

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

HISTÓRIA DO DIREITO

ANTONIO CARLOS WOLKMER

GUSTAVO SILVEIRA SIQUEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

H673

História do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Gustavo Silveira Siqueira, Antonio Carlos Wolkmer, Zélia Luiza Pierdoná – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-059-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. História. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

HISTÓRIA DO DIREITO

Apresentação

O interesse pela História do Direito tem crescido significativamente no Brasil nos últimos anos. A inclusão da disciplina no conteúdo dos cursos de graduação, desde o início dos anos 2000, tem contribuído para o conhecimento e expansão da área. Sendo ainda uma área (ou sub-área) nova, a História do Direito, ainda luta para sedimentar-se academicamente dentre as disciplinas chamadas de zetéticas. Ao contrário da Filosofia do Direito e da Sociologia do Direito, já consagradas em currículos, eventos e produções nacionais, a História do Direito ainda carece, se comparada com as outras áreas, de um certo fortalecimento metodológico e teórico.

Nesse sentido a existência de fóruns, como o GT de História do Direito no CONPEDI, auxilia que trabalhos, já com preocupações metodológicas e teóricas de grande sofisticação, convivam com os de pesquisadores iniciantes no tema. Mas, se por um lado, a referida disciplina luta para consolidar sua especialidade em relação à Sociologia do Direito e à Filosofia do Direito, ela é palco de internacionalização e de refinados trabalhos acadêmicos. A ausência da disciplina no Brasil, durante alguns anos, fez com que o intercâmbio internacional fosse uma necessidade, logo na formação da disciplina. O mencionado fato levou diversos professores e pesquisadores a uma profunda inserção no meio acadêmico internacional. Daí o contraste da História do Direito: uma disciplina jovem, pouco difundida e sedimentada em muitos cursos jurídicos, mas que, por outro lado, tem dentre seus pesquisadores mais inseridos, um elevado nível de pesquisa e internacionalização.

Neste contexto, os trabalhos apresentados no CONPEDI e publicados aqui, servem para demonstrar uma área em transição e em processo de fortalecimento. Assim, eles contribuem para problematização de métodos, metodologias e teorias que podem ser aplicadas à História do Direito.

As apresentações tiveram temas genéricos e específicos, abarcando desde aspectos da presença e influência do "common law no Brasil, passando pelo direito romano e temas conexos. Também foram discutidos pensadores como Hobbes, Virílio, Habermas e Leon Duguit, e temas como espaços femininos, ideias marxistas, movimentos sociais e a trajetória do Direito no Brasil. Este foi o principal tema dos trabalhos que reuniu contribuições sobre o Período Colonial, a escravidão, a educação e a cultura jurídica. Também foi problematizado o Direito no Período do Império, as eleições de 1821, a obra de Diogo Feijó, a questão da

legislação sobre a adoção e o Estado laico e confessional. Sobre o Período Republicano, os trabalhos preocuparam-se com história do Direito Penal, crimes políticos, jurisprudência do STF e Relatório Figueiredo.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Antonio Carlos Wolkmer (UFSC - UNILASALLE)

Gustavo Silveira Siqueira (UERJ)

Zélia Luiza Pierdoná (MACKENZIE)

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE PRISÃO CIVIL EM CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

L'ÉVOLUTION HISTORIQUE DE LA JURISPRUDENCE DE LA SUPRÊME COUR FÉDÉRALE EN MATIÈRE DE PRISON CIVILE DANS LES CONTRATS DE ALIÉNATION FIDUCIAIRE À TITRE DE GARANTIE

**Marcus Vinícius Parente Rebouças
Analice Franco Gomes Parente**

Resumo

Este artigo científico analisa o processo histórico de evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à questão jurídica da prisão civil em contratos de alienação fiduciária em garantia. Nesse universo temático, além de abordar os fundamentos normativos que embasavam a referida medida constritiva, coloca em perspectiva os posicionamentos jurisprudenciais opostos desenvolvidos pelo Pretório Excelso sob a vigência da Constituição de 1967/1969 e da Constituição de 1988; destacando, ademais, as discussões pertinentes envolvendo a hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira atual.

Palavras-chave: Prisão civil, Alienação fiduciária em garantia, Jurisprudência, Supremo tribunal federal, Tratados internacionais de direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

Cet article scientifique analyse le processus historique de l'évolution de la jurisprudence de la Suprême Court Fédérale sur la question juridique de la prison civile dans les contrats de aliénation fiduciaire à titre de garantie. Dans cet univers thématique, en plus d'aborder les fondements normatifs qui ont informé cet mesure constrictive, met en perspective les positions jurisprudentielles opposées établies par le Prétoire Exalté sous la force de la Constitution de 1967/1969 et de la Constitution de 1988; en soulignant, en outre, les discussions pertinentes impliquant la hiérarchie juridique des traités internationaux des droits de l'homme dans la ordre juridique brésilienne actuelle

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Prison civile, Aliénation fiduciaire à titre de garantie, Jurisprudence, Suprême cour federale, Traités internationaux relatifs aux droits de l'homme.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Positivada na ordem jurídica nacional em 05 de outubro de 1988, a promulgada Constituição da República Federativa do Brasil emergiu historicamente de um estado de grave e generalizada “crise constituinte”¹ que assolara a consciência cívica do povo brasileiro em relação às instituições políticas às quais, então, se sujeitava. Referida conjuntura crítica decorreu, por sua vez, do profundo déficit de legitimidade democrática do regime ditatorial precedente; matizado pelo vilipêndio, a cargo do aparelho coercitivo do Estado, de valores axiais da pessoa humana, bem como pela constrição da volição e da participação popular na arena pública e nos canais e processos institucionalizados de condução dos destinos globais da sociedade brasileira.

A “Constituição Cidadã”, ou “Constituição Coragem”², representa, indubitavelmente, um dos conseqüências racionalizadores da dinâmica convivencial mais promissores do derradeiro ciclo de distensão política e redemocratização da história constitucional do País. Para um povo tão duramente espoliado por séculos de exclusão e vulneração da condição humana, que acabara de romper a barreira do terror sistêmico empregado como prática rotineira pelo pretérito regime, a Constituição, fruto maduro de amplo consenso democrático, encarnara historicamente o papel de símbolo icônico da sincera esperança de milhões de homens e mulheres por um futuro melhor: mais humanizado, fraterno e com mais respeito, justiça social e paz³. Esse é, de fato, o seu valor projetivo essencial, norteado, em última escala, pelo vetor emancipatório da dignidade da pessoa humana, que nela insculpe um componente revolucionário de rompimento com o passado opressivo e de transformação progressiva do *status quo*. Pela medida do salto, não houve mera evolução da morfologia político-institucional do Estado, e, sim, autêntica reversão do curso coexistencial e dos fundamentos estruturantes da vida social na *Terrae Brasilis*, do que resultou profunda mudança de paradigma, uma virada civilizacional, catalisada pelas novas precipitações constitucionais humanistas.

Diante desse cenário, numa ligeira incursão no processo histórico brasileiro, esta pesquisa destina-se especificamente a analisar como se deu o fenômeno da maturação jurisprudencial do entendimento sobre a recorrente questão jurídica relativa à prisão civil do devedor fiduciante em contratos bancários de alienação fiduciária em garantia. Conquanto a referida prática constritiva tenha sido maciçamente chancelada

pela jurisprudência pretérita, não conta com respaldo jurisprudencial no contexto atual, tendo servido, inclusive, de pano de fundo para a redefinição de relevantes posicionamentos jurídicos acerca da alocação hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento normativo brasileiro.

Pretende-se com esse exercício de retrospectiva investigativa colher certos dados e conexões genéticas⁴ da “experiência histórico-constitucional que enlaça passado e presente e olha para o futuro”⁵. Como resultado, acreditamos poder compor, a partir dessa análise histórica, com foco na evolução jurisprudencial, juízos de pré-compreensão mais densos, sofisticados e críticos acerca do sentido e do alcance das predicções normativas vigentes na ordem constitucional atual quanto aos direitos fundamentais e aos direitos humanos. Para compreender o estatuto vigente que informa nosso imaginário coletivo, imprescindível se faz, de fato, examinar o quadro histórico que a precedeu.

Pertinentes a esse respeito são, por sinal, as seguintes reflexões de Zagrebelsky, segundo o qual “*La ‘historia’ constitucional no es un pasado inerte sino la continua reelaboración de las raíces constitucionales del ordenamento que nos es impuesta en el presente por las exigencias constitucionales del futuro*”⁶.

I. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE NO DIREITO BRASILEIRO E A CHANCELA JURISPRUDENCIAL DURANTE O REGIME DITATORIAL

A conquista liberal da vedação jurídica do encarceramento de pessoas como meio transversal para a cobrança de seus débitos foi entronizada na tradição constitucional brasileira, na qualidade de garantia individual da liberdade, direito humano por excelência, com o art. 113, 30, da Constituição de 1934. Para tanto, valeu-se da asserção proibitiva geral “não haverá prisão por dívidas, multas ou custas”, pura e simples, veiculando, assim, uma proscrição constitucional peremptória, veemente, sem ressalvas. As Constituições de 1824 e 1891 haviam sido silentes a esse respeito.

Com a outorga da Carta de 1937, a garantia constitucional em face de prisões desse tipo foi suprimida, de modo que o legislador ordinário readquiriu a possibilidade de instituí-la. Consumou-se, durante a ditadura estadonovista, o que Pontes de Miranda denominara de “queda da garantia constitucional”⁷.

Sem embargo, a interdição constitucional da custódia civil por débitos foi restabelecida com a promulgação da Constituição de 1946, que restringiu, no entanto, seu âmbito de proteção, ao prever algumas exceções derogatórias. Deveras, na forma do seu art. 141, § 32, embora fosse, como regra, vedada a prisão civil por dívida, multa ou custas, seria possível a constrição excepcional da liberdade pessoal, resquício de uma prática há muito extinta, no caso do depositário infiel e do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, “na forma da lei”⁸. Disciplina idêntica restou reproduzida no § 17 do art. 150 da CF/1967 (deslocado, *ipsis verbis*, para o art. 153, § 17, pela EC nº 01/1969)⁹.

Inserido no título atinente aos direitos e garantias fundamentais, o art. 5º, LXVII, da CF/1988 vedou igualmente a prisão civil por dívida, na esteira da tradição republicana inaugurada com a Constituição de 1934 (art. 113, 30). No entanto, à semelhança das Constituições de 1946 (§ 32 do art. 141) e 1967/1969 (§ 17 do art. 150/153), excepcionou a possibilidade do encarceramento extrapenal, desde que confinada ao depositário infiel e ao responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia¹⁰. Por sinal, a matéria atinente à proibição da prisão civil por dívida, regulada no inciso LXVII, integra, na Constituição de 1988, o que, em voto proferido no RE nº 466.343/SP, o Min. Carlos Ayres Brito denominou de “estatuto constitucional da liberdade”¹¹. Trata-se de um conjunto de oito dispositivos da Constituição de 1988, sequenciados em ordem imediata nos incisos LXI a LXVIII, que predicam normas de proteção da liberdade individual, incluindo, ao final, a garantia do *habeas corpus* (LXVIII). No sistema jurídico brasileiro em vigor, a vedação da prisão civil por dívida constitui, portanto, garantia do *status libertatis* que possui “extração constitucional”¹².

Impende destacar que, no plano infraconstitucional, a prisão civil do depositário infiel, modalidade extraordinária de coerção, já encontrava previsão expressa no art. 1.287 do Código Civil de 1916^{13 14}, que restou replicado no art. 652 do Novo Código Civil, de 2002¹⁵. Segundo referidos dispositivos, inseridos entre as normas civis aplicáveis especificamente ao “contrato de depósito”, o depositário que não restituir a coisa depositada, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão, não excedente a 1 (um) ano, e a ressarcir os prejuízos, seja voluntário ou necessário o depósito.

A alienação fiduciária em garantia constitui modalidade *sui generis* de operação contratual adjeta inspirada na *fiducia romana*¹⁶. À semelhança de vários contratos comerciais, tais como o de comissão, corretagem, incorporação imobiliária, estimatório, transporte, agência e distribuição, *factoring*, *leasing*, entre outros, não contava com disciplina jurídica específica no Código Civil de 1916¹⁷. Nela, o credor fiduciário ou alienatário permanece, por ficção jurídica, com o domínio restrito e resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, ou seja, mediante tradição ficta (constituto possessório); tornando-se o alienante ou devedor fiduciante possuidor direto do objeto negociado (cf. art. 66 da Lei nº 4.728/1965, com redação dada pelo DL nº 911/1969).

Ao passar a regular a “propriedade fiduciária”, o Novo Código Civil, de 2002, dispôs, por sua vez, que “Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor” (art. 1.361, *caput*). Predica, ademais, que “Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa” (art. 1.361, § 2º). Nela, portanto, figuram, por técnica jurídica ficcional: o “devedor fiduciante”, que aliena a coisa em garantia, mas permanece com sua posse direta; e o “credor fiduciário”, que adquire a propriedade resolúvel do bem, mantido em sua posse indireta, sem a tradição real do objeto alienado¹⁸.

Em 1º de outubro de 1969, o Decreto-Lei nº 911 foi outorgado, sem qualquer participação do Congresso Nacional, pelo triunvirato composto pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, que, por golpe dentro do golpe, governou o País durante o afastamento do Presidente Costa e Silva por motivos de saúde. Tratou-se de mais um dos legados autoritários do período ditatorial, marcado pelo menosprezo à institucionalidade democrática e às liberdades individuais¹⁹. Empreendeu-se, assim, por meios infra, ou melhor, extraconstitucionais, uma significativa reestruturação do regime jurídico da referida espécie negocial fiduciariamente garantida, que se tornou exageradamente mais austero.

Nesse mister, alterou-se a redação do art. 66 da Lei nº 4.728/1965 (Lei do Mercado de Capitais), que disciplina o mercado financeiro e estabelece medidas para o seu desenvolvimento, em função do que o devedor fiduciante foi equiparado à condição análoga à do depositário, com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal^{20 21}. Em razão dessa modificação normativa, a medida

excepcional da prisão civil passou a servir de privilegiada garantia acessória desses contratos bancários²², reforçando, com drástica e dissuasória coerção, a segurança da propriedade fiduciária e a excussão de créditos de grandes instituições financeiras; inclusive com suposto respaldo constitucional no disposto no § 17 do art. 150 da CF/1967 (deslocado para o art. 153, § 17, com a EC nº 01/1969)²³.

Regulando a matéria, o art. 4º do DL nº 911/1969 estatuiu que, no caso de inadimplemento ou mora no cumprimento de obrigações contratuais garantidas do *pactum fiduciae*, se o bem alienado fiduciariamente não fosse encontrado ou não se achasse na posse do devedor fiduciante, uma vez proposta ação de busca e apreensão, o proprietário ou credor fiduciário, necessariamente uma instituição financeira, poderia requerer, nos mesmos autos, a conversão do pedido em ação de depósito²⁴. Disciplinada, por sua vez, nos arts. 901 a 906 do CPC²⁵, a ação de depósito, que tem por fim justamente a restituição da coisa depositada, contempla a possibilidade da decretação judicial da medida constritiva da prisão civil do depositário do bem, por até 1 (um) ano (art. 902, § 1º)²⁶, se o devedor não entregar a coisa perseguida ou o equivalente em dinheiro no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a contar da juntada do pertinente mandado judicial (art. 904, § único)²⁷.

Sob a égide da Constituição de 1967/1969, o STF chegou a ser demandado, algumas vezes, para que se debruçasse sobre a questão relativa à (i)licitude da custódia civil do depositário infiel. A legitimidade jurídica da prisão extrapenal em casos desse jaez, tanto no depósito convencional, quanto no legal, foi, contudo, chancelada pela jurisprudência do Pretório Excelso (cf. RHC nº 55.271/PE, RE nº 88.884/MA, RE nº 86.311/SP, RHC 58.005/SP [depósito judicial] e RHC 58.475/SP [depósito convencional]²⁸). Em sessão plenária, a Suprema Corte chegou, inclusive, a aprovar, em 17 de outubro de 1984, o Verbete Sumular nº 619, que enunciava que “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”²⁹.

De igual modo, a legitimidade do encarceramento civil do devedor fiduciante sob a ordem constitucional precedente foi também proclamada pelo STF, por unanimidade, em dezenas julgados, nos quais denegou sistematicamente a postulada ordem liberatória de *habeas corpus* (cf. RE nº 69.404/SP, RE nº 75.221/GB, RE nº 73.220/DF, HC nº 51.186/SP, RHC nº 51.934/AL, RE nº 77.576/MG, HC nº 51.969/SP, RE nº 77.110/PR, RHC 52826/MG, HC nº 52.489/PE, RHC 53.093/MG, RE nº

80.789/SP, RHC nº 53.611/SP, RHC 53.813/MG, RE nº 84.779/PR; RHC nº 54.359/MG, HC nº 56.882/RJ, RHC nº 58.184/SP, HC nº 59.113/SP, RE nº 96.698/RJ, HC nº 59.644/SP, RE nº 93.274/RJ, RE nº 99.927/CE, RHC nº 64.177/PR³⁰⁾^{31 32 33 34}.

II. A CONTINUIDADE DA ORIENTAÇÃO PRETORIANA DO STF ACERCA DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A LENTA E GRADATIVA CONSOLIDAÇÃO DE UMA NOVA RACIONALIDADE INSTITUCIONAL DA SUPREMA CORTE ACERCA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS.

O vetor emancipatório e libertário da dignidade da pessoa humana, agregado à incorporação de um regime analítico e aberto de proteção dos direitos fundamentais/humanos, introduziu na Constituição de 1988 um componente revolucionário de transformação do *status quo* e de ruptura com o passado opressivo (descontinuidade constitucional³⁵). Na nova conjuntura histórico-constitucional, mostrou-se mais defensável a tese de que a equiparação legal do devedor fiduciante ao depositário infiel promovida pelo DL nº 911/1969 seria inconciliável com os novos ares humanistas, liberais e democráticos, de sorte que não teria sido recepcionada pela novel ordem constitucional.

Alargando as hipóteses do cárcere civil, o artifício da equiparação legal consubstancia, de fato, um genuíno retrocesso a épocas arcaicas do primitivo processo romano, em que a excussão de dívidas, instrumentalizada por via da *legis actio per manus injectionem*, incidia sobre a própria pessoa do devedor, adjudicada, inclusive com a própria vida, como garantia corpórea do débito. Tratava-se, pois, de um verdadeiro regresso a eras remotas anteriores à *Lex Poetelia Papiria de nexum*, introduzida, como fruto da evolução do espírito humano, na República romana do século V a.C., a partir da qual a garantia das dívidas deixou de ser pessoal, ou melhor, corporal, física, passando o devedor a responder somente com seu acervo de bens. Com o advento do princípio da responsabilidade patrimonial, aboliu-se o instituto do *nexum*, que fazia a execução recair sobre a pessoa do devedor, substituindo-o pela *bonorum cessio*, que submetia o patrimônio do devedor, e não o corpo deste, ao processo de execução.

Não se pode descurar, tal como assinalado pelo Min. César Peluso em voto proferido no RE nº 466.343/SP, que, como bárbara técnica coercitiva de pagamento, o uso processual da prisão civil por dívidas constitui acerba violência que faz da pessoa

humana um simples *corpus vilis* (“corpo vil”), reduzido à expressão material de seu corpo físico, com abstração do seu sofrimento. Em razão disso, reduz o ser humano à condição análoga à de um mero instrumento ou objeto na ordem jurídica, representando uma das formas mais aviltantes de degradação da pessoa humana, posta a serviço da satisfação de interesse econômico alheio. Em ordenamentos jurídicos pautados pela consciência, reconhecimento e respeito pela dignidade da pessoa humana como valor fundamental, o ser humano não pode, ao ser dogmática e juridicamente concebido com fim em si mesmo, ser tomado como objeto suscetível de experimentos normativos que impliquem sua submissão à violência de expedientes de coerção física para saldar obrigações de estrito caráter patrimonial.³⁶

A Lei Magna discriminou, de forma taxativa, clara e suficientemente definida, as duas únicas e inconfundíveis hipóteses permissivas da excepcional prisão civil, quais sejam: 1) a do genuíno depositário infiel, vale dizer, do sujeito passivo de obrigação contratual ou legal de depósito propriamente dito, nos termos dos arts. 1.265 e ss. do CCB/1916 (substituídos pelos arts. 627 e ss. do NCCB/2002)³⁷, e não do devedor em contrato de alienação em fidúcia, transação negocial substancialmente diversa, em que se forjou artificialmente, por extensão legal, um depósito por equiparação, atípico, impróprio, como garantia da recuperação de créditos bancários³⁸; e 2) a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia (art. 733, §1º, do CPC³⁹)⁴⁰.

Na esfera inextensível do direito excepcional, em que há desvio extravagante da regra geral, tornar-se-ia, por imperativo hermenêutico, inarredável que se imprimisse exegese restritiva à literalidade dos referidos preceitos (*exceptiones sunt strictissimae interpretativo*). Essa exigência interpretativa coaduna-se, ademais, com a inferência dogmática segundo a qual “a garantia dos direitos individuais deve ser interpretada de maneira a ampliar, em benefício da liberdade, os preceitos de entendimento duvidoso” (*in dubio pro libertate*)⁴¹. Demais disso, no exercício conformador da *interpositivo legislatoris*, não é franqueada, nesses casos, a dilatação conceitual de hipóteses exceptivas e o transbordamento tredestinado dos lindes constitucionais, mormente quando afetados atributos fundamentais da pessoa humana de suma envergadura axiológica⁴².

Noutra vertente, o inciso LXVII do art. 5º suprimira a locução final “na forma da lei”, constante no § 17 do art. 150 da CF/1967 (correspondente ao § 17 do art.

153 da CF/1969). Nesses termos – e ainda que assim não fosse –, reforçada estava a vedação do uso arbitrário de subterfúgios legais para se estender aos denominados “assemelhados” a excepcionalidade das hipóteses constitucionais exaustivas em que a prisão, privação da liberdade pessoal por antonomásia, seria cabível (*numerus clausus*).

Nesse sentido, sob pena de restar configurada fraude à Constituição Cidadã por abuso da liberdade de conformação normativa, não se legitimam, à luz do novo regime constitucional, interpretações extensivas, recorrências analógicas, aproximações fictícias ou equiparações aberrantes que, *in malam partem*, deem guarida à prisão civil do devedor fiduciante, artificializando o emprego da exceção constitucional do art. 5º, LXVII. Deveras, por meio da legislação ordinária, foram dilatadas, em prol de interesses privados de cunho meramente econômico, ressalvas constitucionais constrictivas, ou melhor, supressivas da liberdade humana, alargando-se arbitrariamente norma de exceção constitucional em nome de uma suposta repressão à nefanda infidelidade depositária⁴³.

Nada obstante, mesmo sob a égide da Constituição de 1988, o STF reafirmou seu entendimento tradicional sobre a legitimidade da prisão civil do devedor fiduciante em vários julgamentos⁴⁴, nos quais reconheceu, inclusive por unanimidade de votos, a recepção do DL nº 911/1969 pela ordem constitucional vigente⁴⁵, tal como no RHC nº 67.397/RJ, julgado no ano de 1989⁴⁶, e no HC nº 71.286/MG⁴⁷.

No entanto, no julgamento, em 1993, do HC nº 70.625/SP, no âmbito da 2ª Turma do STF, inaugurou-se uma dissidência isolada por parte do Min. Marco Aurélio⁴⁸, o que se replicou na apreciação do HC nº 71.197/RJ⁴⁹. Com efeito, evocando argumentos análogos aos retrocitados, o Ministro votou pelo deferimento do *writ*. Passou, para tanto, a sustentar a tese da inconstitucionalidade material superveniente dos ditames do DL nº 911/1969, incompatíveis com a Constituição vigente na parte relativa à aplicação da prisão civil como garantia dos contratos bancários de alienação fiduciária⁵⁰.

Em 1992, com um delongado retardo histórico e após moroso processo de tramitação no Congresso Nacional, o Brasil finalmente incorporou ao ordenamento doméstico os Pactos Internacionais de Direitos Humanos das Nações Unidas⁵¹ e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)⁵². A ratificação desses diplomas internacionais deu-se, aliás, sem quaisquer reservas ou

declarações interpretativas em relação às disposições atinentes à prisão civil por dívidas⁵³.

Nessa esteira, ingressaram no direito nacional duas normas convencionais que vedam explicitamente a prisão civil por dívidas contratuais, no caso, o art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que predica que “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”, bem como o art. 7º, nº 7, da Convenção Interamericana, que dispõe que “Ninguém deve ser detido por dívida”, embora ressalve que essa vedação “não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”⁵⁴. À luz desses preceitos normativos, é ilegítima a coarctação da liberdade de ir e vir da pessoa humana pelo simples descumprimento de qualquer obrigação civil de natureza contratual e que não envolva prestação de alimentos, do que resulta a categórica proscrição do aprisionamento extrapenal do devedor fiduciante. Na esfera civil, a única e exclusiva hipótese prisional tolerável seria, portanto, excepcionalmente, a do alimentante omissor. No que concerne à disciplina do cárcere civil, é, de fato, patente a situação de conflituosidade entre o preceituado nas aludidas normas convencionais de direitos humanos e o tratamento permissivo e complacente conferido pela normatividade doméstica a cargo do DL nº 911/1969⁵⁵.

Por ocasião do julgamento, em 1995, do *Habeas Corpus* nº 72.131/RJ⁵⁶, a prisão civil do devedor fiduciante passou a ser analisada não só com esteio no inciso LXVII do art. 5º da CF/1988, mas também com base nas disposições normativas do art. 7º, nº 7, da Convenção Interamericana. Com efeito, foi no referido *leading case* que a aludida norma convencional passou a ser evocada como paradigma jurídico para o deslinde da recorrente controvérsia acerca da prisão civil do devedor fiduciante. Foi, ademais, na apreciação desse caso que se aprofundou o dissenso pretoriano em torno da questão relativa à (i)legitimidade dessa austera espécie constritiva, já que os Ministros Francisco Resek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence passaram a sustentar a sua antijuridicidade, fazendo coro à divergência inaugurada pelo Min. Marco Aurélio no HC nº 70.625/SP, em 1993.

Foi também no julgamento desse *writ* que o Pleno do STF consolidou a tese da “igualação dos diplomas”⁵⁷, vale dizer, o entendimento de que, ao serem recepcionados pelo direito doméstico, os tratados de direitos humanos passavam a gozar de *status* infraconstitucional, em situação de estrita paridade ou equivalência hierárquica

com a legislação ordinária e com os tratados comuns ou tradicionais (desportivos, comerciais, tributários etc). Sob esse prisma, haveria, portanto, um paralelo qualitativo, no tocante à dignidade normativa, entre tratado e lei federal, incluindo os tratados de proteção dos direitos humanos. Nesses termos, observados os critérios de solução de antinomias, uma norma interna teria aptidão potencial para afastar a incidência de normas convencionais colidentes (*treaty override*), o que poderia, contudo, culminar na responsabilização do Estado na esfera jurídica internacional.

De todo modo, o fato é que o paradigmático julgamento do HC nº 72.131/RJ repercutiu decisivamente no deslinde de uma série de outros casos similares envolvendo o efeito prisional da alienação fiduciária em garantia^{58 59}. Vários foram julgados, com unanimidade de votos, segundo a linha de compreensão dominante, inclusive com quando se operaram mudanças na composição do Pretório Excelso (cf. HC nº 73.453/PR, HC nº 72.183/SP, HC nº 73.044/SP, HC nº 74.490/MG, RE nº 206.086/SP, RE nº 212.549/GO, HC nº 74.381/PR, RE nº 199.730/RS, RE nº 77.616/SP, AI 235.476/GO, HC nº 79.870/SP, RE nº 270.296/GO, AgR no RE nº 252.477/GO, RE nº 299.376/RS, RE nº 253.071/GO, RE nº 252.427/RS, HC nº 80.710/RS, RE nº 299.627/MG, RE nº 331.159/MG, RE nº 344.585/RS, AgR no AI nº 374.231/PR, RE nº 345.345/SP e AgR no AI nº 403.828/MS⁶⁰).

Em 1998, a matéria restou novamente afetada ao julgamento pelo Pleno do STF no contexto do RE nº 206.482/SP⁶¹, bem como do HC nº 77.527/MG⁶², que reafirmou, em ambos os casos, por maioria qualificada (8x3⁶³), o entendimento majoritário, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence⁶⁴. No fundo, essa polaridade também se reproduziu no julgamento, por maioria, do HC nº 81.319/GO, realizado pelo Plenário em 2002, no qual o Min. Sepúlveda Pertence não insistira na discussão, limitando-se a consignar a sua convicção pessoal em contrário, ante a “solidez da jurisprudência” sedimentada quanto ao ponto⁶⁵. Por sinal, em 2001, o Plenário também deliberou a respeito no HC nº 80.710/RS, no qual, com a ressalva de entendimentos divergentes, foi denegada a ordem de *habeas corpus* por unanimidade⁶⁶. A Corte ensaiou, inclusive, proposta de enunciado sumular com o seguinte verbete: “É legítima a prisão civil do devedor vencido em ação de depósito fundada em alienação fiduciária em garantia”, que foi, contudo, retirada para nova meditação sobre o tema⁶⁷.

Nada obstante, a insatisfação latente com o entendimento predominante na Suprema Corte em relação à *quaestio juris* relativa à prisão civil traduziu-se, no contencioso constitucional ambientado em vários outros julgados, em votos divergentes, da lavra dos Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence. As objeções lançadas nesses casos eram, contudo, comumente vazadas nos mesmos moldes do que restara averbado no julgamento do HC nº 72.131/RJ, tanto que os Ministros dissidentes restringiam-se fundamentalmente a transcrever ou a fazer remissão a votos proferidos em decisões precedentes, sem inovações argumentativas significativas no trato da matéria de fundo (cf. RE nº 216.872/PR, HC nº 75.687/PR, HC nº 76.346/PR, RE nº 205.640/RS, HC nº 76.561/SP, RE nº 206.482/SP, HC nº 76.229/SP, RE nº 229.856/SP, RE nº 226.737/RS, HC nº 77.527/MG, HC nº 77.920/SP, RE nº 237.717/DF, RE nº 250.917/MG, RE nº 259.506/RS, RE nº 280.398/GO, RE nº 282.644/RJ, RE nº 285.047/RJ e HC nº 81.319/GO⁶⁸). Manteve-se, em razão disso, a linha tradicional de compreensão de que os tratados de direitos humanos seriam incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com o mesmo nível normológico das leis federais comuns.

Essa diretriz jurisprudencial foi replicada pelo Pleno da Suprema Corte no julgamento de um pedido de medida cautelar deduzido no contexto da citada ADIn nº 1.480-3-MC/DF, quando apreciou polêmica questão atinente à proteção jurídica do trabalhador em face de despedida arbitrária ou sem justa causa. Na Ação Direta, postulou-se a declaração de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo nº 68, de 16 de setembro de 1992, e do Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996, que, respectivamente, aprovou e promulgou a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).^{69 70}

O pluralismo de visões parciais e a dialeticidade que permeou o debate judicante em torno desses temas contribuiu decisivamente para o amadurecimento progressivo de uma racionalidade institucional diferenciada no âmbito do STF acerca da problemática relativa à hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Como expressão do caráter vivo, dinâmico e complexo do fenômeno jurisprudencial, o desdobramento histórico-evolutivo desse ciclo sequenciado de discussões culminou, mais à frente, numa mudança radical de compreensão da matéria por parte do Pretório Excelso.

Após um delongado ciclo histórico de maturação jurisprudencial e já sob o impacto das inovações da EC nº 45/2004 e com renovada composição de Ministros, a Suprema Corte findou, num *aggiornamento* de largo alcance, por modificar radicalmente sua tradicional compreensão institucional acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos não aprovados sob a mecânica especial do art. 5º, § 3º, da CF/1988. Deveras, no contexto do RE nº 466.343/SP⁷¹ (apreciado conjuntamente com o RE nº 349.703/RS [prisão civil na alienação fiduciária em garantia]⁷², o HC nº 87.585/TO [prisão civil em contrato de depósito típico] e O HC nº 92.566/SP [prisão civil no penhor rural]), foi recolocada em pauta, depois de dezenas de vezes, a repisada e, à época do julgamento, “ainda atual” questão da prisão civil do devedor fiduciante. A matéria foi apreciada à luz do art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica, bem como, desta feita, do art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Na ocasião, num autêntico exercício de mutação constitucional, típico da dinâmica viva do fenômeno jurisprudencial, o Plenário do STF finalmente superou, em paradigmático *overruling*, a sedimentada tese da paridade hierárquica, no que concerne especificamente aos tratados de direitos humanos, passando a adotar, doravante, a concepção supralegal. Nesse tom, com o reconhecimento de maior dignidade jurídica, os tratados de direitos humanos foram retirados do “bloco de legalidade”, bem como realocados em patamar hierárquico que lhes assegura primazia normativa em face da legislação ordinária, a despeito de infraconstitucional. Refletindo, ainda que com certo atraso, o espírito dos novos tempos (*Zeitgeist*), evoluiu-se no sentido de se afirmar uma jurisprudência mais afinada e comprometida com a causa dos direitos humanos, ao se assegurar maior proteção às normas convencionais pertinentes. Foi, de fato, tal como assinalado pelo Min. Carlos Ayres Britto ao proferir seu voto, uma decisão histórica “em prol da efetividade da Constituição Federal naquilo que ela tem de mais central: a afirmação dos direitos humanos”.

No julgamento, em sessão plenária, do RE nº 466.343/SP, que se iniciara em 22 de novembro de 2006 e se encerrara em 03 de dezembro de 2008, diferenciaram-se duas correntes de pensamento que, indistintamente, convergiram para o reconhecimento de um *status* hierárquico diferenciado e de um regime especial de proteção normativa em favor dos tratados de direitos humanos: 1) a que defendeu a supralegalidade, encabeçada pelo Min. Gilmar Mendes, que findou por prevalecer; e 2) a da hierarquia constitucional, liderada pelo Min. Celso de Mello, que, reavaliando as formulações e

premissas teóricas que norteavam a sua compreensão da matéria até então, revisara profundamente o seu entendimento sobre o tema em causa.

Conforme o Min. Gilmar Mendes, a discussão em torno da tese da estatura constitucional dos tratados de direitos humanos parece ter sido, de certa forma, esvaziada por força da EC nº 45/2004, que, solucionando a questão para o futuro, teria declarado, de modo eloquente, que os tratados, inclusive os internalizados antes da Reforma Constitucional, não poderiam ser equiparados às emendas enquanto não fossem aprovados nos termos do § 3º do art. 5º da CF/1988^{73 74}. A despeito disso, ponderou o Ministro que a mudança constitucional também findou, por outro lado, por ressaltar e colocar em perspectiva o caráter especial dos tratados de direitos humanos em face dos demais tratados de reciprocidade entre Estados pactuantes⁷⁵; conferindo àqueles um lugar privilegiado no ordenamento jurídico doméstico, na esteira do que já preconizava o § 2º do art. 5º da CF/1988.

Num radical (de raiz) giro dogmático, uma genuína “guinada histórica”⁷⁶, a proposição da supralegalidade restou acolhida pelo STF, por maioria, num placar apertado de 5x4, na esteira do emblemático voto condutor do Min. Gilmar Mendes, ao qual aderiram os Ministros Carlos Ayres Britto, Carmén Lúcia, Menezes Direito e Ricardo Lewandowski. No ponto, ficaram vencidos os Ministros Cezar Peluso (relator), Celso de Mello, Ellen Gracie e Eros Grau, que sustentaram a tese da qualificação constitucional dessas convenções especiais. Não participaram do debate os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa.

Conforme categoria proposta por Mazzuoli, num verdadeiro controle incidental-concreto de convencionalidade, exercido pelo STF em sede de recurso extraordinário, restou proclamada, à luz dos referidos diplomas internacionais, a ilegitimidade jurídica não só do DL nº 911/1969, mas de toda a legislação subconvencional, antecedente ou superveniente, que porventura ampare a prisão civil com fundamento direto ou indireto na locução final do art. 5º, LXVII, da CF/1988, atinente ao depositário infiel. Enquanto o art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos ou o art. 7º, nº 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos vigorarem na ordem jurídica nacional com *status* supralegal, só se mostrará juridicamente legítima a prisão civil do prestador de alimentos, na excepcional hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação. Não mais subsiste, portanto, no sistema normativo brasileiro atual, a prisão civil por infidelidade depositária,

independentemente da espécie de depósito, trate-se de depósito autêntico, voluntário (convencional) ou necessário (legal), como o é o depósito judicial, ou de depósito por equiparação, atípico, tal como no caso da alienação fiduciária em garantia⁷⁷.

É mister esclarecer que, no julgamento, o STF não reconheceu que as referidas normas convencionais, dotadas de supralegalidade, teriam porventura prevalecido, de forma direta e imediata, sobre a norma constitucional plasmada no art. 5º, LXVII, da CF/1988. De fato, caso assim tivessem deliberado, haveria uma inequívoca subversão da ordem hierárquica do sistema normológico brasileiro, pautado pelo axioma da supremacia constitucional, além de um choque ou contradição frontal entre as premissas evocadas e a conclusão final acolhida no julgado, o que configuraria o que se denomina, no jargão jurídico, de “decisão suicida”. Demais disso, a Suprema Corte não aplicou o princípio da incidência da norma mais favorável à proteção da pessoa humana (critério *pro homine*). Em verdade, o Tribunal Excelso partiu da tradicional compreensão de que o referido dispositivo constitucional não possui aplicabilidade imediata. Nesse sentido, mesmo diante da previsão constitucional abstrata, não se poderia concretamente executar a prisão civil, em qualquer de suas hipóteses (devedor de alimentos e depositário infiel), sem que a legislação infraconstitucional densifique a contento quando, como e por quanto tempo o encarceramento poderá ser validamente levado a efeito. Ante a falta de autoexecutoriedade, o preceito constitucional careceria de eficácia positiva enquanto não fosse devidamente regulamentado (*interpositio legislatoris*). Como a eficácia da regulamentação infraconstitucional encontrava-se completamente paralisada por força das convenções supralegais, não restaria outra ilação silogística senão a de que as normas constitucionais não poderiam ser aplicadas. No fundo, o que houve foi uma desaplicação da norma constitucional por via indireta, mediata, reflexa ou oblíqua, em virtude do congelamento da legislação densificadora infraconvencional.

Com o desfecho do histórico julgamento, a tese de supralegalidade passou a ser aplicada nos julgamentos subsequentes por parte da Suprema Corte, a exemplo dos que se deram no HC nº 92.817/RS, no HC nº 94.523/SP, no HC nº 94.013/SP e no AgR no RE nº 404.276/MG⁷⁸. Em verdade, no próprio curso do julgamento do RE nº 466.343/SP, que perdurou de 2006 a 2008, as Turmas do STF já vinham proclamando a ilegitimidade jurídica da prisão civil do depositário infiel, ante a maioria que, no contexto do referido *leading case*, já acenava firmemente nesse sentido. Foi o que se

deu, *e. g.*, no HC 90.172/SP, no HC nº 93.435/MG, no HC nº 91.950/MS e no HC 95.967/MS⁷⁹.

Foi, ademais, cancelado o antigo Verbete Sumular nº 619/STF por ocasião do julgamento do HC nº 92.566/SP, bem como, no RE nº 562.051/MT⁸⁰, admitido sob o regime da repercussão geral, foi reiterado, em 2009, o entendimento pela ilicitude do cárcere civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. No mesmo ano, restou ainda aprovada, por unanimidade, a Súmula Vinculante nº 25/STF, que enuncia que “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. Na mesma esteira, o STJ editou, em 2010, o Enunciado Sumular nº 419, segundo o qual “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”.

Afigura-nos que, de fato, a consagração jurisprudencial da tese da supralegalidade representa, ainda que com delongado retardo histórico, um significativo avanço na efetivação da Constituição de 1988 naquilo que ela tem de mais caro e fundamental: a afirmação dos direitos primários da pessoa humana.

Por seu turno, *s.m.j.*, a novel compreensão institucional encampada pela Excelsa Corte sobre o valor normológico dos tratados de direitos humanos no direito doméstico não derivou de um desbordamento puramente ativista de suas atribuições e lindes constitucionais ou de um voluntarismo antidemocrático escamoteado sob um generoso discurso em prol da pessoa humana.⁸¹

Com efeito, os tratados de direitos humanos só são incorporados à ordem jurídica intestina depois de chancelados soberanamente pelo Estado brasileiro por meio de um processo formal e complexo, no qual são submetidos ao crivo político-deliberativo do Chefe de Estado (em rigor, duas vezes: subscrição e ratificação) e do Congresso Nacional (ao contrário do que se dá em relação à aprovação de emendas constitucionais, nas quais não há decisão alguma a cargo do Presidente da República, cuja participação restringe-se à possibilidade de apresentação de proposta inicial, nos termos do art. 60, II, da CF/1988).

Noutra vertente, além de preservar a intangibilidade da supremacia constitucional, a tese da supralegalidade é plenamente compatível com os fundamentos, o regime e a principiologia da Constituição de 1988, que, tão ciosa da proteção dos direitos fundamentais, estruturou o Estado Democrático de Direito brasileiro com esteio nos princípios da dignidade da pessoa humana, da prevalência dos direitos humanos e

da cooperação dos povos para o progresso da humanidade, entre outras referências fundantes ou estruturantes.

A interpretação heterodoxa do STF, conforme a Constituição, está, ademais, metodicamente fundada em vários preceitos constitucionais expressos (arts. 1º, III, 4º, II, e 5º, §§§ 1º, 2º e 3º, etc), bem como encontra amparo nos seguintes elementos hermenêuticos: gramaticais (os termos empregados na confecção do Texto Magno pelo Constituinte de 1988 e de 2004); genéticos (a evolução histórico-filosófica dos direitos humanos na cultura ocidental e na experiência constitucional brasileira, resultantes da emergência de sensíveis reivindicações existenciais e expectativas de futuro de cunho ético-moral; os desdobramentos decorrentes do fenômeno da internacionalização dos direitos humanos depois do pós-2ª Guerra, com a abertura dos Estados Constitucionais ao direito internacional dos direitos humanos; a consagração democrática inédita da abertura constitucional prevista no § 2º do art. 5º da CF/1988; e a lenta lapidação da jurisprudência nacional depois de anos de intenso debate judiciário, além de doutrinário, envolvendo posições interpretativas divergentes, dentro e fora da Suprema Corte); sistemáticos (o comprometimento institucional, por imperativo constitucional, do Estado brasileiro com o dever de respeito, proteção e promoção dos direitos humanos, nos planos interno e internacional, além do tratamento diferenciado textualmente conferido pelo Constituinte às convenções sobre direitos humanos, que, por definição, são materialmente constitucionais); teleológicos (a necessidade, à luz de um imaginário humanista e das premissas dogmáticas do neoconstitucionalismo, de se conferir maior proteção às franquias jurídicas atinentes aos direitos básicos da pessoa humana, bem como o escopo de se obviar a responsabilização internacional do Estado brasileiro por descumprimento do que pactuara livremente e de boa-fé); lógico (incoerência de se conferir tratamento subalterno aos direitos humanos, a despeito de o núcleo essencial da Constituição Cidadã radicar nos direitos fundamentais, que comungam com aqueles da mesma raiz ética e conteúdo; a incongruência resultante do fato de que os tratados de direitos humanos estão impregnados pela mesma *ratione iuris*, pelo mesmo *telos* da Constituição no tocante à função vital de proteção da pessoa humana; a assimetria das posturas estatais nas esferas jurídicas interna e externa); e instrumental (a deliberação do STF operou-se pelo meio informal da mutação constitucional, reconhecido como legítimo pela dogmática jurídica da atualidade, e com observância dos parâmetros

interpretativos da Hermenêutica Constitucional, sem menosprezo dos métodos clássicos de interpretação).

NOTAS CONCLUSIVAS

A conquista liberal da proibição da prisão civil por dívidas foi introduzida na tradição constitucional brasileira, na qualidade de garantia individual da liberdade, com o art. 113, 30, da Constituição de 1934. Com a outorga da Carta de 1937, a garantia constitucional foi suprimida. Foi, contudo, restabelecida com a promulgação da Constituição de 1946, que restringiu, no entanto, seu âmbito de proteção, visto que, na forma do art. 141, § 32, seria possível a constrição excepcional da liberdade no caso do depositário infiel e do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei. Disciplina idêntica restou reproduzida no § 17 do art. 150 da CF/1967 (deslocado para o art. 153, § 17, pela EC nº 01/1969). O art. 5º, LXVII, da CF/1988 vedou igualmente a prisão civil por dívida, mas excepcionou a possibilidade do encarceramento extrapenal, desde que confinada ao depositário infiel e ao responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.

Em 1969, o Decreto-Lei nº 911, outorgado pelos militares, reestruturou o regime jurídico do contrato de alienação fiduciária em garantia, equiparando o devedor fiduciante à condição análoga à do depositário, para fins de decretação da prisão civil. Sob a égide da Constituição de 1967/1969, a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor fiduciante foi reiteradamente reconhecida pela jurisprudência do STF.

Com o advento da Constituição de 1988, mostrou-se mais defensável a tese de que a equiparação legal do devedor fiduciante ao depositário infiel promovida pelo DL nº 911/1969 seria, de fato, inconciliável com os novos ares humanistas, liberais e democráticos, de sorte que não teria sido recepcionada pela novel ordem constitucional.

De todo modo, mesmo sob a égide da Constituição de 1988, o STF reafirmou seu entendimento tradicional sobre a legitimidade da prisão civil do devedor fiduciante em vários casos, posição jurisprudencial que perdurou até o julgamento, em 2008, do RE nº 466.343/SP. Apesar da jurisprudência majoritária naquele sentido, dissensões internas a esse respeito existiam desde, pelo menos, 1993, com Ministros defendendo a tese da inconstitucionalidade material superveniente dos ditames do DL nº

911/1969, incompatíveis com a Constituição vigente na parte relativa à aplicação da prisão civil como garantia dos contratos bancários de alienação fiduciária.

O pluralismo de visões parciais e a dialeticidade que permeou o debate judicante em torno da matéria contribuiu decisivamente para o amadurecimento progressivo de uma racionalidade institucional diferenciada no âmbito do STF acerca da problemática relativa à hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Após um delongado ciclo histórico de maturação jurisprudencial e já sob o impacto das inovações da EC nº 45/2004 e com renovada composição de Ministros, o STF findou por modificar radicalmente sua tradicional compreensão institucional acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos não aprovados sob a mecânica especial do art. 5º, § 3º, da CF/1988. No julgamento final, em 2008, do RE nº 466.343/SP, em que se discutiu novamente a matéria relativa à prisão civil do devedor fiduciante, o Plenário do STF superou, num autêntico exercício de mutação constitucional, a sedimentada tese da paridade hierárquica, passando a adotar a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados com base no procedimento especial delineado no art. 5º, § 3º, da CF/1988.

Conforme categoria proposta por Mazzuoli, num verdadeiro controle incidental-concreto de convencionalidade, exercido pelo STF em sede de recurso extraordinário, restou proclamada, à luz do art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos ou o art. 7º, nº 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a ilegitimidade jurídica não só do DL nº 911/1969, mas de toda a legislação subconvencional, antecedente ou superveniente, que porventura ampare a prisão civil com fundamento direto ou indireto na locução final do art. 5º, LXVII, da CF/1988, atinente ao depositário infiel.

Foi, ademais, cancelado o antigo Verbete Sumular nº 619/STF por ocasião do julgamento do HC nº 92.566/SP, bem como, no RE nº 562.051/MT⁸², admitido sob o regime da repercussão geral, foi reiterado, em 2009, o entendimento pela ilicitude do cárcere civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. No mesmo ano, restou ainda aprovada, por unanimidade, a Súmula Vinculante nº 25/STF, que enuncia que “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. Na mesma esteira, o STJ editou, em 2010, o Enunciado Sumular nº 419, segundo o qual “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”.

A consagração jurisprudencial da tese da suprallegalidade e o reconhecimento da ilegitimidade jurídica da prisão civil do devedor fiduciante representa, ainda que com delongado retardo histórico, um significativo avanço na efetivação da Constituição de 1988 naquilo que ela tem de mais caro e fundamental: a afirmação dos direitos primários da pessoa humana.

¹ Segundo Paulo Bonavides, a crise política de uma Nação pode evidenciar três distintos graus: a crise executiva (crise de governo ou crise do Executivo), a crise constitucional e a crise constituinte. A crise constituinte figura como a mais grave modalidade de crise política, o terceiro e derradeiro grau, visto que deixa de ser tão-somente a crise de um governo (crise do Executivo) ou de uma Constituição (crise constitucional), para se transformar em crise das instituições ou da sociedade mesma, em seus últimos fundamentos. Assinala, ademais, que “O problema dos direitos humanos fundamentais no século XX, sobretudo na sociedade brasileira, não deve ficar desmembrado de uma teoria da crise política, cuja análise se faz imprescindível para podermos sondar o alcance e extensão das dificuldades que agora o País atravessa.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 575-576).

² As expressões “Constituição Cidadã” e “Constituição Coragem” foram utilizadas pelo Dep. Federal Ulysses Guimarães, que presidira os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (ANS) no biênio de 1987-1988, em discurso, intitulado “Constituição Coragem”, realizado na sessão histórica de 05.10.1988 (BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 6. ed. Brasília: OAB, 2004, pp. 500-501).

³ Segundo Canotilho, a Constituição é elaborada para exercer uma dupla função: garantia do existente e programa ou linha de direção para o futuro. Nas lições do Constitucionalista lusitano, a “Constituição Dirigente” não compreende apenas um “estatuto jurídico do político”, mas sim um plano global normativo do Estado e da sociedade (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 151).

⁴ Conforme Julios-Campuzano, “O constitucionalismo conecta assim suas raízes históricas com as expectativas do povo e relaciona-se com a cultura, esperanças e desejos que se projetam para o futuro. Esse é o valor projetivo do texto constitucional [...]” (JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Tradução de José Luiz Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 55).

⁵ JULIOS-CAMPUZANO, *op. cit.*, p. 56.

⁶ ZAGREBELSKI, Gustavo. *Historia y constitución*. Tradução para o espanhol de Miguel Carbonell. Torino: Minima Trotta, 2005, p. 91.

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti de. **Comentários à constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. 5, p. 264.

⁸ Art. 141 [...] § 32 - Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei.

⁹ § 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.

¹⁰ Art. 5º [...] LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

¹¹ RE nº 466.343/SP, Pleno do STF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008, unânime, DJ 05.06.2009.

¹² Expressão comentada utilizada pelo Min. Celso de Mello, tal como consignado em vários julgados a respeito, tal como, v. g., no HC nº 72.131/RJ e no RE nº 466.343/SP.

¹³ Art. 1.287. 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 (art. 1.273).

¹⁴ Discorrendo a respeito da hipótese de prisão civil do depositário infiel prevista no art. 1.287 do CCB/1916, Clóvis Bevilacqua assinalara que a previsão do encarceramento configurava um desvio do pensamento jurídico dominante, na medida em que “não quis seguir doutrina liberal que, entre nós, condenava qualquer prisão civil por dívida”. Cf. BEVILACQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 10. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1957, v. 5, p. 22.

¹⁵ Art. 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.

¹⁶ Conforme Caio Mario, “Fidúcia é 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.” (SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 3, p. 382). No direito romano, havia duas modalidades de negócio fiduciário: 1) a *fiducia cum amico*: contrato de confiança e não de garantia, no qual o fiduciante alienava seus bens a um amigo, sob a condição de lhe restituir, quando cessassem as circunstâncias aleatórias que causaram o contrato (p. ex.: guerra, viagem, fatos políticos etc); e 2) a *fiducia cum creditore*: contrato com caráter de garantia, em que o devedor vendia seus bens ao credor, sob a condição de recuperá-los, após efetuar o pagamento. A moderna alienação fiduciária em garantia mais se assemelha à *fiducia cum creditore* (CECCONELLO, Fernanda Ferrarini Gomes da Costa. Direitos

humanos na alienação fiduciária em garantia. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 27, set./out. 2012. 1 DVD. ISSN 1983-0297).

¹⁷ CECCONELLO, *op. cit.*

¹⁸ Conforme Orlando Gomes, “a alienação fiduciária em garantia é o negócio jurídico pela qual o devedor, para garantir o pagamento da dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, retendo-lhe a posse direta, sob a condição resolutiva de saldá-la” (GOMES, Orlando. **Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense; 2000, p. 459). Nas lições de Caio Mário, a alienação fiduciária, “criando ‘direito real de garantia’, implica a transferência, pelo devedor ao credor, da propriedade e posse indireta do bem, mantida a posse direta com o alienante. É, portanto, um negócio jurídico de alienação, subordinado a uma condição resolutiva. Efetuada a liquidação do débito garantido, a coisa alienada retorna automaticamente ao domínio pleno do devedor, independentemente de nova declaração de vontade.” (SILVA PEREIRA, *op. cit.*, p. 381).

¹⁹ LOUREIRO, *op. cit.*, pp. 156-157.

²⁰ Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal. (Redação dada pelo art. 1º do DL nº 911/1969 – referido dispositivo foi posteriormente revogado pela Lei nº 10.931, de 02.08.2004, DOU de 03.08.2004, em vigor na data de sua publicação).

²¹ O art. 66 da Lei nº 4.728/1965 previa (inicialmente no § 10, cujo conteúdo, com a alteração promovida pelo DL nº 911/1969, foi deslocado para o § 8º) que o devedor fiduciário que alienasse, ou desse em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, seria incurso no crime de estelionato por disposição de coisa alheia como própria, na forma do art. 171, § 2º, I, do Código Penal.

²² Para além do disposto, à época, no Código Civil acerca do depósito, voluntário ou legal (arts. 1.265 e ss., revogados e substituídos pelos arts. 627 e ss. do NCCB/2002) e da equiparação promovida pelo DL nº 911/1969, a legislação brasileira continha outras normas alusivas, de modo autêntico ou por equiparação, ao depósito e/ou à prisão civil, tais como: o art. 774 do CCB/1916, revogado e substituído pelo art. 1.435 do NCCB/2002, referente ao penhor civil; os arts. 276 e 284 do Código Comercial de 1850, revogados pelo art. 2.045 do NCCB/2002, que dispunham sobre o penhor e o depósito mercantis; o art. 11, 1, do Decreto nº 1.102/1903, relativo ao depósito em armazéns gerais; o art. 17 do DL nº 167/1967, atinente ao penhor rural; o art. 28 do DL nº 413/1969, quanto ao penhor industrial; e o art. 945 do CPC/1939, revogado e substituído pelo art. 666 do CPC/1973, atinente ao depósito judicial. Nesse último dispositivo, foi, aliás, acrescido o § 3º, nos termos da Lei nº 11.382/2006, que replicou o teor do Enunciado Sumular nº 619/STF, dispondo que “A prisão de depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito”.

²³ Sustentando a constitucionalidade, à luz da Carta de 1967/1969, da equiparação, pela legislação infraconstitucional, de devedores de outros contratos a depositários para fins de decretação da prisão civil, Pontes de Miranda assinalara: “O que a Constituição proíbe é a pena de prisão por não-pagamento de dívidas, de multas ou de custas, e não a prisão como meio para impedir que o que tem a posse imediata de algum bem se furte à entrega dele. [...] O texto emprega a expressão ‘depositário infiel’, mas em sentido genérico. Portanto, não ofende a Constituição de 1967, art. 153, § 17, a regra jurídica sobre prisão civil por se recusar o depositário, extrajudicial ou judicial, a devolver o que recebeu, ou aquilo que lhe foi, por sucessão, às suas mãos; como também não a infringe a regra jurídica, que a crie ou mantenha, para aqueles casos em que o possuidor ou tenedor de coisa alheia responde como o depositário. Na técnica legislativa, responde como depositário quem recusa entrega do bem alheio. [...] A prisão civil por inadimplemento de obrigações, que não sejam pecuniárias, é sempre possível na legislação. Não a veda o texto constitucional. Outrossim, em se tratando de obrigações que não sejam de *dívidas* no sentido estrito (*e. g.*, depósito, comodato, fidúcia real), nem de *multas* ou de *custas*.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti de. **Comentários à constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. 5, pp. 264 e 266).

²⁴ 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. Artigo com redação dada pela Lei nº 6.071, de 03.07.1974, DOU de 04.07.1974, em vigor desde sua publicação.

²⁵ Art. 901. Esta ação tem por fim exigir a restituição da coisa depositada. [...] Art. 902. [...] § 1º Do pedido poderá constar, ainda, a cominação da pena de prisão até 1 (um) ano, que o juiz decretará na forma do art. 904, parágrafo único. [...] Art. 904. Julgada procedente a ação, ordenará o juiz a expedição de mandado para a entrega, em 24 (vinte e quatro) horas, da coisa ou do equivalente em dinheiro. Parágrafo único. Não sendo cumprido o mandado, o juiz decretará a prisão do depositário infiel. [...] Dispositivos com redação dada pela Lei nº 5.925, de 01.10.1973, DOU de 02.10.1973, em vigor a partir de 01.01.1974.

²⁶ O regime jurídico da prisão civil do devedor fiduciante tornou-se muito mais austero e rigoroso do que o aplicado ao responsável pela prestação de alimentos, tanto que, enquanto aquele poderia permanecer preso por até 1 (um) ano, o encarceramento deste não poderia exceder a 3 (três) meses, nos termos do art. 733, § 1º, do CPC.

²⁷ No Código de Processo Civil anterior (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939), a ação de depósito era disciplinada nos arts. 366 a 370, entre os quais vale destacar os seguintes dispositivos: “Art. 366. A ação de depósito tem por fim a restituição de objeto depositado e poderá ser exercida contra o depositário ou pessoa que lhe seja por lei equiparada.”; “Art. 367. O autor na petição inicial, instruída com o documento de depósito, requererá a citação do réu para entregar, no prazo de quarenta e oito (48) horas, sob pena de prisão, o objeto depositado ou seu equivalente em dinheiro, declarado no título ou estimado pelo autor. [...] Art. 369. Se o réu, nas quarenta e oito (48) horas seguintes à citação, não entregar ou não consignar o objeto depositado ou seu equivalente em dinheiro, o juiz expedirá mandado de prisão contra o depositário infiel, se o autor o requerer”.

²⁸ RHC nº 55.271, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 14.06.1977, unânime, DJ 26.08.1977; RE nº 88.884/MA, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 07.03.1978, unânime, DJ 31.03.1978; RE nº 86.311/SP, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Leitão de Abreu, j. 09.06.1978, unânime, 11.08.1978; RHC 58.005/SP, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Rafael Mayer, j. 24.06.1980, unânime, DJ 12.08.1980; e RHC 58.475/SP, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Rafael Mayer, j. 12.12.1980, unânime, DJ 20.02.1981.

²⁹ O Enunciado nº 619 da Súmula de Jurisprudência do STF foi cancelado por ocasião do julgamento do HC nº 92.566/SP, Pleno do STF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.2008, maioria, DJe 05.06.2009.

³⁰ RE nº 69.404/SP, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 05.06.1970, unânime, DJ 07.08.1970; RE nº 75.221/GB, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 21.11.1972, unânime, DJ 21.12.1972; RE nº 73.220/DF, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 17.08.1973, unânime, DJ 26.10.1973; HC nº 51.186/SP, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Thompson Flores, j. 03.09.1973, unânime, DJ 15.10.1973; RHC nº 51.934/AL, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Luiz Galloti, j. 12.02.1974, unânime, DJ 15.03.1974; HC nº 51.969/SP, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 12.03.1974, unânime, DJ 07.06.1974; RE nº 77.110/PR, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 23.09.1974, unânime, DJ 08.11.1974; RE nº 77.576/MG, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 13.11.1973, unânime, DJ 19.12.1973; RHC 52826/MG, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 01.10.1974, unânime, DJ 17.10.1974; HC nº 52.489/PE, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 15.10.1974, unânime, DJ 22.11.1974; RHC 53.093/MG, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 18.02.1975, unânime, DJ 14.03.1975; RE nº 80.789/SP, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 11.04.1975, unânime, DJ 13.06.1975; RHC nº 53.611/SP, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 05.08.1975, unânime, DJ 12.09.1975; RHC 53.813/MG, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Cunha Peixoto, j. 04.11.1975, unânime, DJ 05.12.1975; RE nº 84.779/PR, Pleno do STF, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 17.03.1976, unânime, DJ 08.07.1976; RHC nº 54.359/MG, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 25.09.1976, unânime, DJ 19.11.1976; HC nº 56.882/RJ, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Soares Munoz, j. 27.03.1979, unânime, DJ 19.04.1979; RHC nº 58.184/SP, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Décio Miranda, j. 26.08.1980, unânime, DJ 12.09.1980; HC nº 59.113/SP, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Clóvis Ramallete, j. 01.12.1981, maioria, 25.06.1982; RE nº 96.698/RJ, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Djaci Falcão, j. 16.04.1982, unânime, DJ 14.05.1982; HC nº 59.644/SP, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Djaci Falcão, j. 30.04.1982, unânime, DJ 11.06.1982; RE nº 93.274/RJ, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 23.05.1983, unânime, DJ 22.06.1984; RE nº 99.927/CE, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 22.05.1984, unânime, DJ 02.08.1985; e RHC nº 64.177/PR, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Oscar Correa, j. 08.08.1986, unânime, DJ 29.08.1986.

³¹ A título ilustrativo, cabe transcrever a ementa dos seguintes julgamentos: “ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. NÃO OFENDE À CONSTITUIÇÃO (ART. 153, PAR. 17) A DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR, ALIENANTE FIDUCIÁRIO, PORQUE A PRÓPRIA LEI O CONSTITUI DEPOSITÁRIO (ART. 66 DA L. 4728/65, COM A REDAÇÃO DO DL.911/69) RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO” (RE nº 75.221/GB, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 21.11.1972, unânime, DJ 21.12.1972); “ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE DEPÓSITO. PRISÃO CIVIL. LEGITIMIDADE DA PRISÃO DO DEVEDOR FIDUCIANTE, QUE É CONSTITUÍDO DEPOSITÁRIO PELA PRÓPRIA LEI. PRECEDENTES DO S.T.F. HABEAS CORPUS INDEFERIDO” (HC nº 51.969/SP, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 12.03.1974, unânime, DJ 07.06.1974).

³² Em alguns julgamentos, apesar de proclamar a legitimidade, em tese, da prisão civil do devedor fiduciante sob o regime da Constituição de 1967/1969, o STF concedeu a ordem de *habeas corpus*, reconhecendo o constrangimento ilegal decorrente de vexatória custódia. Referidas deliberações ocorreram pontualmente em situações concretas de absoluta impossibilidade de devolução do bem alienado por caso fortuito ou força maior, nos termos do art. 1.277 do CCB/1916 (“O depositário não responde pelos casos fortuitos, nem de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-los”), quando descaracterizada qualquer culpa do devedor fiduciante, tal como quando verificado o comprovado furto ou roubo da coisa móvel alienada. Exemplos desse tipo podem ser colhidos nos seguintes julgados: HC nº 61.150/RJ, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Francisco Resek, j. 04.11.1983, unânime, DJ 16.12.1983; e HC nº 63.072/RJ, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 06.08.1985, unânime, DJ 06.09.1985.

³³ Em voto proferido no RE nº 466.343/SP, o Min. César Peluso, então relator, destaca que, em julgado de relatoria do Min. Alfredo Pinto, proferido em 1923, o STF deliberara nos seguintes termos: “Constitui constrangimento ilegal a prisão ordenada com fundamento no art. 1.287, do Código Civil, desde quando se mostre que o depósito é simulado, para encobrir uma operação de compra e venda, não podendo o vendedor, para garantia do pagamento do preço, combinar com o comprador ficar este, como depositário da coisa comprada. Aplicação do Código Civil, arts. 1265 e 1287” (*In*: Revista do Supremo Tribunal Federal, v. LIII, junho de 1923, p. 3 a 5). Vale destacar que, à época em que foi proferido o aludido aresto, ainda nem sequer havia sido introduzida no direito constitucional brasileiro a garantia fundamental da vedação da prisão civil por dívidas, entronizada somente com o art. 113, 30, da CF/1934.

³⁴ Havia, de fato, uma esmagadora maioria, quase unânime, no STF no sentido da compatibilidade da prisão civil do devedor fiduciante com a Carta de 1967/1969, Constituição, por sinal, muito menos ciosa da defesa das liberdades individuais que a atual. Nada obstante, exercendo uma minoria isolada acerca desse tema, o Min. Clóvis Ramallete chegara a sustentar a tese da inconstitucionalidade material do encarceramento nesses casos, conforme manifestado em voto divergente proferido no HC nº 59.113/SP. Apesar da extensão, merecem ser transcritos os seguintes excertos do referido voto vencido, pela singularidade e importância histórica na evolução da compreensão sobre o assunto, bem como pelo teor crítico em relação à prisão civil do devedor fiduciante: “[...] entendo que a norma legal do art. 4º do DL 911 legitimamente admite que, 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, em ação de depósito, pois que esta tem por fim a devolução da coisa depositada. Ate *aí*, apesar da ofensa ao real sentido jurídico da posse em fidúcia e ao de depósito, trata-se apenas de lei imperfeitamente redigida; porque confunde a posse, em fidúcia, com depósito.

Esta colocação errônea da ‘ação de depósito’, no entanto, não pode ir até a aplicação da pena de prisão como depositário infiel. É que não se trata de depositário, mas de devedor por compra. E assim, no caso, ocorrerá prisão por dívida, que foi posta fora dos regimes constitucionais desde a segunda metade do século XIX. O mascaramento da prisão por dívida, pelo legislador, no caso, é grosseiro. Já há gerações que o direito excluiu a prisão, de entre as garantias legais do credor. No caso de alienação fiduciária, sobram garantias ao credor: o título, ele mesmo, tem força executória; depois, as financeiras lhe vinculam promissórias, que são peçadas de avalistas; e além delas o contrato recebe fiadores nele apelidados de avalistas, e mais, o crédito está garantido na lei por ação autônoma de busca e apreensão, a fim de arrecadar o bem e vendê-lo sumariamente, pagar-se e prosseguir ainda a execução, contra o devedor principal ou até contra os coobrigados, que garantiram o financiamento por exigência costumeira. Após tantas garantias negociais e processuais, porque acrescentar o regresso ominoso à velha prisão por dívida, pergunto, tanto mais quanto, na venda com garantia de alienação fiduciária, não há o depósito da coisa? A financeira não deposita mercadoria em poder do devedor. Trata-se na lei, de uma criação sofisticada, para concluir por dar ao Banco, o direito de mandar prender o devedor. E o que é pior, por via de mandado de ‘prisão administrativa’, sem o contraditório da ação. Nesta, não há defesa. A única saída é pagar. Vê-se pois que se trata de prisão por dívida. A prisão administrativa, prevista no Código Civil para o depositário infiel, explica-se pelo fato de que, pelo depósito, o depositário recebe coisa que não é dele. E se a distraiu, vendendo-a ou extraviando-a, em tese viola direito sobre a coisa depositada, que pertence a outrem, e com a qual ele não tem vínculo; só a mera detenção. Este não é o caso do bem sob garantia fiduciária. O devedor não recebe coisa alheia em depósito. Ele a adquiriu. Aliena a propriedade dela, mas em fidúcia. Retém a posse direta e transmite a posse indireta ao credor do financiamento. Não há depósito, no caso, nem se trata de coisa alheia, mas de coisa dele próprio. É preso porque dispôs de coisa própria, que comprou. Viou a obrigação civil de conservá-la. Se a lei quer ver crime, equipare o fato à defraudação de penhor, em que há garantias à defesa. Tal violação não se resolve com prisão. Seria contrária à Constituição Federal que odeia prisão por dívida. Vejo no DL 911/69, que, se o avalista quitar o débito, este se subrogará na garantia constituída pela alienação fiduciária (art. 6º). É revelador. Trata-se de perseguição por dívida, que se liquida com dinheiro; não se cuida de perseguição para haver a coisa, mas para receber dinheiro. A Constituição ressalva a prisão por dívida no caso de depositário infiel. Mas adquirente não é depositário. É fraude à Constituição, dizê-lo. A lei chama de ‘depositário’ a quem o direito não conhece esta situação. Mas legislador não pode tudo. Se ele chamar de hipoteca uma enfiteuse, eu aplicarei as regras de enfiteuse. A lei não é o direito. Ela exprime o direito. Depósito é contrato conhecido, que rejeita a distorção do legislador, quando pretende apoio para a prisão por dívida, com o uso do vocábulo ‘depósito’, mas vazio do seu significado jurídico. Onde lobrigar-se, ostensiva, a natureza de perseguição penal por dinheiro devido. A resolver-se na prisão do devedor, será aquela ‘prisão por dívida’, que a Constituição odeia.” (HC nº 59.113/SP, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Clóvis Ramalhe, j. 01.12.1981, maioria, 25.06.1982).

³⁵ Na perspectiva de Canotilho, “fala-se em descontinuidade constitucional quando uma nova ordem constitucional implica uma ruptura com a ordem constitucional anterior. Neste sentido, existirá uma *relação de descontinuidade* quando uma nova constituição adquiriu efectividade e validade num determinado espaço jurídico sem que para tal se tenham observado os preceitos reguladores de alteração ou revisão da constituição vigente que, assim, deixa de ser, por sua vez, válida e efectiva no mesmo espaço jurídico” (CANOTILHO, *op. cit.*, 2011, pp. 195-196).

³⁶ Cf. RE nº 466.343/SP, Pleno do STF, Rel. Min. César Peluso, j. 03.12.2008, unânime, DJ 05.06.2009.

³⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Prisão civil por dívida e o pacto de San José da Costa Rica: de acordo com o novo código civil brasileiro (lei nº 10.406/2002)**. Rio de Janeiro: Forense; 2002b, p. 36.

³⁸ Acerca da assimetria ou dessemelhança ontológica entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia, sobretudo no que diz respeito aos distintos suportes fáticos, vale conferir o voto proferido pelo Min. César Peluso, como relator, no RE nº 466.343/SP (Pleno do STF, j. 03.12.2008, unânime, DJ 05.06.2009).

³⁹ Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. § 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

⁴⁰ Vale, ainda, trazer à colação excerto colhido em voto proferido pelo Min. Athos Carneiro por ocasião do julgamento do REsp nº 2.320/RS, no qual a 4ª Turma do STJ reconheceu, por unanimidade, a inconstitucionalidade da prisão civil de devedor fiduciante: “inobstante respeitabilíssimas opiniões em contrário, logo declaro meu entendimento de que a excepcional prisão civil por dívidas é limitada aos casos em que está em perigo um valor constitucionalmente conceituado como superior ao próprio valor ‘liberdade’ – ou seja, o direito à vida, nos casos da obrigação alimentícia, e o respeito à confiança e à boa-fé empenhada na guarda de coisa alheia, nos casos de depositário infiel. Impende, todavia, neste segundo caso, que se cuide do depósito regular propriamente dito, aquele previsto no Código Civil (art. 1.287), sob pena de, em ampliando a compreensão do contrato de depósito e ao mesmo 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, à manus injectio.” (REsp nº 2.320/RS, 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Athos Carneiro, j. 25.06.1991, unânime, DJ 02.09.1991).

⁴¹ CAVALCANTI, Temístocles Brandão. **Do controle da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 47.

⁴² Pertinentes a esse respeito são as seguintes ponderações feitas pelo Min. Francisco Resek em voto proferido no HC nº 74.383/MG: “Peço todas as vênias para votar no sentido do deferimento da ordem de habeas corpus, porque até hoje não consegui entender os fundamentos da decisão majoritária do plenário sobre a prisão por dívida, num país cuja Constituição diz não tolerar a prisão por dívida. [...] Há de se presumir equilíbrio e senso das proporções em todo legislador, sobretudo no constituínte quando trabalha nas condições em que trabalhou o constituínte brasileiro de 1988. Ele prestigia uma tradição constitucional brasileira: não há, nesta República, prisão por dívida; não se prendem pessoas porque devem dinheiro. Mas abre duas exceções. E o que vamos presumir em nome do equilíbrio? Que essas duas exceções têm peso mais ou menos equivalente. No caso do omisso em prestar alimentos, a linguagem

constitucional é firme: inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação. E, ao lado disso, o que mais excepciona a regra da proibição da prisão por dívida? O depositário infiel. Mas nunca se há de entender que essa expressão é ampla, e que o legislador ordinário pode fazer dela, mediante manipulação, o que quiser. O depositário infiel há de enquadrar-se numa situação de gravidade bastante para rivalizar, na avaliação do constituinte, com o omissivo em prestar alimentos de modo voluntário e inescusável. Mas, num país de tantos surrealismos, inventa-se um dia a tese de que determinados devedores são ‘depositários infieis’, para que o credor possa prendê-lo, para que o meio de forçar a solução de uma dívida civil seja o mecanismo criminal do encarceramento. Inventar-se dizer que os devedores, em caso como o da alienação fiduciária em garantia e do penhor rural (hipóteses históricas – mais que isso, hipóteses bíblicas de dívida) são ‘depositários infieis’. O que compra e um dia não dispõe mais do bem, nem pode pagar, é um típico devedor civil, nunca um depositário infiel. Os mesmos civilistas que, mais tarde, ludibriando a Constituição, inventaram as figuras do depósito legal, foram os responsáveis, na origem, pela teoria de depósito voluntário, materializada naquela situação que todos nós entendemos: a de alguém que recebe, por exemplo, pela confiança do juiz, os bens da viúva ou do órfão para que os guarde fielmente e os devolva um dia; e que quando chamado a devolvê-los, de modo intolerável, os sonega. Este é o depositário infiel de que fala a tradição dos próprios civilistas, que um dia degeneraram na produção de burlas à Constituição. Este é o depositário infiel de que fala a Carta de 1988, no inciso LXVII do rol de direitos. Esse é o depositário infiel cuja prisão o constituinte brasileiro, embora avesso à prisão por dívida tolera. Nunca, e me bastaria o texto da Carta para admiti-lo – se dirá que o depositário infiel a que se refere a Carta, como exceção possível ao mandamento que proíbe prisão por dívida seja aquele *falso depositário* produzido por legislação ordinária no Brasil dos anos recentes (por sinal os menos brilhantes da nossa história política, constitucional e legislativa). Toda norma que, no direito ordinário, quer mascarar de depositário o que na realidade não o é, agride a Constituição. Mas, por cima de tudo isso, ainda vem São José da Costa Rica. Essa convenção vai além, depura melhor as coisas, e quer que em hipótese alguma, senão a do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, se possa prender alguém por dívida. O texto a que o Brasil se vinculou quando ratificou a convenção de São José da Costa Rica não tolera sequer a prisão do depositário infiel verdadeiro. [...] o inciso LXVII proíbe a prisão por dívida e, ao estabelecer a exceção possível, permite que o legislador ordinário discipline a prisão do alimentante omissivo e do depositário infiel. Permite, não obriga. O constituinte não diz: prenda-se o depositário infiel. Ele diz: é possível legislar nesse sentido. [...] a Constituição não obriga a prender o depositário infiel; ela diz apenas que isso é uma exceção possível à regra de que não há prisão por dívida, e o legislador ordinário que delibere. O legislador ordinário poderia, então, disciplinar a prisão nessa hipótese, ou não fazê-lo e assumir uma atitude mais condizente com os novos tempos. [...]” (HC nº 74.343/MG, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Néri da Silveira, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, j. 22.10.1996, maioria, DJ 27.06.1997).

⁴³ LOUREIRO, *op. cit.*, p. 154.

⁴⁴ No julgamento do RE nº 228.325/RS, a 1ª Turma do STF deliberou, por unanimidade, no sentido de que a hipótese de prisão civil do devedor inadimplente nos contratos de alienação fiduciária em garantia, prevista no DL nº 911/1969, não era extensível, *ipso juri* ou mesmo por analogia, aos contratos de *leasing* ou arrendamento mercantil, regidos por legislação específica, vale dizer, pela Lei nº 6.099/1974, alterada pela Lei nº 7.132/1983, que não estipulava previsão alguma da possibilidade de encarceramento. Sem embargo, reconheceu-se, no caso concreto, a legitimidade da prisão civil decretada, visto que, em termo aditivo ao contrato de arrendamento comercial, o representante legal da empresa tomadora do *leasing* firmara um pacto adjeto de depósito do bem arrendado. Cf. RE nº 228.325/RS, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 22.06.1999, unânime, DJ 13.08.1999.

⁴⁵ Mais de uma década antes do STF, o STJ já vinha deliberando, por meio de suas Turmas, pela inconstitucionalidade material do encarceramento do devedor fiduciante na ordem constitucional atual. Para tanto, sustentava-se, em suma, que a custódia forçada do depositário infiel só seria cabível nos “depósitos clássicos”, previstos no Código Civil, e não em “depósitos atípicos”, “depósitos por equiparação”, resultantes de parificações legais anômalas, sob pena de afronta ao “princípio constitucional da proibição da prisão civil”, plasmado no art. 5º, LXVII, da CF/1988, pondo-se em risco a liberdade física dos devedores em geral. A garantia constitucional da vedação da prisão civil por dívidas seria, assim, imune à ação ampliadora do legislador ordinário no sentido de alargar o lastro conceitual da expressão “depositário infiel”, sob pena de se retroceder aos tempos primitivos da execução por coação corporal. Vários julgados nesse sentido foram proferidos no lapso de 1990 a 1994, a exemplo dos seguintes precedentes: REsp nº 3.909/RS, 3ª Turma do STJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Waldemar Zveiter, j. 11.09.1990, maioria, DJ 29.10.1990; REsp nº 7.943/RS, 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Athos Carneiro, j. 30.04.1991, unânime, DJ 10.06.1991; REsp nº 2.320/RS, 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Athos Carneiro, j. 25.06.1991, unânime, DJ 02.09.1991; REsp nº 6.566/PR, 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, Rel. p/ Acórdão Min. Athos Carneiro, j. 11.11.1991, maioria, DJ 03.02.1992; REsp nº 14.938/PR, 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Bueno de Souza, j. 02.06.1992, unânime, 29.06.1992; HC nº 1.399/SP, 6ª Turma do STJ, Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, j. 29.10.1992, unânime, DJ 19.04.1993; RMS nº 995/SP, 3ª Turma do STJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 29.06.1993, unânime, DJ 30.08.1993; REsp nº 30.682/MA, 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 31.05.1994, unânime, DJ 01.08.1994; REsp nº 32.312/PR, 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 27.06.1994, unânime, DJ 15.08.1994; HC nº 2.685/DF, 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 12.09.1994, unânime, DJ 15.08.1994; e RHC nº 4.032/ES, 6ª Turma do STJ, Rel. Min. Pedro Acioli, Rel. p/ Acórdão Min. Anselmo Santiago, j. 28.11.1994, maioria, DJ 12.05.1997. A tese da inconstitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciante não recebia, contudo, acolhida unânime pela jurisprudência do STJ, tanto que, em vários julgados, as Turmas deliberaram no sentido da plena compatibilidade vertical do DL nº 911/1969 com a Constituição de 1988, tal como se deu, v. g., nos seguintes casos: RHC nº 2.740/RS, 5ª Turma do STJ, Rel. Min. Assis Toledo, j. 02.06.1993, unânime, 28.06.1993; e HC nº 2.987/SP, 5ª Turma do STJ, Rel. Min. Assis Toledo, j. 21.11.1994, unânime, 12.12.1994.

⁴⁶ RHC nº 67.397/RJ, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 12.05.1989, RTJ 129/02.

⁴⁷ A título exemplificativo, vale transcrever a ementa do julgado no HC nº 71.286/MG: HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DEPOSITÁRIO INFIEL. DECRETO-LEI 911/69. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. [...] INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. I - O Decreto-lei n. 911/69 foi recepcionado pela ordem constitucional vigente. A equiparação do devedor fiduciário ao depositário infiel não afronta a Carta da República. Legítima, assim, a prisão civil do devedor fiduciante que descumpra, sem justificação, ordem judicial para entregar a coisa ou o seu equivalente em dinheiro. Precedente do STF. [...] Ordem denegada. (HC nº 71.286/MG, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Francisco Resek, j. 30.08.1995, unânime [ausente o Min. Marco Aurélio], DJ 04.08.1995).

⁴⁸ A ementa do julgado restou vazada nos seguintes moldes: “HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL. AÇÃO DE DEPOSITO, COM JULGAMENTO DEFINITIVO. RÉU INTIMADO PESSOALMENTE PARA PAGAR O QUANTO DEVIDO OU DEVOLVER O BEM. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI N. 911/1969, QUE ALTERA O ART. 66 DA LEI N. 4.728, DE 1.07.1965. CONSTITUIÇÃO, ART. 5., LXVII. NÃO HÁ CONSTRANGIMENTO ILEGAL OU OFENSA À CONSTITUIÇÃO NO DECRETO DE CUSTÓDIA, APÓS DECISÃO DEFINITIVA DA AÇÃO DE DEPOSITO, COM A NÃO DEVOLUÇÃO DO BEM, NEM O PAGAMENTO DO VALOR CORRESPONDENTE, PELO PACIENTE, CONFIGURANDO-SE A SITUAÇÃO DE DEPOSITÁRIO INFIEL, PREVISTA NO ART. 5., LXVII, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.” (HC nº 70.625/SP, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 22.10.1993, maioria [divergindo o Min. Marco Aurélio], DJ 20.05.1994).

⁴⁹ HC nº 71.197/RJ, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 22.03.1994, maioria, DJ 03.06.1994

⁵⁰ Ao sustentar, no HC nº 70.625/SP, a impossibilidade jurídica de a legislação ordinária empreender equiparações ampliativas, qualificando certos devedores como depositários infielis para fins de decretação da prisão civil, o Ministro Marco Aurélio realizou um engenhoso paralelo com a hipótese de a legislação estender a figura do devedor de alimentos com o mesmo escopo, o que fez nos seguintes termos: “Não posso, por exemplo, generalizar o ‘inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia’, a ponto de alcançar toda e qualquer obrigação que envolva parcela de natureza alimentícia. Teríamos, aí, portanto, a possibilidade de o empregador que deve salários – e geralmente na constância do contrato de trabalho temos a dependência econômica – ser preso, e outras pessoas, que fossem condenadas a satisfazer parcela espécie do gênero ‘natureza alimentícia’”.

⁵¹ Resultantes da XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas (1966), o PIDESC e o PIDCP foram aprovados pelo Congresso Nacional, já sob a égide da Constituição de 1988, por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991. Depois de ratificados, foram promulgados, respectivamente, pelos Decretos nº 591 e 592, ambos de 06 de julho de 1992.

⁵² Celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi aprovada pelo Congresso Nacional, também sob a égide da Constituição de 1988, pelo Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992. Depois de ratificada, foi, ademais, promulgada pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

⁵³ LOUREIRO, *op. cit.*, p. 157.

⁵⁴ É de se ressaltar que, ao contrário do que se dá em relação ao depositário infiel, no tocante à prisão civil do devedor de alimentos, a redação do art. 5º, LXVII, da CF/1988 é mais benéfica à proteção da pessoa humana do que o art. 7º (7) do Pacto de São José da Costa Rica. Com efeito, enquanto este dispositivo autoriza o encarceramento “em virtude de inadimplimento de obrigação alimentar”, o texto constitucional exige que o inadimplimento seja “voluntário” e “inescusável”. A esse respeito, cf. MAZZUOLI, *op. cit.*, 2010, p. 175.

⁵⁵ Vale conferir ainda os arts. 1º e 2º da Convenção de São José da Costa Rica e o art. 2º do PIDCP, que predicam a obrigação genérica de o Estado signatário respeitar os direitos neles contemplados e adotar medidas, inclusive legislativas, para tanto.

⁵⁶ A ementa do julgamento restou vazada nos seguintes termos: “‘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 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.” (HC nº 72.131/RJ, Pleno do STF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Moreira Alves, j. 23.11.1995, maioria, DJ 01.08.2003).

⁵⁷ Expressão utilizada pelo Min. Marco Aurélio no voto proferido no julgamento do HC nº 72.131/RJ.

⁵⁸ Nesse ínterim, em certos julgamentos posteriores ao do HC nº 72.131/RJ, o STF concedeu a ordem de *habeas corpus*, reconhecendo o constrangimento ilegal decorrente de vexatória custódia civil do devedor fiduciante. Referidas deliberações ocorreram, pontualmente, em situações concretas de absoluta impossibilidade de devolução do bem alienado por caso fortuito ou força maior, nos termos do art. 1.277 do CCB/1916 (“O depositário não responde pelos casos fortuitos, nem de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-los”), quando descaracterizada qualquer culpa do devedor fiduciante, tal como quando verificado o comprovado furto, roubo, apropriação indébita ou destruição da coisa móvel alienada, sem participação comissiva ou omissão do responsável (cf. HC nº 76.110/MG, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 02.12.1997, unânime, DJ 13.02.1998; e HC nº 77.053/SP, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 23.06.1998, unânime, DJ 04.09.1998). No HC nº 76.036/DF, foi também concedido o *writ*, pois, em meio à ambiguidade quanto aos dados fáticos da situação concreta, havia indicativos de que o bem poderia não ter nem sequer sido colocado sob a alçada possessória do paciente, gerente de determinada empresa. Nesse sentido, ante a extravagância da prisão civil por dívida, seria

exigível, na espécie, maior rigor no exame do enquadramento da hipótese ao figurino legal, sem o que o encarceramento mostrava-se, naquele estádio, abusivo, ante as inúmeras dúvidas que pairavam sobre a situação (cf. HC nº 76.036/DF, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.04.1998, unânime, DJ 29.08.2003). Demais disso, no HC nº 76.712/PE, deferiu-se a pretensão liberatória numa impetração envolvendo a decretação de prisão civil contra terceiro a que, por conluio fraudulento, foi transferido veículo alienado fiduciariamente. Nesse caso, entendeu o Pretório Excelso que, como a prisão civil não se qualifica como pena, mas como meio de coerção processual destinado a compelir o devedor a cumprir obrigação contratual não satisfeita, só poderia ser imposta, em face do artigo 5º, LVII, da Constituição, ao devedor de obrigação alimentícia e ao depositário infiel, hipóteses que não ocorriam nessa situação, em que se teria aplicado a custódia civil como pena a terceira pessoa, desviando-a, portanto, de sua finalidade constitucional (HC nº 76.712/PE, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 24.04.1998, unânime, DJ 22.05.1998).

⁵⁹ Em verdade, referido *leading case* reverberou, inclusive, em demandas que versavam sobre outras situações de prisão civil de devedores equiparados, por lei, a depositários infieis, mesmo que não associadas a contratos de alienação, tal como em relação ao penhor rural, como ocorreu no HC nº 73.058/SP, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 19.03.1996, unânime, DJ 10.05.1996; HC nº 75.904/SP, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 23.06.1998, maioria, DJ 25.06.1999; e no RE nº 250.812/RS, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 20.11.2001, unânime, DJ 01.02.2002.

⁶⁰ HC nº 73.453/PR, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 18.12.1995, unânime, DJ 28.04.2000; HC nº 72.183/SP, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.02.1996, unânime, DJ 22.11.1996; HC nº 73.044/SP, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 19.03.1996, unânime, DJ 20.09.1996; HC nº 74.490/MG, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Octávio Galloti, j. 22.10.1996, unânime, DJ 07.03.1996; RE nº 206.086/SP, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 12.11.1996, unânime, DJ 07.02.1997; RE nº 212.549/GO, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Octávio Galloti, j. 05.08.1997, unânime, DJ 16.10.1998; HC nº 74.381/PR, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 26.08.1997, unânime, DJ 26.09.1997; RE nº 199.730/RS, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 17.08.1998, unânime, DJ 19.05.2000; RE nº 77.616/SP, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 22.09.1998, unânime, DJ 13.11.1998; AI 235.476/GO, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 08.06.1999, unânime, DJ 26.08.1999; HC nº 79.870/SP, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 16.05.2000, unânime, DJ 20.10.2000; RE nº 270.296/GO, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13.06.2000, unânime, DJ 14.09.2001; AgR no RE nº 252.477/GO, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 13.02.2001, unânime, DJ 16.03.2001; RE nº 299.376/RS, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 15.05.2001, unânime, DJ 22.06.2001; RE nº 253.071/GO, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 29.05.2001, unânime, DJ 29.06.2001; RE nº 252.427/RS, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 29.05.2001, unânime, DJ 29.06.2001; HC nº 80.710/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 21.06.2001, unânime, DJ 24.08.2001; RE nº 299.627/MG, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05.03.2002, unânime, DJ 22.03.2002; RE nº 331.159/MG, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.03.2002, unânime, DJ 12.03.2002; RE nº 344.585/RS, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 25.06.2002, unânime, DJ 13.09.2002; AgR no AI nº 374.231/PR, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 06.08.2002, unânime, DJ 11.10.2002; RE nº 345.345/SP, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25.02.2003, unânime, DJ 11.04.2003; e AgR no AI nº 403.828/MS, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 05.08.2003, unânime, DJ 19.02.2010.

⁶¹ RE nº 206.482/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 27.05.1998, maioria, 05.09.2003.

⁶² HC nº 77.527/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Moreira Alves, j. 23.09.1998, maioria, DJ 16.04.2004.

⁶³ A redução do quantitativo de Ministros dissidentes da tese majoritária decorreu, dentre outras razões, da aposentadoria do Ministro Francisco Resek em 1997, a partir de quando, eleito pelas Nações Unidas, passou a exercer a função de juiz da Corte Internacional de Justiça (CIJ). Para a vaga anteriormente ocupada pelo Min. Resek, foi nomeado o Min. Nelson Jobim, que acompanhou a tese majoritária, na forma do deliberado pelo Pleno do STF no HC nº 72.131/RJ.

⁶⁴ No RE nº 281.029/RS, foi suscitado por determinada instituição financeira, na qualidade de autora-credora fiduciária, um incidente de uniformização de jurisprudência com o fito de que fosse editado um enunciado sumular a respeito da constitucionalidade da prisão civil do devedor inadimplente em casos de alienação fiduciária em garantia. Em razão da omissão da apreciação do pleito por ocasião do julgamento do aludido recurso extraordinário, a empresa interpôs um agravo regimental, que não foi conhecido, por unanimidade, pela 2ª Turma do STF. Para tanto, argumentou-se que, nos termos do art. 101 do Regimento Interno do Pretório Excelso, os fundamentos evocados pelo Pleno no julgamento, por maioria qualificada (8x3), do RE nº 206.482/SP seriam aplicáveis às novas demandas submetidas às Turmas ou ao Plenário, sendo, em razão disso, desnecessária a edição de qualquer verbete sumular. Salientou-se, outrossim, que a eventual formalização de um enunciado sumular nesse tocante não teria o condão de vincular juridicamente as instâncias ordinárias, ante a inexistência do instituto da súmula vinculante no direito brasileiro (AgR no RE nº 281.029/RS, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24.04.2001, unânime, DJ 01.06.2001). A propósito, o art. 101 do RISTF dispõe textualmente que “A declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário, salvo o disposto no art. 103”. O art. 103 predica, por sua vez, que “Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário”.

⁶⁵ HC nº 81.319/GO, Pleno do STF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24.04.2002, maioria, DJ 19.08.2002.

⁶⁶ HC nº 80.710/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 21.06.2001, unânime, DJ 24.08.2001.

⁶⁷ Informação colhida no voto do Min. Cezar Peluso, então relator, no RE nº 466.343/SP, Pleno do STF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008, unânime, DJ 05.06.2009.

⁶⁸ RE nº 216.872/PR, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, j. 03.02.1998, maioria, DJ 27.08.1999; HC nº 75.687/PR, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Mauricio Corrêa, j. 10.03.1998, unânime, DJ 20.04.2001; HC nº 76.346/PR, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, j. 30.03.1998, maioria, DJ 20.02.2004; RE nº 205.640/RS, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 27.04.1998, maioria, DJ 20.04.2001; HC nº 76.561/SP, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, j. 27.05.1998, maioria, DJ 02.02.2001; RE nº 206.482/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Mauricio Corrêa, j. 27.05.1998, maioria, 05.09.2003; HC nº 76.229/SP, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 02.06.1998, maioria, DJ 02.06.2000; RE nº 229.856/SP, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 29.06.1998, maioria, DJ 09.06.2000; RE nº 226.737/RS, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 30.06.1998, maioria, DJ 30.04.1999; HC nº 77.527/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Moreira Alves, j. 23.09.1998, maioria, DJ 16.04.2004; HC nº 77.920/SP, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 02.02.1999, maioria, DJ 23.04.2004; RE nº 237.717/DF, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Néri da Silveira, Rel. p/ Acórdão Min. Mauricio Corrêa, j. 04.05.1999, maioria, DJ 24.09.1999; RE nº 250.917/MG, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, j. 29.06.1999, maioria, DJ 14.09.2001; RE nº 259.506/RS, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, j. 30.05.2000, maioria, DJ 06.04.2001; RE nº 280.398/GO, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, j. 13.02.2001, maioria, DJ 29.09.2002; RE nº 282.644/RJ, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, j. 13.02.2001, maioria, DJ 20.09.2002; RE nº 285.047/RJ, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, j. 13.02.2001, maioria, DJ 10.09.2004; e HC nº 81.319/GO, Pleno do STF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24.04.2002, maioria, DJ 19.08.2002.

⁶⁹ Em verdade, colimava-se afastar, por efeito consequencial, a eficácia das normas protetivas veiculadas no referido Pacto Trabalhista. Deliberando acerca de aludido pedido de medida cautelar em sessão plenária realizada em 04 de setembro de 1997, o STF entendeu, por maioria de votos, que a Convenção nº 158/OIT teria sido incorporada ao ordenamento nacional como lei federal “ordinária”. Em razão disso, decidiu que referido instrumento convencional não poderia regular a matéria relativa à proteção do trabalhador em face da dissolução injustificada do vínculo laboral, padecendo de inconstitucionalidade nessa parte, visto que, para tanto, os arts. 7º, I, da CF/1988 e 10, I, do ADCT reclamavam a edição de espécie normativa específica, qual seja: a lei complementar. Findou, então, por deferir parcialmente, por maioria, a tutela emergencial vindicada, para afastar, até o julgamento final, qualquer exegese conducente à aplicabilidade imediata das normas do Tratado.

⁷⁰ Em 20 de dezembro de 1996, o Estado brasileiro denunciou, por intermédio do Presidente da República, a Convenção nº 158, ato que se tornou efetivo um ano após o seu registro junto à OIT, consoante previsto no art. 17, nº 1, do Tratado. Editou-se, por sua vez, o Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, que predicara que a Convenção deixaria de vigorar no País a partir de 20 de novembro de 1997. Decorrido o referido lapso anual, a Convenção nº 158/OIT foi então desincorporada do direito doméstico, com integral cessação de sua eficácia interna. Em razão desses eventos, restou reconhecida a falência superveniente do interesse de agir no tocante à ADIn nº 1.480-3/DF, obstaculizando, por conseguinte, o sequenciamento do pertinente processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, que foi dissolvido, sem resolução meritória, por decisão proferida em 26 de junho de 2001.

⁷¹ A ementa do julgado histórico é a seguinte: “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” (RE nº 466.343/SP, Pleno do STF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008, unânime, DJ 05.06.2009).

⁷² A título ilustrativo, vale transcrever, pelo teor didático, a ementa do referido julgado: “PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de

depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão ‘depositário infiel’ insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.” (RE nº 349.703/RS, Pleno do STF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 03.12.2008, maioria, DJ 04.06.2009).

⁷³ Há quem defenda seriamente a inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da CF/1988, sob o argumento de que a inovação introduzida pela EC nº 45/2004 violou limites materiais ao poder de emendar a Constituição, visto que restringiu, em medida desmesuradamente retrocessiva, o próprio regime jurídico-constitucional de proteção expansiva dos direitos oriundos dos tratados. Nesse sentido, cf. A. C. Costa, *Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.unb.br/fd/colunas_Prof/Aldo_01.htm; A. H. Cordeiro Lopes, *A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>; e L. F. Sgarbossa, *A Emenda Constitucional nº 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272>. Todos com acesso em 27.10.2011. A esse respeito, Lilian Balmant Emerique e Sidney Guerra assinalam: “Outra não poderia ser a linha de entendimento propugnada, senão aquela que atribui estatura constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados antes do advento da EC nº 45/04, que a partir da sua promulgação e por uma adequada interpretação do dispositivo constitucional do art. 5º, § 3º, considerar-se-iam recepcionados com hierarquia equivalente às emendas constitucionais, tendo em vista que esta percepção melhor se coaduna com as concepções contemporâneas na ordem internacional e de diversos países que prestigiam os tratados sobre direitos humanos. Caso contrário, o poder reformador teria apenas estatuído um procedimento que trouxe maior complexidade (quorum qualificado) para internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos, diluindo os dispositivos contidos no §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição de 1988 e indo na contramarcha do pensamento hodierno sobre o caráter especial dos tratados internacionais sobre direitos humanos, uma vez que mais e mais se observa o aumento da abertura do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção aos direitos humanos.” (EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. *A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. Revista Jurídica da Casa Civil da Presidência da República*, Brasília, v. 10, n. 90).

⁷⁴ Em defesa da tese de que os tratados internacionais de direitos humanos internalizados antes do advento da EC nº 45/2004 têm hierarquia constitucional, Flávia Piovesan evoca quatro argumentos, a saber: 1) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; 2) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; 3) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica, tal como, *v. g.*, com a possibilidade, em tese, de o Protocolo Facultativo do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, um tratado complementar e subsidiário, adquirir hierarquia constitucional, em detrimento do próprio tratado principal, no caso, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil em 1992; e 4) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro. Com efeito, louvando-se da interpretação emancipatória que confere ao § 2º do art. 5º da Constituição, Flávia Piovesan sustenta que os tratados internalizados antes da EC nº 45/2004 foram recepcionados automaticamente pela Constituição com hierarquia constitucional – naquilo que efetivamente versam sobre direitos humanos. A observância do rito especial introduzido pelo § 3º do art. 5º da CF/1988 seria aplicável somente aos tratados internalizados a partir da “Reforma do Judiciário”. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 72-73.

⁷⁵ A ênfase em relação ao caráter especial dos tratados internacionais de direitos humanos foi reforçada também pelo acréscimo do inciso V-A e do § 5º ao art. 109 da CF/1988, que ampliou a competência material da Justiça Federal e instituiu o incidente de deslocamento de competência, nos seguintes termos: “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] V-A - as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; [...] § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”.

⁷⁶ Expressão utilizada pelo Min. Ricardo Lewandowski no voto proferido no RE nº 466.434/SP.

⁷⁷ Cf. HC nº 96.772/SP, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 09.06.2009, unânime, DJ 20.08.2009.

⁷⁸ HC nº 92.817/RS, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.12.2008, unânime, DJe 12.02.2009; HC nº 94.523/SP, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 10.02.2009, unânime, DJe 12.03.2009; HC nº 94.013/SP, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 10.02.2009, unânime, DJe 12.03.2009; AgR no RE nº 404.276/MG, 2ª Turma do STF, Rel. Min. César Peluso, j. 10.03.2009, unânime, DJe 16.04.2009.

⁷⁹ HC 90.172/SP, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05.06.2007, unânime, DJe 17.08.2007; HC nº 93.435/MG, 2ª Turma do STF, Rel. Min. César Peluso, j. 16.09.2008, unânime, DJe 06.11.2008; HC nº 91.950/MS, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Eros Grau, j. 07.10.2008, unânime, DJe 13.11.2008; e HC 95.967/MS, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 11.11.2008, unânime, DJe 28.11.2008.

⁸⁰ RE 562.051 RG/MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.06.2009, DJe 15.06.2009

⁸¹ Conforme Mauro Cappelletti: “Os juízes estão constrangidos a ser criadores do direito, *law-makers*. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar ex-novo direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, pp. 73-74).

⁸² RE 562.051 RG/MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.06.2009, DJe 15.06.2009

REFERÊNCIAS

BEVILACQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 10. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1957, v. 5.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 6. ed. Brasília: OAB, 2004.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CAVALCANTI, Temístocles Brandão. **Do controle da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CECCONELLO, Fernanda Ferrarini Gomes da Costa. Direitos humanos na alienação fiduciária em garantia. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 27, set./out. 2012. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. **Revista Jurídica da Casa Civil da Presidência da República**, Brasília, v. 10, n. 90.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense; 2000.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. Constitucionalismo em tempos de globalização. Tradução de José Luiz Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. **Tratados internacionais sobre direitos humanos na constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Prisão civil por dívida e o pacto de San José da Costa Rica: de acordo com o novo código civil brasileiro (lei nº 10.406/2002)**. Rio de Janeiro: Forense; 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti de. **Comentários à constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. 5.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 3.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **Historia y constitución**. Tradução para o espanhol de Miguel Carbonell. Torino: Minima Trotta, 2005.