

**O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E A PRISÃO CIVIL NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: QUESTIONAMENTOS
DECORRENTES DO POSICIONAMENTO DO MINISTRO GILMAR MENDES NO
JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343**

Pablo Bonilla Chaves¹

Resumo: O presente artigo pretende destacar algumas questões sobre a recepção de tratados sobre Direitos Humanos no ordenamento brasileiro, principalmente no que se refere à possibilidade de prisão civil.

Palavras-chave: Tratados internacionais. Direitos Humanos. Hierarquia dos tratados. Prisão civil.

Abstract: *This article intends to highlight some questions about the reception of human rights treaties in the brazilian juridical system, mainly in what concerns to the possibility of civilian prison.*

Keywords: *International treaties. Human rights. Treaties' hierarchy. Civilian Prison.*

INTRODUÇÃO

Embora extremamente debatida, a possibilidade da prisão civil por dívida, no específico caso do depositário infiel e da questão da pensão alimentícia, é prevista, expressamente, pela Constituição Federal, em seu art. 5º, LXVII, que, *in verbis*, diz que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

¹ Advogado em Curitiba, Paraná, graduado em Direito, no ano de 2005, pelas Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, mestrando em Direito Constitucional – Direitos Fundamentais e Democracia pela mesma instituição, membro da Comissão de Advogados Iniciantes da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional do Paraná, e membro do Comitê de Ética em Pesquisas envolvendo Seres Humanos do Instituto de Neurologia de Curitiba.

A situação que, como demonstrado, teria tudo para ser pacífica, sofre, entretanto, severos questionamentos, máxime quando se coloca em confronto a Carta Magna com a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, conhecida, também, por Pacto de San José da Costa Rica. Esse tratado internacional, em seu art. 7º, item 7, reza que não haverá prisão por dívida, à exceção da [dívida] decorrente de obrigação alimentar.

É de se ressaltar que a aludida vedação – de prisão civil por dívida – também encontra supedâneo em outra convenção do mesmo âmbito, qual seja o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos². Ambos os tratados recém-referidos foram ratificados pelo Brasil em 1992, sem qualquer sorte de reserva.

Para que a questão seja devidamente explanada, o presente trabalho irá abordar, sem a pretensão de esgotar nenhum dos temas, alguns aspectos tangenciais à questão da prisão civil para, em se sabendo a posição de tal figura no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, verificar as suas particularidades no que concerne à relação do Direito brasileiro com o Direito Internacional, mais especificamente quanto à matéria dos tratados de Direitos Humanos.

No sentido mencionado, e previamente, os tratados internacionais também serão analisados, bem como a sua relação com a legislação substantiva civil, principalmente em função da postura do STF sobre a posição hierárquica dos tratados internacionais, no ordenamento jurídico brasileiro³, no que se refere ao tema abordado.

De suma importância esclarecer que o objetivo que se pretende alcançar com este artigo não é, de forma alguma, revisar, por assim dizer, a vasta bibliografia que trata da temática em tela, mas, sim, tangenciar algumas dessas obras, a fim de se propor alguns questionamentos, endereçados tanto aos internacionalistas quanto aos constitucionalistas⁴, no sentido de garantir que nem a *Lex Legum* nem os pactos internacionais deixem de desempenhar as suas precípuas funções.

² O art. 11 desse tratado dispõe que “ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.

³ Especificamente no que concerne ao voto do Min. Gilmar MENDES no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1.

⁴ Essas duas “classes” de juristas travam certo embate no que tange ao posicionamento hierárquico dos tratados internacionais, no âmbito jurídico interno. Nesse sentido, SCHUELTER, Cibele Cristiane.

Passa-se, pois, ao estudo dos temas introdutoriamente referidos para que, em sede de conclusão, se exponham algumas opiniões e, por certo, se apresentem os ventilados questionamentos.

1. OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como se disse no breve intróito supra, o estudo proposto passa pela análise da posição hierárquica dos tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos, no sistema jurídico do Brasil. Antes, porém, de que se verifique esse especial caso, explanar-se-á, de breve modo, a sistemática brasileira de recepção⁵ dos tratados internacionais, em geral.

1.1. A Recepção dos Tratados Internacionais no Brasil

Eduardo GOMES diz que os Estados, visando realizar acordos comerciais, de paz ou outros, o fazem, no plano internacional, via de regra, através da utilização de tratados. Estes, na classificação de REZEK, podem ser tanto abertos quanto fechados, levando-se em consideração a possibilidade, ou não, de união de novos signatários. Da mesma sorte, os tratados são classificados, pelo número de componentes, em bilaterais ou multilaterais. Há, ainda, uma classificação relacionada ao rito para que se dê a sua vigência: “*bifásicos*, se exigida assinatura e ratificação, ou *unitários*, se exigida apenas a assinatura para a sua entrada em vigor”⁶.

Tratados internacionais e a lei interna brasileira: o problema da hierarquia das normas. Florianópolis: OAB/SC, 2003. p. 97-98.

⁵ Por questões de opção metodológica, seguir-se-á o exemplo do Min. Gilmar MENDES no referido julgamento, e não será, aqui, abordada, com especificidade, a questão das teorias monista e dualista.

⁶ GOMES, Eduardo Biacchi. Diferenças Pontuais entre o Sistema de Aprovação dos Tratados no Congresso Norte-americano e Brasileiro: a questão do “fast-track”. In. SILVA, Roberto Luiz e MAZZUOLI, Valério de Oliveira (orgs.). **O Brasil e os Acordos Econômicos Internacionais**. São Paulo: RT, 2003. p. 132.

Citam-se, também, os tratados de forma simplificada e os de forma solene; estes “possuem as fases de (a) negociação, (b) assinatura ou adoção, (c) ratificação ou adesão, (d) promulgação e publicação”⁷.

Vê-se, assim, que o primordial objetivo dos tratados internacionais é gerar efeitos jurídicos entre os signatários; nessa linha, GOMES destaca que o aludido instituto “está definido no art. 2º, inciso I, alínea a, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969): ‘...acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, que conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular’”⁸.

É de se destacar que através da análise do Estatuto da Corte de Justiça de Haia, chega-se à conclusão de que as fontes de Direito Internacional são os tratados internacionais, os costumes internacionais, os princípios gerais de Direito, desde que reconhecidos como tais pelas nações, e, por fim, as decisões judiciais⁹.

Ressalta-se que o ordenamento pátrio não possui norma que mencione ou determine a posição hierárquica dos tratados, fato que ocasiona severa discussão doutrinária sobre o tema. De qualquer sorte, os princípios norteadores, supramencionados, valem e, assim, o tratado deve ser cumprido.

Feitos esses comentários iniciais, passa-se à exposição da sistemática narrada e processos posteriores, no que tange ao Brasil.

Antônio Paulo Cachapuz de MEDEIROS aduz que a referida fase de negociação é aquela na qual o Governo transaciona o conteúdo do tratado internacional a ser firmado, ressaltando-se que, nos termos da Constituição Federal de 1988 – art. 84, VII –, essa negociação, cujo objetivo é, justamente, a celebração de pactos internacionais, é ato privativo do presidente da República¹⁰. O autor diz, também, que¹¹:

⁷ SCHUELTER, op. cit., p. 76.

⁸ Ibid., p. 133.

⁹ Ibid., p. 134.

¹⁰ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O Poder de Celebrar Tratados**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 457.

¹¹ Ibid., p. 458.

...entretanto, no Brasil, como nos demais Países, o Chefe de Estado não se ocupa pessoalmente das negociações diplomáticas dos atos internacionais, confiando essa tarefa ao Ministério das Relações Exteriores. Tais atribuições, porém, não fazem do Itamaraty mais do que um organismo “auxiliar” do Presidente da República, que é a principal autoridade e o responsável pela condução da política externa.

E sendo faculdade privativa do Chefe de Estado, nos termos da Constituição, manter relações com os demais Países e com eles celebrar acordos, necessitam de sua autorização todos aqueles indivíduos que receberam incumbência para negociar tais atos.

Por isso, avulta a importância dos “plenos poderes”, instrumento pelo qual o Presidente da República confere competência a outrem para negociar ajustes internacionais.

A regra geral é, destarte, a obrigatoriedade dos plenos poderes. No entanto, são admitidas poucas exceções, tanto *ratione persone* quanto *ratione materiae*, isto é, em razão do cargo ou função que certas pessoas ocupam, ficando por lei ou documento expresse, permanentemente autorizadas a negociar e assinar convênios internacionais, ou, em razão do tipo de ato internacional, pois há alguns aqueles que pretensamente prescindem de aprovação legislativa e posterior ratificação, em geral concluídos por trocas de notas.

Após essa etapa, tem-se o momento da assinatura, que pode ser realizada, como visto, tanto pelo presidente quanto por quem tenha, nos termos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, recebido [dele] poderes para tal.

Feito isso, passa-se à fase de Mensagem ao Congresso Nacional, onde se expõem as razões pelas quais o pacto fora, nos termos acima, firmado, além de conter [tal mensagem] pormenorizada análise, acrescida de justificativas, sobre o seu conteúdo¹².

Também em função de disposição constitucional nesse sentido – art. 49, I¹³ –, o Congresso Nacional delibera sobre o tratado internacional e, aprovando-o, tem-se a confecção de um Decreto Legislativo.

Tal decreto, então, após ter seu texto aprovado, parte para a fase de ratificação e promulgação, na qual é apresentado ao presidente da República para que este, em um único ato, o promulgue para posterior publicação. Após a publicação, o tratado passa a vigor na ordem jurídica brasileira¹⁴.

¹² Ibid., p. 462.

¹³ Transcreve-se: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

¹⁴ Ibid., p. 463.

Analisada a regra geral para a internalização dos tratados internacionais ao sistema jurídico indígena, aborda-se, pois, o lugar que tais diplomas ocupam quando já recepcionados.

1.2. A Posição Hierárquica dos Tratados

De acordo com Cachapuz de MEDEIROS, após a sua integração, os tratados internacionais seguem a seguinte sistemática¹⁵:

Após a promulgação e posterior publicação do Decreto do Executivo pelo Presidente da República, este adquire vigência no ordenamento jurídico interno brasileiro com hierarquia de lei federal ordinária ou tem *status* de normas constitucionais em se tratando de tratados que contenham normas de direitos humanos, desde que “aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”.

A discussão sobre a posição dos tratados, em síntese, é essa: hierarquia de lei ordinária ou de norma constitucional?

Como demonstra Carla PINHEIRO, os que defendem a tese do status de lei ordinário têm como base o art. 102, III, “b”, da Constituição, segundo o qual “os tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional”¹⁶.

Essa postura também é sustentada com base no quórum necessário para a recepção do tratado¹⁷, que é diverso daquele previsto, constitucionalmente, para Emendas¹⁸.

Cabe, porém, o seguinte alerta¹⁹:

... a doutrina e a jurisprudência têm entendido, não sem hesitações, que o tratado e a lei estão no mesmo nível hierárquico, ou seja, que entre aquela e este se verifica uma “paridade” – paridade essa que, todavia, funciona a favor da lei. De facto, a lei não pode ser afastada por tratado com ela incompatível; mas se ao tratado se suceder uma lei que bula com ele, essa lei não revoga, em sentido

¹⁵ Id.

¹⁶ PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 73.

¹⁷ “... ambas as normas – convencional e ordinária – ocupam o mesmo grau de hierarquia”. SCHUELTER, op. cit., p. 129.

¹⁸ Esse detalhe parece ter ganhado força com as novas previsões sobre o tema trazidas pela EC 45, como se verá mais além.

¹⁹ PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997, apud id.

técnico, o tratado, mas “afasta a sua aplicação”, o que quer dizer que o tratado só se aplicará se e quando a lei for revogada.

A outra vertente, aquela que prega o patamar constitucional, voltará a ser comentada no tópico seguinte, porém, insta salientar que seus adeptos, além do já dito aporte no art. 5º, § 2º²⁰, buscam sustentar as suas idéias em alegada confluência entre Direitos Humanos e dignidade da pessoa humana, “critério e parâmetro de valoração, que deve orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988”²¹.

É possível, pois, na linha de Carla PINHEIRO, afirmar que só se poderá iniciar uma discussão sobre o eventual nível constitucional de normas decorrentes de tratados internacionais quando estes versarem sobre Direitos Humanos. Do contrário, não há como se esquivar da equivalência entre tais diplomas e a legislação ordinária.

Após essas considerações, passa-se à análise que mais mostra relevo para a temática abordada, qual seja, a do status normativo dos tratados que versam sobre Direitos Humanos.

1.3. O Status Normativo dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos

Como bem asseverado pelo Ministro Gilmar MENDES, existem várias teses sobre o grau de hierarquia exercido pelos tratados internacionais de Direitos Humanos, após a sua incorporação²²:

- a) a vertente que reconhece a natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;
- b) o posicionamento que atribui caráter *constitucional* a esses diplomas internacionais;

²⁰ “§ 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”.

²¹ PINHEIRO, op. cit., p. 72.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343. Banco Bradesco S/A e Vera Lúcia B. de Albuquerque e outro. Relator: Ministro Cezar Peluso. 29 nov. 2006. Disponível em: <<http://mjcatalan.blogspot.com/2006/11/ntegra-do-voto-do-ministro-gilmar.html>>. Acesso em 24 set. 2007.

- c) a tendência que reconhece o *status* de *lei ordinária* a esse tipo de documento internacional;
- d) por fim, a interpretação que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos.

A primeira das teorias expostas é rechaçada pelo Ministro sob a alegação de que um sistema jurídico como o do Brasil, orquestrado pelo primado da supremacia constitucional, tanto em termos formais quanto em materiais, inviabiliza a aceitação da tese. Da mesma sorte, o exercício do controle constitucionalidade restaria prejudicada, pois, os tratados, nessa linha, não se submeteriam à Constituição²³.

Além disso, o julgador se ampara no próprio texto constitucional para fundamentar a sua repulsa a essa vertente²⁴:

Como deixou enfatizado o Supremo Tribunal Federal ao analisar o problema, *“assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição (...) e aquele que, em conseqüência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)”*.

É interessante salientar que até o fato da expressão “Direitos Humanos” ser, ao ver de MENDES, extremamente abrangente e de difícil definição é levantado no voto para que se repila o eventual tratamento supraconstitucional dos tratados internacionais²⁵.

A segunda das opiniões, sublinhe-se, é defendida por internacionalistas de peso e prega, em suma, a aplicabilidade direta das normas de Direitos Humanos. Carla PINHEIRO, apoiada em Cançado TRINDADE e Flávia PIOVESAN – também referidos pelo Ministro – reza que:

...os tratados de Direitos Humanos, ao contrário dos demais tipos de tratados, têm hierarquia de norma constitucional. Esses tratados, segundo os autores citados, apresentam caráter especial, dado o bem que protegem, o que os diferencia das demais espécies de tratados. Os tratados de natureza comercial ou tributária buscam o simples equilíbrio nas relações entre os Estados-partes, enquanto os tratados de Direitos Humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, e não simples prerrogativas dos Estados.

²³ Id.

²⁴ Id.

²⁵ Id.

O belo discurso recém-reproduzido não se prestou, contudo, a comover o Ministro Gilmar MENDES, que fundamentou a sua oposição a essa corrente no advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2003, que acrescentou, dentre outros dispositivos, o § 3º²⁶ ao art. 5º da *Lex Suprema*²⁷.

Diz, o Ministro, o seguinte, sobre a referida manifestação do Poder Constituinte Reformador²⁸:

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados 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.

De qualquer sorte, MENDES aceita a idéia de que o ordenamento jurídico brasileiro, em função do que dispõe o § 3º do art. 5º, concedeu posição de destaque às convenções internacionais atinentes aos Direitos Humanos²⁹ e é, justamente, esse o fundamento utilizado pelo Ministro para refutar a terceira teoria.

Tal corrente [letra “c”] defende a noção de que os tratados, inclusive os de Direitos Humanos, têm grau infraconstitucional e que, destarte, carecem de legitimidade para o confronto ou a complementação dos ditames constitucionais, no que se refere aos direitos fundamentais.

Além da já mencionada crítica, MENDES busca ir de encontro a posicionamentos pretéritos do próprio STF³⁰ – no sentido de equiparar lei ordinária e tratados internacionais – em função de ser “preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado

²⁶ “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

²⁷ Id.

²⁸ Id.

²⁹ Id.

³⁰ Por exemplo, HC n 77.053-1/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 23.6.1998, DJ 4.9.1998; HC n° 79.870-5/SP, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 16.5.2000, DJ 20.10.2000; RE n° 282.644-8/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, julgado em 13.2.2001, DJ 20.9.2002.

constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada”³¹.

A quarta doutrina – da posição supralegal, mas, infraconstitucional dos tratados – que, se antecipa, é a escolhida pelo Ministro –, será mencionada na seqüência, relacionada, diretamente, a questão da prisão civil.

Para que se possam compreender certas minúcias do tema, é indispensável, pois, que se façam algumas breves notas sobre a prisão civil, especificamente no que tange à situação do depositário infiel³².

2. O STATUS SUPRALEGAL DOS TRATADOS E A QUESTÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL NO ORDENAMENTO PÁTRIO

2.1. A Prisão Civil do Depositário Infiel

O Código Civil brasileiro, em seu art. 652, diz que “seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a 1 (um) ano, e a ressarcir os prejuízos”.

Nessa linha, é possível concluir que a prisão civil tem fundamentos diametralmente opostos aos da que sustentam a prisão prevista pela legislação repressiva.

ALVES, dissertando sobre o tema, reza que “como se vê, a prisão civil, que visa apenas a compelir o depositário infiel ou o inadimplente de obrigação alimentar a cumprir a obrigação devida (restituir a coisa depositada ou dar o equivalente em dinheiro, ou prestar os alimentos), não é pena...”³³, pois, visa a efetivação de direito e, não, sancionamento decorrente de seu descumprimento³⁴.

³¹ Id.

³² Em função do reduzido espaço e, principalmente, por opção metodológica, não se irá adentrar nas questões civilistas do fiel depositário. Recomenda-se, nesse sentido, inclusive com abordagem voltada ao presente tema, QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Prisão civil e os direitos humanos**. São Paulo: RT, 2004.

³³ ALVES, José Carlos Moreira. **A ação de depósito e o pedido de prisão**. Revista de Processo 36/11, 1984, apud QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Prisão civil e os direitos humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 56.

³⁴ Id.

Embora se mostre contrária à possibilidade de prisão civil – para o caso do depositário infiel –, QUEIROZ afirma que não se trata “propriamente de uma pena, mas uma medida compulsória de natureza civil ou administrativa, não se indagando de culpa ou dolo do depositário”³⁵.

Assim, tem-se uma primeira conclusão, que poderá ser útil, mais adiante: a prisão civil não decorre de crime e não é pena, logo, ela não precisa se sujeitar ao princípio consagrado pelo art. 5º, XXXIX, de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” – a legalidade e a anterioridade não se aplicam, pois, a essa figura, fato que concede-lhe [ao aludido dispositivo constitucional] aplicabilidade imediata.

Outra questão que é de extrema importância é a análise do que dispunha a Constituição Federal de 1967 – em texto dado pela Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/1969 – sobre o tema: “art. 153, § 17. Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei”. Pede-se atenção à expressão “na forma da lei” que, como visto acima, não fora mencionada pelo Constituição de 1988.

Por certo que tal omissão teve algum motivo. Imaginar que o fato de a Constituição Cidadã não trazer a mencionada expressão, em seu texto, se trata de mero acaso é fato acarreta sério desrespeito à Constituição histórica³⁶ e, portanto, em nosso ordenamento, isso não pode ser feito. De qualquer sorte, passa-se a uma análise breve sobre a eficácia das normas constitucionais.

2.2. **A Eficácia das Normas Constitucionais:** a posição de Ingo Wolfgang SARLET

Muitos foram os autores que trataram dessa temática. Dentre esses, exemplos notáveis como José Afonso da SILVA, Maria Helena DINIZ, Luiz Roberto BARROSO e Celso Antônio Bandeira de MELLO. A lista seria, se não interminável,

³⁵ Id.

³⁶ Recomenda-se, sobre a figura da Constituição histórica, GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**. Barcelona: Ariel, 1996 e NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven: Yale University Press, 1996. (Trad. *La constitución de la democracia deliberative*. Trad. Roberto Saba. Barcelona: Gedisa, 2003).

muito longa. De qualquer sorte, ela não estaria completa sem que se fizesse menção à obra de Ingo Wolfgang SARLET que, dialogando com os autores acima, expõe a sua concepção de eficácia das normas constitucionais.

Opta-se pela doutrina de SARLET, inclusive, pela sua pertinência, ao menos nesse tópico, com a muito debatida superação do positivismo³⁷ e do conseqüente acréscimo do poder legiferante do Judiciário, fatos que são mais do que atinentes a toda a discussão proposta.

Ingo SARLET reza, em suma, que todas as normas constitucionais têm grau de eficácia, mesmo que diminuto, e que, destarte, são imediatamente aplicáveis³⁸:

... todas as normas constitucionais são sempre eficazes e, na medida de sua eficácia (variável de acordo com cada norma), imediatamente aplicáveis. Não é outro o entendimento que se recolhe do direito comparado, razão pela qual cumpre aproveitar a oportunidade para referir a abalizada e paradigmática lição do renomado publicista espanhol García de Enterría, que, partindo de uma concepção substancial da Constituição e reconhecendo o caráter vinculante reforçado e geral das suas normas, sustenta que na Lei Fundamental não existem declarações (sejam elas oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) destituídas de conteúdo normativo, sendo que apenas o conteúdo concreto de cada norma poderá precisar, em cada caso, qual o alcance específico de sua carga eficaz.

Nesse sentido, é cristalinamente perceptível que a Constituição Federal de 1988, ao suprimir a referida expressão “na forma da lei”, como visto no tópico anterior, concedeu, à norma em tela, aplicabilidade imediata, visando à proteção do depositante.

Pede-se, entretanto, que essas informações sejam reservadas enquanto se analisa a posição de Gilmar MENDES sobre a posição hierárquica dos tratados de Direitos Humanos.

2.3. A Supralegalidade dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos

³⁷ Para aprofundamento do tema, recomenda-se a seguinte obra coletânea: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 266.

O Ministro Gilmar MENDES, ainda no já referido voto, disserta, concisamente, sobre a nova formatação mundial (...), pregando a idéia de que, hoje em dia, não é mais possível que se considerem os tratados internacionais como mera legislação ordinária³⁹. Ele aduz, ainda, que “é necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada em relação às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano”.

Conforme já se adiantou, Gilmar MENDES optou pela posição supralegal dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos, dizendo que⁴⁰:

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**.

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 nº 911, de 1º de outubro de 1969.

Com isso, o Ministro buscou manter, como se vê, a supremacia da Constituição, mas, em contrapartida, afastar a cogência das normas infraconstitucionais que buscavam materializar os ditames da Carta Magna, afastando, assim, a possibilidade de prisão civil para o depositário infiel, no ordenamento jurídico brasileiro.

Há, nessa linha, incompatibilidade com o que leciona SARLET (...) e o voto do Ministro, pois, este considera, em oposição ao que faz aquele, que a norma constitucional que trata da prisão do depositário infiel necessita de regramento, sob pena de ineficácia.

³⁹ Como já mencionado no item 1.3.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343. Banco Bradesco S/A e Vera Lúcia B. de Albuquerque e outro. Relator: Ministro Cezar Peluso. 29 nov. 2006. Disponível em: <<http://mjcatalan.blogspot.com/2006/11/ntegra-do-voto-do-ministro-gilmar.html>>. Acesso em 24 set. 2007.

Na segunda e derradeira porção do voto MENDES busca afastar a hipótese de prisão civil do devedor-fiduciante através da aplicação do princípio da proporcionalidade. Esse tema relaciona-se com ponderação de princípios e teoria da argumentação, razão pela qual a mencionada seção do voto não será analisada. Cabe, porém, o breve comentário de que o disposto no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, nada tem de princípio; sua estrutura é de regra. Seu afastamento, com base “até” na manualística jusconstitucional, é algo que deve ser tratado com extremada cautela.

CONCLUSÃO

Tentou-se demonstrar, através da exposição acima, várias opiniões sobre a posição hierárquica dos tratados, quando insertos na ordem jurídica brasileira e, da mesma sorte, alguns pontuais tópicos sobre a prisão civil do devedor-fiduciante. Nessa linha, viu-se que o voto do Ministro Gilmar MENDES é emblemático, pois, trata do tema com singular propriedade, embora chegue a conclusões, no mínimo, questionáveis.

Agora, em conclusiva sede, é de se tecerem algumas críticas à postura de Gilmar MENDES – e do STF.

Viu-se que o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, embora tenha, “gentilmente”, posicionado os tratados internacionais em patamar supralegal, mas, assim, infraconstitucional, acabou, em termos práticos, por igualar o Pacto de San José e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos a Emendas Constitucionais, pois, embora não tenha concedido, a esses diplomas, caráter constitucional, como se viu, as normas que davam efetividade à previsão da Constituição Federal foram afastadas.

Entretanto, não há motivo para se admitir que o art. 5º, LXVII, da Constituição, ao contrário do que fez o Ministro, não tenha aplicabilidade imediata, pois, viu-se que a ele não se aplicam alguns princípios, como a anterioridade e legalidade, bem como, diante da teoria de Ingo SARLET, se faz plenamente possível defender a aplicabilidade direta da Constituição, nesse ponto.

É importante que se leve em conta, também, que os Direitos Humanos – enquanto categoria – não se destinam apenas àqueles que, em dada situação, mostram-se vulneráveis ou hipossuficientes; assim, não há razão para que se afaste do depositante a proteção constitucionalmente concedida. Esse, salienta-se, é um grave erro, cometido por grande parte dos que enaltecem, sobre todas as coisas, os Direitos Humanos, buscando, por ilustração, proteger, descabidamente, o criminoso, independentemente do que ele tenha feito à vítima. Esta, ao seu turno, parece ser olvidada pelos “jus-humanistas”.

A posição do STF, voltando, acaba por trazer a tona uma série de questões que dizem respeito ao relacionamento entre Direito Constitucional e Direito Internacional. E isso se deve ao inegável fato de que ambas as referidas vertentes jurídicas acabam, na maioria das vezes, figurando como acirradas antagonistas.

Os questionamentos que se fazem, pois, se relacionam com o fim desse embate: (i) quando, finalmente, a Constituição terá uma sistemática clara que precisa, no que tange à recepção de tratados internacionais e, como lógica decorrência, sobre a sua hierarquia no ordenamento? (ii) Por que deixar-se toda a discussão sobre o tema “sob a responsabilidade” da doutrina e do Poder Judiciário? Afinal, aquela jamais alcançará uníssono e este, como no caso ora analisado, usa cair na tentação de optar por *slippery slope arguments*⁴¹. (iii) Até quando, por derradeiro, a Constituição será ferida de morte por tratados internacionais – sob a apaixonada defesa dos Direitos Humanos – e estes, ao seu turno, serão maculados pela Constituição – sob a égide de suas especificidades?

As [possíveis] respostas para essas perguntas, aparentemente, se encontram no que a doutrina tem chamado de Estado Pós-nacional. Traz-se à baila as lições de Marcos Augusto MALISKA sobre tal figura, que tem como principal característica, justamente, o franco diálogo entre os planos nacional e supranacional.

MALISKA afirma que, de acordo com os manuais de Direito Constitucional, a Constituição se trata de um “conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento

⁴¹ Em tradução literal, o termo significa “argumento [de] elevação escorregadia”; é ora empregado, pois, a solução dada pelo Ministro Gilmar MENDES é, aparentemente, correta, porém, conduz ao indesejável de afastar a cogência constitucional através de instrumento que não é legítimo – pelo menos no atual panorama interno – para tal.

de seus órgãos, aos limites de sua ação”⁴². Contudo, tal conceituação não mais é capaz de definir a Constituição, pois, atualmente, ela tenciona ser “um instrumento fundamental da sociedade”⁴³, encontrando, porquanto, dois enormes reptos.

A primeira dessas dificuldades refere-se ao seu papel junto a entes supranacionais e/ou internacionais. “A Constituição aberta como hoje conhecemos é aquela não apenas aberta aos valores, mas também aberta organicamente, ou seja, a própria Constituição possibilita uma abertura do Estado para que promova a cooperação e a integração internacional e supranacional do país”⁴⁴.

O texto faz referência a Stephan HOBE e sua Teoria do Estado Aberto, onde defende, ao discorrer sobre o que chama de “planos de cumprimento de tarefas”, o Estado, em virtude de sua incapacidade para realizar, satisfatoriamente suas incumbências, as divide em planos; internacional, regional e nacional. Destarte, ainda segundo HOBE, o Estado passa a ter as seguintes funções: “(i) de transferência de direito para as outras instâncias; (ii) de controle com base no conteúdo democrático da Constituição Nacional (...); (iii) de realização e execução (...); (iv) e de identificação”⁴⁵. Dessa sorte, a defendida abertura deve ser vista como finalidade do Estado, através de uma nova interpretação dos mencionados aspectos.

Por óbvio que essa questão acaba por suscitar dúvidas quanto à soberania do Estado e à supremacia da Constituição, porém, é necessária uma análise criteriosa para que tal pergunta tenha cabimento. Essa análise, em verdade, consiste na diferenciação da forma com a qual a Constituição e o Estado se relacionam com entidades supra ou internacionais da maneira com que se relacionam com atos internos, hierarquicamente inferiores à Carta Magna. “(...) o Estado, na produção legislativa interna atua de forma absoluta, ou seja, ele possui o monopólio da produção legislativa, na produção legislativa supranacional e internacional o Estado

⁴² MALISKA, Marcos Augusto. **Constituição e Estado Pós-Nacional. Reflexões sobre os desafios do Direito Constitucional em face da abertura da ordem jurídica estatal e das demandas internas por cidadania não homogeneizantes.** Texto produzido como atividade de pesquisa acadêmica realizada junto ao NUPECONST – Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da UniBrasil, em Curitiba. p. 3-4.

⁴³ Ibid., p. 4.

⁴⁴ Id.

⁴⁵ Id.

compartilha essa competência com outros Estados, sendo a sua vontade uma entre outras várias vontades soberanas”⁴⁶.

Dessa forma, é imprescindível que se acolha a idéia do surgimento de um circuito de Constituições, onde há o reconhecimento da soberania de todas e por todas, com importante presença de diálogo, visando a criação de órgão supranacionais com poder decisório em tal esfera e, da mesma sorte, na produção de normas cogentes, de caráter também internacional⁴⁷.

Enquanto, contudo, esse “ideal” não for atingido, não se pode admitir que um tratado internacional venha a afastar a incidência da Constituição, mesmo que com um belo discurso e com grande aporte doutrinário, pois, além de todas as aparentes razões para que isso não seja desejado, tem-se o notável fato que os tratados sofrem de um déficit democrático monstruoso⁴⁸, o que, por si só, já seria suficiente para impossibilitar a sua dissonância para com o que determinou o Poder Constituinte Originário, cujo titular não é ninguém menos do que o povo.

⁴⁶ Ibid., p. 6.

⁴⁷ Ibid., p. 7.

⁴⁸ Nesse sentido, CHAVES, Pablo Bonilla; LAURENTI, Emerson Luiz. **O déficit democrático na formação dos tratados no Brasil**. In: Revista Direitos Fundamentais & Democracia / Faculdades Integradas do Brasil. Curso de Mestrado em Direito da UniBrasil. – v.1, n.1 (jan./jun. 2007) - . – Curitiba: UniBrasil, 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/36/57>>. Acesso em 26 set. 2007.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343. Banco Bradesco S/A e Vera Lúcia B. de Albuquerque e outro. Relator: Ministro Cezar Peluso. 29 nov. 2006. Disponível em: <<http://mjcatalan.blogspot.com/2006/11/integrado-voto-do-ministro-gilmar.html>>. Acesso em 24 set. 2007.

GOMES, Eduardo Biacchi. Diferenças Pontuais entre o Sistema de Aprovação dos Tratados no Congresso Norte-americano e Brasileiro: a questão do “fast-track”. In. SILVA, Roberto Luiz e MAZZUOLI, Valério de Oliveira (orgs.). **O Brasil e os Acordos Econômicos Internacionais**. São Paulo: RT, 2003.

MALISKA, Marcos Augusto. **Constituição e Estado Pós-Nacional. Reflexões sobre os desafios do Direito Constitucional em face da abertura da ordem jurídica estatal e das demandas internas por cidadania não homogeneizantes**. Texto produzido como atividade de pesquisa acadêmica realizada junto ao NUPECONST – Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da UniBrasil, em Curitiba.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O Poder de Celebrar Tratados**. Porto Alegre: Fabris, 1995.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Prisão civil e os direitos humanos**. São Paulo: RT, 2004.

PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHUELTER, Cibele Cristiane. **Tratados internacionais e a lei interna brasileira: o problema da hierarquia das normas**. Florianópolis: OAB/SC, 2003.