

A Prisão Civil do Depositário Judicial Infiel Economicamente Capaz

Um Outro Olhar

Guilherme Guimarães Feliciano

I – 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 [art. 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 encaixe, 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* (art. 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 comunicativo** 1).*

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

II – A Prisão Civil do Depositário Infiel

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

A questão não é nova, em absoluto. Reza o art. 5º, LXVII, 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 D. nº 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 art. 7º, n. 7:

"7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados 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 art. 5º, § 2º, da CRFB, passou-se a discutir quais os efeitos da garantia do art. 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 hipotecárias rurais e industriais, etc.). Seguiu-se a isso um período de amadurecimento intelectual, que culminou com as recentes decisões do STF 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.

1.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 equiparadas a depositários infielis.

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 RE nº 349.703/RS, relatado pelo Ministro Ayres Britto, em voto que talvez seja o mais paradigmático da linha jusfundamentalista de interpretação da norma do art. 5º, LXVII, 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 CB/88. 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 CC/16 e com o DL nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do NCC (Lei nº 10.406/02)."

E, na sequência, lê-se:

"2. Alienação fiduciária em garantia. DL nº 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 DL nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, LXVII, da CF e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RE conhecido e não provido" (STF, RE nº 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 nº 466.343/SP, da relatoria do Min. Cezar Peluso. Nesse último, pode-se ler a seguinte ementa:

"PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs ns. 87.585 e 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, *qualquer que seja a modalidade do depósito*" (STF, RE nº 466.343/SP, Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008 – g.n.).

Mais eloquente ainda, nessa mesma direção, é a ementa do HC nº 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 (art. 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 supralegalidade? – 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 CR, 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 art. 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 art. 7º, n. 7, c/c o art. 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 nº 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. Nesse último aresto, resta clarividente o entendimento perfilhado pelo Min. Cezar Peluso, no sentido de que a norma do art. 5º, LXVII, 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 art. 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 Constituição 2); isso porque, afinal, o STF 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 art. 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* (art. 647, I, NCC), como é o caso do *depositário judicial*. Realmente, consta do art. 665, IV, 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 art. 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 CPC, como a do seu art. 188, a do seu art. 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 constritos. 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 art. 5º, LXVII, da CF (= *prisão do depositário infiel*), o que significa que,

naquele voto (aprovado por unanimidade), está subentendida, para algum efeito, a *subsistência* do permissivo constitucional do art. 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 CC/02, apesar da sua posteridade cronológica); não entrevê, porém, qualquer esvaziamento na norma constitucional (ao menos explicitamente). O segundo, por sua vez, considera ter havido uma *derrogação de conteúdo* na norma do art. 5º, LXVII, da CRFB. Outrossim, o primeiro cinge-se à hipótese do DL nº 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 CF, 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, se examina o teor do 17º enunciado da P.S.V. 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 nº 466.343, que guarda boa distância do pensamento veiculado no RE nº 349.703. E, como sabemos, um dos pressupostos legais para que se edite uma súmula vinculante é, nos termos do art. 103-A, *caput*, da CRFB (na redação da EC nº 45/08), que

"O STF poderá, de ofício ou por provocação, *após reiteradas decisões sobre matéria constitucional*, editar enunciado de 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 nº 11.417/06 – que *regulamenta o art. 103-A da CF* –, cujo art. 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 discricionária 4).

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 nº 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 uma lado, a *constitucionalidade* de leis; de outro, a *convencionalidade* de leis. E, nesse encaixo, a aprovação do Pacto de San José da Costa Rica poderia realmente "esvaziar" a parte final da norma do art. 5º, LXVII, da CRFB. Observe-se, porém, que essa tese está *em franca colidência* com aquela perfilhada pelo Min. Ayres Britto no RE nº 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 nº 466.343, assegurando que os tratados sobre direitos humanos aprovados sem o rito do art. 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.).

Cite-se, enfim, o quanto ementado no próprio HC nº 87.585, da relatoria do Min. Marco Aurélio, que praticamente *preunciou* essa mudança de rumos 6, logo após a edição da EC nº 45/04. 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 – art. 5º, LXVII –, de outro,

afigura-se inaplicável o preceito. *As balizas da referida prisão estão na legislação comum e, então, embora a norma inserta no art. 652 do Código Civil seja posterior aos fatos mencionados, o mesmo não ocorre com a disciplina instrumental prevista no CPC*" (STF, HC nº 87.585, Min. Marco Aurélio, j. 20.12.2005 [liminar] – g.n.).

Nesse último excerto, sustenta-se claramente – quiçá numa terceira perspectiva – que, a uma, *não houve revogação ou "esvaziamento" da parte final do art. 5º, LXVII, da CRFB*, mas apenas uma condição *sui generis* de ineficácia pela revogação da legislação infraconstitucional (e, muito particularmente, das normas do CPC que se aplicariam à matéria), face ao advento do Pacto de San José 7; logo, o julgado não compartilha, em absoluto, da ideia de *constitucionalidade* ou *supraconstitucionalidade* da norma do art. 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 *posteridade* da norma do art. 652 do NCC – que Ayres Britto reputaria inaplicável no RE nº 349.703 –, em contraponto com a superação das normas processuais civis pertinentes (arts. 902, 904 e 905 do CPC), sugerem, *a contrario sensu*, que o Min. Marco Aurélio sequer supôs a *supralegalidade* 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* art. 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 art. 5º, LXVII, 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 nº 11.382/06 – *posterior* à aprovação interna do Pacto de San José e ao próprio aresto *supra* –, que *incluiu*, no art. 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 arts. 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 D. nº 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 Lewandowski no mesmo HC nº 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 art. 103-A, *caput*, da CRFB, e do art. 2º, *caput*, da Lei nº 11.417/06.

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

1.C A Questão da Hierarquia das Normas Internacionais (I): Interpretação Autêntica do Art. 5º, § 3º, 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 "1.E".

No plano *jurídico-formal*, vem à baixa a questão da *hierarquia dos tratados* após a entrada em vigor da EC nº 45/04. Como se sabe, após a emenda, o art. 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 nº 45/04).

E, a respeito de tais preceitos, assim se pronunciou, entre tantos, o eminente José Afonso da Silva 10:

"Esse § 3º inserido pela EC nº 45/04 *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 *EC nº 45/04*, 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 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 *quórum 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 art. 5º, LXVII, *in fine*, da CRFB – e, bem assim, da posteridade das normas do art. 652 do NCC e do art. 666, § 3º, 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 dos arts. 652 do NCC e 666, § 3º, 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 (art. 59 da CRFB), qualquer espécie legislativa que esteja "entre" a Constituição e as leis (inclusa a lei complementar, que também é lei). Logo, a norma do art. 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 art. 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 art. 7º, 7, do Pacto esteja albergada pela cláusula de indenidade do art. 60, § 4º, IV, da CRFB) – o que significaria, para todos os fins, *ofensa oblíqua* à norma do art. 5º, § 3º, 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 CR, simplesmente porque aprovada e ratificada antes do advento da EC nº 45/04. A valer o magistério de Afonso da Silva, o novel § 3º do art. 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 *semiautêntica*, 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 art. 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 quórum 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* art. 60, § 4º, IV). Haveria que se reconhecer, no limite, a inconstitucionalidade do próprio art. 5º, § 3º, de que não se cogita e nem se cogitará.

1.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 de 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 nº 45/04 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 art. 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 normogenético); não serve às regras que, mediante comandos mais concretos, densificam aqueles princípios.

O segundo regime dá-se por *derivação vinculada a ato de legitimação congressional* (com quórum de emenda constitucional), lastreado, hoje, na norma do art. 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* (O.E.A., 22.11.1969; D. nº 678/92), qual é – ou foi – o regime de recepção? O seu texto – e muito particularmente a norma do seu art. 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. Alexy 12), 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 penais 13 e de prisões administrativas 14). O mesmo há de valer, por lógica e imitação, para o anunciado princípio da "*não detenção por dívidas*", vazado no art. 7º, 7, do Pacto de San José. E as exceções a ambos os princípios – sendo esse 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-princípios*. Ora, somente essas – as *normas-princípios* – admitem recepção constitucional direta, independentemente de ato de legitimação política no plano interno, nos termos do art. 5º, § 2º, da CRFB (*supra*); conseqüentemente, aquelas – as *normas-regras* (como são as que excetua 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 art. 5º, § 3º, 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 *relegitimador* teria idoneidade bastante para *subverter* a vontade constituinte originária. Para tais casos, o regime de recepção há de ser *necessariamente* o do art. 5º, § 3º, 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 art. 5º, XXVI, *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 (art. 5º, § 3º). Até lá, o único controle constitucional possível das prisões civis legalmente postas com fundamento no permissivo do art. 5º, XXVI (*in fine*) dar-se-á, necessariamente, pela via da *proporcionalidade* (i.e., por juízos concretos de *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* 16, 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 art. 5º, § 3º, da CRFB, o Pacto de San José – ou, ao menos, a norma de seu art. 7º, 7 (que potencialmente revogaria parte do texto do art. 5º, XXVI, da CRFB) –, resta reconhecer, quando muito, a sua *supralegalidade*, mas sempre *abaixo da Constituição*, como encareceu o mesmo Ayres Britto (RE nº 349.703). E, nesse caso,

a regra do art. 5º, XXVI, *in fine*, da CRFB jamais poderia ser tisonada, em abstrato, por aquela convenção.

É, a propósito, o que recentemente declarou, com todas as letras, o renomado constitucionalista Ingo Wolfgang Sarlet 17, ao sustentar que, nesse particular, as decisões do STF são *contraditórias*. Como visto, a própria ementa do RE nº 349.703 (Min. Ayres Britto), como também a ementa do HC nº 87.585 (Min. Marco Aurélio) ou o voto do Min. Gilmar Mendes do RE nº 466.343, esclarecem que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos – considerando-se, aqui, os que não estão aprovados nos termos do art. 5º, § 3º, 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 nº 87.585), considerando-se a autonomia de ritos decretada pela Lei nº 11.382/06 (art. 666, § 3º, do CPC) e a posteridade do NCC (art. 652).

Já no campo jurisprudencial, em sentido muito similar, importa referir, entre tantas, a paradigmática ementa do Des. Freire Pimenta, do TRT/MG, 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 tem força para revogar as normas expressas da própria Constituição de 1988, instituída por uma Assembleia Nacional Constituinte. Sendo certo, por outro lado, que aquele Pacto não foi aprovado, em 1992, com o procedimento legislativo e o quórum qualificado previsto para a aprovação das emendas constitucionais no § 3º do mesmo preceito constitucional, introduzido pela EC nº 45/04, não tendo, pois estatura a estas equivalente. [...] Tal conclusão se torna ainda mais necessária nos casos em que o débito injustificadamente adimplido, embora de origem trabalhista, constitui obrigação de natureza alimentícia (enquadrando-se, pois, 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-se 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 da 3ª Região, HC nº 0480-2009-0, rel. Des. José Roberto Freire Pimenta, j. 05.05.2009 – g.n.).

Como se vê, em precisa e oportuna reflexão, Freire Pimenta traz à consideração todos os valores constitucionais imbricados com a questão – *ius libertatis* (art. 5º, caput, CRFB), dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), soberania nacional (art. 1º, I, CRFB), efetividade da jurisdição (art. 5º, LIV, CRFB), caráter alimentar dos salários e afins (art. 100, § 1º-A, CRFB) – para, em *juízo concreto de proporcionalidade* (como deve ser, até que o Congresso Nacional reescrutine o

Pacto de San José nos termos do art. 5º, § 3º, CRFB), compreender que, na hipótese de depositários judiciais infiéis 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 art. 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 (art. 5º, XXVI, *in fine*). O que permite afirmar que, *no processo do trabalho, mercê do tipo de crédito a satisfazer* (art. 100, § 1º-A, 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*).

1.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 art. 665, IV, 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 art. 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 art. 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* (art. 5º, *caput*, CRFB). Afinal, não é à toa que a *autoridade dos julgados* é um dos *princípios sensíveis* da CF/88 e de todo e qualquer *Estado de Direito* (a ponto de *autorizar*, entre nós, a *intervenção federal e estadual*, nos termos dos arts. 34, VI, e 35, IV, da CRFB).

Daí 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 amear as 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 Tucci 21, 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 [...].

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 *principlológico*, há uma indiscutível compatibilidade do instituto com princípios estruturantes – notadamente o *princípio do Estado de Direito* 24

(como visto) – e também com princípios instrumentais – notadamente o *princípio da cooperação processual* 25 (de que é corolário o *dever de lealdade*) e do *acesso à justiça* 26 (em sentido material).

De lege lata, temos já a positivação geral do instituto, em versão abrandada, tanto no art. 600 do CPC (atos atentatórios à dignidade da Justiça) – notadamente em seu inciso III (resistência injustificada às ordens judiciais) –, com as sanções do art. 601 (que, insista-se, *ressalva as outras sanções de natureza processual ou material*) 27, como também, mais recentemente (Lei nº 10.358/01), no art. 14, parágrafo único, do mesmo diploma, que sanciona precisamente os vários modos de se frustrar o dever de cooperação processual (por *partes* ou *terceiros*, nos termos dos arts. 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 CR/88 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 (arts. 885 28 e 886 do CPC);

(b) a *prisão civil por resistência à ordem de constrição vazada em mandado*, prevista no art. 662 do CPC 29;

(c) a *prisão civil* (ou *administrativa* 30) do falido ou do síndico resistente ao cumprimento de ordens judiciais (arts. 35, 37, 60, § 1º e 69, § 5º, todos do DL nº 7.661/1945, em vigor até dezembro de 2004, mas abolidos com a Lei nº 11.101/05, que manteve apenas a hipótese do art. 99, VII 31).

Nada obsta, portanto, que se reconheça, para o processo judicial em geral – e, muito particularmente, para o *processo do trabalho* (dada a recorrente *natureza alimentar* dos créditos exequendos) –, a possibilidade jurídica da *prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz*, *ex vi* do art. 5º, LXVII, CF e do art. 666, § 3º, 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 art. 2º da CRFB (*poderes independentes e harmônicos entre si*).

IV Conclusões

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

4.1. 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.

4.2. 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 espalha da mera legalidade até a supraconstitucionalidade das normas do Pacto de San José da Costa Rica).

4.3. 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 art. 5º, § 3º, da CRFB (EC nº 45/04) – que, nessa parte, perfaria interpretação autêntica da norma do art. 5º, § 2º, da mesma Carta. Assim, a suposta constitucionalidade da norma do art. 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).

4.4. Ademais, a se admitir que os §§ 2º e 3º do art. 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* art. 5º, XLVI, *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* (art. 5º, § 3º, CRFB), já que diz respeito à esfera de razoável conformação do Poder Legislativo.

4.5. Não bastasse, a prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz, sobre estar autorizada pela norma do art. 5º, XLVI, *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).

4.6. 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 (art. 100, § 1º-A, CRFB) e aproximando, pela relativa identidade ontológica, as hipóteses de prisão civil de depositário judicial infiel e de prisão civil de alimentante inadimplente (art. 7º, n. 7, do Pacto de San José da Costa Rica).

4.7. 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 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 juizes do trabalho*. Isso significará, na prática, a derrogação oblíqua da norma do art. 114, IV, da CRFB (quanto à competência material da Justiça do Trabalho para o processo e o

juízo 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 art. 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 sonegados 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 (tornando 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.