



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

CARLOS DIEGO FILGUEIRA DE SOUSA

ANÁLISE DAS TEORIAS DA SUPRALEGALIDADE E
SUPRACONSTITUCIONALIDADE DO DEPOSITÁRIO INFIEL
SEGUNDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SOUSA - PB
2009

CARLOS DIEGO FILGUEIRA DE SOUSA

ANÁLISE DAS TEORIAS DA SUPRALEGALIDADE E
SUPRACONSTITUCIONALIDADE DO DEPOSITÁRIO INFIEL
SEGUNDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Jacyara Farias Sousa.

SOUSA - PB
2009

CARLOS DIEGO FILGUEIRA DE SOUSA

ANÁLISE DAS TEORIAS DA SUPRALEGALIDADE E
SUPRACONSTITUCIONALIDADE DO DEPOSITÁRIO INFIEL SEGUNDO O
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho monográfico apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais da Universidade
Federal de Campina Grande, como
exigência parcial da obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^ª MSc. Jacyara Farias
Souza

Banca Examinadora:

Aprovada em: 24/11/2009

Prof^ª. MSc. Jacyara Farias Souza – UFCG
Orientadora

Prof^ª. MSc. Marcia Gleybiane Marciel
Professor(a)

Prof^ª. Maria do Carmo Élide Pereira
Professor(a)

Dedico este trabalho à Deus, pai celestial, eterno amigo e consolador em minha jornada, companheiro que me deu forças para superar todos os obstáculos de minha vida.

Aos meus pais, que me encorajaram a enfrentar o meu medo e a vir a Sousa fazer este curso e sempre seguir adiante. E a família que se preocupa comigo e me conforta.

AGRADECIMENTOS

À Deus, que foi quem primeiro veio em meu socorro, nas horas mais tempestuosas e nas mais calmas de minha vida.

Aos meus pais, Carlos e Inêz, que me apoiaram todas as vezes que pensei desistir ou voltar atrás, eterno conforto em todas as horas.

A minha irmã, Bruna, que com o seu jeito sempre me divertia e mostrava que era bom ter obstáculos para enfrentá-los.

As minhas tias que sempre me presenteavam e me fazia sentir perto da família, mesmo tão longe. Principalmente a Tia Madrina Alice e Suzaninha.

A minha madrinha Socorro pela compreensão e seus ensinamentos e a Nair que é de fato minha Tia.

Ao Tio Maninho e de Cione que sempre que puderam ensinavam como família era importante.

Ao meu primo Marillos, ensejador da minha vontade ser humano sempre melhor.

A Sanna a qual nunca será esquecida que me incentivou a ir atrás do meu sonho,

Aos meus amigos do CEFET que me ajudaram a construir minha personalidade: Aíla, Raphael, Robson, Gilberto, Williams, Rílian.

À Mayara Magna, amiga que vai ficar sempre na memória.

A minha eterna amiga Alana, que me socorreu em tantos momentos

À excepcional pessoa chamada Ragner, que tanto me ensinou com sua determinação;

A Gláucia, que sempre esteve comigo nos meus altos e baixos, pessoa a qual deixará muitas saudades

A Paulo, Tiago, Júlio César, Raul e Diogeano, que me ofereceram suas amizades quando eu precisei, amigos de longas conversas que trilharam comigo este curso.

A Trajano, que sempre se mostrou pronto em me ajudar, mostrando o caminho acadêmico correto e como ser um bom estudante.

Aos irmãos Demolay's, por mostrarem que um homem tem sempre que estar em busca das sete virtudes cardeais de nossa Ordem.

A Diego, que disponibilizou suas amizades e a sua família mostrando-se amigo para todas as horas.

Ao Tio Ednaildo (Babá), que sempre me orientou com seus conselhos de grande valor.

À professora Jacyara, que teve tanta paciência comigo, desde o momento que eu cheguei nesta Universidade, orientou todos os meus artigos, mostrou-se uma pessoa íntegra e solidária com o ser humano.

À professora Gracinha, que desde minha entrada nesta instituição exerceu cargo de liderança e sempre mostrou-se ética e um ser humano incrível.

À professora Giorgia, que sempre foi compreensiva independente do quanto eu perguntasse.

Ao professor Eduardo Jorge, educador que sempre esteve preocupado em ensinar a estar no caminho de Deus e da justiça do que do Direito.

Ao professor Tiago Marques, pela amizade e pelo exemplo de obstinação.

Aos professores desta intuição, que se mostraram tão amigos e me ensinaram muito mais do que mero conhecimento jurídico.

Aos funcionários do CCJS, em especial Sílvio, Marly, Roziele, Lirifran, Tico e Rejane, pelo auxílio e apoio.

Aos amigos da Residência Universitária, que me ajudaram em momentos profícuos, em especial a: Albérto, Armando, Claudervânio, Carlos André, Francimério, Hugo, Jorge, Maysson, Roberto e Renato.

Por fim, aos amigos conquistados na minha jornada de aprendizagem no TRT: Francisco José, Sicupira, Elisabeth, Valderedo, Marcos Galdino, Francineuda, Cássia, Aluísio, Erli, Tiago e ao Dr. Welton Mangueira que teve tanta compreensão comigo.

*“Se os homens são puros, as leis são
inúteis. Se os Homens são corruptos, as
leis são desnecessárias.”*

(Thomas Jefferson)

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem por objetivo geral analisar o *status* normativo dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos não abrangidos pela Emenda 45/2004. Busca também investigar acerca das formas de relacionamento entre o Pacto de São José da Costa Rica e sua eficácia normativa em face da admissibilidade constitucional brasileira da prisão do depositário infiel, além, do Recurso Extraordinário 466.343 e o 349.703 motivadores da mudança do entendimento do STF e a análise das teorias da Supralegalidade e da Supraconstitucionalidade que a partir de então, entraram em evidência na seara do Direito. A pesquisa está estruturada da seguinte forma: no primeiro capítulo tem como foco as relações do ordenamento jurídico brasileiro com a realidade normativa estrangeira; no segundo, há uma análise do depositário infiel frente ao Pacto de São José da Costa Rica, as regras constitucionais da prisão civil no Brasil e as normas constitucionais abertas; no terceiro capítulo a discussão teve por fulcro a análise das Teorias da Supralegalidade e da Supraconstitucionalidade do depositário infiel e a mudança do entendimento jurisprudencial. O estudo desenvolveu-se pautado no método hipotético dedutivo, tendo em vista que através das hipóteses formuladas a predição de fenômenos abrangidos pelas mesmas. No método de procedimento é empregado o método comparativo em um estudo das normas internas e as internacionais. Há ainda, a utilização do método exegético-jurídico para uma interpretação consistente na legislação e da técnica de pesquisa bibliográfica, principalmente em doutrinas e entendimentos jurisprudenciais brasileiros. O trabalho trouxe ainda, uma discussão sobre o *status* hierárquico dos Tratados não abarcados pela Emenda 45/2004, as mudanças trazidas pela mesma e o novo entendimento no que pertine o assunto pelo Pretório Excelso. Observe-se que em que pese o entendimento do STF em adotar a Teoria da Supralegalidade do Pacto de São José da Costa Rica no que diz respeito ao depositário infiel, torna-se mais adequado a adoção da Teoria da Supraconstitucionalidade.

Palavras-chave: Depositário Infiel. Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Supraconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present work of conclusion of course has as general objective to parse status of standard of the International Treaty about Humans Rights don't encircling by Constitutional Amendment nº. 45/2004. Fetch too investigate about forms of the relation between Pact São José of the Costa Rica and its normative efficacious in the Constitutional Brazilian admissibility of the prison of the unfaithful trustee. Beyond, of the Extraordinary Resource nº. 466.343 and 349.703 that caused changed in the thought of the Supreme Federal Court and the analysis of the theoris of and Supra constitutionality that from then entered into evidence in the mobilization of law. The research is structured this form: the first chapter focuses on the relation of the Brazilian legal system with the actual foreign regulations, in the second was an analysis of an unfaithful trustee in according the Pact of San José Costa Rica, the constitutional rules of the prison sector in Brazil and constitutional standart open, on the third chapter was to discuss the analysis based theories of Supralegality-and Supraconstitutionality of an unfaithful trustee and changing understanding of case law. The work was developed guided by the hypothetical deductive method, assumptions made by the prediction of phenomena covered by them. In the method of procedure is the method used in a comparative study of internal and international standards. There is also the use of the legal-exegetical method for a consistent interpretation of legislation and technical literature, especially in-law doctrines and understandings Brazilians. The work has brought a discussion of the hierarchical status of treaties not covered by CA 45/2004, the changes made by the same and understanding in respect to the subject by the Praetorian lofty. Note that in spite of understanding the Supreme Court to adopt the theory of Supralegality of the Pact of San Jose Costa Rica in relation to an unfaithful trustee, it is more appropriate to adopt the theory of Supraconstitutionality.

Keywords: Depositary infidel. International Treaties on Human Rights. Supraconstitutionality.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. - Artigo

BACEN-JUD - Convênio entre o banco central e o poder judiciário

CC - Código Civil Brasileiro

CEJIL - Centro pela Justiça pelo Direito Internacional

CF/88 - Constituição Federal de 1988

CLADEM - Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher

CPF - Cadastro de Pessoa Física

DENATRAN - Departamento Nacional de Trânsito

HC - Habeas Corpus

Min. - Ministro

OEA - Organização dos Estados Americanos

ONU - Organização das Nações Unidas

RE - Recurso Extraordinário

RESP- Recurso Especial

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

PR – Paraná

SE – Sergipe

Adin – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Nº - Número

EC – Emenda Constitucional

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A HIERARQUIA NORMATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS	15
2.1 DOS TRATADOS INTERNACIONAIS.....	15
2.1.1 Conceito.....	16
2.1.2 Da eficácia dos Tratados.....	17
2.1.3 Classificação.....	20
2.1.4 Requisitos para celebração de Tratados.....	21
2.1.4.1 <i>Capacidades das partes</i>	21
2.1.4.2 <i>Habilitação dos agentes signatários</i>	22
2.1.4.3 <i>Consentimento</i>	22
2.1.4.4 <i>Objeto lícito e possível</i>	23
2.2 TEORIAS QUE REGULAMENTAM O RELACIONAMENTO DA LEGISLAÇÃO NACIONAL E A INTERNACIONAL.....	23
2.2.1 Dualismo.....	23
2.2.2 A teoria monista.....	24
2.2.3 Principais diferenças entre as teorias.....	26
2.3 HIERARQUIA DAS NORMAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	27
2.4 SUBORDINAÇÃO JURÍDICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS.....	28
2.5 A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 E O PROCESSO LEGISLATIVO DIFERENCIADO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS QUE VERSAM SOBRE DIREITOS HUMANOS.....	29
3 O DEPOSITÁRIO INFIEL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS COMO NORMAS ABERTAS	31
3.1 DO DEPÓSITO.....	31
3.1.1 Obrigações do depositante.....	33
3.1.2 Obrigações do depositário.....	34
3.2 DO DEPÓSITO VOLUNTÁRIO.....	35
3.3 DO DEPÓSITO NECESSÁRIO.....	36
3.4 DEPÓSITO LEGAL.....	37
3.5 DEPÓSITO MISERÁVEL.....	37

3.6 DEPÓSITO DO HOSPEDEIRO	38
3.7 DEPÓSITO IRREGULAR.....	38
3.8 DEPOSITÁRIO INFIEL	39
3.9 O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E A ADESÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	41
3.9.1 Regras sobre prisão civil no Brasil e o Pacto de São José da Costa Rica.....	41
3.9.2 Conceito de norma constitucional aberta: o Pacto de São José da Costa Rica e previsibilidade da prisão civil por dívida do depositário infiel	43
4 TEORIA DA SUPRALEGALIDADE E AS REGRAS SOBRE PRISÃO CIVIL NO BRASIL	48
4.1 O § 2º DO ARTIGO 5º DA CARTA MAGNA E O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA: A SUPRALEGALIDADE E SUPRACONSTITUCIONALIDADE.....	48
4.2 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343 E RECURSO EXTRAORDINÁRIO 349.703 ENSEJADORES DO NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA POSIÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS.....	49
4.2.1 Votos dos ministros do STF sobre os Tratados que versam sobre direitos humanos e forem incompatíveis com a emenda constitucional 45/2004.....	50
4.2.2 Gilmar Mendes e a corrente majoritária do STF: Adoção da teoria da supralegalidade.....	52
4.2.3 Supralegalidade: Posição política ou jurídica ?.....	53
5 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

As normas de processo legislativo, positivadas na Carta Magna como consequência das transformações do Direito vêm passando por um processo de mudança formal e material. Estas se refletem na norma pátria intrinsecamente. A Constituição Federal de 1988 não sofre mudanças apenas em seu texto, com o tempo, ocorre à mutação constitucional, que se consubstancia na hermenêutica normativa. Ou seja, é o processo de mudança na interpretação e não no texto literal da norma, visto a constante evolução para adequar-se aos novos anseios sociais.

O presente trabalho acadêmico tem por ímpeto tratar acerca de um tema que permeia o ordenamento jurídico nacional desde 1992, entretanto, apenas há pouco tempo o seu conjunto legislativo ganhou novos rumos, explicando-se desta forma sua atualidade.

O foco da problemática primordial é analisar a Teoria da Supraconstitucionalidade e o da Supralegalidade expostas recentemente em seus votos pelos Ministros do STF em recente decisão emitida por aquele Tribunal.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu em apoiar a Teoria da Supralegalidade do Pacto de São Jose da Costa Rica por tratar sobre Direitos Humanos colocando-o no que concerne a Hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro, apenas abaixo da Constituição Federal, coibindo, portanto, a prisão do depositário infiel.

A prisão civil por dívida, admitida pela Constituição Federal de 1988 no que pertine a prisão do depositário infiel perdeu sua previsibilidade infraconstitucional, conforme enunciado do STF, baseando-se no pacto assinado pelo Brasil em 1992.

Saliente-se que para um Tratado Internacional ter o condão de alterar a Carta Magna, deve passar por um processo legislativo diferenciado que só foi previsto no artigo 5º da Constituição com o advento da Emenda Constitucional de nº 45 de 08 de dezembro de 2004, portanto, posterior a data de assinatura do tratado pelo Brasil.

As consequências jurídicas deste posicionamento jurisprudencial abrangem não apenas os litígios que envolvem o depositário infiel, mas também afetam as formas como são visualizadas as hierarquias das normas no sistema jurídico brasileiro.

Assim, este trabalho tem por objetivo geral analisar o procedimento que é dado aos Tratados Internacionais que versem sobre Direitos Humanos, tendo por base o Pacto de São José da Costa Rica, pelo ordenamento pátrio.

Por sua vez, os objetivos específicos consistem em investigar acerca das formas de relacionamento entre o pacto de São José da Costa Rica e sua eficácia Normativa em face da admissibilidade constitucional brasileira da prisão do depositário infiel, de modo a estudar os Recursos Extraordinários 466.343 e 349.703 motivadores da mudança de entendimento do STF referente à prisão do depositário infiel, bem como perquirir as teorias da Supralegalidade e da Supraconstitucionalidade que entraram em evidência no mundo do Direito devido à exposição dos argumentos do STF quando tratou da prisão do depositário Infiel no Brasil.

Destarte, neste esteio emergem duas hipóteses que consistem em analisar se o posicionamento do STF em acatar os Tratados com patamar de supralegalidade refere-se apenas a uma boa técnica jurídica ou a um aspecto meramente político, visto que surtem os mesmos efeitos jurídicos caso seja adotada a Teoria da Supraconstitucionalidade por este Tribunal.

No tocante à metodologia, adotou-se o método hipotético dedutivo, tendo em vista que através das hipóteses formuladas pela percepção de uma lacuna neste âmbito de estudo, pelo processo de inferência dedutiva, testa a predição de fenômenos abrangidos pelas hipóteses. No que pertine ao método de procedimento, empregou-se do método comparativo, com o intuito de verificar similitudes e explicar divergências entre as normas internas e as normas internacionais.

Houve ainda, a utilização do método exegético-jurídico para uma interpretação consistente na legislação pertinente ao trabalho e da técnica de pesquisa bibliográfica, sendo que as fontes de pesquisa permeiam pela doutrina de Direito, normas pelos quais o Brasil rege-se no Direito Internacional Público, bem como pelo manejo de artigos científicos, sites jurídicos, revistas especializadas, entendimentos jurisprudenciais na seara nacional.

A presente pesquisa está estruturada em três capítulos distintos. A priori, abordar-se-á a hierarquia normativa no ordenamento jurídico brasileiro, os Tratados Internacionais e como o ordenamento jurídico brasileiro relaciona-se com o conjunto de convenções e normas internacionais. Serão analisadas também as principais dificuldades deste tipo de relação jurídica e as teorias que tentam regular este

relacionamento. A estrutura da investigação ainda tem por fito compreender a celebração dos Tratados Internacionais, suas formas de internalização no direito positivo pátrio e sua hierarquia após este processo.

Em um segundo momento será estudado o depositário infiel e os Tratados Internacionais como normas abertas, sendo expostos o instituto do depósito e uma análise acerca do depositário infiel. Aludir-se-á também sobre o Pacto de São José da Costa Rica, as regras constitucionais da prisão civil por dívida no Brasil e como são consubstanciadas as normas constitucionais abertas, principal objeto das arguições para aqueles que defendem a supraconstitucionalidade do instituto.

Por fim, será estudado a Teoria da Supralegalidade e as Regras sobre Prisão Civil no Brasil o foco da discussão referir-se-á às Teorias da Supralegalidade e da Supraconstitucionalidade do Pacto de São José da Costa Rica, especificamente no que se refere à prisão civil por dívida do depositário infiel. Analisar-se-á ainda, o Recurso Extraordinário que ensejou a modificação do entendimento jurisprudencial, os principais argumentos dos ministros do STF, o que foi a Teoria da Supraconstitucionalidade dos Tratados Internacionais que versem sobre Direitos Humanos assinados pelo Brasil antes da emenda constitucional 45/2004 e um questionamento dos motivos determinantes da escolha pela Teoria da Supralegalidade.

2 A HIERARQUIA NORMATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS

Para que se possa tratar acerca de como o ordenamento jurídico interno se relaciona com o conjunto de convenções e normas internacionais, necessita-se de uma breve conceituação dos Tratados internacionais e como os mesmos nascem.

2.1 DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Os Tratados Internacionais tem grande relevância no mundo contemporâneo. Desde a antiguidade os agrupamentos humanos politicamente organizados sentiram a necessidade de regulamentar sua coexistência. Desde então, até o mundo globalizado onde as relações entre os países são intensas e versam sobre os mais variados ramos, normas que visem regulamentar estas relações tornam-se cada vez mais necessárias

Os óbices, para Accioly e Silva (1996), de uma maior variedade de relações entre os povos era a dissonância entre os graus de civilização, além das distancias entre os povos, a falta de meios de comunicação e transporte. As sociedades eram pagãs, não tendo práticas de inter-relacionamento, a exceção das guerras. Entretanto, em algumas civilizações mais desenvolvidas, como na Grécia, já haver certo relacionamento extraterritorial, como a arbitragem, declaração de guerra, direito de asilo, a neutralização de certos lugares, entre outros.

Accioly e Silva ainda aduzem que (1996, p. 4), à medida que “o processo de desenvolvimento global acelera, urge a necessidade de normas de maior complexidade surgindo assim, com maior rigor os tratados internacionais”. Ademais, ainda hoje, o mundo ainda tem medo que um país revestido por sua soberania cometa atrocidades que venham a ferir a dignidade da pessoa humana e as organizações internacionais e países por todo o planeta sempre tem buscado fazer com que estes direitos sejam respeitados.

2.1.1 Conceito

Tratado Internacional é o instrumento solene pelo qual dois ou mais sujeitos do direito internacional firmam acordo de vontades. No mesmo sentido, aduzem Accioly e Silva (1996, p. 20) que: "Por tratado entende-se o ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontade entre duas ou mais pessoas internacionais". A professora Abrantes (2006, p. 29) comenta que:

Compreende-se por Tratado o ajuste formal concluído e bilateral, ou seja, um ato jurídico firmado por pelo menos dois ou mais Estados soberanos ou organizações internacionais (sujeitos de direito internacional público), sobre assunto de interesse dos pactuantes, que geram direitos e obrigações entre as partes.

Outra conceituação, ressaltando o caráter peculiar dos tratados internacionais, no que alude ao seu caráter normativo, é apresentada por Coelho (2009):

O Tratado Internacional é uma espécie de norma jurídica especialíssima no que diz respeito à forma de constituição e peculiar quanto à sua posição estática e/ou dinâmica em dada ordem jurídica nacional, entretanto, é uma norma jurídica como qualquer outra no que diz respeito à sua finalidade pragmática de incidência sobre a realidade social, pois uma vez consumada a sua introdução em determinado ordenamento jurídico, portanto, vigente e eficaz, o seu destino será a aplicação.

Leite (2007, p. 207) dá uma visão mais ampla. Define tratado Internacional como:

Todo acordo internacional (tratado, convenção, protocolo, pacto, carta, estatuto, ata, declaração, minuta aprovada, memorando de acordo, modus vivendi, etc.) consignado por escrito em um instrumento único ou em dois ou mais instrumentos conexos, celebrado por dois ou mais Estados ou outros sujeitos de direito internacional e regido pelo direito internacional.

O tratado, como se percebe, é um acordo no qual o país tem livre arbítrio em decidir se o celebra ou não. Da definição dada pelo artigo 1º, Rangel (2000, p. 251)

afirma está disposto no 1º artigo da Convenção de Havana¹ que “os tratados serão celebrados pelos poderes competentes dos Estados ou pelos seus representantes, segundo o direito interno respectivo.”

Percebe-se que o próprio Direito Internacional preocupado com a soberania dos países dão aos mesmos o princípio do livre convencimento. O tratado internacional sendo a maior fonte do Direito Internacional conforme afirma Mazzuoli (2006, p. 119), “não pode ele expressar senão aquilo que as partes soberanas acordaram livremente.” O artigo 5º, segundo aduz Rangel (2000, p. 52) da referida Convenção enuncia que: Os tratados não são obrigatórios senão depois de ratificados pelos Estado contratantes, ainda que esta cláusula não conste nos plenos poderes dos negociadores nem figure no próprio tratado”.

Os Tratados Internacionais são acordos extremamente formais e por isso celebrados por escrito. O mesmo é celebrado entre Estados, podendo ser entre dois ou mais Estados. Entretanto, não somente os Estados têm esta prerrogativa. Com o advento da Convenção de Havana sobre Tratados, as organizações internacionais também passaram a ter prerrogativa para celebrar acordos internacionais. Mazzuoli (2006) exemplifica a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização do Estado Americanos (OEA), como organizações que podem celebrar acordos internacionais, mesmo não sendo Estados.

2.1.2 Da eficácia dos tratados

Concluído o texto do instrumento internacional, o representante legalmente constituído pelo Estado, assina o tratado com ato meramente formal indicando que concorda em com os seus termos. Entretanto não significa que o Brasil internalizará este tratado. No ordenamento jurídico pátrio, expõe Mazzuoli (2006), segundo a praxe no Ministério da Relações exteriores, para assinar este contrato basta apenas

¹Assinada em Havana (VI Conferência Interamericana) a 20 de Fevereiro de 1929. Sancionada pelo Dec. 5.647, de 8 de janeiro de 1929. Ratificada a 30 de julho de 1929 e promulgada pelo Dec. 18.596, de 22 de Outubro de 1929(DOU de 12 de Dezembro do mesmo ano)

ter um carta de plenos poderes. Interessante salientar, que mesmo não dando eficácia real ao tratado, a assinatura é uma parte importante, pois, importa no aceite total, mesmo que com reservas, do acordo pelo representante do país em questão.

No Brasil, compete à União e não aos Estados federados, concluir acordos internacionais. O fundamento legal encontra-se na Constituição Federal no seu artigo art. 21 que diz que “Compete a União: I - manter relações com os Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais”. Significando a União é o único ente federado responsável por assinar e ratificar tratados.

O processo de consubstanciação dos Tratados segue um procedimento formal. A priori, o Presidente da República assina-o, conforme previsibilidade do art. 84 da Constituição, inciso VIII que diz ser atribuição do presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo no congresso nacional”. ou por representante com poderes delegados pelo presidente, nos termos do art. 84, parágrafo único da CF/88.

“Após assinado o tratado por seus plenipotenciários, deve ele ser submetido, no caso brasileiro, à apreciação do poder legislativo”, nos termos de Mazzuoli (2006, p.131), ou até mesmo pelo próprio presidente, se for o caso. A apreciação pelo poder legislativo dos tratados justifica-se porque este poder é o representante do povo brasileiro que detém o poder fiscalizador primário. Apreciação por este poder estar previsto no artigo 49, inciso I da Carta Magna que aduz caber exclusivamente ao poder em tela “resolver definitivamente sobre tratados, acordos, ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” do qual após aprovado pelo congresso, a ratificação será dada por promulgação do Presidente da República e publicado no diário oficial para que surta seus efeitos jurídicos

Conforme Rangel (2000, p. 298) preceitua a Convenção de Havana sobre Tratados em seu artigo art. 2º, § 1º, alínea b que a ratificação é o ato “pelo qual um Estado estabelece no plano internacional o seu consentimento em obrigar-se por um tratado”. Percebe-se deste modo, que a ratificação efetuada no caso pátrio pelo poder legislativo brasileiro não é ato jurídico internacional e sim um referendium. Pois, a ratificação a nível internacional é ato privativo do Chefe de Estado, considerando a técnica do direito internacional, preceitua Mazzuoli (2006). O que se percebe é um pequeno conflito de normas, visto que, para a boa técnica do direito

internacional, o *referendum* legislativo não é ato internacional e para o direito interno pátrio, o tratado apenas torna-se válido a partir do processo de ratificação em tela.

Na maioria das Constituições estrangeiras, após a aprovação do Poder Legislativo, o Chefe do Poder Executivo ratifica, sendo este considerado ato internacional, conforme define Accioly e Silva (1996, p. 26):

A ratificação é o ato administrativo pelo qual o chefe de Estado confirma um tratado firmado em seu nome ou em nome do Estado, declarando aceito o que foi convencionado pelo agente signatário. Geralmente só ocorre ratificação depois que o tratado foi devidamente aprovado pelo Parlamento, a exemplo do que ocorre no Brasil, onde esta faculdade é o Congresso Nacional.

Entretanto, nada obsta, que mesmo após a votação do Poder Legislativo o mesmo não queira ratificar o acordo. Não significando também, sua não ratificação. Isto ocorre, porque não há prazo para ratificar-se um tratado quando não expressamente estatuído no próprio documento, podendo ser ratificado em momento posterior. Ainda, pode o chefe do executivo, mandar arquivar antes da apreciação pelo poder legislativo, o tratado já assinado, mas, não ratificado.

A ratificação não tem efeito retroativo. Além de que, conforme leciona Rangel (2000) em que pese às opiniões contrárias, é pacífico entre os internacionalistas e legislação vigente que a ratificação não está vinculada obrigatoriamente a sua assinatura devido ao art. 7º da Convenção de Havana sobre Tratados Internacionais aduzir que a ausência de ratificação ou reserva são inerentes à soberania dos Estados, assim, constituem o exercício de um direito.

Já a Adesão se faz necessário quando o Estado não participou das negociações, assina-se para comprometer-se com os demais países signatários. Destarte, o país aderente exprime vontade de ingressar em pacto o qual não participou, diferentemente da assinatura.

No ato da assinatura, o país tem que ter participado da elaboração do referido tratado. Diverge a assinatura, da adesão, pois nesta, o país firma em definitivo a obrigação de fazer parte daquele acordo, diversamente da assinatura que é mera intenção e aprovação do texto contido no tratado, ensina Mazzuoli (2006). Observe-se que não são todos os tratados que aceitam adesões, dependendo então, do que está consignado no próprio acordo.

No que pertine ao tema, afirma Mazzuoli (2006, p. 135) que a Convenção de Havana sobre Tratados de 1929 traz a possibilidade da reserva em um Tratado, ao conceituar reserva como:

Uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um estado ao assinar, ratificar, aceitar, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a este Estado.

Vê-se assim, que a reserva é feita quando um Estado não concorda com algumas cláusulas do tratado internacional o qual assina. Desta forma, no que conste acerca das cláusulas nas quais a reserva for feita o Estado signatário não está obrigado a cumpri-las.

2.1.3 Classificação

Quanto à classificação dos tratados, a doutrina costuma dividi-los em bilaterais quando pactuados entre dois Estados e multilaterais quando for mais de dois Estados. Ensinam Accioly e Silva (1996), que os tratados podem ser classificados ainda em tratados-contratos; tratados leis e tratados normativos.

Os Tratados-Contratos, como a própria etimologia explica, tem índole mais de acordo entre Estados. Este tipo de contrato geralmente é bilateral e regula interesses recíprocos. Classificados como executórios ou executados. Os classificados como executados são aqueles que são realizados de imediato conforme acordado, a exemplo de uma permuta de territórios. Os executórios são aqueles que regulam situações próprias. Ou seja, quando ocorre uma situação fática tipificada no tratado a situação é regida pelo mesmo, a exemplo de acordos de comércio, que têm execução regular.

Os Tratados-Leis assim classificados tem ímpeto legal mesmo. Esta tipologia tem caráter normativo. Ele é assinado entre vários países por intermédio das organizações internacionais e tem por fim estabelecer normas de comum acordo entre as nações para regular suas relações cotidianas.

Rezek (2000, p. 28) faz uma distinção entre Tratados-Contratos e Tratados-Leis ao aduzir:

Os tratados-contratos, assim chamados porque através deles as partes realizam uma operação jurídica - tais os acordos de comércio, de aliança, de cessão territorial -, e os tratados-leis, por cujo meio as partes editam uma regra de direito objetivamente válida.

Os Tratados Normativos tem caráter mais geral, dentre estes, segundo Aciolly (1996, p. 22) "citam-se o de criação de uniões Internacionais administrativas que exercem importante papel na vida internacional contemporânea" como o caso da União Internacional Para a Proteção da Propriedade Internacional, tendo assim distinção sutil em relação ao Tratado-Lei, sendo que aquele tem uma maior subjetividade em relação a este.

2.1.4 Requisitos para celebração de Tratados

Os Tratados Internacionais passam pelo devido procedimento para sua celebração. Observa-se que dentro deste procedimento existem requisitos indispensáveis para que o mesmo seja considerado realmente válido. Apesar das partes pactuantes terem certa autonomia, devem respeitar certos pré-requisitos, assim como acontece nos contratos de direito privado no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1.4.1 Capacidades das partes

A doutrina defendia em tempos que apenas Estados poderiam assinar os Tratados. Entretanto, com a complexidade do Direito Internacional e o surgimento de organismos internacionais de grande projeção mundial, este pensamento tornou-se obsoleto.

Accioly e Silva (1996) elencam um exemplo histórico de quando este pensamento começou a mudar. Em 1924, o governo brasileiro comunicou a secretário geral da Liga das Nações seu interesse em colocar em Genebra uma

representação permanente a ser dirigida por um embaixador para representar o país junto a Liga das Nações, concedendo eventual direito desta de firmar tratados.

Hodiernamente, a legitimidade em ser sujeito de direito internacional, além dos Estados, tornou-se pacífico o entendimento que as organizações internacionais, segundo Mazzuoli (2006) e Rangel (2000), têm capacidade de firmar acordos internacionais.

2.1.4.2 Habilitação dos agentes signatários

A habilitação dos agentes representantes dos Estados é confirmada com a Carta de Plenos Poderes. Esta Carta pode ser dada pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Relações Exteriores. Inclusive, é pacífico o entendimento que no âmbito do Direito Internacional o Chefe de Estado ou Chefe de Governo e o Ministro das Relações exteriores não precisam desta carta de plenos poderes, visto a natureza jurídica do cargo que ocupam, dizem Accioly e Silva (1996), refletindo o fato de que o Presidente é representante natural do país e legitimado pelo povo e o Ministro das Relações Exteriores tem poderes delegados pelo Presidente desde seu exercício no cargo para representar seu país.

2.1.4.3 Consentimento

O consentimento, desde que, não eivado de vício, é uma das condições de validade do tratado. Ambas as partes envolvidas na formação dos tratados unilaterais devem aceitar suas condições. No que se alude a tratados multilaterais é exigido que haja no mínimo concordância de dois terços dos países envolvidos no acordo, exceptuando-se os casos em que essa mesma maioria adote norma diversa.

Rangel (2000, p. 318) afirma que a Convenção de Havana deixa claro que "A manifestação do consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado obtido mediante coação sobre seu representante, por meio de atos ou ameaças dirigidas contra ele, não produz efeitos jurídicos". Assim, no caso de vício de vontade (erro,

dolo, coação), o tratado é passível de nulidade. Estes defeitos do negócio jurídico têm, portanto, tratamento diverso. Esta diferenciação exsurge pelo interesse que a comunidade internacional tem na validade destes acordos.

2.1.4.4 Objeto lícito e possível

O acordo internacional deve versar apenas sobre objeto lícito e possível não podendo as partes desta forma praticar acordos imorais e antiéticos visando proveito próprio em detrimento de terceiros sob pena de não ter eficácia jurídica no âmbito Internacional. Ensinam Accioly e Silva (1996) que a licitude em âmbito internacional além da legalidade relaciona-se com ética e moral.

2.2 TEORIAS QUE REGULAMENTAM O RELACIONAMENTO DA LEGISLAÇÃO NACIONAL E A INTERNACIONAL

A Teoria Monista e a Dualista surgiram para tentar dar limites às relações jurídicas de Direito Interno e de Direito Internacional. Ao passo que, do direito interno para os seus sujeitos há uma relação de subordinação, do direito Internacional há uma mera coordenação de vontades, visto a soberania de cada Estado, afirma Mello (2000).

Suscita-se a importância do estudo das correntes em tela, pois, a partir deste estudo será possível compreender como as normas de Direito Internacional serão tratadas no que concerne a sua hierarquia dentro do direito brasileiro. Ajudando a compreender, via de regra, quem prevalecerá em um caso de conflitos de normas de âmbito interno com um tratado internacional.

2.2.1 Dualismo

A corrente dualista surgiu no fim do século XIX, tendo como principais expoentes Carl Heinrich Triepel em 1899, na Alemanha e Dionízio Anzilotti em 1956, conforme Mello (2000). Afirma ainda, Mello (2000, p. 109), que “Perassi, um dos autores mais representativos da denominada escola italiana, defende a autonomia das duas ordens jurídicas, sustentando, contudo, a superioridade do Direito Internacional em relação aos Estados.”

Esta corrente, em termos simples, concebe o direito interno e o direito internacional como dois ordenamentos distintos. O Direito Internacional, tem por frutos de atos da mesma natureza, não atingindo a esfera interna de um país até o mesmo ato ser elaborado também pelo direito interno. Isto significa, que para ter validade, de acordo com esta corrente, o país tem que transladar o acordo para o direito interno como se fosse uma lei de origem interna ou passe por algum processo legislativo interno, para que, então, surta seus efeitos jurídicos dentro do país.

Em outras palavras, nunca o tratado terá validade desde sua ratificação, pois ele não passa automaticamente a vigorar em âmbito interno, não tendo nenhum tipo de eficácia. Isto ocorre, porque para os dualistas ao Direito Internacional cabe regular as relações entre os Estados e as organizações internacionais. Por isso, que os dois ordenamentos sequer se tocam, não gerando, portanto, conflito entre suas normas, afirma Mazzuoli, (2006).

2.2.2 A teoria monista

Em contraposição ao Dualismo, emerge o monismo jurídico como teoria. Mello (2000, p. 110) diz que “o monismo sustenta, de um modo geral, a existência de uma única ordem jurídica”. Sustenta Kelsen (1926 apud BINENDOJM, 2007, p. 290) que “o direito constitui um sistema jurídico, do qual são partes integrantes do direito internacional e o direito interno”.

Esta corrente, diametralmente oposta ao Dualismo, traz o direito interno e o externo como um único ordenamento jurídico. Ocorre que nesta corrente imaginam-se os dois conjuntos de normas de forma superpostas um ao outro, convergindo para o mesmo âmbito.

No direito interno dos Estados como um todo, o Monismo é a teoria mais adotada. Mas, ao admitir uma corrente em que o direito é uno torna-se evidente a necessidade de se determinar quais normas deverão ter primazia, principalmente para resolver questões cotidianas de conflito aparente de normas.

Dolinger (1986, p. 85) afirma que a escola monista ficou dividida em três segmentos:

A que defende a primazia do direito interno sobre o direito internacional; a que defende a primazia do direito internacional sobre o direito interno e a que as equipara, dependendo da prevalência de uma fonte sobre a outra da ordem cronológica de sua criação (monismo moderado).

Ocorre que dentre as três teorias o Brasil particularmente adotava o monismo clássico. Ou seja, no ordenamento pátrio a primazia era sempre do direito externo. Esta corrente é também chamada de monismo kelseniano, estruturado pela máxima *pacta sunt servanda*, ensina Mello (2004). Esta máxima é peculiar ao acordo de vontades, que dentro do direito interno consubstancia-se dentro dos contratos.

Entretanto, mostra Mello (2000) que no Recurso Extraordinário (RE) 80.004 de 1º de Junho de 1977 o Supremo Tribunal Federal mudou o rumo da história, adotando o Monismo Moderado.

O Monismo Moderado é a corrente pela qual prevalece a norma posterior sobre a lei anterior, considerando o critério cronológico, independente de sua natureza jurídica, seja nacional ou estrangeira. No caso pátrio, de acordos que não trate dos direitos humanos nem sejam submetidos a processo legislativo diferenciado, a norma de direito internacional tem *status* de lei ordinária, sendo passível de controle de legalidade e constitucionalidade, da mesma forma de uma lei de origem brasileira.

Evidente que a exceção ora citada, acerca do processo legislativo diferenciado só veio a surgir após 2004 com a Emenda Constitucional 45/2004. Além disto, no que concerne a tratados que versem acerca de Direitos Humanos, concernentes no art. 5º § 2º da Constituição Federal a celeuma doutrinária acerca do status normativo só veio a ser suscitada a partir de 2008 quando o STF deu prevalência ao Pacto de São José da Costa Rica à própria Carta Magna no Recurso Extraordinário que acabou por vetar a prisão civil por dívida de depositário Infiel indo

de encontro a preceitos Constitucionais positivados os quais serão pormenorizados em momento oportuno.

A Corrente Monista dentre vários aspectos, pauta-se no fato de que o homem na concepção moderna é sujeito de direito internacional. Inclusive, vários tratados referem-se diretamente ao ser individualizado e não ao Estado de uma forma geral. O sistema por ser Monista tem prerrogativas bastante peculiares. Um exemplo deste fato é o caso de processo por negligência de um Estado por ser omissivo nos direitos individuais do ser humano, sendo fato gerador de uma responsabilização em âmbito internacional.

Um exemplo, dessa praxe internacional de responsabilidade internacional, foi o que aconteceu com Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) que trata da violência doméstica, ocasionado por uma negligência do governo Brasileiro em atender Maria Fernandes.

Conforme aduz Alves (2006) Maria da Penha Maia Fernandes foi espancada pelo cônjuge por seis anos. Em 1983, por duas vezes sendo que na primeira com arma de fogo, deixando-a paraplégica, e na segunda por eletrocussão e afogamento. Em que obste tamanha brutalidade e violência o esposo da cidadã em tela, só teve sua sentença prolatada depois de 19 anos do fato gerador de seu processo e ficou apenas dois anos em regime fechado.

Em razão desse fato, o Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), juntamente com a vítima, formalizaram uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA. Sendo, portanto, um exemplo claro da responsabilidade internacional dos países e exemplo de que o homem é sujeito de Direito Internacional.

2.2.3 Principais diferenças entre as teorias

Uma das diferenças suscitadas pelos internacionalistas que defendem a corrente encontra-se nas fontes dos dois distintos ordenamentos. No Direito Interno, existe um forte poder por aqueles fazem as leis em relação aos seus subordinados. No direito Externo, em contraposição, ensina Mazzuoli (2006, p. 50), que não há “um

direito sob os Estados e sim um direito entre os Estados”. A vontade do Estado soberano consubstanciada na norma surge, em regra, da vontade do Poder legislativo, ao passo que a o direito Externo tem por fonte, a vontade coletiva dos Estados.

Mazzuoli (2006) continua a mostrar que a doutrina dualista tem uma percepção que não se subsume nos padrões gerais do direito. Ocorre que ao reconhecer dois ordenamentos distintos e antagônicos, tende a considerar um dos supostos sistemas como não jurídicos. Além disto, o direito paralelo ao outro não admite conflito aparente de normas por se reger a mesma matéria de forma diversa.

Além disto, com grande sapiência Mello (2000) afirma que o homem é também sujeito de direito internacional, pois, tem direito e deveres outorgados diretamente pelo Direito Internacional. Aduz ainda, que todos os Estados obedecem a uma norma apenas por que ter vontade de se obrigar externamente é insuficiente para explicar a obrigatoriedade do costume internacional.

2.3 HIERARQUIA DAS NORMAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Carta Magna brasileira é o ápice do ordenamento jurídico brasileiro pelo princípio da supremacia da Constituição. A mesma é a base do Direito brasileiro não podendo nenhuma norma abaixo da mesma ser conflitante com a Carta Magna.

Dentre as normas elencadas no art. 59 da CF/88 não há uma hierarquia, o que existe é uma competência peculiar para cada um delas e um processo legislativo diferenciado, ensina Madureira (2009). A única exceção quando trata-se de hierarquia é a emenda constitucional que tem por limite apenas o que não pode ser mudado na própria constituição, as famigeradas cláusulas pétreas elencadas no art. 60 §4º da Carta Política. No mesmo sentido aduz Moraes (2003, p. 362):

O Congresso Nacional, no exercício do Poder Constituinte derivado, pode reformar a Constituição Federal por meio de emendas, porém respeitando as vedações expressas e implícitas impostas pelo poder constituinte originário, pois somente esse é hierarquicamente inalcançável, enquanto manifestação da vontade soberana do povo.

Respeitado as cláusulas Pétreas a Emenda tem força constitucional. As demais leis sejam as Complementares, Ordinárias, Delegadas tem suas atribuições estando às mesmas subordinadas a Constituição, sofrendo caso opostas as disposições constitucionais, processo de controle de constitucionalidade.

Entretanto, salutar a observância a título exemplificativo, da Ementa do RESP 414037/PR julgado pelo STF (2003):

TRIBUTÁRIO. COFINS. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS. ISENÇÃO. ART. 56 DA LEI N.º 9.430/96 E ART. 6º, INC. II, DA LC N.º 70/90. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS.
A isenção da COFINS, outorgada pelo art. 6.º da LC n.º 70/91, não foi revogada pela Lei n.º 9.430/96. Lei ordinária não tem força para revogar dispositivo de lei complementar.

Este Recurso especial mostra que para o Supremo Tribunal de Justiça há uma hierarquia, ao menos no que pertine a leis Complementares e ordinárias. Corrobora este Entendimento, o advogado Madureira (2009), pois, ao vedar que lei ordinária revogue lei complementar, estaria conferindo as normas complementares força normativa hierarquicamente superior.

2.4 SUBORDINAÇÃO JURÍDICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

O ato de celebração dos tratados não dá executoriedade, mas, apenas a ratificação pelo Congresso Nacional Brasileiro e subsequente decreto do presidente.

Mazzuoli (2006), afirma que os efeitos básicos deste decreto são: (I) a publicação oficial de seu texto; (II) a executoriedade do ato internacional que passa a vincular e obrigar no plano do direito positivo interno as normas contidas no Tratado Internacional pertinente.

O Referido ato normativo integra o ordenamento jurídico interno com caráter de norma infraconstitucional, situando-se nos mesmos planos de validade, eficácia e autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, guardando desta forma estrita relação de paridade normativa com as referidas leis ordinárias, como elucidado no RE 80.004-SE julgado pelo STF (1977). Outra ratificação deste entendimento é facilmente observada na ADIn 1.480 julgada pelo STF (2002), que assim elucida

Subordinação normativa dos tratados internacionais à Constituição da República. [...] Controle de constitucionalidade de tratados internacionais no sistema jurídico brasileiro [...] Paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais de direito interno. [...] Tratado internacional e reserva constitucional de lei complementar. [...] Legitimidade constitucional da convenção nº 158/OIT, desde que observada a interpretação conforme fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

De acordo com este entendimento do STF exposto na Doutrina de Lenza (2009) o tratado Internacional tem paridade normativa com lei ordinária. Destarte, jamais um Tratado que não passasse pelo processo legislativo diferenciado poderia em tese, deter força normativa para revogar dispositivo consolidado na Constituição Federal.

Isto significa, que um tratado internacional ao ser internalizado no ordenamento jurídico pátrio encontra-se como se lei ordinária fosse. E por ser lei ordinária, estar abaixo da Constituição, sendo inclusive passível de Controle de Constitucionalidade.

2.5 A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 E O PROCESSO LEGISLATIVO DIFERENCIADO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS QUE VERSAM SOBRE DIREITOS HUMANOS

Em que pese não ser escopo deste trabalho, o processo legislativo diferenciado que dá força normativa constitucional, sendo possível devido ao §. 3º da Constituição Federal aditado através da famigerada Emenda Constitucional 45 do ano de 2004, fazem-se necessários algumas considerações a respeito desta temática para que se prossiga com a discussão ora proposta, visto que, do ponto de vista formal este é o único modo de um tratado internacional ganha status constitucional. O art. 5º § 3º da CF/88 assim aduz:

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

Por seu turno, respeitando-se o critério especial previsto pela própria Constituição através da emenda já citada, o legislador possibilitou que determinados Tratados pudessem ser considerados formalmente normas constitucionais. O rito mencionado no § 3º em comento é análogo àqueles adotados pelas Emendas Constitucionais, motivo pelo qual o Brasil tem sua constituição considerada rígida, pois, o processo para alterar a Constituição é diferenciado de uma lei comum, tornando-se mais dificultoso alterar a Carta Pátria, como afirma Moraes (2007).

Por evidente, o Poder Constituinte Reformador tem por limite jurídico a própria Constituição, diferentemente do Poder Constituinte Originário, que não tem limitação jurídica nenhuma, a não ser aquela encontrada no Direito Natural. Corolariamente, mesmo que verse sobre Direitos Humanos não pode estas normas conflitar com os preceitos fundamentais já positivados, mormente, porque nada pode reduzir os direitos de aplicabilidade imediata da CF/88, dada a intangibilidade constitucional.

Assim, no panorama atual dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e os que não tratam sobre Direitos Humanos: dentre os que tratam acerca de Direito Humanos existem o que passaram pelo processo legislativo diferenciado e os que não passarão por esse procedimento, antes da EC 45/04, e por isso aparentemente tem paridade normativa com lei ordinária.

A celeuma do presente trabalho reside nos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos que foram aprovados antes da Emenda 45/2004 a qual regulamenta o processo legislativo diferenciado para os Tratados sobre direitos humanos, pois, defende-se que estes sejam inseridos no ordenamento jurídico com força constitucional poderá ter também força normativa constitucional observando-se que o § 2º do art. 5º é uma norma constitucional aberta.

3 O DEPOSITÁRIO INFIEL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS COMO NORMAS ABERTAS

Neste capítulo abordar-se-á um assunto tratado no que pertence ao instituto do depósito, o depositário infiel, as regras acerca da prisão civil por dívida no Brasil e a temática das normas constitucionais abertas. Este último tem citado, torna-se necessário sua exposição, visto que, dentre as discussões acerca do tema principal deste trabalho acadêmico as normas constitucionais abertas encontra-se nas argumentações do certame.

3.1 DO DEPÓSITO

O depósito é o contrato no qual uma das partes, nomeada depositário, recebe da outra, denominada depositante, uma coisa móvel, para guardá-la, com a obrigação de restituí-la na ocasião ajustada ou quando lhe for reclamada, conforme afirma Roberto Gonçalves (2007). Assim, o depósito tem por finalidade guarda coisa alheia.

O Código Civil preceitua, em seu art. 627, que: “pelo contrato de depósito, recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame”.

Como se percebe depósito tem a única finalidade de deixar algum bem móvel na mão de terceiro para que o mesmo o guarde. Venosa (2008, p. 271) adverte:

A guarda da coisa alheia é, assim, a finalidade precípua do depósito. Daí, em tese, ser verdadeiro o uso da coisa depositada pelo depositário, pois, caso tal uso fosse permitido, a função do contrato não seria apenas o benefício do depositante, mas vantagem do depositário. E o contrato de depósito se transformaria em contrato de comodato.

Este tipo de contrato, não detém hodiernamente, em termos jurídicos, característica precipuamente onerosa. O art. 628 do Código Civil é claro ao expor

que exceto “se houver convenção em contrário, se resultante de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão” Isto significa que o contrato naturalmente não deve ser remunerado. Entretanto, os contratos não remunerados tem-se tornado cada vez mais raros. Destarte, os mesmos, em sua maioria deixam de ser unilaterais passando a serem bilaterais, posto que, em sua maioria há uma contraprestação pecuniária.

Segundo Gonçalves (2007), a diferença deste para os demais contratos reside na objetividade do contrato. A partir do instante que o contrato versa de forma elementar acerca do depósito é realmente contrato de depósito. Nada obsta, que benfeitorias necessárias à conservação do em depositado sejam realizadas. Nem por isto, o contrato estará desfigurado.

Entretanto, não pode o contrato em tela, deixar de ser objetivo precípua a simples guarda de um bem de titularidade do contratante, pois, este instrumento teria outra natureza. Não podendo assim, como é o caso da locação em que o fim é o uso do carro mediante contraprestação pecuniária ou o comodato no qual acordo entre as parte gratuito, que uma das partes use o bem da outra parte. Esta diferença de natureza existe, visto que, no depósito a parte deseja apenas que a outra guarde algum bem de sua propriedade ou até mesmo apenas posse direta. É clara, a vontade do legislador o qual dispõe do artigo 640 do Código Civil que “sob pena de responder por perdas e danos, não poderá o depositário, sem licença expressa do depositante, servir-se da coisa depositada, nem a dar em depósito a outrem”.

Conforme ensina Gonçalves (2007) no contrato de depósito é a exigência, para a sua configuração, da entrega da coisa pelo depositante ao depositário. Isto significa que a condição material para que o contrato seja efetivado é a tradição. Evidentemente, conforme Monteiro (1997), que a tradição não se faz necessária caso já tenha sido efetivada anteriormente.

Apesar dos depositários serem apenas de bens móveis, nas execuções “pode-se também depositar-se um imóvel pelo menos no depósito forense” conforme ensina Gonçalves (1950, apud GONÇALVES, 2007, p. 362). Este tipo de depósito se faz necessário para que seja dada uma real garantia do bem penhorado para que não seja deteriorado ou desviado com o decurso do tempo e que até a hasta pública o bem esteja nas mesmas condições da época de sua penhora. No mesmo sentido expõe Souza (2009, p. 04) que aduz:

O depósito dos bens penhorado se apresenta como elemento intrínseco ao próprio ato finalístico da penhora; penhora sem depósito é penhora sem garantia eficaz, permanecendo o bem desguarnecido de qualquer proteção quanto às investidas do próprio devedor ou de terceiro. Enquanto que o ato de penhora se destina a separar, apreender e afetar parte do patrimônio do devedor, o ato de depósito faz nascer para o depositário (o próprio devedor ou terceiro), obrigações materiais de guarda e proteção inerentes ao depósito. Ao invés de representar mera formalidade procedimental, o ato de nomeação do depositário do bem penhorado se revela de extrema importância, sujeitando o infrator das obrigações legais pertinentes, a responder especificamente pela ofensa causada, sem se confundir com o andamento do processo de execução e satisfação do crédito (fraude à execução).

Em outros termos, significa compreender que a natureza jurídica da penhora que é constriar um bem, exige que haja a depósito, podendo-se no processo de execução, fê-lo mesmo referindo-se a um bem imóvel.

Apesar das variações dos tipos de depósito, os quais serão expostos logo em seguida, necessita-se saber desde logo quais são as obrigações básicas que as partes vinculadas a este instituto possuem.

3.1.1 Obrigações do depositante

O depositante tem que cumprir suas obrigações assim como o depositário. Venosa (2007) aduz que quando o depósito é oneroso constitui obrigação do depositante pagar ao depositário a remuneração convencionada. Caso contrário, somente o depositário terá obrigações.

Destaque-se que o depositante deve arcar com as custas da manutenção dos gastos da coisa depositada para que não haja um enriquecimento ilícito por parte do depositante. Assim, as benfeitorias realizadas pelos depositários consideradas necessárias devem ser ressarcidas respondendo *ex lege* pelas necessárias e contratualmente pelas úteis ou necessárias que tiver autorizado na ótica de Gonçalves (2007).

Os prejuízos advindos do depósito que também devem ser ressarcidos para que também não gere enriquecimento ilícito. Saliente-se tamanho é o dever do depositante que em precaução a um suposto enriquecimento ilícito o legislador

brasileiro de forma contundente facultou ao depositário o direito de retenção disposto no artigo 644 do Código Civil (2002):

Art. 644 - O depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas.

Parágrafo único. Se essas dívidas, despesas ou prejuízos não forem provados suficientemente, ou forem ilíquidos, o depositário poderá exigir caução idônea do depositante ou, na falta desta, a remoção da coisa para o Depósito Público, até que se liquidem.

Mostra-se que neste ponto da lei, o legislador tentou assegurar a que quem é depositário não seja atingido pela má-fé e pelo ardid de pessoas insensatas que podem fazer uso do instrumento do contrato de depósito para enriquecimento ilícito e que não precise esperar pela morosa justiça pátria para ter o seu patrimônio ressarcido sem ter que fazer uso do exercício arbitrário das próprias razões.

3.1.2 Obrigações do depositário

Pela própria natureza do contrato em tela, o depositário tem por obrigação receber o bem depositado, guardá-lo e devolvê-lo de acordo com o termo final estabelecido no contrato ou quando reclamado pelo depositante e havendo motivo justificável o depositário poderá também rescindir o contrato em consonância a disposição do artigo 635. Inobstante, nos contratos onerosos, a rescisão justifica-se apenas quando o ônus se tornar insuportável para o depositante.

Importante destacar que o depositário incorre em culpa ou dolo, se a coisa perecer ou deteriora-se, afirma Gonçalves (2007). Apresenta o legislador em vários artigos como nos artigos. 640 e 642 do Código Civil uma preocupação para que o depositário não seja negligente, imprudente ou venha agir com imperícia na conservação do bem depositado. Isto ocorre porque o ônus *in vigilando* é do depositário e o mesmo deve conservar a coisa como se sua fosse. A própria lei, quando vem tratar a respeito da conservação em seu art. 62 do Código Civil menciona que o depositário “é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence”.

O depositário tem o dever de restituir o bem conforme já mencionado, assim, que o depositante o reclame. Esta restituição deverá ser, caso exija o depositante, efetivada de imediato. Mostra-se irrelevante a fixação do prazo, conforme art. 633 do Código Civil. As únicas hipóteses em que o bem não deverá ser restituído são aquelas dispostas no art. 634 deste dispositivo legal, ou seja, caso o objeto seja embargado; notificada ao depositário caso sobre o objeto haja pendente alguma execução, ou caso haja motivo razoável de suspeitar que a coisa fosse dolosamente obtida.

3.2 DO DEPÓSITO VOLUNTÁRIO

O depósito voluntário resulta de acordo de vontade de acordo com o prescrito no nos artigos. 627 a 646 do Código Civil. É no ensinamento de Gonçalves (1950, apud GONÇALVES, 2007, p. 365) “quando o depositante procedeu por sua livre vontade e conveniência, sem nenhuma pressão exterior ou dos fatos, e nas mesmas condições pode fazer a escolha do depositário”

Esta modalidade de depósito só pode ser realizada por alguém civilmente capaz, pois, o mesmo necessita ser capaz de realizar os atos da vida civil. Para a prova de depósito deve ser por escrito (art. 646). Apesar disto, o depósito não exige forma especial, apenas para prova, conforme, prescreve a lei Rodrigues (2002, p .272) assim expõe:

A idéia do legislador , ao reclamar prova por escrito do depósito voluntário, foi apenas impedir a prova exclusivamente testemunha, capaz de conduzir às maiores iniquidades. Assim, embora o depósito se aperfeiçoe independentemente de qualquer documento, mister se faz, para provar-se, um começo de prova escrita.

Destarte, este tipo de contrato não é solene. O mesmo possui natureza real, uma vez que se perfaz com a efetiva natureza da coisa, ensina Gonçalves (2007, p. 367). Tendo esta virtude, sua volatibilidade adéqua-se ao dinamismo dos dias de hoje. Entretanto, este informalismo deve obedecer às normas de ordem pública, principalmente as estatuídas no Código Civil hodierno para serem considerados válidos.

Assim, apesar do art. 627 do Código Civil mencionar apenas bens móveis, a doutrina moderna e a jurisprudência não excluem a possibilidade de se por em depósito um bem imóvel. Observe-se também que por essência trata-se de uma obrigação resolúvel, visto que, torna-se condição *sine qua non* que o bem seja restituído tendo por termo final conforme aduz o próprio artigo em tela “até que o depositante o reclame”

Instituto antiqüíssimo do direito torna-se indispensável em todos os tipos de relações atuais. Por isto, o legislador em seções autônomas regulamenta tanto o depósito voluntário quanto o necessário. Saliente-se que o depósito necessário é realizado por imposição legal será regido pela respectiva lei e subsidiariamente pelos dispositivos que tratam acerca do depósito voluntário conforme, afirma o artigo 648 do referido Código.

O depósito tem muitas serventias, como retromencionado, visto que as atuais necessidades sociais vêm sendo dinamizadas. Exemplo atual é o depósito legal de bem constrito em execução judicial, o de alienante fiduciário entre outros.

3.3 DO DEPÓSITO NECESSÁRIO

O depósito necessário tem sua explicação na própria etimologia da palavra. Este tipo de depósito não resulta de vontade e tem por fator gerador alguma necessidade. Gonçalves (2007, p. 373) assim dispõe que “Depósito necessário é aquele que o depositante, por imposição legal ou premido por circunstâncias imperiosas, realiza com pessoa não escolhida livremente”. O art. 647 do Código Civil define depósito necessário:

Art. 647. É depósito necessário:

I - o que se faz em desempenho de obrigação legal;

II - o que se efetua por ocasião de alguma calamidade, como o incêndio, a inundação, o naufrágio ou o saque.

Observa-se que o depósito necessário vem sempre acompanhado de circunstâncias que impele o sujeito a efetuar o depósito, em outras palavras, é influenciado pela lei ou um conjunto de fatores de urgência ou emergência.

3.4 DEPÓSITO LEGAL

Depósito legal é aquele que decorre do desempenho de obrigação da lei. Os depósitos elencados nesta categoria são, conforme o artigo 1.233 parágrafo único do referido Código, obrigação daqueles que estão na posse de coisa perdida; o de dívida vencida, pendente a lide, quando vários credores lhe disputarem o monte, uns excluindo os outros, prescrito no artigo. 345 do Código Civil; e que deve ser feito pelo administrador dos bens do depositário que se tenha tornado incapaz, artigo. 641; o do lote compromissado, no caso de recusa de recebimento da escritura definitiva, nos termos do Decreto-lei nº. 58, de 10-12-1937, art. 17 e a Lei nº. 3.079, de 15-9-1938, artigo, 17, parágrafo único.

3.5 DEPÓSITO MISERÁVEL

O Depósito miserável refere-se ao segundo inciso do artigo 647 do Código Civil. Aquele que “se efetua por ocasião de alguma calamidade, como o incêndio, a inundação, o naufrágio ou o saque.” Este tipo de depósito tem um rol exemplificativo deste depósitos podendo ser acrescentados outros congêneres conforme expõe a doutrina de Gonçalves (2007). Este tipo de depósito apesar de ser realizado muitas vezes em estado de necessidade, não se presume gratuito, conforme prescrito no art. 649 do Código Civil

Outra diferença que merece ser salientada neste tipo de depósito vem prescrita pelo próprio Código Civil. Diferentemente do que ocorre em outras hipóteses, o artigo 649 em seu parágrafo único aduz que depósito miserável pode ser provado de qualquer forma. O legislador tornou mais fácil as formas de provar este tipo de depósito, pois, o mesmo em suma maioria é realizado em circunstâncias especiais nas quais o depositante não tem como elaborar um documento escrito para provar o contrato, *a posteriori*.

Imagine-se prestes a ocorrer uma calamidade, onde tem que se depositar seus bens de maior valor à uma pessoa na qual não se tenha fundada confiança, calamidade esta, que não se tem tempo para consensuar acerca de cláusulas

contratuais e muitas vezes nem mesmo preço e de que seja elaborado o instrumento do acordo e após passado o perigo, não seria razoável exigir-se meio escrito de prova deste acordo.

3.6 DEPÓSITO DO HOSPEDEIRO

O depósito do hospedeiro é aquele realizado por hospedeiros. São aqueles realizados pelos hotéis e estabelecimentos de hospedagem em geral aos seus clientes. Este tipo de depósito é consubstanciado quando um cliente ao chegar a um estabelecimento de hospedagem tem levado para seu quarto seus pertences. A partir deste instante, os donos destes estabelecimentos passam a ser responsabilizados como depositários, assim como pelos furtos e roubo realizados por seus empregados ou pessoas admitidas em seu estabelecimento, prescrito no art. 649, parágrafo único. Rodrigues (2007), afirma que o que é identificado na essência das obrigações do depositário é um dever de segurança sobre a coisa depositada, obrigação de resultado, que tem por efeito a presunção de culpa contra ele, se não a restitui ao termo do depósito.

Por óbvio que a responsabilidade dos hospedeiros não é ilimitada. A mesma cessa quando se prova que os fatos prejudiciais não poderiam ter sido evitados, conforme reza o artigo 650 do Código Civil. Exemplifica-se caso fortuito ou força maior no artigo 642 ou até mesmo por imprudência do depositante. Restringe-se, ainda, a obrigação legal dos hospedeiros a coisas de uso pessoal, não alcançando bens de alto valor material, segundo Gonçalves (2007). Apesar de comparado ao depósito necessário, aduz o art. 649 do CC, o depósito em tela tem natureza jurídica contratual.

3.7 DEPÓSITO IRREGULAR

O depósito irregular existe quando for realizado o Depósito de coisas fungíveis, em que o Depositário se obrigue a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade, conforme art. 645. Ratificando a idéia do legislador, Sílvio

Rodrigues (2007, p. 280) afirma que o depósito irregular é “o depósito de coisas fungíveis, no qual o depositário não precisa devolver exatamente a coisa que lhe foi confiada, podendo restituir coisas da mesma espécie, quantidade e qualidade”.

Cunha Gonçalves (1950 apud GONÇALVES, 2007, p. 378) conceitua depósito irregular “quando o depositário pode utilizar e dispor da coisa depositada e restituir outra da mesma qualidade e forma”. Um exemplo clássico é o depósito em contas bancárias, pelas quais o banco na qualidade de depositário usa o dinheiro do depositante em movimentações financeiras e quando o depositante reclama seu depósito, ou seja, quer sacar o dinheiro, o banco o devolve.

Destarte, este tipo de depósito tem por característica a fungibilidade da coisa depositada, pois, apenas com bem fungível que se torna possível este tipo de operação. Este tipo de depósito rege-se pelas regra do mútuo, art. 645 do Código Civil.

3.8 DEPOSITÁRIO INFIEL

O depositário infiel é aquele, independentemente de ser voluntário ou necessário, não restitui o bem quando o depositante o reclame. Este sujeito é o qual merece ser pormenorizado, pois, envolta do mesmo que surge a celeuma cerne deste trabalho.

O depositário infiel se configura quando o depositário se desfaz do bem, geralmente, com dolo havendo então várias formas disto acontecer. Exemplo disso, são as execuções judiciais nas quais os bens penhorados muitas vezes têm como depositário o próprio devedor e no ímpeto deste se furtar da iminente execução vende o bem.

Assim, a Constituição Federal em seu art. 5º, LXVII da Carta Magna preceitua que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Como reforço, o Código Civil vigente também expõe no art. 647 enunciado regulando a prisão do depositário devedor, prescrevendo que o “seja o depósito voluntário ou necessário o depositário que não restituir bem será compelido a fazer mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.

A doutrina tem por consenso que o próprio legislador colocou a prisão como forma de forçá-lo a pagar. Gonçalves (2007, p. 382) chega a afirmar “ a sanção atua como meio de coerção e não propriamente como pena, pois, a e não estabeleceu prazo mínimo para a sua duração”. Venosa (2008, p. 246) afirma ainda que:

Essa possibilidade de prisão por dívida é reminiscência que nos foi legada pelo direito lusitano, que manteve a tradição Romana. Justifica-se sua manutenção no sistema com relação ao depositário tendo em vista o cunho eminentemente fiduciário.

Ora, isto remete, conforme lembra Azevedo (2000) em sua obra, aos primórdios da história onde o devedor pagava com o próprio corpo por suas dívidas. Sob a égide das leis das doze tábuas o devedor era levado pelo credor à presença do magistrado e caso, resistisse poderia ser conduzido pelo pescoço. Mesmo assim, o devedor não pagasse a dívida e não possuindo fiador, era preso e comia apenas pão. Não pagando em um tempo determinado era levado a praça pública e o devedor resolvia se o vendia ou matava-o.

Com tantos progressos no meio jurídico o depositário infiel na ótica legal ainda deve ser preso para cumprir uma obrigação judicial. Torna-se tão fácil nas execuções hodiernas convênios como o entre o Banco Central e o Poder Judiciário (BACEN-JUD) que localiza pelo CPF do cidadão qualquer conta no nome do mesmo e até mesmo o convênio com o Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN) que localiza se o cidadão tem algum meio de transporte e penhora on-line.

Questiona-se a necessidade de uma previsão legal retrógrada como a em tela mesmo com tanto meios eficazes no combate a inadimplência. Ainda, a necessidade do cidadão ser privado de sua liberdade, direito natural do ser humano por causa de uma dívida, permanecendo encarcerado caso algum sinistro, por exemplo, que o depositário infiel não possa provar, devido a uma condição social menos favorecida.

Com esta problemática, recorde-se da breve menção histórica deste trabalho e observe-se que o certame estar prestes a decidir o rumo que será tomado pelo direito nos dias vindouros, influenciará toda uma geração póstuma. Por isto a celeuma é considerada importante no âmbito jurídico, visto que, caso a ciência jurídica como um todo permita que continue se executando a prisão por dívida tornara-se cada vez mais difícil enveredar em caminho diverso.

3.9 O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E A ADESÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme aduz Oliveira Júnior (2009) no ano de 1969 foi firmado um dos pactos de maior relevância para os Direitos Humanos na localidade de Costa Rica. Ratificado pelo Brasil em 1992 com o Decreto Legislativo nº. 27, o Brasil determinou sua integral observância em 06 de novembro seguinte no Decreto n. 678, ou seja, o Brasil aceitou tais cláusulas e aderiu a elas, fazendo com que o tratado se tornasse lei no direito positivo interno. O referido tratado aduz que;

Os Estados Americanos signatários da presente Convenção, reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais. Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados Americanos.

Saliente-se, que o pacto em tela, conforme exposto, trata acerca dos Direitos Humanos. Esta informação se faz necessária mais adiante, no pertine as discussões das normas constitucionais abertas.

3.9.1 Regras sobre prisão civil no Brasil e o Pacto de São José da Costa Rica

O conceito de depositário infiel, aduz a respeito da previsibilidade constitucional do mesmo no art. 5º, LXVII da Carta Magna a qual reza que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”, e também, do código civil vigente também expõe no art. 647 que prescreve que “seja o depósito voluntário ou necessário o depositário que não restituir bem será compelido a fazer mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos”.

Saliente-se, que existe uma legislação que versa sobre o tema em tela. Na alienação fiduciária tem-se o Decreto Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969 e Lei nº.

9.504, de 20 de novembro de 1997 e a Lei que trata propriamente do depositário infiel que é a Lei nº 8.866 de 11 de abril de 1994.

O Brasil é segundo a Constituição um Estado Democrático de Direito. Há neste diploma legal regras sobre prisão no país, fundados nos Direitos e Garantias Fundamentais, símbolo do limite ao poder estatal.

No ordenamento jurídico pátrio só existe prisão caso seja em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo as exceções militares. Além disso, a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária. O Brasil admite ainda por lei a liberdade provisória, com ou sem fiança e quando se trata de da prisão civil por dívida, não é admitida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel conforme disposições do art.5º, LXI, LXV, LXVI, LXVII da CF/88.

Conforme afirma a boa doutrina, já mencionada quando aludido o depositário infiel, a admissibilidade deste tipo de prisão tem por único ímpeto forçar o devedor devolver o bem apropriado de forma indevida.

Até o ano de 2007, o STF entendia totalmente cabível a prisão civil do depositário infiel nas hipóteses mais variadas possíveis. Como se pode depreender da jurisprudência abaixo (2007):

Apropriação indébita. Não recolhimento de contribuições previdenciárias. Prisão criminal e, não, civil. Inocorrência de ofensa ao art. 5º, LXVII da CF." (RE 391.996 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 19/12/03)

A conseqüência penal, dada à conduta do devedor que descumpriu o compromisso judicial de depositário e alienou o imóvel penhorado, é a prisão civil." (HC 76.286, Rel. para o acórdão Min. Nelson Jobim, DJ 28/03/03)

O desvio patrimonial dos bens penhorados, quando praticado pelo depositário judicial *ex voluntate própria* e sem autorização prévia do juízo da execução, caracteriza situação configuradora de infidelidade depositária, apta a ensejar, por si mesma, a possibilidade de decretação, no âmbito do processo de execução, da prisão civil desse órgão auxiliar do juízo, independentemente da propositura da ação de depósito." (RHC 80.035, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17/08/01)

Ambas as Turmas desta Corte têm entendido que em caso de penhora ou de penhor sem desapossamento, há a figura do depositário que, se for infiel, poderá ver decretada contra si a prisão civil." (HC 75.977, Rel. Min. Moreira Alves, 03/03/00)

Entretanto, em que obste tais entendimentos e a previsão constitucional o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica que prevê o art. 7º, §7º vedação a prisão por dívida, a não ser do devedor de pensão alimentícia.

Devido a esta vedação, vários foram os recursos interpostos nos tribunais brasileiros, entretanto, o entendimento jurisprudencial era quase que uníssono onde no Brasil havia previsibilidade da prisão do depositário infiel. Mas, o STF no final de 2008, entendeu de forma diversa do seu próprio histórico de decisões.

3.9.2 Conceito de norma constitucional aberta: O Pacto de São José da Costa Rica e previsibilidade da prisão civil por dívida do depositário infiel

Quando se trata de normas constitucionais abertas é necessário saber ao menos sua conceituação básica para se possa compreender este fenômeno, também no âmbito constitucional. Através das normas em comento que o Cezar Peluzo (2008) entende que o Brasil teve a prisão do depositário Infiel revogado no âmbito constitucional.

Lenza (2009, p.100) ao aludir acerca da hermenêutica jurídica, refere-se também sobre as normas constitucionais abertas e traz em sua doutrina boas palavras ao lembrar inclusive lições do ministro do STF, Gilmar Mendes ao aduzir:

Conforme anotou Gilmar Mendes ao lembrar as lições de Peter Häberle, não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada[...], ressaltando que ao interpretar um ato normativo nada mais "é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública[...]. Assim reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, tem-se necessariamente, de indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional sobre as forças ativas de Law in public ation

Desta forma, observa-se que a sociedade não pode ter normas interpretadas por uma sociedade fechada através apenas de juízes e interpretações preceituadas, devendo ter conforme Häberle (2002, apud LENZA, 2009) um conceito mais amplo de hermenêutica, no qual cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião representam forças produtivas de interpretação.

A consolidação do Estado Social e Democrático de Direito como forma de política básica dos países mais desenvolvidos trouxe nortes diferenciados dos quais a sociedade encontrava-se habituada. Os paradigmas eram diferenciados, gradativamente acrescenta-se na maioria dos ordenamentos jurídicos a questão da segurança jurídica que resulta da proteção dos direitos fundamentais, os quais, segundo Novais (1987) é a obrigação social de configuração da sociedade por parte do Estado e a autodeterminação.

Esta evolução sócio-ideológico trouxe várias mudanças no cotidiano das pessoas. Com a democracia e inserção destes novos paradigmas, através de um limite trazido pelos direitos fundamentais à vontade do estado. Este fenômeno, ocorreu através de um ciclo virtuoso, pois, o pensamento social evolui e as normas do Estado são impelidas a refletir estas mudanças materiais. Esta evolução material, de substantividade concreta na sociedade, passou a ser constante trazendo uma convivência materialmente aberta e mais equilibrada, porque o povo passou a exigir menos formalismo para mudar suas idéias e conseqüentemente leis que regem o Estado. Torna-se importante, o acompanhamento pelo Estado das mudanças constantes em tela, mormente, as pertinentes a difusão social de certos direitos subjetivos públicos, afirma Novais (1987).

Com esta premente necessidade surgem as normas constitucionalmente abertas. Hodiernamente, estas têm a função de deixar que a posteridade normatizar algo. No caso do Direito brasileiro tem-se o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal que abre uma brecha no artigo em tela para que leis que versem sobre matéria de direitos fundamentais tornem-se materialmente constitucionais. Estes dispositivos ficam a espera de uma norma posterior, ficando sempre aberto a modificações.

O artigo 5º, § 2º da Carta Magna vigente é uma norma que conforme aduz Flávia Piovesan (1996, p. 111) faz com que "a Carta de 1998 confere aos tratados de direitos humanos o Status de Norma Constitucional". O artigo referido dar tratamento diferenciado aos tratados de Direito internacional ao dispor e seu § 2 que preleciona:

Os Direitos e garantias Fundamentais expresso nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil, seja parte.

Este dispositivo, incluído por proposta de Antônio Cançado Trindade² afirma Mello (2004) trouxe uma celeuma intrigante para o mundo jurídico. Através deste dispositivo, entende-se que os tratados internacionais que versarem sobre direitos humanos terão força normativa constitucional, por meio do critério formal. Isto ocorre porque o §2º do art. 5º da Carta Magna vigente exprime, claramente, qualquer direito expresso na Constituição não exclui outros decorrentes de tratado que o Brasil seja parte. Moraes (2007, p. 458) vai além, e ao comentar a respeito do parágrafo em tela aduz o seguinte:

Os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros de caráter constitucional decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, desde que expressamente previstos no texto constitucional, mesmo que difusamente, ou seja, fora do rol do art. 5º, que é meramente exemplificativo. Importante ressaltar que as normas constitucionais cuja natureza jurídica configura-se como direito ou garantia individual, mesmo não estando descritas no rol do art. 5º da Carta Magna, são imodificáveis, pois serão inadmissíveis emendas tendentes a suprimi-las, total ou parcialmente, por tratar-se de cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º, IV).

Assim esta norma, deixa em aberto a possibilidade de se tornar expressos direitos outros, que na posteridade venham a ser incluídos no ordenamento jurídico brasileiro através de tratados, possibilitando que através desta norma constitucional, outros direitos possam com o advento do tempo ser introduzidos na Carta Política ou ao menos ter a mesma força normativa. Por evidente, que os Direitos Humanos que a Constituição alude não são apenas os do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, rol exemplificativo dos direitos e garantias fundamentais.

Ocorre, afirma Canotilho (1998) que o § 2º do artigo 5º da Carta Magna Brasileira que versa sobre os principais direitos fundamentais constitucionais e traz a possibilidade de sempre ampliar os direitos fundamentais, dando-lhes força Constitucional. De fato, constitui-se, com tal dispositivo, um sistema normativo aberto de direitos e garantias fundamentais, que nas palavras do próprio Canotilho (1998, p. 1.143), define ainda, sobre o mesmo parágrafo que:

É um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Calles), traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das

2 A época Consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores

normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça.

Este entendimento justifica-se porque a lei autorizar que esses direitos humanos ratificados pelo Brasil os quais se incluem no ordenamento jurídico interno, ampliando, assim, o seu “bloco de constitucionalidade”.

Ao se adentrar neste assunto, pode-se realizar um breve comentário do poder constituinte originário acerca deste parágrafo, afinal, o critério teleológico de hermenêutica jurídica é um dos mais relevantes e de maior merecimento de aplausos dentre os doutrinadores.

Torna-se notório que a construção da legislação de um país democrático reflete a luta de classes. Como assinado por Celso Mello (2004), em outros termos, o direito é uma política. E como resposta ao histórico de supremacia do poder estatal desenfreado, exsurge, os direitos humanos, conseqüência da preocupação comum em garantir o mínimo de liberdade individual aos seres humanos, considerados dentro da Constituição como elementos limitativos do Poder Estatal, expõe Lenza (2009).

Silveira (1968) afirma que o fundamento da interpretação é o fim prático e social e expõe que os Métodos de interpretação estão intimamente vinculados com o regime político e social de cada Estado.

A hermenêutica tem tido ponderações diferenciadas para a mesma norma. Entretanto, costuma-se pensar que na ordem jurídica Brasileira quando se trata de questões que abarcam as classes menos favorecidas economicamente, o Poder Judiciário trata estes problemas como se o poder público que devesse resolvê-los.

O §2º do artigo 5º da Constituição abre espaço para que qualquer tratado que verse sobre direitos fundamentais possa de forma material adentrar na Constituição, conforme já se discutiu. Isto é possível também, devido à disposição do art. 60 § 4º da CF/88 que o titular de cláusula pétrea alude apenas ao que concerne ao que for tendente a abolir o disposto no mesmo parágrafo, desta forma, aquilo que vier ampliar poderá ser aditado a Carta Política pátria.

Entende-se segundo esta ótica, que parte da doutrina esposada, os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos terão eficácia imediata por estar dentro da Constituição Federal, mesmo antes da emenda 45/2004, ficando claro que estes tratados por intermédio do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal é um

norma que se inclui no rol de direitos e garantias fundamentais os tratados internacionais que versem sobre estes direitos.

4 TEORIA DA SUPRALEGALIDADE E AS REGRAS SOBRE PRISÃO CIVIL NO BRASIL

O foco da celeuma do depositário infiel no Supremo Tribunal Federal se concentra no Recurso Extraordinário que ensejou a modificação do entendimento jurisprudencial, os principais argumentos dos ministros do STF, o que foi a teoria da Supraconstitucionalidade dos Tratados Internacionais que versem sobre Direitos Humanos e um questionamento dos motivos determinantes da escolha pela teoria da Supralegalidade, digno de uma análise pormenorizada.

4.1 O § 2º DO ARTIGO 5º DA CARTA MAGNA E O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA: A SUPRALEGALIDADE E SUPRACONSTITUCIONALIDADE.

Desde a adoção do monismo moderado pelo STF até o julgamento do RE 466.343 e RE 349.703 em Dezembro de 2008 o Supremo negava que o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que dispõe o rol exemplificativo dos Direitos Fundamentais do Homem na Carta Política pudesse anular a prisão do depositário infiel. Veja - se exemplos de vários julgados do Supremo:

Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face de o artigo 105, III, da Constituição que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre com relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado. (HC 72.131, voto do Min. Moreira Alves, DJ 01/08/03)

Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. [...] Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se

sobreposta aos tratados: a hierarquia está insita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADIn MC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir. (RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22/11/02)

Subordinação normativa dos tratados internacionais à Constituição da República. [...] Controle de constitucionalidade de tratados internacionais no sistema jurídico brasileiro. [...] Paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais de direito interno. [...] Tratado internacional e reserva constitucional de lei complementar. [...] Legitimidade constitucional da convenção nº 158/OIT, desde que observada a interpretação conforme fixada pelo Supremo Tribunal Federal. (ADI 1.480-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/05/01).

Configura-se no exemplo acima citado com bastante clareza que até então o STF posicionava-se categoricamente contrário a revogação da prisão do depositário infiel e não reconhecia que o § 2º do art.5º tinha condão de aditar uma disposição a Constituição Federal Brasileira.

4.2 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343 E RECURSO EXTRAORDINÁRIO 349.703 ENSEJADORES DO NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA POSIÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS.

Com o julgamento dos recursos supracitados a teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal mudou. Os recursos buscavam enfrentar a constitucionalidade da prisão para inadimplementos em contratos de alienação fiduciária em garantia. Esta celeuma relacionou-se com o depositário infiel tendo em vista o art. 4º do Decreto-Lei n. 911/69 que dispõe:

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. (Redação dada pela Lei nº 6.071, de 03.07.74).

O ministro Cezar Peluzo (2008, apud LENZA 2009) concluiu que não existe afinidade alguma ou conexão teórica entre dois modelos jurídicos que permita a razão passar de um para o outro. Em seguida, o ministro baseou-se no fato de que se ao depositário se concede o direito de usar da coisa, já não haverá depósito.

4.2.1 Votos dos ministros do STF sobre os tratados que versam sobre direitos humanos e forem incompatíveis com a emenda constitucional 45/2004.

Durante o julgamento destes recursos, se verificam grandes mudanças nos entendimentos jurisprudenciais da maior corte do poder judiciário. Os Ministros do STF fazem variadas considerações acerca do *status* normativo dos tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos.

O ministro Celso de Mello no Habeas Corpus 87.585-8 (2008) em voto bem elaborado, evidencia que para ele houve uma revogação da norma constitucional, pois, através do Bloco de Constitucionalidade houve uma revogação do dispositivo constitucional que acolhia a prisão do depositário infiel. Aduzindo que:

Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa CELSO LAFER.

Lafer (2005) mostra ser possível a existência de três distintas situações concernentes aos referidos Tratados Internacionais. Os tratados internacionais de direitos humanos celebrados ou aderidos pelo Brasil e internalizados conforme as leis brasileiras antes da Emenda Constitucional 45/2004 têm força normativa constitucional por serem materialmente recebidas nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição.

Já os Tratados de Direitos Humanos celebrados pelo Brasil depois da promulgação da EC nº 45/2004 obrigatoriamente deverão passar pelo processo legislativo diferenciado, já exposto em momento oportuno neste trabalho acadêmico, preceituados § 3º do art. 5º da Constituição.

A grande celeuma que se alude à questão do depositário infiel esta logo em seguida. A discussão que Celso de Mello traz estar em admitir uma revogação tácita de um dispositivo da Constituição

O ministro Mello (2008), ainda em seu voto no HC. 87.585-8 (2008), categoricamente define que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos celebrados pelo Brasil entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 tem força materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados..

Este entendimento é baseado por completo em Lafer (2005) que menciona a questão da materialidade. Pelo § 2º do art. 5º da CF/88, as normas destes tratados são materialmente constitucionais, conforme aduz Celso de Mello em seu voto no HC 87585(2008, p. 26):

Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade.

Isto significa, que § 2º do art. 5º da CF/88 faz com que sejam inseridas no bloco de constitucionalidade as normas que versem sobre direitos humanos, adicionando a Constituição escrita, normas que materialmente tem força constitucional.

4.2.2 Gilmar Mendes e a corrente majoritária do STF: Adoção da teoria da supralegalidade

Gilmar Mendes enveredou por outro caminho, quando julgou o RE 466.433 e 349.703 acompanhou os argumentos do então relator Ministro César Peluzo e argüiu pela supralegalidade das leis que não sofresse o processo legislativo diferenciado, aduzindo no julgamento do Recurso Extraordinário 466.433 que parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos, mostra Lenza (2009).

O entendimento do Ministro é que a mesma funciona da seguinte forma. O tratado que não passa por rito diferenciado, mas, versa sobre direitos humanos, entra no ordenamento jurídico pátrio como lei ordinária, entretanto, tem força normativa supralegal. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a Supremacia da Constituição, mas, teriam lugar especial reservado no sistema jurídico, conforme exposto por Mendes (2008, apud Lenza, 2009). Ou seja, estaria tratado acima nas normas infraconstitucionais, estando abaixo apenas da Constituição Federal.

Nesta teoria, ficou consignado que a Convenção Americana de Direitos Humanos, firmado através do Pacto de São José da Costa Rica que prevê a prisão civil por dívida apenas do devedor de pensão alimentícia tem o condão de paralisar toda norma infraconstitucional com ela conflitante. Significa que o Pacto em tela não revogou a previsibilidade constitucional da prisão por dívida do depositário infiel, mas anulou toda a legislação que estiver abaixo da constituição, retirando a sua aplicabilidade diante o efeito paralisante da legislação infraconstitucional no que diz respeito à matéria incluída no Decreto Lei 911, de 1º de Outubro de 1969.

Após um lapso temporal razoável, inobstante a teoria amplamente aplaudida pela doutrina, em votação no dia 03.12.2008, por cinco votos a favor e quatro votos contrários, no julgamento do já mencionado RE 466.343 (2008) o STF decidiu que os Tratados e Convenções internacionais que não são incorporados pelo processo legislativo diferenciado não podem revogar norma constitucional tendo apenas, como retro mencionado, caráter supra legal, estando, assim, acima de todas as

normas não constitucionais. A ementa publicada do RE 466.343/SP julgada pelo STF (2008) é a seguinte:

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

Com a paralisação da norma infraconstitucional no que tange o depositário infiel tornou-se a prisão do mesmo ilegal. Assim o depositário infiel não poderá a partir de então, ser coagido a pagar a através de sua privação de liberdade, visto o novo entendimento do STF a respeito da eficácia normativa do pacto de São José da Costa Rica.

4.2.3 Supralegalidade: Posição política ou jurídica ?

Malgrado a decisão do STF, a maioria da doutrina, anuncia Lenza (2009) ao tratar do tema, que a solução dos julgadores não está em consonância com a lei. A preocupação maior conforme menciona aquele autor é o fato de que a possibilidade de paralisar a eficácia das leis, contrárias aos tratados e convenções sobre direitos humanos ao mesmo tempo a própria constituição dar suporte de validade aos mesmos. Observe-se que a Constituição Federal continua tendo em seu texto a prisão por dívida do depositário infiel mesmo as normas infraconstitucionais paralisadas por causa da Teoria da supralegalidade.

Indaga-se a decisão seria interpretação por motivos meramente políticos, onde quer se admitir a prevalência dos direitos humanos e um Estado democrático de Direito, justificado na temeridade em se admitir que uma norma não oriunda de iniciativa nacional, apenas "aderida" pelo país que tivesse a capacidade de revogar uma norma constitucional. A corte máxima do ordenamento pátrio realmente tem que ser imbuída de cautela em suas decisões, pois sua jurisprudência afeta toda uma nação. Entretanto, observe-se que esta questão é muito antiga. Data desde a promulgação do Pacto de São José da Costa Rica em 1992. Deve-se ter por

cognição que os princípios constitucionais têm apenas conflito aparente de normas³, e não se pode temer tanto em progredir.

Não se deve desobedecer aos princípios pelos quais o Brasil rege suas relações internacionais e ver com tanta desconfiança uma norma externa que possa revogar a constituição. É evidente, que a Carta Magna como instrumento máximo do Direito brasileiro, não pode estar ao alvedrio alienígena. Sendo, portanto, de bom alvitre sopesar o que poderia através de uma norma constitucional aberta adentrar na Carta Política sem um processo formal, como assim, o é o processo legislativo diferenciado.

A celeuma em tela tangencia uma questão muito forte e defendida pelos Estados contemporâneos que é a soberania popular. A Constituição como resultado da assembléia constituinte originária a qual não tem limitação jurídica, representa a vontade do povo brasileiro e interferir nesta vontade é algo muito delicado.

A Constituição de 1988 é considerada rígida conforme pontua Moraes (2009) sendo o processo de alteração da mesma, para o próprio poder constituinte derivado, o qual consubstancia a vontade do povo brasileiro dificultoso, imagine-se através de um tratado que a princípio “deveria” ter força de mera lei ordinária.

No Brasil, a teoria de que se admite constitucionalidade material veio ser turbada com o advento do § 3º do art. 5º da Constituição, de acordo com o que prescreve Lenza (2009). Antes sequer cogitava-se essa possibilidade por nossos Tribunais. O próprio STF deferia a prisão do depositário infiel, conforme julgados já expostos.

O impasse é como se afirma, político. Observe-se, que o efeito em termos práticos, conforme afirma em seu voto no HC 87585 Celso de Mello (2008) os efeitos da teoria da Supraconstitucionalidade e da teoria da Supralegalidade são os mesmos, pois a Supralegalidade defende apenas uma locação acima das normas infraconstitucionais tornando a Lei do depositário infiel ilegal enquanto a Teoria da Supralegalidade tornará a lei inconstitucional, inibindo de ambas as formas sua eficácia normativa.

3 Teoria do conflito aparente de normas explica que existe apenas um aparente conflito entre as normas constitucionais ,pois, a mesma não se contradiz, devendo haver sempre uma ponderação conciliatória.

Como exemplo tem-se que se ao invés da teoria adotada fosse acolhida a teoria da supralegalidade os efeitos não seriam diversos, havendo inclusive por definitivo a anulação da Súmula 619 do STF que afirma que “a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito”.

A cautela no julgamento da questão pode acarretar problemas futuros. Como bem observou Celso de Mello (2009) em voto ter uma previsibilidade constitucional pertinente há uma prisão que não pode ser aplicada e dar a este verdadeiro fenômeno jurídico a etimologia de efeito paralisante é no mínimo no ordenamento jurídico pátrio, *sui generis*. Insta-se observar que até decisão ulterior que revogue atual, a Constituição tem declaradamente letra morta em seu texto.

Praticamente o Judiciário, através de um julgado revogou um texto da Carta Política que é o símbolo do Estado Democrático de Direito do Brasil. O sistema de freios e contrapesos⁴ não comporta tamanha interferência entre os poderes da união em tela. No caso, do aceite da teoria da supraconstitucionalidade, admite-se que uma norma materialmente constitucional revogue outra considerada formalmente constitucional.

Entretanto, torna-se menos prejudicial em termos teóricos, do que admitir-se uma paralisação de uma previsibilidade da Carta Magna da prisão do depositário infiel, se motivado por razões de ordem internacional, o que realmente afrontaria de forma direta a soberania popular do Estado Brasileiro. Ora é melhor admitir que um pacto tenha forma normativa constitucional por absoluta previsibilidade constitucional do que paralisar a norma infraconstitucional que é baseada em uma possibilidade jurídica soberana predisposta na Constituição, por obrigações de cunho político externo.

4 O sistema de freio e contrapesos estatuídos primeiramente por Aristóteles e aprimorado por Montesquieu o livro O Espírito das Leis (1748), falar em poderes independentes harmônicos entre si, mas, há uma relativização desta independência em prol de uma fiscalização entre os mesmos.

5 CONCLUSÃO

A prisão civil do depositário infiel gera uma grande celeuma contemporaneamente, pois, apesar de sua ilegalidade ter sido suscitada desde 1992, teve entendimento jurisprudencial modificado recentemente. Por sua vez, essa modificação acarretou impasses numerosos, pois admitiu-se um efeito normativo contrário do que reza a Constituição Federal brasileira, tendo em vista que a base legal desta mutação de entendimento adveio de um Tratado Internacional.

Os Tratados Internacionais são importantes nos tempos modernos, por serem instrumentos de relação jurídica no âmbito internacional. Atendendo a vários requisitos e procedimento para sua elaboração, assinatura e sua internalização no ordenamento jurídico brasileiro. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 percebe-se que no que pertine a Tratados Internacionais a hierarquia normativa pátria vem sendo alterada consideravelmente.

Existem duas teorias que explicam a relação do Direito internacional com o ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, no mundo moderno, não se pode mais separar estas realidades jurídicas como se as mesmas não se relacionassem diuturnamente, devendo-se observar a soberania de cada país, dando liberalidade aos mesmos para decidir se querem ou não participar dos Tratados elaborados.

No Brasil, desde 1977, adotou-se o monismo moderado, corrente que admite apenas um único ordenamento jurídico, harmonizando as realidades jurídicas nacionais e estrangeiras, considerando o critério cronológico. Neste país, deve às normas internacionais serem submetidas ao processo legislativo interno para que surtam seus devidos efeitos

Apesar de controversa, a questão da hierarquia das normas brasileiras é pacífico o entendimento que as normas emanadas do poder constituinte originário estão acima das normas infraconstitucionais, bem como as Emendas Constitucionais, as quais estão subordinadas apenas as normas constitucionais originárias.

Hodiernamente, existem meios eficazes no processo de execução para que o devedor seja coagido a realizar o pagamento de sua dívida. Ressalte-se que, com

o auxílio da tecnologia surge um leque de possibilidades para que o executado seja impelido a pagar suas dívidas.

A pesquisa foi baseada principalmente em entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores e doutrinadores na seara do Direito Internacional, Direito Constitucional e Direito Civil no que concerne a instituição do depositário infiel e meios eletrônicos que pudessem respaldar os ensinamentos dos doutrinadores por tratar de tema polêmico e atual.

Percebeu-se assim, que a prisão civil por dívida, no Brasil, deve enveredar por outro caminho, vez que não se admite que o ordenamento jurídico pátrio admita continuar sob a égide de costumes antigos, enquanto o planeta por meio de suas convenções clama por progresso.

Observou-se que o Pacto de São José da Costa Rica ao ser internalizado no ordenamento jurídico brasileiro, conforme, aduz corrente majoritária da doutrina tem *status* de força normativa constitucional porque o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal é considerado uma norma constitucional aberta.

Destarte, apesar da decisão do STF, é correto o entendimento de que a Teoria da Supraconstitucionalidade deverá ser aceita nos tribunais em detrimento da Teoria da Supralegalidade. Ocorre que, até o momento os efeitos legais das teorias é a revogação da prisão civil do depositário infiel. Apesar disto, sendo o art. 5º § 2º da CF/88 uma norma constitucional aberta deve o Pacto de São José da Costa Rica ter força normativa constitucional.

Os objetivos da presente pesquisa foram alcançados. No que pertine as hipóteses, o efeito da decisão neste momento da história é o mesmo, independente da alternância entre as duas teorias em tela. Mas, em que obste opiniões contrárias, do ponto de vista técnico jurídico, a Teoria da Supralegalidade pode ser interpretada como uma mera modulação dos efeitos jurídicos da decisão do STF enquanto a teoria da Supraconstitucionalidade é consonante com os preceitos constitucionais e infraconstitucionais do ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

ABEN, Daniela. **Os Tratados Internacionais de Direito Humanos podem Alterar a Constituição?** Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_agosto_2001/0508>. Acesso em: 17 ago. 2009.

ABRANTES, Ângela Maria Rocha Gonçalves de; SILVA, Mozart Gonçalves da Os Tratados e as Convenções Internacionais como fatores de Viabilização do Ordenamento Jurídico-Político Internacional. **Revista de Divulgação em Ciências Jurídicas e Contábeis**, Sousa, 2006.

ACCIOLY E SILVA, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Manual de Direito Internacional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALVES, Fabrício da Mota. **História e Comentários da Lei Maria da Penha**, 09 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://leimariadapenha.blogspot.com/2006/12/histria-e-comentrios-da-lei-maria-da.html>> . Acesso em: 18 ago. 2009.

AZEVEDO, Álvares Villaça. **Prisão Civil por Dívidas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BINENDOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Recife: Renovar, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 01 jul. 2009.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**: promulgado em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 jul. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343/SP**: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 05 de junho de 2009. Data de Julgamento: 03 de dezembro de 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE%20466.343&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 01 set. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 349.703/RS**: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 04 de junho de 2009. Data de Julgamento: 03 de dezembro de 2009. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2035659>>. Acesso em: 06 ago. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 1.480/MC**: Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, 18 de maio de 2001. < <http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 01 set. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 414.037/PR**: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Brasília, DF, 18 de agosto de 2003. Data de Julgamento: 26 de junho de 2003. Disponível em < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 ago. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 80.004/SE**: Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Brasília, DF, 29 de junho de 1977. Disponível em < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 set. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Voto vista do ministro Celso de Mello no habeas-corpus 87.585-8**, do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. 01 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 075.977**, Brasília, DF, 03 de março de 2009. Disponível em < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jul. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Relatório da ministra Ellen Gracie em Recurso Extraordinário 391.286**, 19 de dezembro de 2003. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 ago. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Relatório para o acórdão ministro Nelson Jobim em Habeas Corpus 76.286**, DF, 28 de março de 2003. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 ago. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 79.785**, DF, 22 de novembro de 2002. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 ago. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 72.131**, DF, 01 de Agosto de 2003. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 ago. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 72.131**, DF, 01 de Agosto de 2003. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 ago. 2009.

_____. Decreto-lei nº 58, de 1º de dezembro de 1937. Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 dez. 1937. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/1937-1946/Del058.htm>>. Acesso em: 19 ago. 2009.

_____. Lei nº 11.340 de 7 Agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 08 Ago. 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 19 ago. 2009.

_____. Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937. Regulamenta o Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, que dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 dez. 1937. Disponível em <<http://www.fiscosoft.com.br/indexsearch.php?PID=125786>>. Acesso em: 19 ago. 2009.

_____. Lei 3.709, de 24 de dezembro de 1959. Regulamenta o Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, que dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 dez. 1959. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L3709.htm>. Acesso em: 21 ago. 2009.

_____. Decreto-Lei nº 911, de 1º de Outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 03 Set. 1969. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911Compilado.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2009.

_____. Lei nº 8.866 de 11 de abril de 1994. Dispõe sobre o depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 abril. 1994. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8866.htm>>. Acesso em: 23 ago. 2009.

_____. Decreto Legislativo de 1992. Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos.. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 Mai. 1992. Disponível em: < <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=136444>> Acesso em: 07 set. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

COELHO, Werner Nabiça. **Sobre a prevalência do Tratado Internacional na Sistemática Jurídica do Estado do Brasil**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4360>>. Acesso em: 11 ago. 2009.

COSTA JR, Emanuel de Oliveira. **O Pacto de São José da Costa Rica e as Células-Tronco Embrionárias**. Disponível em: < <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.17758&hl=no>>. Acesso em: 12 set. 2009.

DIAS, Jose de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil: A Responsabilidade Civil dos Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares**. Disponível em: < http://www.sindotel-ctba.com.br/ver_info.asp?id=306>. Acesso em: 21 jul. 2009.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2007.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. São Paulo: Manole, 2005.

LEITE, Leila Lorraine Dias. Formação dos Tratados Internacionais no Brasil. In: **Revista Jus Vigilantibus**, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/30594>>. Acesso em: 16 ago. 2009.

MADUREIRA, Cláudio Penedo. Hierarquia entre normas infraconstitucionais. In **Jus Navigandi**, São Paulo, 05 de maio de 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5474>>. Acesso em: 12 set. 2009.

MELLO, Celso A. Ricardo. Lobo Torres (Org.) **O § 2º do art. 5º da Constituição Federal**. In.: Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997. 5 v.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. São Paulo: Almedina, 1987.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PIOVESAN, Flávio. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limnoad, 1996.

REZECK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 3 v.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 3 v.

SILVEIRA, Alípio. **Hermenêutica no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SOUZA, Rogério de Oliveira. Penhora, Depósito e Prisão do Devedor. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Editora Espaço Jurídico. Disponível em: <http://www.smithedantas.com.br/texto/penh_pris_dev.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007. 3 v.