

A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL ECONOMICAMENTE CAPAZ: UM OUTRO OLHAR*

Guilherme Guimarães Feliciano**

RESUMO (EMENTA)

Prisão do depositário judicial infiel economicamente capaz no Processo do Trabalho: constitucionalidade. Inexistência de “reiteradas decisões sobre matéria constitucional” com mesma orientação semântica (STF). Mera supralegalidade do Pacto de San José da Costa Rica. Renovação legislativa do instituto. Natureza jurídica de sanção por *contempt of court*. Caráter estritamente alimentar de verbas sob execução trabalhista.

Palavras-chave: 1. Prisão civil. 2. Depositário infiel. 3. Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos) 4. *Contempt of court*. 5. Efetividade da execução (Processo do Trabalho).

SUMÁRIO

- I. INTRODUÇÃO - EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO E DEVIDO PROCESSO LEGAL
- II. A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL
 - II.a. A Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica
 - II.b. Posições do Supremo Tribunal Federal
 - II.c. A questão da hierarquia das normas internacionais (I): interpretação autêntica do § 3º do artigo 5º da CRFB
 - II.d. A questão da hierarquia das normas internacionais (II): regime de recepção por derivação vinculada a ato de legitimação política
 - II.e. A questão da natureza jurídica da prisão do depositário infiel: *contempt of court*
- III. CONCLUSÕES
- IV. BIBLIOGRAFIA

* O presente artigo reproduz a Nota Técnica apresentada pelo autor à Presidência da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), em julho de 2009, para fins de encaminhamento contrário à aprovação do Enunciado n. 17 da PSV n. 03 (STF).

** Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté (15ª Região). Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docente em Direito do Trabalho e Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor-Assistente Doutor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté (licenciado). Autor de diversos artigos e monografias jurídicas (*Das cooperativas na perspectiva luso-brasileira*, LTr, 2009; *Direito à prova e dignidade humana*, LTr, 2008; *Tópicos avançados de direito material do trabalho*, v. I e II, EDJ, 2006; *Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro*, LTr, 2005; *Informática e criminalidade*, Nacional de Direito, 2001; *Execução das contribuições sociais na Justiça do Trabalho*, LTr, 2001; *Tratado de alienação fiduciária em garantia*, LTr, 2000).

I. INTRODUÇÃO - EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO E DEVIDO PROCESSO LEGAL

Nos Estados Democráticos de Direito, o conceito de jurisdição já não se limita ao velho conceito chiovendiano de atuação da vontade concreta da lei; nem tampouco se atém à ideia carneluttiana de composição de conflitos de interesses qualificados por pretensões resistidas. A jurisdição, em acepção moderna - seguida, entre outros, por A. PROTO PISANI (na Itália) e por OVÍDIO BAPTISTA e GUILHERME MARINONI (no Brasil) -, vincula-se mais diretamente ao rol constitucional de direitos fundamentais e à própria noção de justiça concreta.

Assim é que, ao dissecar o conteúdo semântico da cláusula constitucional do devido processo legal procedimental (*procedural due process*), o intérprete deve necessariamente reconhecer, ao lado de ideias-força como as de ampla defesa, de contraditório ou de publicidade dos atos, a de tutela jurisdicional efetiva (que se liga diretamente à fase executiva do processo). Na dicção do próprio MARINONI,

[...] a norma constitucional que afirma a ação [artigo 5º, XXXV] institui o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, e, dessa forma, confere a devida oportunidade da prática de atos capazes de influir sobre o convencimento judicial, assim como a possibilidade do uso das técnicas processuais adequadas à situação conflitiva concreta. [...] O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva obriga o juiz a garantir todos os seus corolários, como o direito ao meio executivo capaz de permitir a tutela do direito, além de obrigar o legislador a desenhar os procedimentos e as técnicas processuais adequadas às diferentes situações de direito substancial. [...] As novas técnicas processuais, partindo do pressuposto de que o direito de ação não pode ficar na dependência de técnicas processuais ditadas de maneira uniforme para todos os casos ou para alguns casos específicos, incorporam normas abertas, isto é, normas voltadas para a realidade, deixando claro que a ação pode ser construída conforme as necessidades do caso conflitivo.

(*Teoria geral do processo*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, v. I, p.285-291 - g.n.)

Nesse enalço, é certo que (1) o binômio processo/procedimento deve se adequar às necessidades de satisfação do direito material *in concreto* (em especial quando dotado de jusfundamentalidade), não o contrário; e (2) o conceito de jurisdição passa a se erguer sobre três pilares:

(a) revalorização do sentido de função de tutela da atividade jurisdicional (especialmente em relação aos direitos fundamentais do cidadão e à respectiva dimensão da eficácia, em sentido vertical e horizontal);

(b) reconhecimento do princípio da efetividade da jurisdição como corolário do devido processo legal (artigo 5º, LIV, *in fine*, CRFB);

(c) reconhecimento da jurisdição como espaço público legítimo para o diálogo social legitimador do fenômeno jurídico (transigindo - como já é inevitável na pós-modernidade - com a ideia habermasiana de Direito como agir comunicativo¹).

Sendo assim, põe-se a questão: como compreender, nesse novo contexto, a questão da prisão civil do depositário infiel (inciso LXVII do artigo 5º da CRFB)? Atende-se, e em que medida, à função de tutela material do fenômeno jurisdicional?

II. A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL

II.a. A Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica

A questão não é nova, em absoluto. Reza o inciso LXVII do artigo 5º da CRFB, no rol dos direitos individuais da pessoa humana, o seguinte:

[...]

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (g.n.).

No entanto, no ano de 1992, por intermédio do Decreto n. 678/92, entrou em vigor no Brasil a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. A Convenção, aprovada em 22.11.1969 no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), colhe dos Estados signatários o compromisso de “respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e [...] garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que está sujeita à sua jurisdição, sem qualquer discriminação”. E, no que toca aos direitos de liberdade, assim dispõe o seu artigo 7º, n. 7:

[...]

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar (g.n.).

Após o ingresso das normas do Pacto de San José na ordem jurídica interna brasileira, e à vista do que dispõe o § 2º do artigo 5º da CRFB, passou-se a discutir quais os efeitos da garantia do artigo 7º, n. 7, nas disposições constitucionais e legais em vigor, notadamente naquelas que equiparavam à condição de depositário infiel devedores dos mais diversos matizes (alienação fiduciária em garantia, cédulas

¹ Cfr., por todos, HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, *passim* (em especial na contraposição entre as concepções “procedimentalista” e “substancialista” do Direito); HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.53 (quanto às “práticas intersubjetivas de entendimento” legitimadoras do processo de criação normativa).

hipotecárias rurais e industriais, etc.). Seguiu-se a isso um período de amadurecimento intelectual, que culminou com as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria. E, na sua esteira, o Enunciado n. 17 da PSV n. 03, assim redigido:

PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL. É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito (g.n.).

Vê-se que o texto proposto não estabelece distinção entre as variegadas hipóteses de ordens de prisão calcadas na hipótese de infidelidade depositária. No que, cremos, não andou bem. Mas, para tanto concluir, é importante, pois, examinar o teor dessas decisões. Vejamo-las.

II.b. Posições do Supremo Tribunal Federal

Em sucessivos julgamentos, inspirado pelos bons ventos do Pacto de San José, o Excelso Pretório tem se manifestado pela inconstitucionalidade de normas legais que dispõem sobre a prisão civil de devedores equiparados a depositários infieis. Nem todos, porém, seguem a mesma linha de raciocínio hermenêutico. Na verdade, divisam-se claras divergências de entendimento imanentes aos próprios arestos ou votos vencedores (conquanto encaminhem, em vários aspectos, resultados bem semelhantes).

Entre as tantas decisões, algumas merecem apontamento e transcrição, até porque estão na base de fundamentação do Enunciado n. 17 da PSV n. 03.

Em primeiro lugar, deve-se referenciar o recurso extraordinário n. 349.703/RS, relatado pelo Ministro AYRES BRITTO, em voto que talvez seja o mais paradigmático da linha jusfundamentalista de interpretação da norma do inciso LXVII do artigo 5º da CRFB. Lê-se no aresto:

1. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-lei n. 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002).

E, na sequência, lê-se:

2. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI N. 911/69. EQUIPARAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: (a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e (b) o Decreto-lei n. 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. Recurso extraordinário conhecido e não provido (STF, RE n. 349.703, Min. AYRES BRITTO, j. 03.12.2008 g.n.).

Não foi, porém, essa a decisão a inspirar a redação do Enunciado n. 17 da PSV n. 03. Ao contrário, aquela redação - que, vimos, generaliza a proibição de cerceamento à liberdade do depositário infiel - está umbilicalmente ligada ao julgamento do RE n. 466.343/SP, da relatoria do Min. CEZAR PELUSO. Neste último, pode-se ler a seguinte ementa:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE n. 349.703 e dos HCs n. 87.585 e n. 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito (STF, RE n. 466.343/SP, Min. CEZAR PELUSO, j. 03.12.2008 - g.n.).

Mais eloquente ainda, nessa mesma direção, é a ementa do HC n. 91.361-SP, da relatoria do Min. CELSO DE MELLO, que reconhece explicitamente a possibilidade de “mutação informal da Constituição”, com espeque na jurisprudência dos tribunais. Grafou-a nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO LEGAL (LEILOEIRO OFICIAL) - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL.

- Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário. Precedentes.

TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA.

- A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana.

- Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes.

- Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de suprallegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos.

A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO.

- A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

- Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

- O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

- Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano. (STF, HC n. 91.361-SP, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 23.09.2008 - g.n.).

Cotejando-se esses julgados - que ocupam o papel mais proeminente na base de sustentação da proposta de enunciado (em especial, os dois primeiros) -,

pode-se facilmente observar um choque de concepções. Neste último aresto, resta clarificante o entendimento perfilhado pelo Min. CEZAR PELUSO, no sentido de que a norma do inciso LXVII do artigo 5º da CRFB é insubsistente (essa é a expressão da ementa), assim como - e com maior razão - as normas infraconstitucionais que regulavam a hipótese. Propõe, portanto, uma tese de “esvaziamento” da parte final do inciso LXVII do artigo 5º, provavelmente dentro da ideia de “Constituição viva” e de historicidade da *Lex legum* (a que corresponde, segundo J. J. GOMES CANOTILHO, o princípio da força normativa da Constituição²); isso porque, afinal, o Supremo Tribunal Federal não poderia sem mais julgar inconstitucional um preceito - ou parte dele - ditado pelo próprio Poder Constituinte originário. Já naquele primeiro julgado, contrariamente a esse derradeiro, convém atentar para dois aspectos fundamentais.

A uma, e por um lado, o aresto da lavra do Min. AYRES BRITTO faz expressa referência ao artigo 652 do nCC, pelo qual, “seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos”. E, com efeito, entre as hipóteses de depósito necessário, está a do “que se faz em desempenho de obrigação legal” (inciso I do artigo 647 do nCC), como é o caso do depositário judicial. Realmente, consta do inciso IV do artigo 665 do CPC a previsão legal de nomeação de depositário para os bens penhorados; logo, quem voluntariamente assume esse compromisso, na forma do respectivo termo de depósito ou da própria certidão do oficial de justiça, passa a estar no desempenho de obrigação legal, ordinariamente dimanada do próprio artigo 655 do CPC, sujeitando-se, por essa via, ao regime jurídico dos artigos que regem a matéria no campo civil (627 a 652, no que couber). Noutras hipóteses, mais específicas, a “obrigação legal” estará calcada em outras normas do Código de Processo Civil, como a do seu artigo 188, a do seu artigo 824 (cautelar de sequestro), etc. Mas, em todo caso, “obrigação” (dir-se-ia melhor dever) de natureza legal, a perfazer hipótese de depósito necessário, desde que, na origem, haja interesse do cidadão em assumir as responsabilidades de depositário e, com isso, preservar ou obter a posse dos bens constrictos. A partir de então, só por expressa decisão judicial poderá ser liberado de seus deveres para com o juízo; e, para esse fim, o magistrado oficiante deverá considerar, sempre, quais as razões alegadas para o requerimento de destituição.

A duas, e por outro lado, o aresto da lavra do Min. AYRES BRITTO faz concomitante referência ao inciso LXVII do art. 5º da Constituição (= prisão do depositário infiel), o que significa que, naquele voto (aprovado por unanimidade), está subentendida, para algum efeito, a subsistência do permissivo constitucional do artigo 5º, LXVIII, *in fine*, da CRFB. Cai por terra, portanto, a tese do “esvaziamento” desse preceito normativo.

Constata-se, pois, que as teses vazadas num e noutro aresto não são coincidentes. O primeiro considera apenas a legislação infraconstitucional, que teria sido superada, nessa parte, pelo Pacto de San José da Costa Rica (inclusive no Código Civil de 2002, apesar da sua posteridade cronológica); não entrevê,

² Cfr., por todos, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, p. 1223-1228; MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 39-43.

porém, qualquer esvaziamento na norma constitucional (ao menos explicitamente). O segundo, por sua vez, considera ter havido uma derrogação de conteúdo na norma do inciso LXVII do artigo 5º da CRFB. Outrossim, o primeiro cinge-se à hipótese do Decreto-lei n. 911/69 (= alienação fiduciária em garantia), esgrimindo com o princípio da proporcionalidade (i.e., considerando haver, em juízo concreto, um descompasso entre a legislação ordinária e os princípios de liberdade que informam a Constituição, o que corresponde a declarar a desconformidade daquela específica hipótese de prisão civil - a do devedor-fiduciante - com a *law of the land*, i.e., com o devido processo legal substantivo). Com isso - diga-se -, não discordamos, em absoluto.³ A questão é que o segundo julgado, por seu turno, versa tese completamente diversa: na sua perspectiva, qualquer hipótese de prisão civil por infidelidade depositária seria inconstitucional, *in abstracto* e *ab ovo*, independentemente de qualquer juízo concreto de proporcionalidade. Como se nota, os dois arestos encaminham teses bem diferentes (conquanto, na prática, ambos terminem invalidando a restrição à liberdade da pessoa).

Quando, porém, examina-se o teor do 17º Enunciado da PSV n. 03, não se encontram fiapos quaisquer daquela primeira visão de mundo. O enunciado é simplesmente a reprodução da parte final da ementa exarada no RE n. 466.343, que guarda boa distância do pensamento veiculado no RE n. 349.703. E, como sabemos, um dos pressupostos legais para que se edite uma súmula vinculante é, nos termos do artigo 103-A, *caput*, da CRFB (na redação da EC n. 45/2004), que

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (g.n.).

No mesmo sentido, quase dois anos depois, promulgou-se a Lei n. 11.417/2006 - que "regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal" -, cujo artigo 2º, *caput*, praticamente reproduz o texto anterior.

Sendo assim, no âmbito do STF, a existência de reiteradas decisões sobre determinada matéria constitucional (i.e., a existência de iterativa jurisprudência - com mesmo teor semântico - acerca de certo tema constitucional) é condição *sine qua non* para a edição de uma súmula vinculante. *A contrario sensu*, se é notória a divergência de teses (apesar da uniformidade de resultados), o texto de uma das ementas - que abraça uma das teses, em prejuízo parcial daquela outra - jamais poderia dar forma a uma súmula vinculante. Afinal, o que está em jogo é sobretudo a *ratio decidendi* dos julgados, não o seu resultado prático-formal (ou não se trataria de função judiciária, mas de função legislativa discricionária⁴).

³ E, para tanto constatar, veja-se, de nossa lavra, *Tratado de alienação fiduciária em garantia: das bases romanas à Lei n. 9.514/97*, São Paulo: LTr, 1999, p. 387-411.

⁴ E, nesse sentido, sobre as diferenças ontológicas entre as funções judiciária (= jurisdicional) e legislativa, v., por todos, CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 81-82.

Bem a propósito, identificando o eixo evolutivo dessas mesmas teses - e, por conta disso, a principal fonte das divergências entre aqueles julgados -, vem à baila o quanto dito pelo Min. GILMAR MENDES, da mesma Corte Suprema, tanto em seu voto no HC n. 87.585-8/TO quanto em recente texto doutrinário.⁵ Para MENDES,

[...] as consequências práticas da equiparação [dos tratados de direitos humanos à Constituição] vão nos levar a uma situação de revogação de normas constitucionais pela assinatura de tratados. [...] O Estado Constitucional não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais (g.n.).

Noutras palavras, fiando-se no paradigma pós-moderno do chamado “Estado Constitucional Cooperativo”, GILMAR MENDES parece caminhar, com certa doutrina, para o reconhecimento de uma condição de supraconstitucionalidade em favor dos tratados de direitos humanos (endossando - ou superando -, nesse aspecto, a tese de CEZAR PELUSO, de CELSO DE MELLO e, outrora, do ímpar VICENTE MAROTTA RANGEL). Isso conduziria, no futuro, a um desdobramento dos estratos de legitimidade de leis sindicáveis junto ao Excelso Pretório (aproximando-nos, aqui, do modelo europeu continental): de um lado, a constitucionalidade de leis; de outro, a convencionalidade de leis. E, nesse encaixe, a aprovação do Pacto de San José da Costa Rica poderia realmente “esvaziar” a parte final da norma do inciso LXVII do artigo 5º da CRFB. Observe-se, porém, que essa tese está em franca colidência com aquela perfilhada pelo Min. AYRES BRITTO no RE n. 349.703, em cuja ementa se lê, textualmente, que “o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos [na espécie, o Pacto de San José] lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna”; o que equivale a ressaltar, adiante, “o *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil”. Ou seja: supralegalidade, mas não constitucionalidade ou supraconstitucionalidade do texto convencional (contrapondo-se, pois, à tese de PELUSO). Curiosamente, aliás, é o que também afirmou o próprio Min. GILMAR MENDES, mas agora no RE n. 466.343, assegurando que os tratados sobre direitos humanos aprovados sem o rito do artigo 5º, § 3º “seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade” (g.n.).

⁵ Cfr. MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF, in *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, Conjur, 10.04.2009, p. 01-19 (<http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal> - acesso em 22.07.2009).

Cite-se, enfim, o quanto ementado no próprio HC n. 87.585, da relatoria do Min. MARCO AURÉLIO, que praticamente prenunciou essa mudança de rumos⁶, logo após a edição da EC n. 45/2004. Nesse *habeas*, decidiu-se, na linha do quanto decidido pelo Min. AYRES BRITTO (mas alguns anos antes), o seguinte:

DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel (ementa oficial - g.n.).

Noutro trecho:

[...] 2. Surge a relevância do que articulado. Se, de um lado, é certo que a Carta da República dispõe sobre a prisão do depositário infiel - artigo 5º, inciso LXVII -, de outro, afigura-se inaplicável o preceito. As balizas da referida prisão estão na legislação comum e, então, embora a norma insira no artigo 652 do Código Civil seja posterior aos fatos mencionados, o mesmo não ocorre com a disciplina instrumental prevista no Código de Processo Civil (STF, HC n. 87.585, Min. MARCO AURÉLIO, j. 20.12.2005 [liminar] - g.n.).

Neste último excerto, sustenta-se claramente - quiçá numa terceira perspectiva - que, a uma, não houve revogação ou “esvaziamento” da parte final do inciso LXVII do artigo 5º da CRFB, mas apenas uma condição *sui generis* de ineficácia pela revogação da legislação infraconstitucional (e, muito particularmente, das normas do Código de Processo Civil que se aplicariam à matéria), em face do advento do Pacto de San José⁷; logo, o julgado não compartilha, em absoluto, da ideia de constitucionalidade ou supraconstitucionalidade da norma do artigo 7º, 7, do Pacto, a ponto de seguir citando o permissivo constitucional, para depois considerá-lo apenas “inaplicável” no atual contexto. A duas, a referência à

⁶ Isso porque, até o final da década de noventa, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça afirmavam a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel e a própria recepção constitucional do Decreto-lei n. 911/69 (= alienação fiduciária em garantia), reconhecendo a legitimidade das prisões declaradas mesmo em figuras contratuais equiparadas à do depósito contratual ou necessário (cfr., e.g., STF, HC n. 72.131, j. 23.11.1995; STF, HC n. 73.044-2, 20.09.1996; STJ, RMS 3.623/SP, 29.10.1996). Pontuávamos então a nossa divergência, na obra citada, quanto à condição específica do devedor fiduciante e à ilegitimidade de sua prisão, mercê do Pacto de San José e de outros argumentos (cfr. *Tratado...*, p. 392-398).

⁷ Ou, como bem resumiu o Min. AYRES BRITTO nos debates orais (dirigindo-se ao Min. CELSO DE MELLO):

Gostaria muito de saber a opinião de Vossa Excelência, porque o Ministro Marco Aurélio emite um voto conceitual, defende a tese jurídica de que a Constituição, no particular, não é autoaplicável, não consubstancia uma norma de eficácia plena quando excepciona a prisão civil. A proibição é a regra, mas há duas exceções que, segundo o Ministro Marco Aurélio, não são operantes, dependem de lei (g.n.).

posteridade da norma do artigo 652 do nCC - que AYRES BRITTO reputaria inaplicável no RE n. 349.703 -, em contraponto com a superação das normas processuais civis pertinentes (artigos 902, 904 e 905 do CPC), sugerem, *a contrario sensu*, que o Min. MARCO AURÉLIO sequer supôs a suprallegalidade do tratado, mas tão-só a sua legalidade (em grau ordinário), a ponto de se submeter à regra geral de sucessão de leis no tempo, *ut* artigo 2º, § 1º, da LICC (*lex posterior derogat priori*). É, ademais, como pensava a doutrina majoritária ao tempo da ratificação executiva do Pacto de San José da Costa Rica.⁸ A ser assim, nessa terceira perspectiva (mera legalidade), bastaria apenas editar uma nova disciplina legal-processual, para que a norma do inciso LXVII do artigo 5º da CRFB recobrasse os seus efeitos no plano da eficácia. E, de certo modo, essa nova disciplina processual foi provida com a edição da Lei n. 11.382/2006 - posterior à aprovação interna do Pacto de San José e ao próprio aresto supra -, que incluiu, no artigo 666 do CPC, o seu § 3º, assim ditado:

A prisão de depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito (g.n.).

Assim, o legislador autonomizou a ordem de prisão civil por infidelidade depositária judicial, desvinculando-a do procedimento especial regulado entre os artigos 901 a 906 do CPC (resolvendo, dessarte, longa celeuma doutrinária). Isso significa que, a seguir o raciocínio do Min. MARCO AURÉLIO, e mesmo se derogadas/ab-rogadas algumas daquelas normas de rito da ação de depósito (porque anteriores ao Pacto de San José), a prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz segue possível, independentemente do que se passe hoje com o depositário contratual ou necessário (não-judicial); e segue possível pela expressa vontade do legislador ordinário, declarada ulteriormente ao Decreto n. 678/92.

Por tudo isso, é certo haver, ao menos, duas teses distintas reunidas, de modo indiferenciado, como *ratio decidendi* do Enunciado n. 17 da PSV n. 03 (se não mais). A divergência interna, a sugerir ainda a necessidade de amadurecimento das teses, foi inclusive explicitada pelo Min. RICARDO LEWANDOSKY no mesmo HC n. 87.585.⁹ Apenas essa circunstância, a nosso ver, já desautoriza formalmente a aprovação de súmula vinculante, em qualquer sentido, mercê da hipótese de admissibilidade do *caput* do artigo 103-A da CRFB e do *caput* do artigo 2º da Lei n. 11.417/2006.

Mas não é só. A questão da suprallegalidade remete-nos a outro nível de discussão, que passo a explorar nos dois próximos itens.

⁸ Nesse sentido, veja-se, por todos, REZEK, Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 104-105. *In verbis*: "A prevalência de que fala essa tópica é a que tem indisfarçado valor hierárquico, garantindo ao compromisso internacional plena vigência, sem embargo de leis posteriores que o contradigam" (g.n.).

⁹ *In verbis*: "Recentemente, eu trouxe um *habeas corpus* entendendo constitucional e legal a prisão decretada contra o depositário infiel, na esteira da jurisprudência consolidada da Casa. Mas eu estaria aberto a eventual mudança" (p. 244, g.n.).

II.c. A questão da hierarquia das normas internacionais (I): interpretação autêntica do § 3º do artigo 5º da CRFB

Pode-se - e deve-se - reconhecer a constitucionalidade e a legalidade da prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz (sem prejuízo das teses de ilegitimidade da prisão civil nos casos de equiparação legal, como na alienação fiduciária em garantia e nas cédulas hipotecárias, às quais acedemos). E há de ser assim por ao menos duas vias distintas de argumentação (= abordagem): a abordagem jurídico-formal e a abordagem jurídico-semântica. Trataremos da primeira neste tópico e no seguinte; e da segunda, no tópico "II.e".

No plano jurídico-formal, vem à baila a questão da hierarquia dos tratados após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45/2004. Como se sabe, após a Emenda, o artigo 5º da *Lex legum* passou a contar com dois parágrafos relativos ao regime jurídico dos direitos humanos fundamentais, a saber:

[...]

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (parágrafo acrescido pela EC n. 45/2004).

E, a respeito de tais preceitos, assim se pronunciou, entre tantos, o eminente JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁰:

Esse § 3º inserido pela Emenda Constitucional 45/2004 regula ou interpreta a segunda parte do § 2º quando admite a incorporação dos tratados e convenções sobre direitos humanos ao direito constitucional pátrio - recepção, essa, que gerou controvérsia quanto a saber em que termos se dava essa incorporação. Parte da doutrina - que tinha meu apoio - sustentava que essa incorporação se dava já com a qualidade de norma constitucional; outra entendia que assim não era, porque esses acordos internacionais não eram aprovados com o mesmo *quorum* exigido para a formação de normas constitucionais. Não é o caso de discutir, agora, o acerto ou o desacerto dessas posições, uma vez que a Emenda Constitucional 45/2004, acrescentando esse § 3º ao art. 5º, deu solução expressa à questão no sentido pleiteado por essa última corrente doutrinária. Temos aí um § 3º regulando interpretativamente cláusula do § 2º, a dizer que os tratados e convenções sobre direitos humanos só se incorporarão ao Direito interno com o *status* de norma constitucional formal se os decretos legislativos por meio dos quais o Congresso Nacional os referenda (art. 49, I) forem aprovados com as mesmas exigências estabelecidas no art. 60 para a aprovação das emendas constitucionais [...]. A diferença importante está aí: as normas

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 179.

infraconstitucionais que violem as normas internacionais acolhidas na forma daquele § 3º são inconstitucionais e ficam sujeitas ao sistema de controle de constitucionalidade na via incidente como na via direta; as que não forem acolhidas desse modo ingressam no ordenamento interno no nível de lei ordinária, e eventual conflito com as demais normas infraconstitucionais se resolverá pelo modo de apreciação da colidência entre lei especial e lei geral (g.n.).

O lente do Largo São Francisco supõe, portanto, que a função constitucional do § 3º é a de interpretar o § 2º, de modo que, em relação aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, a incorporação do direito internacional com *status* constitucional (§ 2º) dependeria, necessariamente, da aprovação pela devida forma do § 3º. Sendo assim, duas seriam, para o nosso caso, as necessárias conclusões: (a) a parte final do § 2º seria dispensável - ou, mais, não teria razão de ser -, pois a incorporação de direitos e garantias previstos em tratados internacionais de que o Brasil fosse parte far-se-ia mesmo nos termos do § 3º; (b) o Pacto de San José da Costa Rica jamais poderia gozar de constitucionalidade (ou, com maior razão, de supraconstitucionalidade), já que foi referendado pelo Congresso Nacional mediante decreto legislativo aprovado por *quorum* simples, sendo a seguir ratificado por decreto do Poder Executivo.¹¹ Assim, a interpretação vazada nos arestos cujas ementas foram transcritas acima (Ministros CEZAR PELUSO, AYRES BRITTO, GILMAR MENDES, MARCO AURÉLIO) não seria possível, em absoluto: mercê do nível constitucional da norma do artigo 5º, LXVII, *in fine*, da CRFB - e, bem assim, da posteridade das normas do artigo 652 do nCC e do § 3º do artigo 666 do CPC (ambas constantes de textos promulgados após a ratificação executiva do Pacto de San José) -, a prisão civil do depositário infiel seguiria legítima e factível, ao menos nas hipóteses de infidelidade depositária judicial.

E nem se diga, a propósito, que a prisão civil do depositário judicial infiel não seria possível - apesar da posteridade do artigo 652 do nCC e do § 3º do artigo 666 do CPC -, dada a supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos (fiando-se na leitura do Min. AYRES BRITTO, *supra*). A bem se ver, esse pensamento termina conferindo aos tratados de direitos humanos, na prática, o poder de sustar indefinidamente a eficácia da norma constitucional, porque não há, no ordenamento interno brasileiro (artigo 59 da CRFB), qualquer espécie

¹¹ Na verdade, até hoje - passados cinco anos da chamada "Reforma do Poder Judiciário" (= EC n. 45/2004), ou de sua primeira fase -, editou-se um único decreto legislativo com força de emenda constitucional (hipótese do § 3º do artigo 5º da CRFB). Trata-se do Decreto Legislativo n. 186, de 09.07.2008, que "aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007". Mesmo aí, aliás, já há diversos aspectos polêmicos para os quais a doutrina não atinou, como, p. ex., a constitucionalização de princípios gerais de interpretação e aplicação dos direitos humanos - universalidade, indivisibilidade, interdependência e interrelação (item "c" do Preâmbulo) - que, antes do Decreto-lei n. 186/2008, eram princípios meramente doutrinários; agora, integram nominalmente a ordem constitucional, por constarem expressamente do item "c" do Preâmbulo da Convenção de Nova Iorque (e, sobre a eficácia normativa dos preâmbulos constitucionais, muito tem a nos dizer o constitucionalismo francês).

legislativa que esteja “entre” a Constituição e as leis (inclusa a lei complementar, que também é lei). Logo, a norma do artigo 5º, LXVII, *in fine*, da CRFB só poderia ser “revivida”, no plano da eficácia, por algum outro tratado internacional, que a seu modo dispusesse sobre ritos para a prisão civil de depositários infieis nos países signatários.

Mas isso configuraria, na prática, a ab-rogação da norma do artigo 7º, 7, do Pacto de San José, o que nos levaria a concluir que, de todo modo, a possibilidade jurídica de prisão civil do depositário infiel (inclusive o judicial), no plano interno, dependeria necessariamente da revisão da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, apesar da subsistência de norma constitucional válida. Ou seja: “supralegalidade” com efeitos cabais de constitucionalidade (ou mesmo de supraconstitucionalidade, a se supor que a norma do artigo 7º, 7, do Pacto esteja albergada pela cláusula de indenidade do artigo 60, § 4º, IV, da CRFB) - o que significaria, para todos os fins, ofensa oblíqua à norma do § 3º do artigo 5º da CRFB, por inobservância da devida forma ali estatuída.

Tampouco se diga, outrossim, que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos ter-se-ia incorporado imediatamente à Constituição da República, simplesmente porque aprovada e ratificada antes do advento da EC n. 45/2004. A valer o magistério de AFONSO DA SILVA, o novel § 3º do artigo 5º não fez mais que interpretar a norma do § 2º, perfilhando uma das teses que até então se digladiavam. Se houve, pois, mera interpretação autêntica (ou semi-autêntica, considerando-se que a composição do Parlamento em 2004 já não correspondia à da Assembleia Nacional Constituinte de 1987), e não inovação de regime constitucional, a norma do artigo 5º, § 2º, não pode ser interpretada em desconformidade com o seu atual § 3º, antes ou depois de dezembro de 2004. No mínimo, a nova regra teria restringido efeitos de textos normativos internacionais que, antes de 2004, tenham sido diretamente recepcionados com *status* constitucional, sem *quorum* qualificado. E, a rigor, desautoriza a vontade do legislador qualquer exegese que - a pretexto de reger o direito intertemporal - estabeleça no tempo, sob a égide da mesma Constituição, dois regimes diversos e sucessivos de incorporação de direitos humanos fundamentais constantes de convenções ou tratados internacionais (mesmo porque, nessa matéria, o regime de garantias é imutável, *ut* artigo 60, § 4º, IV). Haveria que se reconhecer, no limite, a inconstitucionalidade do próprio artigo 5º, § 3º, de que não se cogita e nem se cogitará.

II.d. A questão da hierarquia das normas internacionais (II): regime de recepção por derivação vinculada a ato de legitimação política

Há, porém, um segundo modo de pensar a questão, reconhecendo relativa autonomia às normas dos §§ 2º e 3º da CRFB e permitindo, em tese, importações normativas diretas, sem o especial processo legislativo do § 3º. É o modo que perfilhamos, já que a boa regra de Hermenêutica sugere, desde os tempos da CARLOS MAXIMILIANO (e antes dele), que a lei - e tanto menos a Constituição - não tem palavras inúteis. Entretanto, nem mesmo por esse modo chega-se àquele resultado que o Enunciado n. 17 da PSV n. 03 pretende condensar. Vejamos.

Por essa segunda visão, deve-se entender que existem hoje dois regimes possíveis de recepção das normas internacionais de direitos humanos (que,

diga-se, não são sucessivos, mas concomitantes, antes ou depois do advento da EC n. 45/2004 e do novel § 3º, considerando-se a sua função meramente explicativa). Ambos têm expressa ancoragem constitucional.

O primeiro regime dá-se por derivação principiológica imediata, lastreado na norma do artigo 5º, § 2º. Por ele, princípios imanentes a tratados ou convenções internacionais são imediatamente incorporados ao rol de direitos e garantias individuais, tornando-se desde logo cognoscíveis e sindicáveis judicialmente. Insista-se, porém, que - pela própria letra constitucional (“[...] 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”) - tal regime de recepção só serve aos princípios (i.e., às normas dotadas de conteúdo imediatamente axiológico, máxima abstração e caráter normogénico); não serve às regras que, mediante comandos mais concretos, densificam aqueles princípios.

O segundo regime dá-se por derivação vinculada a ato de legitimação congressual (com *quorum* de emenda constitucional), lastreado, hoje, na norma do artigo 5º, § 3º. Nesse caso, o texto normativo internacional incorpora-se por inteiro, em nível constitucional, mas não antes do devido processo legislativo, que equivale aos das emendas (aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros).

Assim admitido (como admitimos), a pergunta subsequente é por si evidente. No caso do Pacto de San José da Costa Rica (OEA, 22.11.1969; Decreto n. 678/92), qual é - ou foi - o regime de recepção? O seu texto - e muito particularmente a norma do seu artigo 7º, n. 7 - ingressa ou pode ingressar à ordem jurídica constitucional por derivação principiológica ou vinculada? E a resposta, em nossa opinião, não pode ser outra: por derivação vinculada. Duas razões essenciais nos justificam.

1. A garantia subjacente ao debate é a própria liberdade de ir e vir (cujo preceito encerra, ao mesmo tempo, norma-princípio e norma-regra, ante o *Doppelcharakter* de R. ALEXY¹²), que, mercê da sua própria natureza, admite limitações e concreções por obra do legislador ordinário (que, diga-se, não estão circunscritas à hipótese de sentenças penais condenatórias transitadas em julgado; vejam-se, p. ex., as hipóteses de prisões cautelares processuais penais¹³ e de prisões administrativas¹⁴). O mesmo há de valer, por lógica e imitação, para o anunciado princípio da “não-detenção por dívidas”, vazado no artigo 7º, 7, do Pacto

¹² ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996, p. 122-125.

¹³ Que, na legislação em vigor, admitem nada menos que cinco espécies: a prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão em flagrante delito, a prisão decorrente de pronúncia e a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível (esta última abalada, recentemente, pelo quanto decidido no HC n. 84.078/MG, j. 05.02.2009, em voto da relatoria do Min. EROS GRAU, que legitimou tal restrição apenas se presentes os pressupostos do artigo 312 do CPP - o que significa, na prática, reduzir a última hipótese à primeira).

¹⁴ No Brasil, ainda hoje, vejam-se as hipóteses das prisões cautelares administrativas do extraditando, do expulsando ou do deportando, para fins de extradição, expulsão ou deportação, vazadas respectivamente nos artigos 81, 69 e 61 da Lei n. 6.815/80.

de San José. E as exceções a ambos os princípios - sendo este último uma especialização daquele primeiro - são inscritas no sistema por normas-regra, já não por (contra-) princípios. Logo, as hipóteses de admissibilidade de prisão civil *lato sensu* - que são as exceções ao princípio da não-detenção por dívidas - perfazem normas-regra (com menor grau de abstração e sem potencial normogenético), não normas-princípio. Ora, somente estas - as normas-princípio - admitem recepção constitucional direta, independentemente de ato de legitimação política no plano interno, nos termos do § 2º do artigo 5º da CRFB (supra); conseqüentemente, aquelas - as normas-regra (como são as que excetam o princípio da não-detenção por dívidas na ordem constitucional, concretizando as hipóteses excepcionais de admissibilidade de prisão civil) somente podem ser introduzidas no estamento constitucional pela via legislativa estrita, i.e., pelo procedimento do § 3º do artigo 5º da CRFB.

2. O próprio Poder Constituinte originário ressalvou a possibilidade de prisão do depositário infiel, juntamente à do alimentante inadimplente, com a promulgação da Carta em 05.10.1988. Logo, há manifesta incompatibilidade entre normas internacionais que a proibam e o regime constitucional democraticamente instituído, de modo que, no plano político, somente um ato congressual re-legitimador teria idoneidade bastante para subverter a vontade constituinte originária. Para tais casos, o regime de recepção há de ser necessariamente o do § 3º do artigo 5º da CF (= votação qualificada).

Por conseguinte, somente com a aprovação do Pacto de San José por cada uma das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, poder-se-ia obter o alardeado "esvaziamento" da norma do artigo 5º, LXVII, *in fine*, da CF. Caberia, assim, ao próprio Poder Legislativo - e não ao Poder Judiciário (*venia concessa* da tese de "mutação informal da Constituição"¹⁵) - reescrutinar a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, para então (re)aprová-la mediante decreto legislativo com força de emenda constitucional (artigo 5º, § 3º). Até lá, o único controle constitucional possível das prisões civis legalmente postas com fundamento no permissivo do artigo 5º, LXVII (*in fine*) dar-se-á, necessariamente, pela via da proporcionalidade (i.e., por juízos concretos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁶, que não se emitem *in abstracto* - como encaminha o Enunciado n. 17 da PSV n. 03 -, mas sempre para cada caso concreto). É, aliás, o que sinaliza o voto do Min. AYRES BRITTO (supra), que esgrime diretamente com o princípio da proporcionalidade para assim afastar - com toda razão - a possibilidade de prisão civil de devedor-fiduciante.

Nessa ordem de ideias, não tendo sido incorporado ao sistema constitucional pela via do § 3º do artigo 5º da CRFB, o Pacto de San José - ou, ao menos, a norma de seu artigo 7º, 7 (que potencialmente revogaria parte do texto do inciso LXVII do artigo 5º da CRFB) - resta reconhecer, quando muito, a sua suprallegalidade,

¹⁵ HC n. 91.361, rel. Min. CELSO DE MELLO (supra).

¹⁶ Cfr., por todos, HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 4. Aufl., Heidelberg, C. F. Müller, 1970, p. 28-29 e 132 e ss.

mas sempre “abaixo da Constituição”, como encareceu o mesmo AYRES BRITTO (RE n. 349.703). E, nesse caso, a regra do artigo 5º, LXVII, *in fine*, da CRFB jamais poderia ser tsnada, em abstrato, por aquela convenção.

É, a propósito, o que recentemente declarou, com todas as letras, o renomado constitucionalista INGO WOLFGANG SARLET¹⁷, ao sustentar que, nesse particular, as decisões do STF são contraditórias. Como visto, a própria ementa do RE n. 349.703 (Min. AYRES BRITTO), como também a ementa do HC n. 87.585 (Min. MARCO AURÉLIO), ou o voto do Min. GILMAR MENDES no RE n. 466.343 esclarecem que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos - considerando-se, aqui, os que não estão aprovados nos termos do § 3º do artigo 5º da CF - situam-se abaixo da Constituição, embora acima da legislação interna. E, sabe-se bem, é a própria Constituição que ressalva a prisão civil do depositário infiel. Se a sua hierarquia é supralegal, mas infraconstitucional, então não poderia haver qualquer “esvaziamento” da norma constitucional; e tanto menos uma condição de ineficácia pela derrogação das normas infraconstitucionais anteriores (HC n. 87.585), considerando-se a autonomia de ritos decretada pela Lei n. 11.382/2006 (§ 3º do artigo 666 do CPC) e a posteridade do novo Código Civil (artigo 652).

Já no campo jurisprudencial, em sentido muito similar, importa referir, entre tantas, a paradigmática ementa do Des. FREIRE PIMENTA, do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, lavrada nos seguintes termos:

Não se afigura ilegal ou abusiva a ordem judicial restritiva da liberdade, fundada na condição de depositário infiel dos bens penhorados, quando constatado que o paciente deixou de atender à determinação judicial de que fosse colocado à disposição do Juízo da execução o bem penhorado que estava sob sua guarda. Os tratados e convenções internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, [...], ainda que lhes seja atribuída a estatura de norma supralegal (ou seja, com *status* superior ao de toda a legislação infraconstitucional interna), não têm força suficiente para revogar as normas expressas da própria Constituição de 1988, instituídas por uma Assembleia Nacional Constituinte. Sendo certo, por outro lado, que aquele Pacto não foi aprovado, em 1992, com o procedimento legislativo e o *quorum* qualificado previsto para a aprovação das emendas constitucionais no § 3º do mesmo preceito constitucional, introduzido pela EC n. 45/2004, não tendo, pois, estatura a estas equivalente, [...]. Tal conclusão se torna ainda mais necessária nos casos em que o débito injustificadamente inadimplido, embora de origem trabalhista, constitui obrigação de natureza alimentícia (enquadrando-se, assim, na primeira exceção do preceito constitucional em discussão e na única exceção admitida pelo próprio Pacto de San José da Costa Rica) e teve a garantia de sua satisfação em Juízo destruída pela conduta ilícita do depositário infiel de bem regularmente penhorado em processo trabalhista. Tratando-se de confronto entre princípios e garantias constitucionais, é necessário encontrar um resultado interpretativo que, na prática e em cada caso, não esvazie por completo o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, de estatura igualmente constitucional.

(TRT-3ª R., 00480-2009-000-03-00-9-HC, rel. Des. JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA, j. 05.05.2009 - g.n.)

¹⁷ Cfr. *Anais do XXIX Congresso Brasileiro de Direito Constitucional* (IBDC), 2009.

Como se vê, em precisa e oportuna reflexão, FREIRE PIMENTA traz à consideração todos os valores constitucionais imbricados com a questão - *ius libertatis* (*caput* do artigo 5º da CRFB), dignidade da pessoa humana (inciso III do artigo 1º da CRFB), soberania nacional (inciso I do artigo 1º da CRFB), efetividade da jurisdição (inciso LIV do artigo 5º da CRFB), caráter alimentar dos salários e afins (§1º-A do artigo 100 CRFB) - para, em juízo concreto de proporcionalidade (como deve ser, até que o Congresso Nacional reescrutine o Pacto de San José nos termos do § 3º do artigo 5º da CRFB), compreender que, na hipótese de depositários judiciais infieis que têm condições de apresentar o bem constrito ou de substituí-lo pelo importe equivalente, a natureza alimentar do crédito exequendo (como ocorre, de regra, na execução trabalhista - o que inclusive a aproxima, *per analogiam*, do próprio permissivo do artigo 7º, 7, do Pacto), associada à necessidade de se conferir efetividade à execução trabalhista (exatamente por aquele recorrente caráter alimentar), justificam a inflexão do princípio da não-detenção por dívidas, no marco do permissivo constitucional (artigo 5º, LXVII, *in fine*). O que permite afirmar que, no Processo do Trabalho, mercê do tipo de crédito a satisfazer (§ 1º-A do artigo 100 da CRFB) e da usual hipossuficiência econômica dos credores, a manutenção da possibilidade de prisão do depositário judicial infiel - quando possível a devolução da coisa ou a sua substituição pecuniária - é medida de inteiro rigor e justiça, em estrito juízo concreto de proporcionalidade (= *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*).

II.e. A questão da natureza jurídica da prisão do depositário judicial infiel economicamente capaz: *contempt of court*

Já no plano jurídico-semântico, deve-se ter em conta que, no caso do depositário judicial (i.e., daquele que consensualmente aceita a coisa em depósito, no curso de processo judicial e na forma do inciso IV do artigo 665 do CPC), a infidelidade não consubstancia apenas inadimplência creditícia. Consubstancia também - e sobretudo - ato atentatório à autoridade do juiz e à dignidade do Poder Judiciário (desafiando, a par da própria prisão, a sanção processual do artigo 601 do CPC - multa não superior a 20% do débito atualizado em execução -, estabelecida "sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material"). A isso corresponde, no direito anglo-saxônico, a figura do *contempt of court*.

Com efeito, a prisão do depositário infiel, tal como prevista no artigo 5º, LXVII, *in fine*, não é, no caso de depósitos judiciais assumidos consensualmente por sujeito economicamente capaz, uma mera prisão civil por dívidas. Tutela também a autoridade do magistrado e a dignidade do Poder Judiciário, que dizem com o próprio princípio da segurança jurídica (*caput* do artigo 5º da CRFB). Afinal, não é à toa que a autoridade dos julgados é um dos princípios sensíveis da Carta Constitucional de 1988 e de todo e qualquer Estado de Direito (a ponto de autorizar, entre nós, a intervenção federal e estadual, nos termos dos artigos 34, VI, e 35, IV, da CRFB).

Dá ser possível, razoável e necessário entrever, na prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz, hipótese assemelhada à prisão por *contempt of court* assim admitida, com grande liberalidade, na pátria-mãe das democracias republicanas (i.e., nos Estados Unidos da América) e em outros muitos Estados

Democráticos de Direito - que, sobre serem democráticos (e antes mesmo disso), são também de Direito.

O que nos obriga a um breve olhar sobre o instituto do *contempt*, para melhor entendimento.¹⁸

A sua origem histórica radica no Direito Romano (em especial durante a fase da *cognitio extraordinaria*); e, por meio dele, no direito inglês medieval. Na Inglaterra do século XIII, seguindo-se de perto o modelo romano das *legis actiones*, criava-se um *writ* para cada espécie de violação de direitos dos súditos (para se chegar, somente em 1679, ao *Habeas Corpus Amendment Act*). Entretanto, quando não havia um *writ* para determinado caso, não restava ao súdito senão reclamar a clemência do rei, fazendo-o perante a *Chancery* (que, segundo LIMA GUERRA, atuavam como “cortes de consciência”¹⁹). Provia-se ali a tutela específica das obrigações, a ponto de se conduzir o réu à prisão, caso se recusasse a cumprir o que lhe determinava a decisão do *chancellor* (estando, nesse caso, *in contempt of court*, dizendo-se dele a *contemnor*²⁰); e ali permaneceria, sob a autoridade do rei, até que resolvesse obedecer ao quanto determinado. Pode-se bem dizer que essas ações afirmativas desempenharam um papel relevante - senão vital - na construção, entre os ingleses, da ideia de um “poder” judiciário (que, no futuro - *Act of Settlement*, 1701 -, chegaria a amearhar garantias de independência em face da própria Coroa).

Em Portugal - e, por extensão, no Brasil -, as Ordenações Filipinas já previam, entre nós, instituto com efeitos semelhantes (Livro V, Título 128). Eram as “cartas de segurança”, que traziam consigo o germe da nossa jurisdição mandamental: se desobedecidas pelo destinatário, poderiam sujeitá-lo à prisão. Mas o legislador republicano abdicou dessa tradição, sobretudo por influência do direito francês. O que não significa, por outro lado, que a prisão por *contempt of court* seja estranha ao nosso sistema: não é, nem histórica, nem positivamente, como se dirá.

Antes, porém, interessa afinal conceituar o instituto. Seguindo CRUZ E TUCCI²¹, que se reporta a HOZARD e M. TARUFFO,

[...] a expressão *contempt of court* designa em termos gerais a recusa em acatar a ordem emitida por uma corte de justiça. Como consequência desse comportamento, o destinatário da ordem pode sofrer uma sanção pecuniária ou restritiva de liberdade, dependendo da gravidade do *contempt*, sempre com o intuito de constranger a parte a cumprir a determinação judicial [...].

¹⁸ Cfr. BORTOLUZZI, Roger Guardioli. Sanção por descumprimento de ordem judicial, *in Páginas de direito*, José Maria Tesheiner, Mariângela Milhóranza (org.), Porto Alegre, [s.e.], 2009 (http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2003/sancaopordescumprimentodeordemjudicial_roger.htm, ISSN 1981-1578 - acesso em 23.07.2009). O texto é fruto das pesquisas do autor para sua dissertação de mestrado e nele se baseia parte das informações que se seguem abaixo.

¹⁹ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 87-89.

²⁰ Para o dado histórico e a terminologia, cfr., por todos, “*Contempt Power, Judicial*”, *in Encyclopedia of the american constitution*, Earl C. Dudley Jr., Woodbridge, Macmillan Reference, 2000, p. 671-672. Para uma visão menos técnica (e acidamente crítica), v. Rik Scarce, *Contempt of Court: A Scholar's Battle for Free Speech from behind Bars*, Walnut Creek, Altamira Press, 2005, *passim*.

²¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 19-20 (g.n.).

É sanção processual que, diga-se, não se limita às partes. O próprio CRUZ E TUCCI, adiante, esclarece que a responsabilização pelo *contempt of court* pode recair sobre o litigante “ou outro integrante do processo”, razão pela qual se exige “uma ordem que imponha especificamente a quem é dirigida uma obrigação de fazer ou de abster-se de fazer.”²²

No que toca à tipologia, a doutrina norte-americana conhece duas modalidades de *contempt of court*, a saber, o *civil contempt of court* (que é praticada por litigante ou terceiro em detrimento de uma das partes no processo) e o *criminal contempt of court* (bem mais grave, é praticada por litigante ou terceiro em detrimento da própria autoridade judiciária). Distingue-se ainda entre o *contempt of court* direto (praticado na presença da autoridade, durante os procedimentos judiciais) e o *contempt of court* indireto (a que corresponde o descumprimento de ordens judiciais fora das dependências da própria corte e/ou sem a presença da autoridade judiciária).²³

E no Brasil hodierno, à luz da legislação em vigor e da própria Constituição de 1988? Admite-se a figura da prisão por *contempt of court*?

Não temos dúvidas de que sim (embora de modo extremamente casuístico). Vejamos.

Do ponto de vista principiológico, há uma indiscutível compatibilidade do instituto com princípios estruturantes - notadamente o princípio do Estado de Direito²⁴ (como visto) - e também com princípios instrumentais - notadamente o princípio da cooperação processual²⁵ (de que é corolário o dever de lealdade) e do acesso à

²² *Idem, ibidem*.

²³ Cfr., para a distinção, o sistema *Wex* do *Legal Information Institute* (LII) da *Cornell University Law School* (http://topics.law.cornell.edu/wex/contempt_of_court_indirect; http://topics.law.cornell.edu/wex/contempt_of_court_direct - acessos em 23.07.2009).

²⁴ Pode-se enunciar o princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaat*) como o estado de soberania das leis, não da vontade das partes (João Paulo II, *Centesimus Annus*, n. 44); mas entre as suas dimensões essenciais geralmente se destacam os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos, o que inclui, em relação aos atos jurisdicionais, a estabilidade ou eficácia *ex post* dos julgados. Ou, como decidiu o Supremo Tribunal Administrativo de Portugal em 13.11.2007 (Ac. n. 0164-A/04),

o princípio do Estado de Direito concretiza-se através de elementos retirados de outros princípios, designadamente, o da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos, [...] Os citados princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança assumem-se como princípios classificadores do Estado de Direito Democrático, e que implicam um mínimo de certeza e segurança nos direitos das pessoas e nas expectativas juridicamente criadas a que está imanente uma ideia de protecção da confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na actuação do Estado (<http://jurisprudencia.vlex.pt/vid/29199184>, <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf>, acesso em 24.07.2009 - g.n.).

Em suma, não há Estado de Direito onde as decisões jurisdicionais do Estado-juiz não se cumprem ou podem ser facilmente rechaçadas por expedientes extrajudiciais.

²⁵ Sobre o princípio da cooperação processual e suas implicações, veja-se, de nossa lavra, *Direito à Prova e Dignidade Humana: cooperação e proporcionalidade nas provas condicionadas à disposição física da pessoa humana*, São Paulo: LTr, 2007, *passim* (em especial o capítulo I).

justiça²⁶ (em sentido material).

De lege lata, temos já a positivação geral do instituto, em versão abrandada, tanto no artigo 600 do CPC (atos atentatórios à dignidade da Justiça) - notadamente em seu inciso III (resistência injustificada às ordens judiciais) -, com as sanções do artigo 601 (que, insista-se, ressalva as “outras sanções de natureza processual ou material”)²⁷, como também, mais recentemente (Lei n. 10.358/2001), no parágrafo único do artigo 14 do mesmo Diploma que sanciona precisamente os vários modos de se frustrar o dever de cooperação processual (por partes ou terceiros, nos termos dos artigos 340 e 341 do CPC).

E, não bastasse, em casos específicos, houve mesmo a previsão legal de restrições de liberdade em detrimento de quantos desafiem a autoridade do juiz ou, em casos específicos, as suas obrigações legais diretas (sem que jamais se tenha arguido seriamente qualquer inconstitucionalidade a tal respeito). São (ou foram), sem dúvida, hipóteses especiais de prisão por *contempt of court* que a Constituição da República de 1988 recepcionou. Vejamo-las:

(a) a prisão civil de emitente, sacado ou aceitante que se recusar a restituir título requisitado judicialmente, desde que haja prova da efetiva entrega do título e da recusa de devolução (artigos 885²⁸ e 886 do CPC);

²⁶ Sobre as dimensões formal e material do princípio de acesso à justiça, cfr., por todos, CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, *passim*.

²⁷ Nesse sentido, identificando hipótese de *contempt of court* na norma do artigo 600 do Código de Processo Civil, veja-se, por todos, Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p.178; e, do mesmo autor, *A reforma do código de processo civil*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, *passim* (comentando, à época, a alteração do artigo 601 pela Lei n. 8.953/94).

²⁸ *In verbis*:

O juiz poderá ordenar a apreensão de título não restituído ou sonegado pelo emitente, sacado ou aceitante; mas só decretará a prisão de quem o recebeu para firmar aceite ou efetuar pagamento, se o portador provar, com justificação ou por documento, a entrega do título e a recusa da devolução (g.n.).

É, de todos, o exemplo mais eloquente a fundar a tese.

²⁹ *In verbis*: “Sempre que necessário, o juiz requisitará força policial, a fim de auxiliar os oficiais de justiça na penhora dos bens e na prisão de quem resistir à ordem” (g.n.). Veja-se que não se trata necessariamente de prisão em flagrante delito (artigo 302 do CPP), até porque não se referem às demais hipóteses legais desse tipo de prisão cautelar (incisos II a IV), nem tampouco se discriminam entre pessoas capazes ou incapazes. A melhor exegese, portanto, é a de que a prisão é civil e tem por objetivo permitir a penhora e/ou a apreensão dos bens, neutralizando a ação contrária do recalcitrante (logo, seria melhor a expressão “detenção” e não “prisão”). Ao depois, lavrado o auto de resistência pelos oficiais de justiça (artigo 663, 1ª parte) e feita a entrega da pessoa à autoridade policial (artigo 663, *in fine*), caberá a esta proceder conforme a lei: (a) se houver crime que admita a prisão processual penal em flagrante delito (como, e.g., no delito de coação no curso do processo, *ut* artigo 344 do CP), ouvirá o detido, o condutor e as testemunhas (artigo 304 do CPP), lavrará o auto de prisão em flagrante, recolherá a pessoa e encaminhará o auto à autoridade judicial (podendo arbitrar a fiança, nos delitos punidos com detenção; do

(b) a prisão civil por resistência à ordem de constrição vazada em mandado, prevista no artigo 662 do CPC²⁹;

(c) a prisão civil (ou “administrativa”³⁰) do falido ou do síndico resistente ao cumprimento de ordens judiciais (artigos 35, 37, 60, § 1º e 69, § 5º, todos do Decreto-lei n. 7.661/45, em vigor até dezembro de 2004, mas abolidos com a Lei n. 11.101/2005, que manteve apenas a hipótese do artigo 99, VII³¹).

Nada obsta, portanto, que se reconheça, para o processo judicial em geral - e, muito particularmente, para o Processo do Trabalho (dada a recorrente natureza

contrário, aguardará que a autoridade judicial criminal o faça, *ut* artigo 322, parágrafo único, CPP); (b) se se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo (artigo 61 da Lei n. 9.099/95) - modalidade que hoje abarca todas as *fattispecies* em que o réu se livra solto (artigo 321 do CPP) -, como ocorre na desobediência (artigo 330 do CP), no desacato (artigo 331 do CP) e na própria resistência simples (artigo 329 do CP), o delegado lavrará o termo circunstanciado, colherá o compromisso de comparecimento perante a autoridade judicial criminal e liberará o detido; (c) no caso de menor ou incapaz, convocará os pais ou responsáveis e lhes confiará o detido, documentando o fato.

³⁰ Dizia-se, antes de 1988, da «prisão administrativa» do falido, com o declarado propósito de “compelir o paciente ao cumprimento de obrigações” legais (cfr. STF, RHC 60142/SP, rel. Min. RAFAEL MAYER, j. 03.09.1982). Sob a égide da Constituição de 1967/1969, chegou-se mesmo a afastar uma arguição de inconstitucionalidade desse tipo de prisão (STF, RHC 54694/RJ, rel. Min. THOMPSON FLORES, j. 27.08.1976). E, mesmo após a promulgação da Carta de 1988, o Supremo seguiu admitindo-a em tese, nos termos do Decreto-lei n. 7.661/45, como se constata na seguinte ementa (julgamento de 24.05.1994):

Falência de instituição financeira precedida de liquidação extrajudicial pelo Banco Central: inadmissibilidade da prisão administrativa do ex-liquidante, com base nos arts. 35 e 34, V, da Lei de Falências, porque supostamente equiparado ao falido, por força do art. 191 daquele diploma ou do art. 25 e parágrafo da Lei 7.492/86. 1. São figuras inconfundíveis a do liquidante, órgão de sociedade comercial em liquidação e, por isso, equiparado ao falido pelo art. 91 da Lei de Falências, e a do liquidante, órgão do Banco Central na liquidação extrajudicial de instituições financeiras, que o art. 34 da L. 6.024/74 adequadamente equipara, não ao falido, mas ao síndico da falência. 2. Também no art. 25, parágrafo único, da Lei 7.492/86, para o efeito de atribuir-lhes responsabilidade penal pelos crimes nela definidos, o que se contém é a assimilação, logicamente congruente, do liquidante das financeiras ao síndico, não a sua equiparação ao falido, substancialmente arbitrária; por outro lado, a regra é de incidência restrita à lei penal extravagante em que inserida e à imputação das infrações criminais nela definidas, campo normativo que não cabe estender ao problema, de todo diverso, da atribuição ao liquidante administrativo de instituição financeira de crimes falimentares próprios do falido ou a imposição de deveres e sanções processuais a ele, falido, também exclusivamente dirigida (STF, HC 70743/DF, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 24.05.1994 - g.n.).

Afastou-se, pois, a constrição, porque não se tratava propriamente de falido, mas de ex-liquidante de instituição financeira; mas admitiu-se, em tese, a figura da prisão administrativa como “sanção processual”, sem qualquer dúvida de recepção ou constitucionalidade.

³¹ O preceito utiliza a expressão “prisão preventiva” e se refere a crimes falimentares, mas (a) não exige todos os requisitos do artigo 312 do CPP (= prisão preventiva “típica”), pois basta que haja “provas da prática de crime definido nesta Lei”; e - mais relevante - (b) a prisão é decretada pelo juiz cível (i.e., pelo juiz prolator “da sentença que decretar a falência do devedor”, nos termos do artigo 99, *caput*)...

alimentar dos créditos exequendos) -, a possibilidade jurídica da prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz, *ex vi* do inciso LXVII do artigo 5º da CF e do § 3º do artigo 666 do CPC, pelo qual “A prisão de depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito”. Houve, aqui, uma opção legislativa incontestada, ulterior à ratificação do Pacto de San José, não circunscrita à hipótese de “prisão por dívida” (porque a natureza jurídica é bifronte, açambarcando a defesa da autoridade pública e da dignidade do Poder Judiciário) e, alfim, coerente - formal e substancialmente - com o permissivo constitucional em vigor. Logo, uma opção inexorável, mercê do próprio artigo 2º da CRFB (“poderes independentes e harmônicos entre si”).

III. CONCLUSÕES

Pelo quanto demonstrado, pode-se enfim pontuar e acrescentar, mas já à guisa de conclusões, o que segue.

3.1. A efetividade da jurisdição - e, como seu corolário, a efetividade da execução - é cláusula indissociável da garantia constitucional de *procedural due process of law* nos Estados Democráticos de Direito.

3.2. O Enunciado n. 17 da PSV n. 03, ao declarar ilícita a prisão civil do depositário infiel “qualquer que seja a modalidade de depósito”, sumula tese ainda não pacífica no Excelso Pretório, visto haver decisões e manifestações de resultado semelhante que, nada obstante, baseiam-se em diversas razões de decidir, num amplo espectro teórico (que se espraia da mera legalidade até a supraconstitucionalidade das normas do Pacto de San José da Costa Rica).

3.3. De outra parte, pela doutrina dominante, as normas de tratados e convenções internacionais de direitos humanos não poderiam ser alçadas à condição de normas constitucionais, senão pelo procedimento do § 3º do artigo 5º da CRFB (EC n. 45/2004) - que, nessa parte, perfaria interpretação autêntica da norma do § 2º do artigo 5º da mesma Carta. Assim, a suposta constitucionalidade da norma do artigo 7º, n. 7, do Pacto de San José estaria condicionada a uma reescrutinação do tratado no modo do § 3º, para ulterior aprovação mediante decreto legislativo com força de emenda constitucional (como se deu, recentemente, com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo).

3.4. Ademais, a se admitir que os §§ 2º e 3º do artigo 5º da CRFB positivam regimes diversos de incorporação de convenções e tratados sobre direitos humanos, é certo que o primeiro modo (= derivação principiológica imediata) não pode alcançar normas-regra, que condicionam ou dimensionam as chamadas liberdades gerais (essas, sim, dotadas de caráter principiológico). De conseguinte, as regras que excepcionam o princípio da não-detenção por dívidas, se alçadas ao panteão constitucional (caso em tela, *ut* artigo 5º, LXVII, *in fine*), só podem ser suprimidas ou modificadas, por força de tratados ou convenções internacionais, em regime de recepção por derivação vinculada a ato de legitimação política (§ 3º do artigo 5º da CRFB), já que diz respeito à esfera de razoável conformação do Poder Legislativo.

3.5. Não bastasse, a prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz, sobre estar autorizada pela norma do artigo 5º, LXVII, *in fine*, da CRFB, não se resume à mera “prisão civil por dívidas”. Tem irrefragável natureza bifronte, consubstanciando também medida de defesa da autoridade pública e da dignidade do Poder Judiciário, à maneira de *contempt of court* (o que não está vedada, nesses termos, pelo Pacto de San José da Costa Rica).

3.6. Para mais, deve-se compreender que, nas execuções trabalhistas, a natureza alimentar de que geralmente se revestem os títulos exequendos reforça a tese da possibilidade jurídica, gozando de reconhecimento constitucional indireto (§1º-A do artigo 100 da CRFB) e aproximando, pela relativa identidade ontológica, as hipóteses de prisão civil de depositário judicial infiel e de prisão civil de alimentante inadimplente (artigo 7º, n. 7, do Pacto de San José da Costa Rica).

3.7. Alfim, a par do incalculável prejuízo para a efetividade das execuções trabalhistas, a aprovação do Enunciado n. 17 da PSV n. 03 representaria, para a Justiça do Trabalho, uma inexplicável supressão hermenêutica de competência constitucional expressa, eis que, afastada a competência penal das Varas do Trabalho (ADI n. 3684/2006, rel. Min. CEZAR PELUSO) e inviabilizada a prisão civil de depositários judiciais infieis, não restaria qualquer hipótese possível de constrangimento ao *ius libertatis* perpetrado por juízes do trabalho. Isso significará, na prática, a derrogação oblíqua da norma do inciso IV do artigo 114 da CRFB (quanto à competência material da Justiça do Trabalho para o processo e o julgamento de *habeas corpus*) - o que evidencia que, sistematicamente, essa não é uma interpretação constitucional aceitável.

Consequentemente, pelo plexo de convicções que tais elementos engendram, não resta ao intérprete outra ilação, que não aquela repulsante e peremptória: sobre desatender formalmente aos pressupostos do artigo 103-A da CRFB, o Enunciado n. 17 da PSV n. 03, pela sua exorbitante generalização, fere de morte o único recurso efetivo de satisfação judicial de direitos sonogados por devedores e/ou depositários de má-fé. Nessa precisa medida, não atende à concepção hodierna de jurisdição (= função de tutela de direitos materiais), enfraquece a segurança e a autoridade dos julgados (tisonando o princípio do Estado de Direito), revoga direta e indiretamente Texto Constitucional e, no Processo do Trabalho, pode vir a comprometer, no limite, a própria dignidade da pessoa do credor (na medida em que permite a chicana processual em detrimento de quem tem urgência para dar sustento a si mesmo e à família, na ausência de fontes alternativas de renda). Recuse-se, sim, a constitucionalidade daquelas hipóteses de prisão civil que se ligam a obrigações contratuais e títulos de crédito; não, porém, àquela que funciona, antes, como um mecanismo fundamental de “eficacização”³² das sentenças judiciais maliciosamente resistidas - e, muito particularmente, das sentenças trabalhistas.

³² O neologismo “eficacização” foi empregado, entre nós, por PONTES DE MIRANDA, ainda sob a égide do CPC de 1939. Cfr. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1975, t. VIII, p. 286-287.

IV. BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.
- BORTOLUZZI, Roger Guardiola. Sanção por descumprimento de ordem judicial. *In: Páginas de direito*. José Maria Tesheiner, Mariângela Milhoranza (org.). Porto Alegre: [s.e.], 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do código de processo civil*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Execução civil*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994.
- DUDLEY JR., Earl. *Encyclopedia of the american constitution*. Woodbridge: Macmillan Reference, 2000.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Direito à prova e dignidade humana: cooperação e proporcionalidade nas provas condicionadas à disposição física da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2007.
- _____. *Tratado de alienação fiduciária em garantia: das bases romanas à Lei n. 9.514/97*. São Paulo: LTr, 1999.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.
- _____. *Era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge ds Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 4. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1970.
- MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. *In: Revista Consultor Jurídico*. São Paulo: Conjur, 10.04.2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. t. VIII.
- REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.
- SCARCE, Rik. *Contempt of court: A scholar's battle for free speech from behind Bars*. Walnut Creek: Altamira Press, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.