

Fichamento dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343-1-SP (Depositário Infiel e a 'supralegalidade' dos Tratados Internacionais).

***Observação: por se tratar de um fichamento, o leitor observará que determinadas partes do texto encontrarão fiel similitude ao que está exposto nos votos dos Ministros.**

Vitor da Silva Toscano¹

1. Introdução

O presente trabalho traz uma análise significativa de um direito fundamental da pessoa humana: a liberdade. Respectivo levantamento se dá com a apreciação do instituto da prisão civil, especialmente em relação ao depositário infiel, em simetria com o ordenamento jurídico brasileiro (art. 5º, inciso LXVII e §3º da Constituição Federal) e o direito internacional (Pacto de São José da Costa Rica). Para um melhor entendimento, situam-se resumos de cada voto dos membros que compõem a Suprema Corte, pautando-se, inclusive, pela decisão em sede de Habeas Corpus, relatada e exposta aos três dias do mês de dezembro do ano dois e mil e oito, sob o nº 87.585.

2. Resumo dos posicionamentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria em apreço

2.1 Voto do Ministro Cezar Peluso

Inicialmente, afirma o Ministro que a causa final do contrato de depósito está, como dispunha o art. 1.265 do revogado Código Civil, na guarda e restituição da

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba.

coisa depositada. A tipicidade do depósito consiste em que a custódia rei é o fim precípua do contrato, de modo que a obrigação de restituir é seu elemento estrutural ou essencial. Contudo, em sua continuidade, apresenta-nos distinções entre os dois institutos abaixo transcritos.

Contrato de depósito: daí se tira que, como síntese, a guarda da coisa é o conteúdo econômico-social desse negócio jurídico, o que repele, desde logo, toda idéia de acessoriedade, acidentalidade, ou subsidiariedade da custódia. Onde seja esta instrumental, não há contrato de depósito.

Alienação fiduciária: Como desempenha papel de garantia do pagamento de crédito, a alienação fiduciária em garantia assume cunho de acessoriedade em relação à causa econômica do conjunto negocial,⁶ donde não haver erro em reconhecer-se que é contrato modelado no interesse primário do credor ou fiduciante. Perante a tipicidade de cada negócio, advertida doutrina e não menos sensível jurisprudência nunca descobriram, em nenhum aspecto estrutural da alienação fiduciária em garantia, a presença de verdadeiro contrato de depósito.

Aponta, por conseguinte, que, consoante se viu à luz dos caracteres próprios de cada negócio jurídico, a alienação e o depósito não são contratos redutíveis a modelo comum, sequer a padrões afins.

Finalmente, e isto é decisivo, na origem da alienação fiduciária, o fiduciante recebe a posse da coisa, não para custódia desta, nem o credor fiduciário a deixa (e não "entrega") para esse fim, senão para dela usar e gozar em posição idêntica à do compromissário comprador, e, por consequência, nenhuma obrigação tem de restituir, salvo na hipótese de descumprimento do contrato, e não, na execução dele (termo prefixado no depósito ou à requisição do depositante), como é da essência mesma do depósito.

A regra tem por antecedente histórico o art. 113, nº 30, da Constituição de 1934, a primeira a estabelecer, entre os direitos e as garantias individuais, que "não haverá prisão por dívidas, multas ou custas", sem qualquer outra restrição. A vedação não constou da Carta de 1937, mas ressuscitou, algo encurtada, na de 1946, que, no art. 141, § 32, consignava fórmula idêntica à que ora vige.

Ademais, quanto à norma constitucional em si, afirma o Ministro que ninguém tem dúvida de que, abrindo vistosa exceção a uma garantia individual, de um lado

guarda os foros de norma de direito singular e, de outro, autoriza privação da liberdade física.

A pergunta subsequente é se pode a lei equiparar sujeitos de outras relações ou situações jurídicas a essa figura específica e inconfundível de quem é parte no contrato de depósito. A resposta é afirmativa. E é em virtude do princípio de que, perante situações que apresentem identidade ou afinidade de fatos e de razão jurídica, como todas aquelas em que, por este ou aquele título jurídico, alguém recebe coisa alheia com obrigação de a conservar e devolver a certo termo, sem contrato de depósito.

Estatuir que o contraente de negócio jurídico, que não mantém com o depósito convencional nenhuma identidade ou afinidade jurídica, fica exposto à prisão civil, em condição análoga à do depositário, é operação técnico-normativa de inaceitável alargamento conceitual destinado tão-só a produzir fortíssima garantia indireta do cumprimento de obrigação de dar dinheiro, de todo estranha ao estatuto do depositário. E, com isso, entra em contraste aberto com a norma constitucional exceptiva, que, já se viu, por seus caracteres, não tolera interpretação expansiva, capaz de aniquilar o direito mesmo que se ordena a proteger sob o comando excepcionado.

Em qualquer das concepções a respeito, o que se tem, como direito posto para os casos sub iudice, é a inadmissibilidade da prisão civil do depositário. Em qualquer das concepções a respeito, o que se tem, como direito posto para os casos sub iudice, é a inadmissibilidade da prisão civil do depositário, qualquer que seja a qualidade ou a natureza do depósito (convencional, do necessário, do judicial, ou de qualquer outro).

Por fim, defende o reconhecimento do carácter supralegal ou carácter constitucional ao Tratado. Adere à posição do grande publicista Paulo Borba Casella, o qual sustenta que a temática dos direitos humanos, por dizer respeito aos direitos fundamentais, que têm primazia na Constituição, é sempre ipso facto materialmente constitucional. E é possível extrair da conjugação dos §§ 2º e 3º do art. 5º que o que temos aí é, pura e simplesmente, uma distinção entre os tratados sem status de emenda constitucional, que são materialmente constitucionais, e os do § 3º, que são material e formalmente constitucionais.

2.2 Posicionamento do Ministro Gilmar Mendes

Inicialmente, o Ministro rejeita a equiparação entre tratado e Constituição, uma vez que tal equiparação esbarraria já na própria competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para exercer o controle de regularidade formal e de conteúdo material desses diplomas internacionais em face da ordem constitucional nacional.

No prosseguimento de seu raciocínio, o Ministro afirmou que, para evitar problemas de inconstitucionalidades futuras, faz-se necessária a utilização de uma espécie de controle prévio, o qual poderia impedir ou desaconselhar a ratificação do tratado de maneira a oferecer ao Poder Executivo possibilidades de renegociação ou aceitação com reservas.

Em termos práticos, afirma o Ministro Gilmar Mendes que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à Emenda Constitucional nº 45-2004, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

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

Diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, enfatiza o Ministro que a sua internalização no ordenamento jurídico tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Ademais, aponta que a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel não foi revogada, mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria. Além disso, tendo em vista o caráter supralegal dos diplomas normativos

internacionais, a legislação infraconstitucional que com eles seja conflitante também tem a sua eficácia paralisada.

Por fim, afirma que o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45-2004, conferindo-lhes status de emenda constitucional.

Em suma, o Ministro Gilmar Mendes entende que 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, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

2.3 Posicionamento da Ministra Carmem Lúcia

A Ministra acompanha o relator. Não obstante, pontua que, para efeito de deslinde da questão, tem-se dois pontos: primeiro é saber se o devedor fiduciante seria depositário infiel para os termos do que se continha na Carta de 67, Emenda n. 1, dita como Constituição de 1969, e que o Ministro Cezar Peluso mostrou à sociedade que rigorosamente não se trata de depósito - inclusive fazendo um levantamento dos pontos de divergência e verificando realmente não se tratar de contrato de depósito. Por fim, nesse caso, acolhe-se inteiramente o que foi posto pelo Ministro Gilmar Mendes no sentido de já não haver, inclusive, aplicação para a parte final do artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição de 1988.

2.4 Posicionamento do Ministro Ricardo Lewandowski

Em primeiro lugar, defende o argumento trazido pelo eminente Ministro Cezar Peluso que as restrições aos direitos fundamentais como as exceções, de modo geral em Direito, devem ser sempre interpretadas restritivamente.

Ademais, aponta o trabalho trazido pelo Ministro Cezar Peluso, secundado pelo Ministro Gilmar Mendes, no sentido de fazer uma distinção ontológica entre esses dois negócios jurídicos, ou seja, a alienação fiduciária e o contrato de depósito, os quais têm naturezas jurídicas absolutamente distintas. Portanto, a alienação fiduciária não se encaixa naquela exceção do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição.

Por fim, acompanha os votos dos Ministros que lhe precederam.

2.5 Posicionamento do Ministro Joaquim Barbosa

Inicialmente, afirma acompanhar o voto do Relator. A posteriori, constata que a Constituição Federal não inclui expressamente a alienação fiduciária em garantia entre as exceções ao princípio constitucional que veda a prisão civil por dívida. Se não inclui, parece-me claro que o legislador ordinário não pode fazê-lo criando novas exceções além das duas únicas previstas no texto constitucional. A compreensão que se há de ter acerca do depositário infiel é precisamente aquela que se extrai da disciplina do instituto encontrada na legislação civil, não podendo o legislador ordinário se utilizar de aproximação ou analogia, haja vista a criação de uma nova mitigação de um direito fundamental: a liberdade.

Com o advento do Pacto de San José da Costa Rica, norma internacional de cuja elaboração a República Federativa do Brasil foi partícipe e cujos preceitos integram o catálogo de direitos fundamentais do nosso país, tornou-se ainda mais insustentável a tese que acolhia a prisão civil nos casos que envolvem alienação fiduciária em garantia, uma vez que proíbe taxativamente a prisão civil por dívida.

Por fim, afirma que a primazia conferida em nosso sistema constitucional à proteção à dignidade da pessoa humana faz com que, na hipótese de eventual

conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais, a prevalência, sem sombra de dúvidas, há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo.

2.6 Posicionamento do Ministro Carlos Brito

Inicialmente, afirma o Ministro que o contrato de alienação fiduciária em garantia não se confunde, não pode se confundir com o contrato de depósito, nem pode ser também a ele equiparado. Vê-se, portanto, que essas duas ressalvas da Constituição (depositário infiel e inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia) hão de ser interpretadas restritivamente. Elas nem admitem alargamento, nem interpretação analógica.

2. Posicionamento do Ministro Marco Aurélio

Referido Ministro se apoia na distinção existente entre depósito e alienação fiduciária. A alienação fiduciária foi uma forma encontrada, em certo período, para dar-se a entidades financeiras garantias quanto ao recebimento do que devido por aquele que logrou o financiamento. E, aí, partiu-se, abandonando-se a razoabilidade, abandonando-se o texto constitucional. Normas a revelarem exceção devem ser interpretadas de forma estrita, é o que nelas se contém.

Por fim, afirma que quando subscrevemos o Pacto de San José da Costa Rica, fizemo-lo não para tê-lo no mesmo patamar dos dispositivos constitucionais, porque há uma exigência maior, indispensável para que se alcance essa envergadura, que se observe o mesmo procedimento alusivo às emendas constitucionais. Ademais, afirma acompanhar o relator.

2.8 Posicionamento do Ministro Celso de Mello

O Mui Digno Ministro demonstra a importância da valoração do Pacto de São José da Costa Rica. Em seus termos, aponta que este instrumento desempenha um papel de extremo relevo no âmbito do sistema interamericano de proteção aos

direitos básicos da pessoa humana, qualificando-se como peça complementar no processo de tutela das liberdades públicas fundamentais. O Ministro, por sua vez, aponta a necessidade de uma análise fundamentada pelo STF, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

Adentrando ao cerne da questão, o Ministro reconhece que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, indicando, ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de qualificação materialmente constitucional, integrando o bloco de constitucionalidade.

Destarte, o referido Ministro elabora três distintas situações quanto à introdução do direito internacional no ordenamento jurídico brasileiro:

- a. **tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988:** revestem-se de índole constitucional, uma vez recebidas pelo art. 5º, §2º da Constituição Federal.
- b. **tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados/aderidos pelo Brasil em data posterior à Emenda Constitucional nº 45/2004:** deverão observar o caminho procedimental estabelecido pelo §3º do artigo 5º da Constituição Federal.
- c. **tratados internacionais de direitos humanos celebrados/aderidos pelo Brasil entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a superveniência da Emenda Constitucional nº 45/2004:** assumem caráter materialmente constitucional, pois essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade.

Por fim, o Ministro alega que devem ser observadas, para além do exposto, as convenções internacionais que importem supressão, modificação gravosa ou restrição a prerrogativas essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pelo próprio texto constitucional, uma vez que os direitos e garantias individuais qualificam-se como limitações materiais ao poder reformador do Legislativo. Além do exposto, afirma o Ministro existir uma paridade normativa entre

convenções internacionais e leis internas brasileiras quando o conteúdo dos tratados for materialmente estranho ao tema dos direitos humanos.

2.9 Posicionamento do Ministro Menezes Direito

O referido ministro adere à ideia de que a Suprema Corte tem de adotar uma posição transformadora na matéria em apreço, ultrapassando a antiga jurisprudência de equiparação dos tratados e convenções internacionais às leis ordinárias. Não obstante, indica perspectivas ampliadoras e a possibilidade de uma nova classificação das espécies normativas internacionais, conforme exposto pelo Ministro Celso de Mello.

Além do exposto, afirma o Ministro que a regra contida no art. 5º, §2º da Constituição Federal é uma cláusula de abertura, permitindo, dessa forma, a inserção de direitos fundamentais não tipificados e decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, estendendo, dessa forma, o rol de direitos fundamentais.

Quanto ao mérito da questão, o Ministro Menezes Direito demonstrou a impossibilidade de se fazer uma equiparação entre os atos normativos internacionais relativos aos direitos humanos diretamente ao plano constitucional. Reafirma, por consequência, não ser possível retornar ao regime anterior da equivalência entre os tratados e as leis ordinárias. Além do exposto, defende o posicionamento conferido pelo Ministro Orozimbo Nonato, considerando que tais atos não se revestem de supralegalidade, mas, sim, de especialidade, isto é, são atos de hierarquia diferenciada, na medida em que oriundos de um plano que está além da hierarquização legislativa doméstica. Em suma, eles ficam no plano legal, mas com hierarquia superior.

Por fim, afirma que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos passaram a integrar o ordenamento jurídico interno com hierarquia especial, embora infraconstitucional. Isso não quer dizer, todavia, que o legislador não possa

socorrer-se do § 3º do art. 5º para elevar a hierarquia desses atos internacionais ao plano constitucional.