

# PRISÃO CIVIL NO BRASIL E AS CONSEQUÊNCIAS DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA<sup>1</sup>

Yuri de Brito Moreira<sup>2</sup>  
Vânia de Vasconcelos Gico

## RESUMO

Abordam-se as diversas formas de prisão civil no Brasil a partir da execução indireta do Processo Civil elencada no artigo 461, passando-se pela prisão civil do inadimplente de obrigação alimentar e do depositário infiel. Discutem-se as consequências práticas do ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no ordenamento jurídico brasileiro e a criação da teoria da supralegalidade, a partir de uma revisão de conjunto bibliográfico. Analisa-se a origem e o resultado prático desta teoria no campo da hierarquia normativa no Brasil, relacionados aos ditames do Direito Internacional, partindo-se da premissa do positivismo defendido por Kelsen. Verifica-se o papel do Supremo Tribunal Federal e a impossibilidade de alteração deste instituto pelo Congresso Nacional desde então, criando-se insegurança quanto aos aspectos hermenêuticos nacionais.

**Palavras-chave:** Execução indireta. Inadimplência alimentar. Depositário infiel. Teoria da Supralegalidade. Pacto de San José da Costa Rica.

## CIVIL IMPRISONMENT IN BRAZIL AND THE CONSEQUENCES OF THE PACT OF SAN JOSE, COSTA RICA

### ABSTRACT

This paper aims at analyzing the different forms of civil imprisonment in Brazil, which goes from the indirect execution of the Civil Procedure described on article 461, to civil imprisonment of the alimony debtor and the disloyal depository. This study discusses the practical consequences of the Pact of San Jose, Costa Rica on the Brazilian legal system and the creation of the supralegal theory from a bibliographic review. Also, this study analyzes the origin and practical result of such theory within the normative hierarchy in Brazil, related to the international law rules, based on the positivism premise defended by Kelsen. It verifies the role of the Supreme Federal Court and the impossibility to have such institute altered by the National Congress since then, leading to insecurity in relation to the national hermeneutical aspects.

**Keywords:** Indirect Execution. Alimony Debt. Disloyal Depository. Supralegal Theory. Pact of San Jose, Costa Rica.

<sup>1</sup> Paper elaborado como TC do Curso de Especialização em Processo Civil – Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN. Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Vânia de Vasconcelos Gico. Docente do Curso de Direito da FARN. E-mail: vaniagico@farn.br.

<sup>2</sup> Advogado militante. Graduação em Direito - Universidade Potiguar UNP-Natal-RN. E-mail: yuri\_moreira@hotmail.com



## 1 INTRODUÇÃO

Por muito tempo admitiu-se a prisão civil no Brasil, mas a partir de 1934 a Constituição brasileira passou a proibi-la expressamente. Em seu artigo 113; dispunha não haver prisão civil por dívidas, multas ou custas, não tratando mais nada sobre isto. Seguiu o pensamento moderno que surgia, principalmente, na Europa, que valorizava a liberdade individual como princípio basilar da humanidade. Já a primeira constituição a prever a prisão civil do depositário infiel no Brasil foi a de 1946 (MENDES, 2009, p. 724), seguindo o Código Civil brasileiro da época. Essa constituição também previa a prisão do inadimplente da obrigação alimentar. Assim seguiu-se até a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988)<sup>3</sup>, em vigência, que restringiu bastante a prisão civil, mas fez com que o legislador regulamentasse a matéria. Isto causou grande embate jurídico no Brasil, movimentando toda a máquina do judiciário e fez com que o Supremo Tribunal Federal (STF; BRASIL 2009 b) assumisse a responsabilidade do saneamento da questão controvertida, como se verá adiante.

É notório que existe uma busca incessante da efetividade e da celeridade processual. Uma ferramenta expressiva é a prisão civil que tem o escopo de uma maior coerção pessoal a fim de obter o resultado jurisdicional. A doutrina busca denominá-la como execução indireta, como menciona Talamini (2009, p. 1)

A prisão civil, nos casos em que é admitida, funciona como meio coercitivo para a concretização de decisões jurisdicionais. É exemplo daquilo que se denomina "execução indireta": uso de mecanismos destinados a pressionar psicologicamente o devedor, a fim de que ele mesmo satisfaça a obrigação (*rectius*: dever). Ameaça-se o devedor com medidas constritivas que o induzem a, por ato próprio, cumprir a prestação devida.

---

<sup>3</sup> Como a citação a Constituição, Códigos, Institutos e Leis serão recorrentes ao longo do presente texto, referenciam-se as chamadas aos mesmos apenas em sua primeira alusão, com exceção das citações diretas.

Outro ponto marcante neste assunto diz respeito à reforma processual e a modernização do procedimento de execução e cumprimento de sentença no processo civil brasileiro, advindo com a lei 8.952/94, complementada pela lei 10.444/2002, possibilitando a tutela específica no cumprimento de obrigação de fazer e não fazer (THEODORO JUNIOR, 2007, p. 38)

O problema inicia-se quando ingressou no ordenamento jurídico brasileiro o Pacto de San José da Costa Rica, tratado internacional que versa sobre direitos humanos, restringindo a prisão civil apenas para os casos de dívida inescusável de prestações alimentícias, tendo o STF se manifestado favorável a esse ordenamento, criando a teoria da supralegalidade dos tratados internacionais, imergindo os doutrinadores em profundas discussões a este respeito.

Portanto, a importância e o objetivo principal deste trabalho será discutir e apresentar alternativas para as consequências práticas das decisões interpretativas do STF no que tange a prisão civil brasileira, os direitos humanos e a execução indireta do processo civil, indagando-se: Existe a possibilidade ainda da aprovação desse tratado pelo Congresso Nacional, conforme previsão constitucional contida no artigo 5º, § 3º da Constituição brasileira? Qual o embasamento legal utilizado pelo Supremo Tribunal Federal na criação dessa teoria? Será que esse tribunal não usurpou a própria função do Legislativo?

## **2 CONCEITO DE PRISÃO CIVIL E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS**

A prisão civil está posta na Constituição Federal do Brasil de 1988 em seu artigo 5º, inciso LXVII, e é tratada como garantia fundamental, bem como cláusula pétrea, impossível de diminuição de seu valor finalístico pelo constituinte derivado. Trata-se do princípio da proibição da prisão civil, princípio este adotado por todos os países que primam pelos direitos humanos.

Sua característica principal é a função processual que exerce em determinados processos de caráter civil, cujo objetivo maior é forçar o demandado ao cumprimento de determinada ordem judicial, privando-o de sua liberdade, se necessário for, existindo um certo consenso a respeito da desproporcionalidade da restrição à liberdade do indivíduo, como meio de coerção ao pagamento de dívida e, ao mesmo tempo, como retribuição ao prejuízo causado ao credor.

Cumpra salientar que a função desse instituto não é a punição e deve ser utilizado em *ultima ratio*, ou seja, quando insuficientes ou ineficazes outras formas processuais, tais como a multa coercitiva e a execução patrimonial civil. O caráter punitivo é previsto no âmbito do Direito Penal, este sim, consubstancia uma resposta estatal à prática de infração penal. Já na prisão civil, o maior objetivo é estabelecer um meio processual eficaz para compelir o devedor a cumprir a obrigação contraída, prevalecendo, independente disso, a obrigação de pagar.

É preciso lembrar que assim como a Constituição Federal garante a liberdade individual, ela também o faz em relação à celeridade e à efetividade da jurisdição brasileira (art. 5º, LXXVIII). Nesse sentido, é necessário balancear o caso concreto e analisar quando seria a melhor aplicação da prisão civil, conforme preceitua Marinoni (2008, p.222):

[...] a dúvida que sua interpretação suscita, qual seja: se ela veda o uso da prisão como meio de coerção indireta ou apenas a prisão por dívida em sentido estrito. A partir daí, verificando-se que a norma aponta para dois direitos fundamentais, isto é, para o direito à efetividade da tutela jurisdicional e para o direito de liberdade, deve ser investigado o que significa dar aplicação a cada um deles. [...] a prisão deve ser permitida quando a multa e as medidas de execução direta não se mostrarem adequadas [...].

A Constituição Federal prevê apenas duas possibilidades de prisão civil e essas exceções são taxativas, permitindo-a apenas nos casos de inadimplência, voluntária e inescusável, de obrigação alimentar e de depositário infiel. Quando a Constituição permitiu esses dois casos de prisão civil, criou a necessidade de normatização infraconstitucional para regulamentar seus casos. Trata-se, portanto, de norma constitucional de eficácia contida, por isso foi criada a lei 5.478/68 (BRASIL, 1968), que dispõe sobre a ação de alimentos, bem como a lei 10.406/2002, conhecida como novo Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002).

### **3 PRISÃO COERCITIVA APOIADA NO ARTIGO 461 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO - CPC**

Alguns estudiosos defendem a possibilidade do uso da prisão civil como forma de coação direta ao destinatário de ordem judicial, com base no artigo 461, § 5º do Código de Processo Civil brasileiro (CPC; BRASIL, 1973).

Estão em confronto direto alguns institutos jurídicos: de um lado a satisfação social do cumprimento de ordem jurídica, a dignidade do poder judiciário, a efetividade jurisdicional, por outro lado, a disponibilidade da liberdade individual, a dignidade individual da pessoa humana, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ou seja, existe uma controvérsia em valores coletivos e valores individuais indisponíveis.

De fato, o artigo 461 do CPC, em seu parágrafo 5º, permite ao juiz a utilização das medidas necessárias para a efetivação da tutela específica. A grande controvérsia está no que diz respeito aos exemplos trazidos pelo mesmo parágrafo citado: multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividades. Há quem defenda que essas medidas são taxativas, entretanto existem outros doutrinadores afirmando que este artigo apenas exemplifica, cabendo ao magistrado aplicar o que lhe convier.

Novamente, não se pode confundir a prisão aqui abordada com a pena de desobediência descrita no artigo 330 do Código Penal (CP; BRASIL, 1941). Este visa punir alguém que desobedece a ordem legal de funcionário público, seja juiz ou não, aquele instituto é meio de execução indireta, forma de coagir alguém a cumprir ordem judicial de forma processual, sem cunho de pena.

O paradigma inicia-se através de interpretações diferentes dos mesmos institutos legais. Na Constituição Federal brasileira, no artigo 5º, inciso LXVII, existe a proibição da prisão civil por dívidas. Por isso, o intérprete deve analisar se existe uma garantia fundamental de cunho constitucional apenas em relação à dívida, ou qualquer espécie de prisão civil (CANOTILHO, 1986, p. 323).

Para Luiz Guilherme Marinoni, grande defensor desse tipo de força jurídica, é possível a utilização da prisão com base na própria Constituição brasileira, na medida em que ela garante a efetividade jurisdicional elevando tal bem jurídico a direito fundamental (MARINONI, 2008, p. 293). Entretanto, esta posição não é majoritária. A maioria dos estudiosos defende que este tipo de medida extrema fere os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade individual, da proporcionalidade e da razoabilidade, e como patronos desta idéia, temos a maioria dos ministros do STF.

Por isso, o posicionamento restritivo da interpretação do artigo mencionado do CPC deve ser obedecido, porque não se deve dar poder ilimitado ao magistrado, pois se assim for irá preponderar a insegurança jurídica e quando se trata da liberdade individual, um erro poderá comprometer a confiabilidade de inúmeros acertos.

#### **4 PRISÃO CIVIL POR INADIMPLÊNCIA ALIMENTAR**

É ponto pacífico que a prisão civil nos casos de inadimplência de prestações alimentícias é uma importante ferramenta coercitiva em relação ao devedor, e plenamente justificável em face da importância da matéria, visto que se trata de assistência familiar e condição essencial à subsistência dela.

Além da prisão civil, existe no Direito Penal o instituto do crime de abandono material, expresso no artigo 244 do Código Penal. Causas similares que, entretanto, possuem objetos tutelados análogos. Como já descrito no caso de crime de abandono material, a prisão é de natureza penal, visa penalizar o ato tipificado como crime, já a prisão civil, nesses casos, é de natureza processual coercitiva, não visa punir e sim forçar o pagamento dos alimentos.

Por outro lado, espera-se do poder judiciário que não transforme a prisão civil em ferramenta banal de cumprimento processual, bem como não cometa injustiças na decretação dessa prisão, já que são muito comuns os casos de prisão pelo motivo em questão. Dessa forma, é necessário que a decisão judicial que decreta a prisão civil seja devidamente fundamentada. O STF tem considerado que “a econômica expressão ‘por inadimplemento alimentar’ não supre a exigência constitucional de um mínimo de fundamentação”, como prescreve a Constituição brasileira em seu artigo 93, inciso IX (BRASIL, 1988). A necessidade e a finalidade da prisão devem vir esclarecidas e justificadas pelo decreto prisional (MENDES, 2009, p. 727).

É importante ressaltar que nos casos práticos, erroneamente, utiliza-se da ferramenta do *habeas corpus*, quando o inadimplente já está preso, mas quer alegar que não possui condições financeiras para o pagamento. Esse meio é inadequado, como preceitua Dias (2007, p. 512):

[...] Havendo dívida, não há como reconhecer a ilegalidade no decreto de prisão que rejeita a justificativa apresentada. Ademais, descabido o exame de matéria de fato na estreita via do pedido de *habeas corpus*. A alegação de eventual nulidade da execução também não comporta alegação por esse meio.

Na circunstância em que existem excessos, é possível a utilização do *habeas corpus*. Um exemplo disso é quando o prazo de 60 dias de prisão é extrapolado, conforme o artigo 19 da lei da ação de alimentos, ou quando o réu é preso mais de uma vez pelo mesmo fato, pela mesma dívida alimentar.

É muito comum, ainda, a utilização concomitante do *habeas corpus* e agravo de instrumento, gerando uma dupla via impugnativa contra uma mesma causa jurídica. Tal fato fere o princípio processual do *ne bis in idem*, o que inibe o tribunal de julgar inúmeras vezes o mesmo fato. Caso similar acontece quando, após a soltura, permanece o réu inadimplente. Neste caso, não há a possibilidade jurídica da decretação da prisão sob a mesma alegação, sendo possível apenas a execução, nos termos do artigo 732 do CPC. Este entendimento está consolidado, inclusive no STF, podendo ser observado nas decisões proferidas através de *habeas corpus* como, por exemplo, o HC 74.663/RJ (DIAS, 2007, p. 512), a seguir descrito, cujo relator foi o Ministro Maurício Correia. Claro que havendo outro inadimplemento, voluntário e inescusável, será possível novo decreto prisional:

EMENTA: "HABEAS CORPUS". EFEITO SUSPENSIVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO: NÃO-CABIMENTO. PENSÃO ALIMENTÍCIA: INADIMPLÊNCIA. PRISÃO CIVIL: DECRETAÇÃO. 1. Não há base legal, no caso, para emprestar-se ao agravo de instrumento efeito suspensivo, quanto ao decreto de prisão civil de devedor de prestação alimentar. Precedente: HC n 50.578 (RTJ 64, págs. 351/353). Conhece-se do "habeas corpus" mas se indefere a ordem. 2. Alimentando que deixa acumular por largo espaço de tempo a cobrança das prestações alimentícias a que tem direito, e só ajuíza a execução quando ultrapassa a dívida a mais de um ano, faz presumir que a verba mensal de alimentos não se tornara tão indispensável para a manutenção do que dela depende. 3. Tendência da jurisprudência no sentido de admitir que somente as últimas três prestações vencidas teriam o caráter estritamente alimentar, ficando nesta hipótese sujeito o alimentante à prisão civil (CPC, artigo 733). 4. As prestações mais velhas anteriores a três meses estariam a ensejar a cobrança por meio de execução, porém sem o constrangimento da decretação da prisão civil, em face de sua feição tipicamente indenizatória (CPC, artigo 722). 5. Se pende de julgamento perante o Tribunal a quo agravo de instrumento em que essa tese é colocada, e nela havendo plausibilidade jurídica de boa consistência doutrinária e jurisprudencial, a prudência indica aguardar-se seja o agravo primeiramente julgado, justificando-se, si et in



quantum, restrinja-se a sanção maior apenas à inexistência do pagamento das últimas três prestações de alimentos já vencidas, até que o respectivo Tribunal sobre esse tema se pronuncie. 6. Concessão do writ ex-officio dentro desses limites. (HC 74663/RJ, STF 2ª turma, Relator Min. Maurício Corrêa, DJ 06-06-1997) (BRASIL, 2010)

No que tange aos alimentos provisionais, é possível também a decretação de prisão civil, fato esse previsto no artigo 733, § 1º, do CPC e sua duração será de um a três meses, diferentemente do que acontece com os alimentos definitivos.

## **5 PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL**

Outra hipótese de prisão civil permitida através de ressalva na Constituição brasileira é a prisão do depositário infiel.

Sempre houve uma lacuna a respeito dessa expressão, cujo papel regulamentar seria da norma infraconstitucional. Nesse caso, a lei que estabelece conceitos e outras características seria o próprio Código Civil brasileiro, em seus artigos 627 a 652. Entretanto, o Decreto-lei nº 911/69 (BRASIL, 1969) criou o que o STF entendeu como “depósito por equiparação”, como se percebe em vários julgamentos de *habeas corpus* que tramitaram pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), tais como o HC 75.904/SP e o HC 71.097/PR (BRASIL, 2009 a):

EMENTA: “Habeas corpus”. - No caso de penhor rural, sob a modalidade de penhor agrícola, como sucede na espécie, não há penhor de coisa fungível (penhor irregular), mas, sim, penhor de coisa tida para o efeito do empenhamento como infungível, o que afasta a questão de se saber se há, ou não, a possibilidade de prisão civil em depósito irregular que é o depósito de coisa fungível assim considerada a coisa empenhada. E por isso mesmo não há poder de disposição da coisa pelo seu proprietário-depositário sem o consentimento do credor, havendo o crime de estelionato em sua modalidade de defraudação de penhor se o devedor pignoratício, quando tem a posse do objeto empenhado, “defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia” (artigo

171, III, do Código Penal), e, no campo civil, cabendo a prisão civil, que é técnica processual de coerção aplicável ao depositário infiel para a execução na ação de depósito. "Habeas corpus" indeferido. (HC 75.904/SP, DJ 25.06.1999, 1ª turma, relator Min. Sepúlveda Pertence)

-----  
-----  
EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E PENAL. PENHOR MERCANTIL DEPOSITO IRREGULAR: COISA FUNGIVEL. DEPOSITARIO INFIEL. PRISÃO. "HABEAS CORPUS": cabimento contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial cível. Alegação de constrangimento ilegal. 1. E cabível pedido de "Habeas Corpus", contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que não conhece de Recurso Especial, se na impetração se alega que dessa decisão, por má interpretação de seus pressupostos (art. 105, I, "a" e "c", da C.F.), resultou constrangimento ilegal à liberdade de locomoção. 2. Compete, originariamente, ao Supremo Tribunal Federal, processar e julgar tal pedido (art. 102, I, "i", da C.F.). 3. "Não nega vigência ao art. 1.280 do C. Civil o entendimento de que a remissão que esse dispositivo faz aos artigos 1.256 e 1.264 do mesmo Código não transforma o depósito irregular em mútuo" (RTJ 95/705). 4. "Uma vez celebrado o penhor mercantil e nomeado depositário para os bens respectivos, a aceitação do encargo faz presumir a tradição dos objetos dados em garantia e a falta de sua entrega caracterizara a infidelidade do depositário, que assim fica sujeito às sanções previstas" (R.T. 476/235). 5. Mesmo em se tratando de depósito de coisa fungível, o depositário infiel pode ter sua prisão decretada. 6. Constrangimento ilegal não caracterizado. 7. "Habeas Corpus" indeferido. (HC 71097, DJ 29.03.1996, 1ª turma, relator Min. Sydney Sanches)

Desde então, começou o debate jurídico a respeito da abrangência da denominação de depositário infiel. Isso, também, em virtude de os contratos de alienação fiduciária, penhor agrícola e penhor mercantil utilizarem-se dessa denominação no caso de inadimplência.

A Lei 8.866/93 (BRASIL, 1993) também tentou introduzir uma nova figura ao depositário infiel. Sendo assim, aquele que tinha obrigação de reter o imposto de renda e não o repassava à União, seria equiparado como tal. Entretanto, não obteve o título de constitucionalidade pelo STF e através da Ação Direta de

Inconstitucionalidade de n.º 1055-7 (BRASIL, 2009b) teve alguns artigos decretados inconstitucionais, e por isso, não é possível a prisão civil nesta situação.

O Supremo Tribunal Federal seguiu a corrente que mesmo havendo necessidade de normatização infraconstitucional não poderia haver uma banalização do legislador, visto que o artigo 5º, LXVII é um princípio que visa à proteção da liberdade individual, excetuando-se dois casos: inadimplemento de prestação alimentar e depositário infiel, portanto, não há possibilidade de ampliação dessa exceção indiscriminadamente pelo legislador, causando constrição dessa liberdade.

Segundo as opiniões de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p. 181), existe desrespeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no emprego estendido desse tipo de prisão. Outro defensor da restrição da prisão civil do depositário infiel é o ministro, Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, 2009, p.733):

Ademais, deve-se ter em conta que 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 (*Übermassverbot*), em sua tríplice configuração: adequação (*Geeingnetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito [...].

Importante observar que o Decreto-lei nº 911/69 (BRASIL, 1969) foi editado pelo ato institucional nº 05 em 1968, período em que o Brasil passava por um regime político que restringia de forma indiscriminada a liberdade individual, sendo assim, seria de se esperar que houvesse previsões de prisão civil de maneira mais ampla.

Então, desde a promulgação da Constituição de 1988, existem debates jurídicos a esse respeito, mas a partir de 2006, o STF iniciou o processo de pacificação do assunto. Isso ocorreu, inicialmente, com o julgamento dos *habeas corpus* n.º 92566 e n.º 87585, principalmente (BRASIL, 2009b).

Muitos doutrinadores defendiam que não existia aplicação do Pacto de San José da Costa Rica<sup>4</sup>, no que diz respeito à proibição da prisão do depo-

---

<sup>4</sup> Neste trabalho temos como referencial para leitura do "Pacto de San José da Costa Rica" a contribuição de Rangel, 2002 ao longo da obra citada "Direito e relações internacionais".

sitário infiel, visto que esse instituto só deveria alcançar os casos em que fosse oriundo de obrigação judicial, nos casos de bens penhorados, por exemplo. Esse entendimento vencido e pacificado pelo STF era seguido por Moraes (2008, p.120):

[...] Nesse sentido, a instrumentalidade do depositário judicial não se faz em função de obrigação jurídica decorrente de contrato ou de interpretação extensiva, mas como depósito necessário no qual a guarda dos bens penhorados objetiva garantir a opção futura do exequente quanto à adjudicação ou hasta pública, o que afastaria a aplicação do citado pacto de São José da Costa Rica.

Em outros *habeas corpus*, decidiu-se pela inadmissibilidade da prisão civil do depositário judicial infiel, como no HC 94.307/RS (BRASIL, 2010 b), seguindo a linha de pensamento predominante na corte desde o julgamento de vários recursos extraordinários neste mesmo sentido, mas o que mais marcou foi o HC 92.566, que por maioria revogou a súmula 619 do STF: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito” (BRASIL, 2009b):

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Inadmissibilidade. Depósito judicial. Depositário infiel. Infidelidade. Ilicitude reconhecida pelo Plenário, que cancelou a súmula 619 (REs nº 349.703 e nº 466.343, e HCs nº 87.585 e nº 92.566). Constrangimento ilegal tipificado. HC concedido de ofício. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (HC 94.307/RS, DJ 07.05.2009, tribunal pleno, relator Min. Cezar Peluzo)

-----

-----

-----

EMENTA: PRISÃO CIVIL - PENHOR RURAL - CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA - BENS - GARANTIA - IMPROPRIEDADE. Ante o ordenamento jurídico pátrio, a prisão civil somente subsiste no caso de descumprimento inescusável de obrigação alimentícia, e não no de depositário considerada a cédula rural pignoratícia. (HC 92566/SP, DJ 04.06.2009, tribunal pleno, relator Min. Marco Aurélio)

## 6 TEORIA MONISTA DE HANS KELSEN

Antes de adentrarmos nas conseqüências do Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil fez parte, e que refuta a prisão do depositário infiel, é necessário perceber do que trata a teoria monista de Hans Kelsen e sua consideração sobre a teoria das hierarquias normativas.

Primeiramente, é preciso observar que Hans Kelsen (KELSEN, 2005) sempre foi uma fonte de pesquisa teórico-jurídica fundamental do pensamento positivista a partir da sua teoria pura do direito, influenciando, conseqüentemente, vários ordenamentos pátrios. Não se pode esquecer ainda, sua contribuição à organização normativa internacional, também fonte do Direito pátrio.

Assim sendo, a legislação internacional também é fonte do Direito brasileiro, seguindo o que sustenta a doutrina positivista quando afirma que uma norma é válida se produzida por uma fonte autorizada, em outros termos, pode remontar a um dos fatos ou atos competentes ou capazes, segundo o ordenamento, de produzir normas jurídicas (BOBBIO, 1995, p. 161).

Não seria surpresa se Kelsen defendesse a teoria monista do Direito Internacional. Essa teoria defende que não existe uma divisão perceptível entre o Direito Internacional e o Direito nacional ou soberano, ou seja, o que prepondera é a unicidade desses ramos do Direito, um não subsiste sem o outro e vice-versa, formando um só ramo de Direito. Isso significa que não há possibilidade de existir uma divisão perceptível entre o ramo do Direito Internacional e do Direito Nacional, até porque, quando um tratado é ratificado pelo estado aquela norma internacional passa a ser norma interna, aderindo, desta forma, ao ordenamento nacional. A diferença seria é que essa norma ratificada seria comum a outras nações.

O ministro Leitão de Abreu, em uma importante decisão, demonstrou afinidade por essa teoria. É mister frisar que esse entendimento foi o que prevaleceu na suprema corte:

[...] A orientação, que defendo, não chega a esse resultado, pois, fiel à regra de que o tratado possui forma de revogação própria, nega que este seja, em sentido próprio, revogado pela lei. Conquanto não revogado pela lei contradiga, a incidência das normas jurídicas constante no tratado é obstada pela aplicação, que os tribunais são obrigados a fazer, das normas legais com aquelas conflitantes. Logo a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão lhe afasta a aplicação [...] (MENDES, 2009, p. 744)

Através da Emenda Constitucional nº 45/2004 (BRASIL, 2004), o legislador tentou solucionar uma questão atinente aos tratados internacionais que versassem sobre direitos humanos. O parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição do Brasil determina que 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. Isso significa que esse tipo de tratado seria parte da própria constituição.

Entretanto, o Pacto de San José da Costa Rica foi ratificado pelo Congresso Nacional e pelo Presidente da República e tornou-se norma infraconstitucional como, por exemplo, uma lei ordinária, mas não foi aprovado como determina o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição, não sendo possível torná-lo equivalente à emenda constitucional.

Isto gerou um grande impasse ao Brasil, pois existiam leis ordinárias, já citadas, que permitiam a prisão do depositário infiel, mas ingressou uma nova ordem legal impossibilitando tal medida.

Segundo Hans Kelsen, os tratados internacionais seriam hierarquicamente superiores em relação às normas nacionais, respeitando a teoria monista.

Em caso de conflito entre uma norma estabelecida de Direito internacional e um estatuto mais recente de Direito nacional, os órgãos do estado não têm, necessariamente, de considerar o estatuto como uma norma válida. É bem possível que os tribunais tenham poder para se recusar a aplicar tal estatuto, exatamente como são competentes às vezes para recusar a aplicar um estatuto inconstitucional. No entanto, no direito positivo existente essa é uma exceção. Portanto, vamos supor, aqui, que os órgãos de estado devem considerar os estatutos válidos, mesmo que sejam contrários ao direito internacional. **O conflito entre uma norma estabelecida de Direito internacional e uma de Direito nacional é um conflito entre uma norma superior e uma inferior** (KELSEN, 2005, p. 527; grifo nosso).

Para solucionar a questão, o Supremo Tribunal Federal, sob a presidência de Gilmar Ferreira Mendes, criou o caráter *supralegal* dos tratados internacionais sobre direitos humanos que não seguissem o rito estabelecido pelo artigo 5º, parágrafo 3º. Isso significa dizer que, segundo esse entendimento, os tratados seriam hierarquicamente superiores às normas infraconstitucionais, tais como as leis complementares e as leis ordinárias, mas abaixo da própria constituição federal.

Deixando de lado qualquer forma de interpretação tradicional, tais como a gramatical, sistemática, histórica, teleológica, ou mesmo o método clássico como, por exemplo, o da subsunção, mas talvez uma nova forma denominada de interpretação pós-positivista, defendida por Luiz Roberto Barroso (AQUINO, 2009, p. 308) que pauta-se não mais em questões técnicas, mas para a própria dimensão existencial da concretização da justiça, esta seria a única forma de justificar a elaboração desta nova teoria, pois não existe nenhum precedente legal.

O grande problema vivenciado é a insegurança jurídica causada pela criação da teoria da *supralegalidade* a partir de uma regra hermenêutica jurídica não convincente, que demonstra mais uma vez que é necessária uma padronização interpretativa para que se possa alcançar uma garantia mínima legislativa e a paz social. Este pensamento é sustentado por Streck (2007, p.110):

[...] A existência de diversos cânones de interpretações – que é agravada pela inexistência de regras que ordenam, hierarquicamente, o seu uso (Alexys), faz com que *esse uso resulte arbitrário*. Esses métodos, diz Grau, funcionam como justificativa para legitimar resultados que o intérprete se propõe a alcançar. Os métodos funcionam, assim, como reserva de recursos de argumentação [...].

É claro que o papel do STF é guardar e fazer valer a Constituição Federal, (artigo 102 da CF). Ao invés disso, esse Tribunal criou uma nova hierarquia legal, impossibilitando, inclusive, que o legislador crie leis para regulamentar o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição que é, claramente, o intuito do constituinte originário, suprimindo a função legislativa que poderia ser exercida a qualquer momento.

## 7 CONSEQUÊNCIA DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

A convenção Americana sobre Direitos Humanos é mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Na verdade, a denominação de pacto não seria a mais apropriada, visto que, normalmente, para acordos internacionais, é utilizada a palavra *tratado*, que genericamente pode ser substituída por outras como: convenções, protocolo, convênio, declaração (CASELLA, 2002, p. 29).

É verdade que alguns tipos de tratado internacional subscritos por pessoas internacionais não geram efeitos de imediato sendo necessária a ratificação pelos seus membros, gerando desta forma eficácia interna no ordenamento jurídico de cada participante. Alguns tratados mencionam a obrigatoriedade de ratificação de cada Estado participante. Isto ocorreu, por exemplo, no Pacto de San José da Costa Rica, no artigo 74, quando expressamente afirma:

1. Esta convenção fica aberta à assinatura e à ratificação ou adesão de todos os Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos.
2. A ratificação desta Convenção ou adesão a ela efetuar-se-á mediante depósito de um instrumento de ratificação ou de adesão na Secretaria-Geral da Organização dos Estados americanos. **Esta Convenção entrará em vigor logo que os onze Estados houverem depositado os seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão** (RANGEL, 2002, p. 741; grifo nosso)

O Brasil ratificou este tratado internacional sem qualquer ressalva através do Congresso Nacional mediante Decreto-legislativo n.º 27 em 1992 (BRASIL, 1992), posteriormente promulgado pelo então Presidente da República através do Decreto 678/92 (BRASIL, 1992).

Atualmente os tratados internacionais que versem sobre assuntos que não sejam sobre direitos humanos são considerados, para efeito de hierarquia normativa, como leis ordinárias de acordo com o artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição brasileira.

Segundo interpretação de Vicente Marotta Rangel (2002, p.721), mesmo havendo determinação expressa nesta convenção impedindo alguém de ser detido por dívidas, não haveria empecilho legal para expedições de mandado de prisão por inadimplemento alimentar, uma vez que, o caráter



valorativo da própria subsistência, no que tange aos alimentos fornecidos pelo alimentante, prepondera sobre o direito de liberdade individual defendido pelo pacto em questão, *in verbis*, em seu artigo 7º: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

A problemática desta questão inicia-se pelo fato de este pacto internacional versar sobre direitos humanos, possuindo uma importância superior aos demais pactos internacionais diversos, importância esta conferida pela própria Constituição Federal em seu artigo 5º, parágrafo 3º. Entretanto, houve uma omissão legislativa, e o dito pacto não foi sabatinado pelo Congresso, como determina este mesmo texto constitucional. Diante desta omissão, iniciou-se uma série de entraves judiciais, interpelando-se pela aplicação do pacto no ordenamento jurídico brasileiro, para impossibilitar a prisão de depositários infieis.

Houve uma tentativa infrutífera de solução desse problema jurídico com a ratificação do Congresso sem qualquer ressalva deste tratado através do decreto-legislativo n.º 27 em 1992, com a aceitação expressa do então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, através do decreto 678/92.

Todas essas tentativas foram ineficazes, uma vez que a Carta Magna determina que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Por isso não era possível aplicar os ditames deste tratado internacional no Brasil e diante do grande número de *Habeas Corpus* e outros processos em relação a este assunto, os tribunais de forma inconsistente começaram a criar interpretações, até que o Supremo Tribunal Federal assumiu a responsabilidade de resolver a aplicação deste instituto internacional.

Conforme já dito, o STF atribuiu a esse tratado o *status* de supralegalidade, significando dizer que, nesse sentido, fica sem aplicação legal a prisão do depositário infiel no Brasil.

Importante frisar que não houve a revogação desse instituto, pois os termos internacionais não revogam a legislação nacional, apenas, nessa situação, houve a impossibilidade de sua aplicação.

Em muitos países, principalmente os europeus, existe a prevalência dos tratados internacionais sobre a própria constituição nacional, exemplo claro disso é a utilização da constituição européia.

No Brasil isso não acontece, visto que este país adota o princípio da supremacia formal e material da constituição sobre todo o ordenamento jurídico, por isso, a saída adotada pelo STF da criação da teoria da suprallegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos, acentua ainda mais a preocupação de muitos doutrinadores em relação aos poderes quase ilimitados desse tribunal.

É fácil notar que, mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal usurpou a função do poder legislativo, visto que a qualquer momento este poderia aprovar o Pacto de San José da Costa Rica no rito previsto na Constituição Federal, acabando com as celeumas sobre o assunto. Talvez em virtude da grande quantidade de *Habeas Corpus* e Recursos Extraordinários sobre este assunto, terminou pressionando o STF que acabou assumindo a tarefa pacificadora, criando um mecanismo original de solução desta problemática.

## **8 CONCLUSÃO**

Percebe-se que a utilização do instituto da prisão civil em âmbito mundial está em desuso e também é repudiado pelas comunidades que primam pelos direitos humanos e pela liberdade individual, claramente expressos através de pactos, acordos e convenções internacionais. A única hipótese ainda aceita é o caso do inadimplente de obrigação alimentar. No Brasil, especificamente, ainda é necessário observar se essa inadimplência foi inescusável e voluntária, justificada pela colisão de valores entre os interesses individuais e os interesses da coletividade, visto que, no caso desse último tipo de dívida, está sujeito à própria instituição familiar, base de todas as civilizações e sociedades.

Observe-se que em virtude das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2009, criou-se uma nova teoria de hierarquia das normas no Brasil, mas continua sendo a Constituição Federal a norma hierarquicamente superior. Equiparando-se à carta magna, encontram-se os tratados sobre direitos humanos que forem aprovados pelo rito do artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal. Logo abaixo dela, advinda com a teoria da suprallegalidade, existem os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e que não forem aprovados, segundo o rito acima mencionado e, por último, as demais normas infraconstitucionais.

Portanto, é impraticável a alteração desse entendimento pelo poder legislativo. Ora, se a Constituição Federal permite a prisão civil do depositário infiel, de acordo com a legislação infraconstitucional, é notório que a constituição deu poderes normativos ao poder legislativo de regulamentar essa problemática, entretanto, atualmente, não é possível normatizar, já que as leis estão abaixo da suprallegalidade. Nem mesmo através de Emenda Constitucional é possível essa mudança, pois o artigo constitucional que versa sobre prisão civil é cláusula pétrea, impossível de sofrer alteração minorativa pelo constituinte derivado.

Mas o que vale saber é que, atualmente, existem três níveis hierárquicos normativos no Brasil: em primeiro lugar, a Constituição Federal e os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos aprovados no rito previsto no artigo 5º, parágrafo 3º; em segundo lugar, os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e que não forem aprovados pelo Congresso Nacional no rito já mencionado; e por último, os demais tratados internacionais e as normas infraconstitucionais, tais como leis ordinárias, leis complementares, leis delegadas, medidas provisórias, dentre outras.

## 9 REFERÊNCIAS

AQUINO, Jorge, **Hermenêutica jurídica**. Rio Grande do Norte: KMP, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. **Código Civil brasileiro de 2002**. Brasília. Senado Federal, 2002.

BRASIL. **Código de Processo Civil brasileiro de 1973**. Brasília. Senado Federal, 1973.

BRASIL. **Código Penal de 1941**. Brasília. Senado Federal, 1941.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n.º 678 de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 27 out. 2010.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei n.º 911 de 1 de outubro de 1969**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm). Acesso em: 27 out. 2010.

BRASIL. Presidência da República. **Emenda Constitucional n.º 45 de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm). Acesso em: 27 out. 2010.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n.º 5.478 de 25 de julho de 1968**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L5478.htm>. Acesso em: 27 out. 2010.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm). Acesso em: 27 out. 2010.

BRASIL. Senado Federal. **Decreto-legislativo n.º 27 de 26 de maio de 1992**. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=136444>>. Acesso em: 27 out. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pesquisa processual**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700182919&pv=000000000000>. Acesso em: 20 fev. 2009 a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo sobre prisão civil**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=prisão%20civil&numero=531&pagina=1&base=INFO>. Acesso em: 20 fev. 2009 b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa processual**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=hc94307&base=baseAcordaos>. Acesso em: 27 out. 2010 b.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1986.

CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme, **Técnica processual e tutelas dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Método: 2008.

RANGEL, Vicente Marotta, **Direito e Relações Internacionais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TALAMINI, Eduardo. Prisão Civil e penal e “execução indireta”. **Revista de Processo Civil**, v. 92, fev. , 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento da sentença**. 24. ed. São Paulo: Leud, 2007.

