sob outro viés.

A nova ótica do tema encontra no julgamento cujo relator foi o ministro do STJ Athos Gusmão Carneiro uma das primeiras manifestações, pronunciada em 1991, ao julgar o Recurso Especial n. 2.320/RS.

Prisão civil. Sua *impossibilidade* nos casos de depósitos *atípicos*, instituídos por “equiparação” para reforço das garantias em favor de credores. Prevalência da norma constitucional, tutelar do direito maior a liberdade, e imune a leis ordinárias ampliativas do conceito de depositário infiel.

[...]

Declaro meu entendimento de que a excepcional prisão civil por dívida é limitada aos casos em que *está em perigo o valor constitucionalmente conceituado como superior ao próprio valor liberdade*, ou seja, o direito à vida, nos casos de obrigação alimentícia, e o respeito

à confiança e à boa-fé empenhada na guarda de coisa alheia, nos casos de depositário infiel.

[...]

Entendo, todavia, neste segundo caso, que se cuide de depósito regular propriamente dito, àquele previsto no Código Civil (artigo 1.287) sob pena de, em ampliando a compreensão do contrato de depósito e ao mesmo tempo equiparando *depósitos atípicos*, estarmos a placitar, pura e simplesmente, a prisão por dívidas em surpreendente retrocesso aos tempos mais primevos do Direito Romano, ao *nexum*, a *manus injetio* (STJ, REsp. n. 2.320/RS, rel. min. Athos Gusmão Carneiro, Quarta Turma, DJ de 9 set. 1991) [g.n.].

Destarte, não somente alguns doutrinadores já se manifestavam como também os Tribunais Superiores admitiam tal perspectiva.

O ministro Marco Aurélio, em seu voto no aresto abaixo mencionado, faz inigualável exposição jurídica, conquanto não bastante para abarcar a quantidade necessária a culminar a admissão argumentativa de sua posição. Aduz, pois:

O preceito inserto no inciso LXVII do rol das garantias constitucionais outro sentido não tem senão o de situar, como passível de vir a ser preso, o depositário infiel, ou seja, aquele que, à mercê da celebração de um contrato, *o de depósito*, haja recebido um objeto móvel, para guardar, até que a parte contrária, o depositante, reclamasse-o. *Exsurge como objeto único nesse ajuste a entrega do bem móvel em depósito e a obrigação de devolvê-lo tão logo o depositante manifeste a vontade de tê-lo de volta*. As peculiaridades do negócio jurídico é que respaldam o elemento de coerção drástico que é a possibilidade de o detentor do bem vir a ser *preso*. Alguém, na titularidade do domínio de um bem, entrega-o, sem aliená-lo, a outrem, que assume, por sua vez, a obrigação não só de preservá-lo, como também a principal de proceder à devolução no momento em que instado a assim fazê-lo.

Pois bem, cumpre saber a natureza da norma constitucional autorizadora da prisão do depositário infiel. Revela-a o comando maior contido no inciso em comento. Iniludivelmente, consubstancia vedação: “não haverá prisão civil por dívida...”. A regra é que,



por dívida civil, ninguém será privado da liberdade. As exceções estão contempladas no preceito exaustivo que se segue à primeira oração – “não haverá prisão por dívida civil”. Correm à conta de duas situações que se mostram, sob o ângulo de uma Carta liberal, socialmente aceitáveis. *De um lado, homenageou-se o cumprimento de obrigação alimentícia e, de outro, o direito de propriedade, inibindo-se a prática de atos danosos justamente por aquele que tenha assumido a obrigação de preservar o bem devolvendo-o assim que o queira o proprietário.*

*O que se afigura inconcebível é que se confira à norma constitucional interpretação que acabe elastecendo as hipóteses de prisão por dívida civil.* O contrato de depósito, a motivar o surgimento das figuras do depositante e do depositário, possui natureza real. A obrigação assumida é de devolução do bem e não do pagamento de prestações sucessivas, como ocorre na alienação fiduciária (STF, HC n. 72.183-4/SP, rel. min. Marco Aurélio Mello, Segunda Turma, DJ de 22 nov. 1996) [g.n.].

Vale ponderar que a explanação em epígrafe detém em seu cerne o escopo de aquilatar interpretação constitucional focalizando o inciso LXVII do art. 5º. O insigne julgador, com índole eminentemente humanista e razoável, expôs seu posicionamento ao rejeitar a prisão civil do depositário infiel, notadamente quando este foi, no início da relação jurídica, típico alienante fiduciário. Trata-se da máxima restrição às hipóteses de segregação física de caráter civil introduzidas na Carta Magna de 1988. E arremata, implantando admirável crítica no concernente à “criatividade legislativa” no momento da *conversão* do alienante fiduciário em ação de depósito, com o explícito fim de compeli-lo à restituição (em caso de não encontrado o bem ou fora de sua posse), uma vez que, inversamente, “perfeita” estaria sua prisão:

Senhor Presidente, admito a criatividade, quer no campo normativo, quer no da interpretação de regras que compõem a ordem jurídica. Todavia, tudo há de ocorrer mediante estrita observância ao Texto Maior, que, no caso, excepciona a proibição de vir-se a ter prisão por dívida civil, fazendo-o de forma limitada. Descabe admitir que a parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição

Federal encerra caminho aberto a que o legislador cole a contrato de compra e venda – alfim verdadeiro contrato de compra e venda de bem móvel – esse meio coercitivo para o recebimento do preço pactuado, que é a prisão. *Não, a exceção contemplada constitucionalmente é imune a enfoques que acabem por nela agasalhar contratos voltados a garantia de dívida, como é o caso da alienação fiduciária, e que distante, muito distante ficam do contrato de depósito, a qualificar, no campo da exclusividade, as figuras do depositante e do depositário. A não ser assim, desprezando-se o fundo, o real, a verdadeira intenção das partes, em benefício do formal, da rotulação, da simples fachada, aberto estará o caminho ao elastecimento das hipóteses em que viável a prisão por dívida civil. Suficiente será que norma estritamente legal mascare a realidade e, com desprestígio a institutos, ao verdadeiro sentido de expressões e de vocábulos consagrados pela ordem jurídica, pelo meio acadêmico e em julgamentos, dê a uma das partes, como em um passe de mágica – e, para tanto, o vernáculo é pródigo – a qualificação de depositário e, à outra, a de depositante, muito embora não se tenha como objeto em si do contrato, perseguido por uma das partes, a devolução do bem, mas sim o pagamento respectivo, a liquidação de parcelas sucessivas.*

*Interpreto a Constituição tal como ela se revela, ou seja, como a consubstanciar, no caso, uma garantia constitucional, voltada não à proteção patrimonial de certos credores, como se contemplados com verdadeiro privilégio, mas à pessoal dos devedores (STF, HC n. 72.183-4/SP, rel. min. Marco Aurélio Mello, Segunda Turma, DJ de 22 nov. 1996) [g.n.].*

Em síntese, além de esposar respeitável doutrina, *in casu*, concedera ordem para afastar a possibilidade de o paciente vir a ser preso em virtude da ação de depósito intentada a partir do contrato de alienação fiduciária firmado.

No dizer sempre oportuno de Álvaro Villaça Azevedo, titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em seu artigo publicado no Repertório IOB de Jurisprudência, n. 23/93, *o legislador da alienação fiduciária aumentou exageradamente a garantia ao credor*. Citando Orlando Gomes, aponta que, na espécie, a ação de depósito está expressamente admitida

como um dos meios judiciais de que pode se socorrer o credor para obter a satisfação do crédito. Consigna, então:

No caso da alienação fiduciária em garantia, *não existe contrato de depósito*, pois o fiduciante não tem o dever de guardar o objeto, para restituição, imediata, quando pedido pelo fiduciário. *O fiduciante, em verdade, tem o objeto não para guardar, mas para utilizar-se dele, podendo nunca entregá-lo ao fiduciário, se a este pagar todo débito do financiamento* [g.n.].

Da mesma forma, constata-se a visão de Hanada<sup>5</sup>:

A orientação que se apresenta de acordo com o sistema jurídico, com esteio na norma constitucional, não autoriza a prisão civil do devedor na alienação fiduciária em garantia, onde não existe contrato de depósito no seu preciso sentido, nem a afirmação da prisão em caso de furto, ainda que segurada a coisa, pois a isto estaria, claramente, aplicando a prisão civil por dívida de dinheiro.

Recentemente, a fim de solidificar a questão ante nova composição Plenária, o ministro Cezar Peluso, relator, ao proferir seu voto no RE n. 466.343/SP, negou provimento ao recurso, *por entender que a aplicação do art. 4º do Decreto-Lei n. 911/1969, em todo o seu alcance, é inconstitucional*. Afirmara, inicialmente, que entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia não há afinidade, conexão teórica entre dois modelos jurídicos, que permita sua equiparação. Outrossim, ressaltou que, à lei, só é possível equiparar pessoas ao depositário com o fim de lhes autorizar a prisão civil como meio de compeli-las ao adimplemento de obrigação, quando não se deforme nem deturpe, na situação equiparada, o arquétipo do depósito convencional, em que o sujeito contrai obrigação de custodiar e devolver, conforme se extrai dos Informativos 449 e 450 do STF.

---

<sup>5</sup> HANADA, 1987, p. 120 e 123.

Portanto, no concernente à prisão civil do depositário infiel em decorrência de conversão efetuada com base no Decreto-Lei n. 911/1969, no qual o sujeito em tela fora alienante fiduciário em garantia, tal modalidade resta *inexoravelmente* sepultada no ordenamento jurídico pátrio.

Essa conclusão, por seu turno, diverge muito quando o assunto reporta-se à prisão do depositário infiel cuja *actio* autêntica é a de depósito, isto é, do *típico depositário*.

### **3 Do insculpido na Convenção Americana de Direitos Humanos**

Em princípio, assenta-se que o Pacto de São José da Costa Rica (ou Convenção Americana de Direitos Humanos) de 22 de novembro de 1969, ratificado pelo Brasil em 6 de novembro de 1992, sob o Decreto n. 678, preceitua em seu inciso VII do art. 7º: “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Ainda assim, destacam-se os dizeres do ministro Marco Aurélio, cuja demonstração explícita subsistir apenas uma forma de prisão civil, a alimentar.

Ainda que se pudessem colocar em plano secundário os limites constitucionais, a afastarem, a mais não poder, a possibilidade de subsistir a garantia da satisfação do débito como meio coercitivo, no caso de alienação fiduciária, que é a prisão, tem-se que essa, no que decorre não da Carta Política da República, *que para mim não a prevê*, mas do Decreto-Lei 911/69, *já não subsiste na ordem jurídica em vigor*, porquanto o Brasil, mediante o Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao chamado Pacto de São José da Costa Rica. É certo que somente o fez cerca de vinte e dois anos após a formalização.

Entrementes, a adoção mostrou-se linear, consignando o artigo primeiro do Decreto mediante o qual promulgou a citada Convenção que a mesma há de ser cumprida tão inteiramente como nela se contém. Ora, o inciso VII do art. 7º revela que: “ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. *Constata-se assim que a única exceção contemplada corre à conta de obrigação alimentar. A promulgação sem qualquer reserva atrai, necessariamente e no campo legal, a conclusão de que hoje somente subsiste uma hipótese de prisão por dívida civil, valendo notar a importância conferida pela Carta de 1988 aos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. A teor do disposto no § 2º do art. 5º, tais documentos geram direitos e garantias individuais:*

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte” (STF, HC n. 72.131/RJ, rel. min. Marco Aurélio Mello, Pleno, DJ de 23 nov. 1995) [g.n.].

#### **4 A nova hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos e a cláusula aberta do § 2º do art. 5º da Magna Carta**

Conforme dispõe o constitucionalista Novelino<sup>6</sup>:

O Supremo Tribunal Federal *adotava* o entendimento de que todo e qualquer tratado internacional, independentemente de seu conteúdo, *tinha* o *status* de lei ordinária (CF, art. 102, III, *b*).

No entanto, a cada dia vinha se consolidando a tese – cujos precursores no Brasil foram Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan – de que os tratados internacionais de direitos humanos *teriam a mesma hierarquia das normas constitucionais, por força do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição.*

A EC n. 45/04, na tentativa de pôr fim à controvérsia, acrescentou um terceiro parágrafo ao art. 5º. O dispositivo preceitua que, se o

---

<sup>6</sup> NOVELINO, 2007, p. 32.

tratado ou convenção sobre direitos humanos for aprovado pelo Congresso Nacional com o mesmo procedimento previsto para as emendas, serão equivalentes a elas.

A partir de então os tratados internacionais, via de regra, possuem o *status* de uma lei ordinária e se situam no escalão intermediário, ao lado dos atos normativos primários. Já os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, *se* aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (CF, art. 5º, § 3º) [g.n.].

Dessa forma, prelecionam os professores Gomes e Mazzuoli, a fim de, didaticamente, exporem as vias doutrinárias existentes, que<sup>7</sup>:

Os Tratados de Direitos Humanos poderiam ser incorporados no Direito interno brasileiro: (a) como Emenda Constitucional (CF, art. 5º, § 3º) ou (b) como Direito supralegal (voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-SP) ou (c) como Direito constitucional (essa é a posição doutrinária fundada no art. 5º, § 2º, da CF) ou, por último, (d) como Direito ordinário (antiga posição da jurisprudência do STF).

Aliás, valiosas são as palavras de Mazzuoli, em obra singular<sup>8</sup>:

A Constituição de 1988, dentro dessa ótica internacional marcadamente *humanizante e protetiva*, erigiu a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inciso III<sup>9</sup>) e a *prevalência dos direitos humanos* (art. 4º, inciso II<sup>10</sup>) a *princípios fundamentais* da República Federativa do Brasil. Este último passou a ser, inclusive, princípio pelo qual o Brasil deve se reger no cenário internacional. A Carta de 1988, dessa forma, insti-

<sup>7</sup> GOMES; MAZZUOLI, 2007.

<sup>8</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 492.

<sup>9</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a *dignidade da pessoa humana*,” [g.n.].

<sup>10</sup> “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II – *prevalência dos direitos humanos*”.

tuiu no país novos princípios jurídicos que conferem suporte axiológico a todo o sistema normativo brasileiro e que devem ser sempre levados em conta quando se trata de interpretar quaisquer normas do ordenamento jurídico pátrio. Dentro dessa mesma trilha, que começou a ser demarcada desde a Segunda Guerra Mundial, em decorrência dos horrores e atrocidades cometidos pela Alemanha Nazista no período sombrio do Holocausto, a Constituição brasileira de 1988 deu um passo extraordinário rumo à abertura do nosso sistema jurídico ao *sistema internacional de proteção dos direitos humanos*, quando, no § 2º do art. 5º, deixou bem estatuído que:

“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*” [g.n.]<sup>11</sup>.

Com base nesse dispositivo, que segue tendência do constitucionalismo contemporâneo, sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm *índole e nível constitucionais*, além de aplicação *imediata*, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. E a nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece que *os direitos e garantias* nela elencados “*não excluem*” outros provenientes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil “*se incluem*” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “*não excluem*” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, *a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”*<sup>12</sup> [g.n.].

<sup>11</sup> Registre-se, por oportuno, que a cláusula do § 2º do art. 5º da Constituição resultou de proposta do professor Antônio Augusto Cançado Trindade, na audiência pública à Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais da Assembléia Nacional Constituinte, em 29 de abril de 1987.

<sup>12</sup> São inúmeros os outros argumentos em favor da índole e do nível constitucionais dos tratados de direitos humanos no nosso ordenamento jurídico interno, que preferimos não tratar aqui, por já terem sido detalhadamente estudados em vários outros

E ainda, com idêntica lucidez, leciona, desenvolvendo contagiado entendimento, além de, por óbvio, traçar os ditames por meio dos quais interpretam alguns estudiosos da seara internacional. Nesse ínterim, postula até mesmo visão doutrinária ainda mais extrema:

Da análise do § 2º do art. 5º da Carta brasileira de 1988, percebe-se que três são as vertentes, no texto constitucional brasileiro, dos direitos e garantias individuais: *a)* direitos e garantias *expressos* na Constituição, a exemplo dos elencados nos incisos I ao LXXVIII do seu art. 5º, bem como outros fora do rol de direitos, mas dentro da Constituição, como a garantia da anterioridade tributária, prevista no art. 150, III, *b*, do Texto Magno; *b)* direitos e garantias *implícitos*, subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados, e *c)* direitos e garantias *inscritos nos tratados internacionais* em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[...]

Para nós, cláusula aberta do § 2º do art. 5º da Carta de 1988, sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no *mesmo grau hierárquico das normas constitucionais*, e não em outro âmbito de hierarquia normativa. Portanto, segundo sempre defendemos, o fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de *status* constitucional.

Ainda em sede doutrinária, também não faltam vozes que, dando um passo mais além do nosso, defenderam cientificamente *o status supraconstitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos*, levando-se em conta toda a principiologia internacional marcada pela força expansiva dos direitos humanos e pela sua caracterização como normas de *jus cogens* internacional<sup>13</sup> [g.n.].

---

dos nossos trabalhos sobre o tema. Cf., especialmente sobre o assunto, Mazzuoli (2002a, p. 233-252; 2002b, p. 109-176; 2004).

<sup>13</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 493.



## 5 A posição clássica do Supremo Tribunal Federal acerca do patamar dos tratados internacionais humanitários: *status* de lei ordinária

Haja vista o estatuído no § 2º do art. 5º, percebe-se que serão admitidos pelo país os tratados internacionais anuídos pela República, de tal sorte que a Constituição reconhecerá (a rigor: não excluirá) o conteúdo por aqueles previsto quando condizente com seus princípios.

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.

Nessa senda, o excelso pretório, valendo-se da *doutrina paritária*<sup>14</sup>, ao entender sobre a posição hierárquica e ingresso das normas internacionais cuja República avençou, considera (embora não à unanimidade) esses dispositivos no *parâmetro das leis ordinárias*, razão pela qual colaciona-se o magistério do ex-ministro do STF Francisco Rezek. Salienta-se que a conclusão, *in casu*, foi obtida em relação ao Decreto-Lei n. 911/1969, ainda como outro modo argumentativo a pulverizar a prisão civil do depositário infiel cuja posição anterior era a de alienante fiduciário.

Para Francisco Rezek, veiculado em Direito dos Tratados, uma vez promulgada, a convenção passa a integrar a ordem jurídica em patamar equivalente ao da legislação ordinária. Assim, a nova disciplina da matéria, ocorrida a partir de 6 de novembro de 1992, implicou a derrogação do Decreto-lei 911/69, no que se tinha como abrangente da prisão civil na hipótese de alienação fiduciária. O preceito de Convenção Americana de Direitos Humanos, limitador de prisão por dívida passou a vigor com estatura de legislação ordinária, suplantando, assim, enfoques em contrário, relativamente

<sup>14</sup> Doutrina paritária é aquela por meio da qual se busca localizar no mesmo parâmetro (leia-se: nível hierárquico, ou seja, parificar), as normas com *status* de lei ordinária e os tratados internacionais.

a essa última, até então em vigor (STF, HC n. 72.183-4/SP, rel. min. Marco Aurélio Mello, Segunda Turma, *DJ* de 22 nov. 1996).

Tal entendimento foi o adotado, de igual maneira, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.480/DF, da relatoria do ministro Celso de Mello, em 8 de agosto de 2001<sup>15</sup>.

É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto.

[...]

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 (STF, ADI n. 1.480/DF, rel. min. Celso de Mello, Pleno, *DJ* de 8 ago. 2001).

---

<sup>15</sup> Impende advertir que, ao manifestar seu entendimento no HC 87.585-8 em 12 de março de 2008, aludido ministro mudou sua conclusão, para avançar no tema em referência, porquanto inadmitira a prisão do depositário infiel propriamente dito.

Ressalta-se que narrado posicionamento, a despeito da nova tendência humanista futuramente esposada, tem importância quando os tratados não forem relativos a direitos humanos.

Entretanto, pode-se afirmar que a essa corrente filia-se a maior parte dos constitucionalistas, divergindo do pensamento de vários doutrinadores do direito internacional público. Conseqüentemente, dispõe Ferreira Filho<sup>16</sup>:

É pacífico no direito brasileiro que as *normas internacionais convencionais* – cumprindo o processo de integração à nossa ordem jurídica – *têm força e hierarquia de lei ordinária*. Em conseqüência, se o Brasil incorporar tratado que institua direitos *fundamentais*, *esses não terão senão força de lei ordinária*. Ora, os direitos fundamentais outros têm a posição de normas constitucionais. Ou seja, haveria direitos fundamentais de dois níveis diferentes: um constitucional, outro meramente legal [g.n.].

No mesmo diapasão estabelece Moraes<sup>17</sup>: “no Brasil os atos e tratados internacionais devidamente incorporados em nosso ordenamento jurídico ingressam com a mesma hierarquia normativa que as leis ordinárias”.

Nesse rumo, advertem Nunes Júnior e Araujo<sup>18</sup> que:

O fato de o tratado entrar na ordem jurídica brasileira não significa obrigatoriamente que ele ingressará no plano constitucional. Não é essa a dicção do § 2º do art. 5º. O texto afirma que outros direitos devem ser integrados. Não quer dizer que o devam ser com marca de norma constitucional.

E acrescentam que “o tratado pode ser veiculador de direitos individuais e coletivos, mas ingressa na ordem jurídica brasileira com *status* de norma ordinária”.

---

<sup>16</sup> FERREIRA FILHO, 1995, p. 99.

<sup>17</sup> MORAES, 2000, p. 308-309.

<sup>18</sup> NUNES JÚNIOR; ARAUJO, 1999, p. 129.

Luís Roberto Barroso<sup>19</sup> é objetivo quando descreve que “os tratados internacionais são incorporados ao direito interno em nível de igualdade com a legislação ordinária”.

Ademais, ao se manifestar no que toca à tese da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos, o ministro Gilmar Mendes cita longo trecho da lavra de Cançado Trindade para pulverizar a utilização de aludida corrente, do qual se sintetiza:

*Com efeito, não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. A hierarquia de valores deve corresponder a uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente neste domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos – que na verdade não existem –, mas antes da falta de compreensão da matéria e da vontade de dar real efetividade àqueles tratados no plano do direito interno.*

Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, *no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os §§ 2º e 1º do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, pela primeira vez entre nós a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno.*

Por conseguinte, mostra-se inteiramente *infundada*, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a *tese clássica* – ainda seguida em nossa prática constitucional – *da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional* (STF, RE n. 366.464/SP,

---

<sup>19</sup> BARROSO, 1999, p. 33.

rel. min. Cezar Peluso, Pleno, – Em andamento) [sem grifos no original].

## **6 Da equiparação dos tratados internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais**

Sobre essa corrente, malgrado com ela não coadune, expõe-lhe, ainda, referidos docentes<sup>20</sup>:

Tal possibilidade vem disciplinada no parágrafo 3º, do artigo 5º, da CF, inserido pela Emenda Constitucional 45, que diz: “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”. Mas, até agora, nenhum Tratado de Direitos Humanos foi introduzido no Brasil de acordo com o procedimento legislativo mencionado. *Ou seja: no Brasil nenhum tratado (ainda) conta com status de emenda constitucional* [g.n.].

A sua vez, em artigo publicado, o professor Capez<sup>21</sup>, discorrendo sobre o tema, assim assentou:

Acabando com essa celeuma, a EC n. 45/2004 passou a prever expressamente que os tratados e convenções internacionais *serão equivalentes às emendas constitucionais*, somente se preenchidos dois requisitos: (a) tratem de matéria relativa a direitos humanos + (b) sejam aprovados pelo Congresso Nacional, em dois turnos, pelo quorum de três quintos dos votos dos respectivos membros (duas votações em cada Casa do Parlamento, com três quintos de quorum em cada votação). Obedecidos tais pressupostos, o tratado terá índole constitucional, podendo revogar norma constitucional anterior, desde que em benefício dos direitos humanos, e tornar-se imune a supressões ou reduções futuras, diante do que dispõe o art. 60, § 4º, IV, da CF (as normas que tratam de direitos individuais não podem ser suprimidas, nem reduzidas nem mesmo por emenda constitucional, tornado-se cláusulas pétreas) [g.n.].

---

<sup>20</sup> GOMES; MAZZUOLI, 2007.

<sup>21</sup> CAPEZ, 2007.

Sob essa perspectiva, segundo supracitado estudioso, somente conterão *status* de emenda constitucional acaso sejam formalmente recepcionados pelo ordenamento jurídico, ou seja, se preencherem os requisitos elencados, podendo revogar disposição constitucional anterior conflitante com direitos humanos. Doutro lado, porventura os tratados internacionais não forem submetidos à votação específica, tampouco versem sobre direitos humanos, detêm *status* de legislação ordinária, sem alterar a Constituição.

E, nesse viés, também caminha o magistério de Pinho<sup>22</sup>:

A Emenda Constitucional n. 45, ao acrescentar ao art. 5º dois novos parágrafos, estabeleceu que “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” (§ 3º). Desta forma, ante o novo dispositivo constitucional, superando antiga controvérsia doutrinária e jurisprudencial, *não resta qualquer dúvida* que tratados internacionais que versem sobre direitos fundamentais da pessoa humana, de qualquer natureza, quer individuais, políticos ou sociais, firmados pelo Estado Brasileiro, *após ratificação por três quintos dos votos dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal* – a mesma maioria qualificada exigida para a alteração do texto constitucional –, *estão no mesmo patamar hierárquico de normas constitucionais, prevalecendo sobre a legislação ordinária e possuindo o poder de revogação de normas constitucionais anteriores* [g.n.].

Não obstante, avulta-se que, *data maxima venia*, a profundidade requerida pelo tema não se mostra rebatida com as explicações supracitadas, porquanto significativa diferença subsiste (malgrado separada por linha tênue) quando se depara, de um lado, com a *equivalência das normas às emendas constitucionais* e, de outro, com *status de norma constitucional*. Logo, a fim de contextualizar o fito pretendido pelo legislador constituinte, importantes críticas são descritas:

---

<sup>22</sup> PINHO, 2006, p. 76.

A alteração trazida no § 3º do art. 5º, que pretendeu pôr termo ao debate quanto ao *status* dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, é um exemplo claro de *falta de compreensão* e de *interesse* do nosso *legislador*, no que tange à normatividade internacional de direitos humanos. Além de demonstrar *total desconhecimento* do Direito Internacional Público, notadamente das regras basilares da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em especial as de *jus cogens*, traz o *velho ranço* da já ultrapassada noção de soberania absoluta. *Com o texto proposto, as convenções internacionais de direitos humanos equivaleriam, em grau hierárquico, às emendas constitucionais, desde que aprovadas pela maioria absoluta qualificada que estabelece.*

A redação do dispositivo *induz* à conclusão de que *apenas as convenções assim aprovadas teriam valor hierárquico de norma constitucional*, o que traz a possibilidade de alguns tratados, *relativamente a esta matéria, ser aprovados sem este quorum, passando a ter (aparentemente) valor de norma infraconstitucional*, ou seja, de *mera lei ordinária*. Como o texto proposto, *ambíguo* que é, não define quais tratados deverão ser assim aprovados, poderá ocorrer que determinados instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, aprovados por processo legislativo não qualificado, acabem por subordinar-se à legislação ordinária, quando de sua efetiva aplicação prática pelos juízes e tribunais nacionais [...].

Surgiria, ainda, o problema em saber se os tratados de direitos humanos ratificados *anteriormente à entrada em vigor* da Emenda n. 45, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e tantos outros, *perderiam o status de norma constitucional que aparentemente detinham em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição, caso agora não aprovados pelo quorum do § 3º do art. 5º*<sup>23</sup> [g.n.].

E com igual competência, tal estudioso conclui, visando à demonstração das incongruências que mera leitura do Texto Maior poderia suceder:

---

<sup>23</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 496-497.

Como se deduz da leitura do novo § 3º do art. 5º do Texto Magno, *basta* que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos sejam *aprovados* pela maioria qualificada ali prevista, para que possam *equivaler às emendas constitucionais*. Não há, no citado dispositivo, qualquer menção ou ressalva dos compromissos assumidos anteriormente pelo Brasil e, assim sendo, poderá ser interpretado no sentido de que, não obstante um tratado de direitos humanos tenha sido ratificado há vários anos, pode o Congresso Nacional novamente aprová-lo, mas agora em *quorum* do § 3º, para que esse tratado mude de *status*. Mas de qual *status* mudaria o tratado? Certamente daquele que o nosso Pretório Excelso sempre entendeu que têm os tratados de direitos humanos – o *status* de lei ordinária –, para passar a deter o *status* de norma constitucional. *O Congresso Nacional teria, assim, o poder de, a seu alvedrio e a seu talante, decidir qual a hierarquia normativa que devem ter determinados tratados de direitos humanos em detrimento de outros, violando a completude material do bloco de constitucionalidade.*

O nosso poder reformador, ao conceber este § 3º, parece não ter percebido que ele, *além de subverter a ordem do processo constitucional de celebração de tratados*, uma vez que não ressalva (como deveria fazer) a fase do *referendum* congressual do art. 49, inc. I, da Constituição [...], *também rompe a harmonia do sistema de integração dos tratados de direitos humanos no Brasil*, vez que cria “categorias” jurídicas entre os próprios instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo, dando tratamento diferente para normas internacionais que têm o mesmo fundamento de validade, ou seja, hierarquizando diferentemente tratados que têm o mesmo conteúdo ético, qual seja, a proteção internacional dos direitos humanos<sup>24</sup> [g.n.].

## **7 Das normas internacionais de direitos humanos com caráter de supralegalidade**

Aludida tese foi aventada em sessão de 29 de março de 2000, no julgamento do RHC n. 79.785/RJ, pelo ex-ministro Sepúlveda Pertence, que acenou com a possibilidade da consideração dos tratados sobre direitos humanos como documentos supralegais.

---

<sup>24</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 497.



O ministro Gilmar Ferreira Mendes anuiu, também, com tal posição à discussão e, ao proferir seu voto no RE n. 466.343/SP alguns anos depois, trouxe exposição categórica sobre o assunto, uma vez que demonstra não somente o entendimento deste magistrado, cuja prolação revelara-se corrente própria e caminho singular (é, entre todas, a que detém menos adeptos), como também, consoante observar-se-á, demonstra de maneira objetiva as demais correntes subsistentes. Ressalta-se que insigne magistrado buscara, até mesmo, fundamentação nas searas jurídicas espanhola e alemã.

Por conseguinte, parece *mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos*. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. *Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana*.

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, *tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante* (STF, RE n. 366.464/SP, rel. min. Cezar Peluso, Pleno – Em andamento).

Outrossim, a fim de expor com afinco seu entendimento e seguindo tal maestria, ele evidencia que não há que se falar em revogação da prisão civil do depositário infiel pela ratificação alhures destacada. O que se percebe, tão-somente, é a ausência da aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação às leis ordinárias que disciplinam a matéria.

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 pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da 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 n. 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 n. 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916. Enfim, desde a ratificação pelo Brasil, no ano de 1992, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da 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 (STF, RE n. 366.464/SP, rel. min. Cezar Peluso, Pleno – Em andamento) [g.n.].

E, nesse rumo, arrematou, dando azo à “intenção” do legislador no momento da inserção da Emenda Constitucional n. 45/2004, a qual resultou, sobre o assunto, no § 3º do art. 5º:

Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese, parece que a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, *esvaziada* pela promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, a Reforma do Judiciário (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional n. 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: “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”. Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratifica-

*dos pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais. Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico* (STF, RE n. 366.464/SP, rel. min. Cezar Peluso, Pleno – Em andamento) [g.n.].

Destarte, assim assentou o ex-ministro Sepúlveda Pertence, o qual, apesar de não admitir a hierarquia constitucional desses tratados, passou a aceitar, entretanto, o *status* de norma supralegal desses instrumentos, tendo assim se manifestado:

Certo, com o alinhar-me a consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMc 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – *preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis*. Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição [...].

Se assim é, à primeira, vista, *parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação*, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, *tendo assim [...] a aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos*, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes (STF, RHC n. 79.785/RJ, rel. min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ de 22 nov. 2002) [g.n.].

Desse modo, conquanto com fundamentação diversificada, insta conjecturar que, para a corrente em alusão, igualmente não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII. Todavia, como esposado, não em razão da maneira como foram incorporados no ordenamento os tratados internacionais humanitários (tese guerreada por doutos estudiosos – item 8), mas sim em decorrência do caráter supralegal dos diplomas normativos internacionais *sub examine*.

## **8 Da incorporação com *status* constitucional dos tratados humanitários**

A terceira corrente emana de um consolidado entendimento doutrinário<sup>25</sup> (Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli, Cançado Trindade, Ada Pellegrini Grinover, Luiz Flávio Gomes etc.), que já conta com várias décadas de existência no nosso país. Em consonância com essa linha de pensamento há algumas decisões do STF (RE n. 80.004, HC n. 72.131 e 82.424, rel. min. Carlos Velloso), mas é certo que essa tese nunca foi inteiramente majoritária na nossa Suprema Corte de Justiça.

Na verdade, convém alvitrar análise de Mazzuoli<sup>26</sup>, assíduo defensor dessa tese e com inúmeros trabalhos sobre o tema. Aqui, é imprescindível avaliar o contexto histórico-social no qual a evolução dos direitos humanos se insere, em seu crescimento após as barbáries perpetradas por alguns ditadores no ápice da Segunda Guerra Mundial, uma vez que só assim vislumbrar-se-á a correta dimensão da norma no Texto Maior:

A Carta de 1988, com a disposição do § 2º do seu art. 5º, de forma inédita, passou a reconhecer claramente, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma *dupla fonte normativa*: a) aquela advinda

---

<sup>25</sup> STEINER, 2000.

<sup>26</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 493.

do Direito interno (direitos *expressos* e *implícitos* na Constituição, estes últimos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados), e; b) *aquela outra advinda do direito internacional (decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte).*

De forma expressa, a Carta de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro a condição de *fonte* do sistema constitucional de proteção de direitos. *É dizer, tais tratados passaram a ser fonte do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o status de norma constitucional que detêm tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.* E esta dualidade de fontes que alimenta a completude do sistema significa que, em caso de conflito, deve o intérprete *optar* preferencialmente pela fonte que proporciona a norma *mais favorável* à pessoa protegida, pois o que se visa é à *otimização* e à *maximização* dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos e garantias individuais<sup>27</sup> [sem grifos no original].

Aliás, ratifica Piovesan<sup>28</sup>:

A Constituição brasileira de 1988, nos termos do art. 5º, § 2º, acolhe a sistemática da *incorporação automática* dos tratados, o que reflete a adoção da concepção *monista*. [...] *A Carta de 1988 confere aos tratados de direitos humanos o status de norma constitucional, por força do art. 5º, § 2º.* O regime jurídico diferenciado conferido aos tratados de direitos humanos não é, todavia, aplicável aos demais tratados, isto é, aos tratados internacionais. No que tange a estes, adota-se a sistemática da incorporação legislativa, de modo a exigir que, após a ratificação, um ato de força de lei confira execução e cumprimento aos tratados no plano interno. Deste modo, *no que se refere aos tratados em geral, acolhe-se a sistemática da incorporação não automática, o que reflete a adoção da concepção dualista* [g.n.].

<sup>27</sup> CAMPOS, 1995, p. 282.

<sup>28</sup> PIOVESAN, 2004, p. 111.

Ao exarar seu voto, o ministro Gilmar Mendes explicou a posição em tela do seguinte modo, com imparcialidade e método pedagógico:

Assim, em face de todos os inconvenientes resultantes da eventual supremacia dos tratados na ordem constitucional, há quem defenda o segundo posicionamento, *o qual sustenta que os tratados de direitos humanos possuiriam estatura constitucional. Essa tese entende o § 2º do art. 5º da Constituição como uma cláusula aberta de recepção de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil.*

Ao possibilitar a incorporação de novos direitos por meio de tratados, a Constituição estaria a atribuir a esses diplomas internacionais a *hierarquia de norma constitucional*. E o § 1º do art. 5º asseguraria a tais normas a *aplicabilidade imediata* nos planos nacional e internacional, a partir do ato de ratificação, dispensando qualquer intermediação legislativa. *A hierarquia constitucional seria assegurada somente aos tratados de proteção dos direitos humanos, tendo em vista seu caráter especial em relação aos tratados internacionais comuns, os quais possuiriam apenas estatura infraconstitucional.*

Para essa tese, eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição deveriam ser resolvidos pela *aplicação da norma mais favorável à vítima*, titular do direito, tarefa hermenêutica da qual estariam incumbidos os tribunais nacionais e outros órgãos de aplicação do direito.

Dessa forma, o Direito Interno e o Direito Internacional estariam em constante interação na realização do propósito convergente e comum de proteção dos direitos e interesses do ser humano.

No Brasil, defendem essa tese Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>29</sup> e Flávia Piovesan<sup>30</sup>, os quais entendem que os §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição *caracterizam-se-iam*, respectivamente, *como garantias da aplicabilidade direta e do caráter constitucional dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário* (STF, RE n. 366.464/SP, rel. min. Cezar Peluso, Pleno – Em andamento) [g.n.].

Destarte, o desembargador Sérgio Pitombo, do Tribunal de Justiça

---

<sup>29</sup> TRINDADE, 2003.

<sup>30</sup> PIOVESAN, 2004.

Paulista (TJ/SP), em brilhante decisão, ao deliberar sobre a posição do Pacto de San José da Costa Rica no ordenamento jurídico brasileiro, sustentou seu entendimento com os seguintes argumentos:

*Ele (Pacto) integra o conjunto de preceitos constitucionais, pertinentes aos direitos e garantias individuais e com eles precisa ser compatibilizado. O rol, emergente nos incisos do art. 5º, da Lei Maior, jamais, exhibe numerus clausus. [...] Vale assentar: o referido tratado ganha nível constitucional; hierarquia, que lhe nasce da matéria: direitos humanos [grifos originais].*

E cuja ementa assim se expõe, guiando ainda no sentido da violação frontal ao Princípio da Razoabilidade, *ad litteris*:

PRISÃO CIVIL – DEPOSITÁRIO HAVIDO POR INFIEL – *Necessidade de interpretação restrita dos preceitos, em razão da excepcionalidade da restrição à liberdade de ir e vir, na regulamentação vigente.* Inexistência de norma infraconstitucional que especifique e regulamente a imaginada prisão do depositário judicial. *Integração do Pacto San José da Costa Rica (Decreto n. 678/92), no sistema protetivo dos direitos individuais, estabelecido na Constituição da República.* Entendimento de outra sorte, de que o aludido pacto revogou a norma geral do artigo 1.287, do Código Civil. *Quebra, ainda, do denominado princípio da razoabilidade.* Ordem concedida, por falta de justa causa a ordem de prisão (TJ/SP, rel. des. Sérgio Pitombo, 7ª Câmara de Direito Público, DJ de 5 abr. 1999, *Boletim AASP* n. 2.125, p. 1131/1136) [g.n.].

Aliás, defende Almeida Júnior, em admirável trabalho publicado<sup>31</sup>:

Porém, em que pese o entendimento contrário de alguns doutrinadores, a melhor corrente é a defendida por Flávia Piovesan<sup>32</sup>, segundo a qual as regras internacionais de direitos humanos, previstas em tratados ratificados pelo Brasil, possuem *status* de norma constitucional.

<sup>31</sup> ALMEIDA JÚNIOR, 2007.

<sup>32</sup> PIOVESAN, 2004, p. 320.

Na verdade, aqueles que possuem entendimento contrário relutam em aceitar que a Constituição Federal do Brasil deu tratamento diferenciado aos tratados internacionais que estabelecem direitos e garantias individuais. *Estes, uma vez ratificados, têm aplicação imediata, não dependendo de posterior lei regulamentadora (art. 5º, § 1º), e ingressam no ordenamento jurídico do País com status de norma constitucional (art. 5º, § 2º), diferentemente do que ocorre com os tratados tradicionais, que se submetem ao sistema de incorporação legislativa e possuem a mesma hierarquia de norma infraconstitucional.*

Já quando as regras de direitos humanos previstas em tratados internacionais contrariar preceitos constitucionais, que consiste na terceira hipótese, defende Flávia Piovesan o entendimento de que prevalecerá a norma mais benéfica à proteção da vítima, o que afirma fundamentando-se na primazia da pessoa humana e no fato de que o Direito internacional e o Direito interno interagem no plano de proteção dos direitos humanos [sem grifos no original].

Em convizinho sentido, o Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo decretou que:

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e [...] o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ambos ratificados pelo Brasil, [...] *têm status de garantia constitucional a direito fundamental da pessoa, nos termos do artigo 5º, § 2º, da Constituição da República* (2º TACivSP, HC n. 493.158-0/5, rel. juiz Dyrceu Cintra, 5ª Câmara, DJ de 21 maio 1997) [g.n.].

Mister, sobretudo, a íntegra da ementa. Ei-la:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. Cominação inconstitucional por violação do que dispõem o art. 7º, 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e o art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ambos ratificados pelo Brasil, e que *têm status de garantia constitucional a direito fundamental da pessoa, nos termos do artigo 5º, § 2º, da Constituição da República. Habeas Corpus* concedido (2º TACivSP, HC n. 493.158-0/5, rel. juiz Dyrceu Cintra, 5ª Câmara, DJ de 21 maio 1997) [g.n.].



Acompanhando o entendimento de Piovesan, afirma Rocha<sup>33</sup>:

A posição feliz do nosso constituinte de 1988, ao consagrar que os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte recebe tratamento especial, inserindo-se no elenco dos direitos constitucionais fundamentais, tendo aplicação imediata no âmbito interno, a teor do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal.

Ao final, pondera Dallari<sup>34</sup> que:

As normas sobre direitos e garantias constantes em tratados em que o Brasil seja parte completam as disposições do artigo 5º e neste se integram, incorporando-se, portanto, ao sistema constitucional brasileiro de direitos e garantias individuais.

Por conseguinte, impossível não destacar as palavras do insigne Trindade, citadas pelo ministro Gilmar Mendes:

Cançado Trindade, que propôs à Assembléia Nacional Constituinte, em 1987, a inclusão do atual § 2º ao art. 5º no texto constitucional que estava sendo construído, assim expressa seu pensamento<sup>35</sup>: “O propósito do disposto nos §§ 2º e 1º do artigo 5º da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional [...]”.

Desde a promulgação da atual Constituição, a normativa dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte tem efetivamente nível constitucional e entendimento em contrário requer demonstração. *A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária – não só representa um apego sem reflexão a uma TESE ANACRÔNICA, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal Brasileira*” [g.n.].

<sup>33</sup> ROCHA, 1996, p. 81.

<sup>34</sup> DALLARI, 1998, p. 119-120.

<sup>35</sup> TRINDADE, 1998, p. 88-89.

## 9 Das distinções entre um tratado ser formalmente constitucional e materialmente constitucional

A maneira como é incorporado o tratado internacional no ordenamento pátrio contém significativa repercussão para a corrente esposada no item 8. Tanto o é que constitui outro argumento (senão o maior) tendente em afirmar o ingresso de referida norma com *status de Direito Constitucional*.

Sucedo que a mera ratificação de eventual tratado de Direitos Humanos no Brasil, como (para tal corrente) este já está recepcionado como norma constitucional, o *quorum* somente influenciará no aspecto formal dos tratados, visto que ao ingressar no ordenamento já detém caráter materialmente constitucional, ou seja, o fato de a votação proceder ao capitulado no § 3º do art. 5º apenas *acarretaria sua incorporação formal*.

Tecnicamente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil *já têm status de norma constitucional*, em virtude do disposto no texto constitucional [...], pois na medida em que a Constituição *não exclui* os direitos humanos provenientes de tratados, é porque ela *própria os inclui* no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade” e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional [...]. Portanto, *já se exclui, desde logo, o entendimento de que os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º equivaleriam hierarquicamente à lei ordinária federal*, uma vez que os mesmo teriam sido aprovados apenas por maioria simples (nos termos do art. 49, inc. I, da Constituição) e não pelo *quorum* que lhes impõe o referido parágrafo. *Aliás, o § 3º do art. 5º em nenhum momento atribui status de lei ordinária aos tratados não aprovados pela maioria qualificada por ele estabelecida*. Dizer que os tratados de direitos humanos aprovados por este procedimento especial passam a ser “equivalentes às emendas constitucionais” não significa obrigatoriamente dizer que os demais tratados terão valor de lei ordinária, ou de lei complementar, ou o que quer que seja. *O que se deve entender é que o quorum que o § 3º do art. 5º estabelece serve tão-somente para atribuir eficácia formal a esses*

*tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição*<sup>36</sup> [g.n.].

A propósito, cabe destacar quão tênue é a linha que separa o *status de norma constitucional dos tratados de direitos humanos* da dicção de que são *equivalentes às emendas constitucionais*, coerentemente trazida por Mazzuoli<sup>37</sup>:

Mas, há *diferença* em dizer que os tratados de direitos humanos têm “*status de norma constitucional*” e dizer que eles são “*equivalentes às emendas constitucionais*”? No nosso entender *a diferença existe, e nela está fundada a única e exclusiva serventia do imperfeito § 3º do art. 5º da Constituição, fruto da Emenda Constitucional n. 45/2004*. Falar que um tratado tem “*status de norma constitucional*” é o mesmo que dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material (e não formal) da nossa Carta Magna, o que é menos amplo que dizer que ele é “*equivalente a uma emenda constitucional*”, o que significa que esse mesmo tratado já integra formalmente (além de materialmente) o texto constitucional<sup>38</sup>. Perceba-se que, último caso, o tratado assim aprovado será, além de materialmente constitucional, também formalmente constitucional. Assim, fazendo-se uma interpretação sistemática do texto constitucional em vigor, à luz dos princípios constitucionais e internacionais de garantismo jurídico e de proteção à dignidade humana, chega-se à seguinte conclusão: *o que o texto constitucional reformado quis dizer é que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já têm status de norma constitucional, nos termos do § 2º do art. 5º, poderão ainda ser formalmente constitucionais (ou seja, ser equivalentes às emendas constitucionais), desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo quorum do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição* [g.n.].

<sup>36</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 502. No mesmo sentido do texto, ver LAFER, 2005, p. 16-18; e PIOVESAN, 2004, p. 72-73.

<sup>37</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 503.

<sup>38</sup> Já percebeu esse detalhe, em voto de revisão no Recurso de Apelação Criminal n. 55.378/2004, a desembargadora Shelma Lombardi de Kato, do TJMT. Citando a nossa doutrina (cf. MAZZUOLI, 2005, p. 12), sustenta a desembargadora “que o quorum qualificado (do § 3º do art. 5º da Constituição) apenas atribui eficácia formal a referidos tratados”.

Por consectário, faz-se mister ressaltar que, mercê do objetivo do estudo, focar-se-á somente *um dos efeitos* mais amplos em se atribuir a tais tratados *equivalência de emenda* para além do seu *status* de norma constitucional, *a saber, eles passarão a reformar a Constituição, o que não é possível tendo apenas o status de norma constitucional*<sup>39</sup>.

Ou seja, *uma vez aprovado certo tratado pelo quorum previsto no § 3º, opera-se a imediata reforma do texto constitucional conflitante*, o que não ocorre pela sistemática do § 2º do art. 5º, onde os tratados de direitos humanos (*que têm nível de normas constitucionais, sem contudo serem equivalentes às emendas constitucionais*) serão aplicados atendendo ao princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano (expressamente consagrado pelo art. 4º, inc. II, da Carta de 1988, segundo o qual o Brasil deve se reger nas suas relações internacionais pelo princípio da “prevalência dos direitos humanos”).

[...] Assim, nunca entendemos que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil *integram formalmente* a Constituição. O que sempre defendemos é que eles têm *status* de norma constitucional (o que é absolutamente normal em quase todas as democracias modernas). Mas agora, os tratados de direitos humanos ratificados *integrarão formalmente* a Constituição, uma vez que serão equivalentes às emendas constitucionais. Contudo, *frise-se que essa integração formal dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro não abala a integração material que esses mesmos instrumentos já apresentam desde a sua ratificação e entrada em vigor no Brasil* [g.n.].

## **10 Dos tratados humanos internacionais e das cláusulas pétreas**

No tocante à solução da contenda pelo § 3º do art. 5º da Magna Carta de 1988, pondera o professor Novelino<sup>40</sup>, demonstrando, ainda, a impossibilidade de proposta de emenda tendente a abolir direito individual proveniente de tratado internacional, desde que

---

<sup>39</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 504.

<sup>40</sup> NOVELINO, 2007, p. 32.

aprovado no *quorum* específico do § 3º do art. 5º (evidenciando-se sua opinião – defensor da corrente do item 6):

Apesar de solucionar a controvérsia principal, algumas questões polêmicas ainda podem ser suscitadas.

A primeira é no tocante às *cláusulas pétreas*. Se um tratado internacional consagra um direito individual conflitante com uma cláusula pétrea, qual norma deverá *prevalecer*?

Para responder a esta indagação *é necessário lembrar que a Constituição veda apenas a restrição ou extinção dos direitos individuais, não sua ampliação*. Assim, caso o tratado amplie um direito individual e seja aprovado na forma prevista no § 3º do art. 5º, ele deverá prevalecer sobre a norma constitucional anterior. Do contrário, prevalece a norma da Constituição.

O direito individual consagrado por esse tratado se transforma em uma cláusula pétrea?

Contrariamente a esta possibilidade poderia se alegar que as cláusulas pétreas são restrições impostas pelo Poder Constituinte Originário ao Poder Reformador e que, do ponto de vista lógico, seria incompreensível um poder impor uma restrição inafastável a ele mesmo. Não obstante, uma análise do dispositivo constitucional (art. 60, §4º) revela que a proposta de emenda tendente a abolir um direito individual não pode sequer ser objeto de deliberação. Ora, se um direito individual foi ampliado e incorporado ao sistema constitucional brasileiro (art. 5º, § 2º), ele também não poderá ser restringido ou abolido por meio de emenda.

## **11 Do princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano (princípio do *pro omnes*) e da teoria do *dialogue des sources*<sup>41</sup>**

Outras indagações fundamentais que exsurgiriam no decorrer da exposição são: o que aconteceria se a Lei das Leis de 1988

---

<sup>41</sup> Expressão francesa que significa “Teoria do Diálogo das Fontes”.

trouxesse aplicação mais benéfica ao indivíduo que determinados Tratados? Como ocorreria absorção de norma prejudicial trazida em tratado com *status* de norma constitucional? Inicialmente, para solucionar a contenda, basta se valer do postulado e teoria que intitulam o item em comento.

Às vezes, certo dispositivo de determinado tratado não *abole* nenhum direito ou garantia individual previsto no texto constitucional, mas traz tal direito ou tal garantia de forma *menos protetora*, como é o caso, por exemplo, da prisão civil do devedor de alimentos que, segundo a *Constituição* brasileira de 1988 (art. 5º, inc. LXVII), somente pode ter lugar quando *o inadimplemento da obrigação alimentar for voluntário e inescusável*. *Atente-se bem: a Carta de 1988 somente permite seja preso o devedor de alimentos se for ele responsável pelo inadimplemento “voluntário e inescusável” da obrigação alimentar*. Não é, pois, *qualquer* obrigação alimentar inadimplida que deve gerar a prisão do devedor. *O inadimplemento pode ser voluntário mas escusável, no que não se haveria falar em prisão nesta hipótese*. Pois bem. Esta redação atribuída pela nossa *Constituição* em relação à prisão civil por dívida alimentar difere da redação dada pela *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*, que, depois de estabelecer a regra genérica de que *“ninguém deve ser detido por dívidas”*, acrescenta que *“este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”* (art. 7º, n. 7). Como se percebe, o *Pacto de São José* permite que sejam expedidos mandados de prisão pela autoridade competente, em virtude de *inadimplemento de obrigação alimentar*. *Não diz mais nada: basta o simples inadimplemento da obrigação para que seja autorizada a prisão do devedor*. *Neste caso, é a nossa Constituição mais benéfica que o Pacto, pois contém uma adjetivação restrigente não encontrada no texto desse último e, por isso, seria prejudicial ao nosso sistema de direitos e garantias reformá-la em benefício da aplicação do tratado*<sup>42</sup> [g.n.].

Nessa feita, registra que:

Aplicando-se o princípio da *primazia da norma mais favorável* nada

---

<sup>42</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 505.

disso ocorre, pois atribuindo-se aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil o *status* de norma constitucional, não se pretende *reformular* a Constituição, mas sim aplicar, em caso de conflito entre o tratado e o texto constitucional, *a norma que, no caso, mais proteja os direitos da pessoa humana*, posição esta que tem em Cançado Trindade o seu maior expoente. Trata-se de aplicar aquilo que Erik Jayme chamou no seu belo curso da Haya de 1995 de “*diálogo das fontes*” (*dialogue des sources*). Nesse sentido, ao invés de simplesmente *se excluir* do sistema certa norma jurídica, deve-se buscar a *convivência entre essas mesmas normas por meio de um diálogo*. Segundo Jayme, a solução para os conflitos de leis que emergem no direito pós-moderno é encontrada na harmonização entre fontes heterogêneas que não se excluem mutuamente (normas de direitos humanos, os textos constitucionais, os tratados internacionais e os sistemas nacionais), mas, ao contrário, “*falam*” umas com as outras. Essa conversa de fontes diversas permite encontrar a verdadeira *ratio* de ambas as normas em prol da proteção do ser humano (em geral) e dos menos favorecidos (em especial) [g.n.]. [*Em nota de rodapé*: Cf. Erik Jayme. Identité culturelle et integration: le droit privé postmoderne, in *Recueil des Cours*, vol. 251 (1995), pp. 9-267. Sobre o “diálogo das fontes” assim leciona Jayme (p. 259): “Desde que evocamos a comunicação em direito internacional privado, o fenômeno mais importante é o fato que a solução dos conflitos de leis emerge como resultado de um diálogo entre as fontes mais heterogêneas. Os direitos do homem, as constituições, as convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas essas fontes não se excluem mutuamente; elas ‘falam’ uma com a outra. Os juízes devem coordenar essas fontes escutando o que elas dizem” (Idem, p. 259).]<sup>43</sup>.

## 12 Conclusão

O assunto é entusiasmante. Urge por pacificidade no ordenamento jurídico pátrio e, ao que se percebe, está longe de alcançar tal intento. Além de abarcar vários ramos, manifesta, inclusive, a frágil qualidade legislativa na elaboração de normas cuja relevância

---

<sup>43</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 505-506.

é ímpar, seja para a segurança jurídica, a fim de pulverizar eventuais julgados antagônicos, seja para o próprio depositário.

Este, aliás, dependendo do magistrado responsável por seu caso, estará fadado à segregação prisional, à proporção que, se outro fosse o julgador, jamais tal conseqüência seria efetivada.

Ora, é inadmissível que tamanha instabilidade seja instalada no Direito. É preciso, quiçá, de reunião, por meio de audiência pública, entre os membros do excelso pretório e estudiosos (constitucionalistas e internacionalistas) visando à uniformização do tema.

Jamais se pode permitir que doutos magistrados, ao alvedrio, decretem ou não a prisão de qualquer depositário, sob o pretexto de se filiarem a esta ou àquela corrente.

Ante a evolução da humanidade, máxime com as atrocidades pelas quais milhares de judeus foram vítimas, não atentar para a inserção, sob esse viés, das normas sobre direitos humanos, é fechar os olhos para aplicação do regime jurídico condizente com a necessidade proporcional e razoável da medida.

Com relação às correntes acerca do assunto, observa-se que:

- a) a clássica (defensora do *status* de lei ordinária), embora admitida pela maioria do STF no passado e que conta com constitucionalistas de renome, *data maxima venia*, hoje é tida por muitos como antiquada e atrasada;
- b) a que pugna pela equiparação às emendas constitucionais, em que pese sua maior racionalização, limitou-se a elaborar mera interpretação legislativa, acompanhando a má elaboração do legislador ao redigir tais artigos. Aliás, sequer esforça-se em rebater os argumentos trazidos pela corrente de Cançado Trindade;



- c) a supralegal, por sua vez, conquanto também não admita a prisão civil do depositário infiel, traz outra fundamentação para abarcar tal entendimento. Assenta-se, ainda, que, de acordo com tal tese, haveria alteração na pirâmide normativa de Hans Kelsen, uma vez que, em nível acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição, encontrar-se-iam os tratados internacionais de direitos humanos;
- d) a defensora do nível constitucional dos tratados, além de rebater, mediante fortes raciocínios, os fundamentos contra si opostos, traz entendimento consolidado no real significado normativo, não descurando dos postulados constitucionais e, principalmente, daquilo que a própria Carta Magna expressa (art. 1º, III, e art. 4º, II).

Portanto, de nada adianta a implantação de discurso demagógico de proteção aos princípios pelos quais o Brasil, como signatário, comprometeu-se a coadunar, não somente nas relações internacionais como na ordem interna, se, no instante da materialização dessas ilações, a dura corrente e o ranço arcaico persistem em prevalecer.

Ademais, deixar à livre escolha do Poder Legislativo a atribuição aos tratados de direitos humanos de equivalência às emendas constitucionais é permitir que se trate de maneira diferente instrumentos com igual conteúdo principiológico, podendo ocorrer de se atribuir equivalência de emenda constitucional a um *Protocolo* de um tratado de direitos humanos (que é suplementar ao tratado principal) e deixar sem esse efeito o seu respectivo *Tratado-quadro*. Admitir tal interpretação seria consagrar um verdadeiro paradoxo no sistema, correspondente à total inversão de valores e princípios dentro do nosso ordenamento jurídico<sup>44</sup>.

Por fim, sob enfoque penalista, considerando que o regime prisional é *extrema ratio* no direito brasileiro para a sensata corrente do direito penal mínimo, praticamente ineficaz é a prisão civil do

---

<sup>44</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 501-502.

depositário infiel. Até mesmo porque existem outros meios que não a prisão para compeli-lo à restituição ou valor do bem, como a execução, *verbi gratia*, e motivo pelo qual não se estaria diante da impunidade para quem perdeu determinados objetos. Inclusive, existe a interminável questão da superlotação prisional no país, da carência de recursos etc. Porém, isso é tema para outra reflexão.

## Referências

ALMEIDA JÚNIOR, F. F. de. Depositário infiel: impossibilidade da sua prisão. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=602>>. Acesso em: 24 dez. 2007.

BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. *Código Civil brasileiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMPOS, G. J. B. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar, 1995. t. 3.

CAPEZ, F. Prisão civil. O Pacto de São José da Costa Rica e a Emenda Constitucional n. 45/2004. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 910, 30 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7708>>. Acesso em: 25 out. 2007.

DALLARI, D. de A. *Comentário ao artigo 9º. Direitos humanos: conquistas e desafios*. Brasília: OAB/Conselho Federal, 1998.

DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. 3 v.

FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. de O. *O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal*. Disponível em: <<http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=20070319115849842>>. Acesso em: 19 mar. 2007.

HANADA, N. *Ação de depósito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

JAYME, E. Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, 1995. t. 251.

LAFER, C. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

MAZZUOLI, V. de O. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

———. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002a.

———. *Prisão civil por dívida e o Pacto de São José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 2002b.

———. Reforma do Judiciário e direitos humanos. *Tribuna do Direito*, ano 12, n. 142, São Paulo, fev. 2005.

———. *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MORAES, A. *Direito constitucional*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

———. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

- NOVELINO, M. *Direito constitucional para concursos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- NUNES JÚNIOR, V. S.; ARAUJO, L. A. D. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 3 v.
- PINHO, R. C. R. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. (Sinopses Jurídicas, 17).
- PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.
- ROCHA, L. X. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 33, n. 130, abr./jun. 1996.
- RODRIGUES, R. *Procedimentos de metodologia científica*. 5. ed. Lages, SC: Papervest, 2007.
- STEINER, S. *A convenção americana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- TRINDADE, A. A. C. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n. 113-118, p. 88-89, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.