

# 11

## A nova pirâmide jurídica: a prisão do depositário infiel vista pelo STF *The new juridical pyramid: the unfaithful trustee prison on the STF view*

CARLOS JOÃO EDUARDO SENGER

Advogado; procurador de Justiça; doutor em Direito, pela Universidad del Museo Social Argentino – UMSA, em Buenos Aires; professor e consultor do curso de Direito da Universidade Municipal de São Caetano do Sul – USCS.

WALLACE C. DIAS

Bacharelado em Direito, pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul – USCS.  
*E-mail para correspondência: wallace-dias@superig.com.br*

### RESUMO

A pirâmide jurídica, proposta na obra de Hans Kelsen, recebeu um novo patamar a partir do julgamento sobre prisão do depositário infiel. O Supremo Tribunal Federal refez sua posição clássica de escalonar os tratados internacionais como lei ordinária, de sorte que, na visão hodierna, os pactos de direitos humanos merecem um *status supralegal*, posição esta não prevista pelo constituinte de 1988. Neste trabalho, serão estudados os reflexos desta decisão e como ela pode alterar o Direito como um todo, seja na esfera internacional, seja na nacional.

**Palavras-chave:** direitos humanos, depositário infiel, pirâmide jurídica.

### ABSTRACT

The juridical pyramid proposal in the work of Hans Kelsen received a new level from the trial on arresting of an unfaithful trustee. The Supreme Court has remade his classic position to scale the international treaties and statutory law, in view of today's human rights pacts worth a supra-status, position not foreseen for the constituent in 1988. This work will study the consequences of this decision and how it can alter the law as a whole, within the international or national sphere.

**Keywords:** human rights, unfaithful trustee, juridical pyramid.

## 1. HISTÓRICO DO CASO

O caso estudado por este trabalho é especificamente o *Habeas Corpus* n. 87.585-8/TO, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio de Mello, que foi julgado em 03/12/2008, representando verdadeira inovação no Direito brasileiro.

O processo refere-se à legitimidade da prisão do depositário infiel, positivada pelo Código Penal no inciso III do parágrafo 1º do artigo 168. O referido Código, em vigor desde a década de 1940, estabelece a pena de reclusão de um a quatro anos e multa.

Em 1988, com o advento da Constituição cidadã, novamente destacou-se a possibilidade da prisão do depositário infiel. Aliás, impende destacar que isto ocorre sob amparo de **cláusula pétrea**, vez que é no artigo 5º, inciso LXVII, que se encontra a positivação, *in verbis*: “**não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel**” (grifou-se).

O egrégio Superior Tribunal Federal já havia se posicionado em matéria sumulada de número 619, constatando que: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

Os tribunais estaduais também conferiam vigência e eficácia à prisão do depositário, pois nada obstava a aplicação da pena tão bem fixada nos ordenamentos nacionais e amplamente aceita pelos juristas à época.

Quando tudo indicava pacificação do tema em aceitar a prisão do depositário infiel, perfez-se conflito normativo quando o Brasil ratificou o Pacto de São José da Costa Rica (ou Convenção Americana de Direitos Humanos) pelo Decreto n. 678/92. Tal pacto tornou expressamente defesa a prisão por dívida, apenas permitindo no caso de pensão alimentícia:

Artigo 7º

(...)

7 – Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar<sup>1</sup>.

Poucos anos depois da ratificação, em 1997, o pacto já gerava efeitos na jurisprudência. O Tribunal de Justiça de São Paulo, 7ª Câmara de Direito Público, julgou o *Habeas Corpus* n. 059.816-5/9-00, tendo como relator o Desembargador Barreto Fonseca, e por votação unânime proferiu a seguinte ementa: “Em face da

<sup>1</sup> Disponível em: <[http://www2.mre.gov.br/dai/m\\_678\\_1992.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/m_678_1992.htm)>. Acesso em: 21 de outubro de 2009.

adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica, não subsiste mais a prisão civil de depositário infiel”<sup>2</sup>.

Os íncritos desembargadores do julgado entenderam que o referido pacto havia obstado tacitamente o instrumento normativo constitucional que declarava a prisão civil do depositário.

Apesar de não haver manifestação expressa sobre a recepção do pacto como parte integrante da Constituição, há indícios disso quando se trata do artigo 5º, LXVII: “É que no *caput* do artigo estão declaradas garantias constitucionais mínimas, que podem ser ampliadas por tratados constitucionais (parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição da República)”<sup>3</sup>.

A jurisprudência caminhava no entendimento de o pacto ter força constitucional, aceitando-no como parte integrante do rol das garantias individuais tuteladas por cláusulas pétreas, porém um novo fato incidiria no tema. Mais adiante, no ano de 2004, atribulando ainda mais a já tormentosa questão, o Congresso, por meio de Emenda Constitucional n. 45, redefiniu o artigo 5º da Constituição, acrescentando-lhe o parágrafo 3º. Tal parágrafo permitiu força constitucional a todo tratado de direito humano aprovado em votação de 3/5 de ambas as Casas Legislativas.

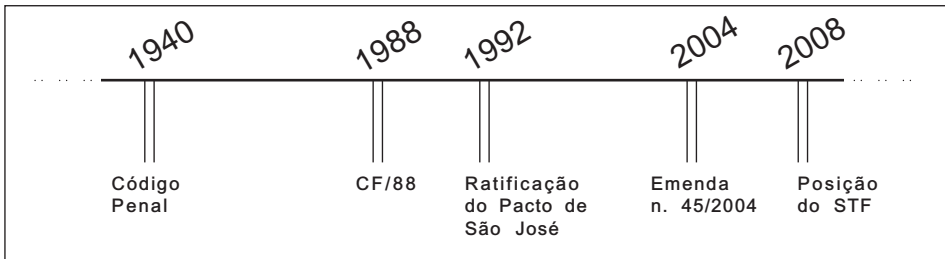
Por certo que o Pacto de São José da Costa Rica não havia sido votado nestes termos; contudo, ele já recebia os benefícios da aplicação assegurada pelo parágrafo 2º do mesmo artigo constitucional. Estaria tal pacto escalonado como norma constitucional pelo parágrafo 2º ou, por uma interpretação sistemática, só com aprovação do Congresso adquiriria tamanha força? A Emenda n. 45 poderia afetar a vigência constitucional de pacto constituído outrora?

Estas são questões de direito que tornaram ainda mais complexa a prisão do depositário infiel, de tal modo que a submeteram até o grau máximo de jurisdição nacional, o Supremo Tribunal, protetor dos elementos constitucionais com repercussão geral. Já era chegada a hora de uma definição concreta delimitar os ditames do Pacto de São José da Costa Rica.

Um tema de tanta relevância clamava por pacificação, de maneira que não é mera coincidência o fato de a doutrina posicionar-se e observar atentamente o resultado que traria a concepção do Supremo. Os institutos do Direito internacional e direitos humanos estavam em avaliação. Estes elementos enfrentados pelo Supremo foram transcritos em linha temporal para melhor didática:

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1307348>>. Acesso em: 31 de setembro de 2009.

<sup>3</sup> HC n. 059.816-5/9-00. Rel. Desembargador Barreto Fonseca, julgado em 03/11/1997.



Com facilidade, nota-se quão complexo foi o julgado, que teve a missão de definir um conjunto de abordagens jurídicas das mais diversas áreas: Direito Constitucional, Internacional, Penal, Civil e, até mesmo, Filosofia e Teoria Geral do Direito.

De maneira resumida, pode-se afirmar que os caminhos dos votos cruzaram os aspectos jurídicos descritos abaixo.

- a) Prevalência de norma: Direito nacional x Direito internacional.
- b) Eficácia de normas constitucionais (plena ou limitada).
- c) Hermenêutica constitucional do inciso LXVII do artigo 5º e parágrafos.
- d) Escalonamento de normas na pirâmide kelseniana<sup>4</sup>.
- e) Valores dos direitos humanos.
- f) Direito comparado.

## 2. O PACTO NO ORDENAMENTO NACIONAL

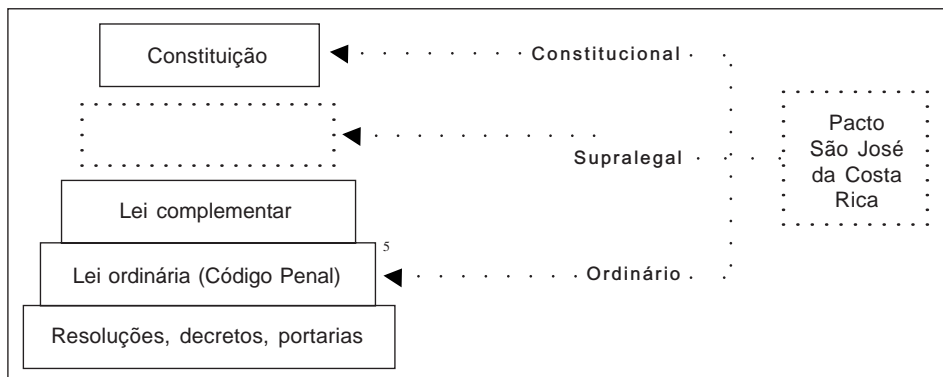
Diante da ratificação, em 1992, é refutável questionar sobre a inclusão do Pacto de São José da Costa Rica no Direito brasileiro. A problemática está em qual escala do Direito nacional encontra-se este instrumento, ou seja, não se questiona **se** ele faz parte, mas **como** faz parte.

O Supremo defendeu, na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 1.480-3/DF, a paridade dos pactos com leis ordinárias, mantendo-as como normas igualmente escalonadas. Todavia, no julgamento focado por este trabalho, os ministros estudaram duas posições totalmente diversas para o Pacto de São José:

<sup>4</sup> Hans Kelsen não utilizava a expressão “pirâmide” em sua teoria. Aqui, fez-se uso do termo de maneira puramente pragmática.

- a) com força constitucional imediata, pelos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da CF;
- b) com força supralegal, em virtude de não ter sido votado nos termos do parágrafo 3º do artigo 5º da CF, podendo, contudo, tornar-se constitucional caso esta votação seja feita.

Abandonou-se, desta forma, para os instrumentos internacionais de direitos humanos, a clássica posição de que os tratados são leis ordinárias. Posição esta que seria a terceira hipótese não defendida no julgado, como se demonstra abaixo na pirâmide jurídica:



A figura acima demonstra as possíveis soluções para escalonar o pacto, das quais prevaleceu a inovadora tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes: classificá-lo como supralegal. Assim, cria-se um novo “degrau” que supera as leis, mas não alcança o salutar título de norma constitucional até que seja votado como emenda.

No curso do processo, o Ministro Gilmar Mendes frisou que, caso os pactos tornem-se dispositivos impreterivelmente com força constitucional, haveria o risco de “revogação de normas constitucionais com o advento dos tratados”<sup>6</sup>. O referido jurista destacou, também, que seria trabalhoso definir quando a Constituição absorveu ou não o instrumento internacional: “(...) fico a imaginar a confusão, diria até a babel que nós poderíamos instaurar. Primeiro, com a pergunta sobre se determinado tratado é tratado de direitos humanos (...)”<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Nem todos os doutrinadores aceitam a supremacia da lei complementar sobre a ordinária. Para estes, ambas estão no mesmo patamar, em igualdade.

<sup>6</sup> HC n. 87.585/TO. Rel. Ministro Marco Aurélio de Mello, julgado no dia 03/12/2008, publicado no dia 26/06/2009.

<sup>7</sup> *Idem*.

Por outro lado, o Ministro Celso de Mello, defensor da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, argumentava que o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal é “(...) – verdadeira cláusula geral de recepção – autoriza o reconhecimento de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia constitucional (...)”<sup>8</sup>. Além disso, destacava, também, que, na dúvida de classificação e aplicação dos tratados humanos, sob a perspectiva hermenêutica, “valorizar-se-á o sistema de proteção aos direitos humanos (...)”<sup>9</sup>, conferindo, desta forma, força de norma constitucional.

O Ministro Sepúlveda Pertence lembrou, em ocasião oportuna, que o egrégio Supremo estaria por refazer sua posição quando disse: “Temos decisões posteriores à ratificação do Pacto San José, insistindo na legitimidade da prisão”<sup>10</sup>.

Inquestionavelmente um empecilho obstará a solução do Ministro Gilmar Mendes: o pacto em questão, enquanto supralegal, está acima do Código Penal; contudo, ainda submete-se à Constituição (que autoriza a prisão do depositário infiel). Como, então, não o tornar inconstitucional? Isto é o que demonstra o próximo item deste trabalho, trazendo a solução do próprio ministro para o caso.

### 3. EFICÁCIA DO ARTIGO 5º, INCISO LXVII, DA CONSTITUIÇÃO

Antes de verificar a argumentação para resolver o conflito do Pacto de São José da Costa Rica com a Constituição, é preciso observar a diferença entre vigência e eficácia.

O tema não é moderno: a diferença entre vigência e eficácia encontrou grande teorização com o célebre Hans Kelsen. Este jurista (KELSEN, 2006) definia a vigência como a existência formal da lei dentro do ordenamento jurídico, enquanto que a eficácia era a existência fundada na aplicabilidade concreta das leis. Segundo ele:

Como vigência da norma pertence à ordem do dever-ser e não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos<sup>11</sup>.

Assim sendo, a vigência relaciona-se com o conflito normativo constitucional; já a eficácia, ao fiel cumprimento e vontade de aplicação normativa. Entretanto, é

<sup>8</sup> HC n. 87.585/TO. Rel. Ministro Marco Aurélio de Mello, julgado no dia 03/12/2008, publicado no dia 26/06/2009.

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. p. 11.

errado imaginar que basta a vigência para a norma ser válida; para isto, é necessário que, além de obedecer às exigências formais da lei, esta contenha, no mínimo, certa eficácia, de maneira que não seja letra morta válida tão somente na abstração. Este foi o fato atestado por Kelsen (2006):

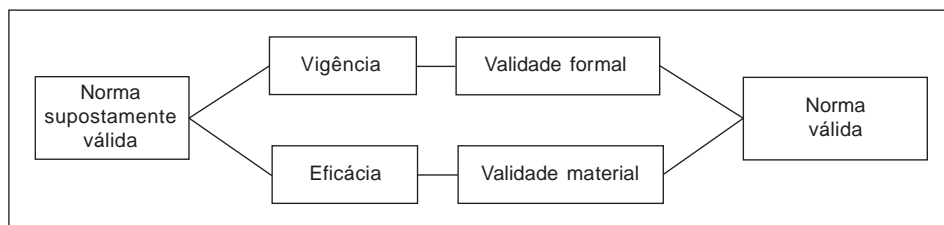
Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que – como costuma dizer-se – não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente)<sup>12</sup>.

Já para Miguel Reale, a norma possui três elementos: **validade formal** ou **técnico-jurídica** (vigência), **validade social** (eficácia) e **validade ética** (fundamento da norma)<sup>13</sup>.

A parte técnica formal da norma é definida por agente competente para legislar (*e.g.* norma federal), pela competência material (*e.g.* norma de trânsito), bem como pela legitimidade de procedimento (*e.g.* votação em quórum de 3/5)<sup>14</sup>. Cumpridos estes três pressupostos, a norma é válida no plano de vigência.

Este insigne jurista brasileiro, embora de doutrina tridimensionalista, coadunou-se com Kelsen na importância da eficácia, dizendo de forma semelhante a ele: “O certo é, porém, que não há norma jurídica sem um mínimo de eficácia, de execução no seio do grupo”<sup>15</sup>.

Quando se estudam normas, é preciso estar atento para ambos os elementos – os dois possuem igual importância para o jurista, obviamente que o sociólogo está mais próximo da eficácia na medida em que o jurista está da vigência; contudo, só por meio de um mutualismo científico pode-se estruturar a validade da norma. Perfazendo de maneira mais visualizável estas ideias defendidas por Reale e Kelsen, poder-se-ia estruturá-las no seguinte esquema:



<sup>12</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. p. 12.

<sup>13</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. p. 105.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 113.

O caso aqui estudado, referente ao Pacto de São José da Costa Rica, é de matéria constitucional. Tais normas não costumam enfrentar problemas de vigência, vez que são de escalonamento mais alto; estando no topo da pirâmide jurídica, só podem conflitar com outras normas constitucionais.

No plano constitucional, as normas possuem a máxima vigência (constituem o topo da pirâmide), porém apresentam diversos tipos de eficácia. Esta divisão dos tipos de eficácia não é matéria pacífica porquanto José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos e Maria Helena Diniz formularam teorias diferentes de classificação<sup>16</sup>.

Insta dizer que a divisão de José Afonso da Silva (2002) é mais utilizada e conhecida, inclusive pelo Superior Tribunal Federal em julgamento do Mandado de Injunção n. 438-2-GO, publicado no DJU, em 16 de agosto de 1995<sup>17</sup>. Esta divisão é feita da seguinte forma<sup>18</sup>:

- a) **normas de eficácia plena:** autoaplicáveis, efeitos imediatos;
- b) **normas de eficácia limitada:** sem eficácia até regulamentação infraconstitucional posterior;
- c) **normas de eficácia contida:** sujeitas às restrições de aplicabilidade por meio de norma infraconstitucional.

Estas informações foram essenciais para o Supremo Tribunal Federal caracterizar a suprallegalidade do Pacto de São José da Costa Rica sem gerar conflito com o artigo 5º, LVXII, da Constituição.

Caracterizando o artigo 5º, LVXII, como norma de eficácia limitada, entendeu o Ministro Marco Aurélio de Mello que o legislador regulou a prisão civil do depositário infiel de forma permissiva e não vinculada, ou seja, permitiu à norma infraconstitucional tornar crime o depositário infiel, mas apenas se desejasse, pois é ato discricionário.

O Pacto de São José agora proíbe tornar eficaz a prisão civil por meio do Código Penal; contudo, não proíbe a Constituição de autorizá-lo. A prisão do depositário é vigente na Constituição, mas sem eficácia por não contar com norma infraconstitucional que torne possível a pena. Sendo o Código Penal lei ordinária, o pacto proíbe os seus dispositivos contrários.

<sup>16</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de Direito Constitucional*. p. 18-24.

<sup>17</sup> Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(4382.NUME.%20OU%204382.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(4382.NUME.%20OU%204382.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 23 de agosto de 2009.

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Revista dos Tribunais, p. 89-91.



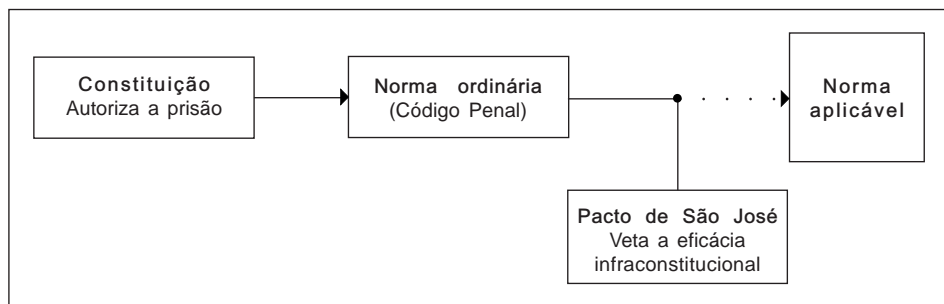
Manifestou-se, neste sentido, o Ministro Marco Aurélio de Mello, valendo-se da teoria da eficácia das normas para que o Pacto de São José, mesmo estando abaixo da Constituição, tenha efeitos jurídicos plenos. Segundo ele: “(...) a Constituição Federal continua a prever a possibilidade (...). Só que esta norma, para ter eficácia e concretude, depende da regulamentação da prisão, inclusive quanto ao instrumental, para alcançar-se esta mesma prisão”<sup>19</sup>.

O Ministro Celso de Mello, em análise hermenêutica da intenção do legislador, definiu que a eficácia infraconstitucional da pena é discricionária ao legislador:

Na realidade, as exceções à cláusula vedatória da prisão civil por dívida devem ser compreendidas como um afastamento pontual da interdição constitucional dessa modalidade extraordinária de coerção, em ordem a facultar, ao legislador comum, a criação desse meio instrumental nos casos de inadimplemento voluntário e justificável de obrigação alimentar e de infidelidade depositária<sup>20</sup>.

E também frisou, em concordância com o Ministro Marco Aurélio de Mello, que “(...) a regra inscrita no inciso LXVII do artigo 5º da Constituição não tem aplicabilidade direta, dependendo, ao contrário, da intervenção concretizadora do legislador (...)”<sup>21</sup>.

Em síntese, o Pacto de São José não impede que a Constituição autorize, mas impede que norma ordinária torne aplicável a prisão, incidindo no momento em que o Código Penal concederia eficácia, e não quando a Constituição permitiu. Por estar acima da lei ordinária, o referido pacto tem poder de intervir na aplicação do Código Penal, mas jamais poderia fazer isto no texto constitucional. O procedimento ocorre, portanto, desta forma:



<sup>19</sup> HC n. 87.585/TO. Rel. Ministro Marco Aurélio de Mello, julgado no dia 03/12/2008, publicado no dia 26/06/2009.

<sup>20</sup> *Idem.*

<sup>21</sup> *Idem.*

#### 4. A CONSEQUÊNCIA DO JULGAMENTO (NOVOS VALORES)

Os direitos humanos, que já foram e ainda hoje são negados por muitos juristas, consistem numa destas questões tão complexas que retornam quando se presume já estarem superadas.

Michel Villey, jurista francês, lutou arduamente contra o conceito de direito humano. Chegou até mesmo a dizer que “o aparecimento dos direitos humanos atesta a decomposição do conceito do direito”<sup>22</sup>. Mais adiante, confirmando esta posição, ressaltou-a com mais vigor, condenando: “Esses não juristas, que foram os inventores dos direitos humanos, sacrificaram-lhe a justiça, sacrificaram o direito”<sup>23</sup>.

Desde os jusnaturalistas, há uma luta para listar os direitos inerentes do homem, aqueles que o acompanham enquanto ser existente, e não somente na qualidade de cidadão – valores que constituem a supremacia da racionalidade e do amor e preocupação ao próximo.

O problema foi encontrar uma paridade de direitos: o homem não é o mesmo em todos os tempos e em todos os espaços. A ideia de normas transcendentais, que parecia uma falácia coberta por argumentos sofismáveis, sofreu inúmeras críticas de Kelsen: “Os seus representantes não proclamam um único Direito natural, mas vários Direitos naturais, muito diversos entre si e contraditórios uns com os outros”<sup>24</sup>.

Cada vez mais, via-se a impossibilidade de atingir um direito do homem. Este é ser biologicamente constituído como tal, enquanto que o Direito apresenta maior interesse no cidadão, ou seja, no indivíduo juridicamente vinculado a algum preceito normativo. Alegou, de forma semelhante à Kelsen, o jurista francês Villey (2008):

Ó medicamento admirável! – capaz de tudo curar, até as doenças que ele mesmo produziu! Manipulados por Hobbes, os direitos do homem são uma arma contra anarquia, para a instauração do absolutismo; por Locke, um remédio contra o absolutismo, para a instauração do liberalismo; quando se revelam os malefícios do liberalismo, foram a justificação dos regimes totalitários e dos hospitais psiquiátricos<sup>25</sup>.

Talvez não existam os “direitos” humanos, mas valores internacionais existem, conforme o próprio Villey confessou<sup>26</sup>. Transformados em pactos, eles possuem uma maior aplicabilidade, são positivados, recebem eficácia e vigência no ordenamento.

<sup>22</sup> VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. p. 163.

<sup>23</sup> *Idem*. p. 164.

<sup>24</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. p. 245.

<sup>25</sup> VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. p. 162.

<sup>26</sup> *Ibidem*. p. 94.

O Pacto de São José da Costa Rica trouxe para o Direito nacional novos valores que não só auxiliaram o constituinte (pois o pacto é anterior à Constituição), como também alterou toda a ideia clássica da pirâmide kelseniana.

O Supremo Tribunal Federal convenceu-se da relevância do pacto em questão quando o escalonou em nível totalmente novo: a supralegalidade, em outras palavras, aquilo que não é constitucional por vigência, mas com tão grande eficácia axiológica que supera as leis comuns.

Os instrumentos internacionais de direitos humanos demonstram iniciar o caminho indireto para o constitucionalismo mundial proposto por Luigi Ferrajoli (2007)<sup>27</sup>, célebre jurista italiano. Na medida em que constituições são revistas para melhor se adequarem aos valores formalizados pelos pactos, tem-se uma inversão na antiga ordem social: a sacramental soberania interna, que era comumente defendida no século XVIII, está enfraquecendo e cedendo espaço para uma soberania factual-valorativa internacional.

A prisão do depositário infiel gera muitas suscitações não apenas nas mais altas cortes, mas em todo o Judiciário nacional. A doutrina debruça sobre o tema: Álvaro Villaça Azevedo (1993), por exemplo, criticou a efetividade da prisão civil<sup>28</sup>, mesmo ressaltando o poder intimidatório que exerce.

Em que pesem os benefícios advindos, a interpretação da Suprema Corte não foi totalmente recepcionada nos círculos acadêmicos. O jurista Ingo Wolfgang Sarlet, durante uma palestra do XXIX Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, disse que: “A prevalência da Constituição possibilitaria a prisão. Nesse caso, o Supremo está afirmando a supraconstitucionalidade dos tratados”<sup>29</sup>.

Este jurista acredita que o Supremo esvaziou o poder infraconstitucional, impedindo-o de receber um poder regulamentar que a Constituição emitiu. Disse, ainda, que esta decisão foi política porquanto o STF alargou a competência quando não tornou o pacto um dispositivo com força constitucional (permitindo ao STJ também julgar tais casos)<sup>30</sup>.

Outros doutrinadores argumentam que a vedação do pacto não atinge todo tipo de depositário infiel, mas tão somente os oriundos de alienação fiduciária. De encontro a isso, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proferiu em ementa: “(...)

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno. passim.*

<sup>28</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão por dívida.* p. 159-160.

<sup>29</sup> Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-11/constitucionalista-questiona-proibicao-prisao-depositario-infiel>>. Acesso em: 29 de setembro de 2009.

<sup>30</sup> *Idem.*

Porém, tendo o STF estendido a vedação constitucional à hipótese de infidelidade no depósito de bens, **inclusive** nos casos de alienação fiduciária (...)”<sup>31</sup>. Notadamente, ao valer-se da palavra “inclusive”, o Tribunal do Rio de Janeiro incluiu todos os casos de depósito infiel, e não apenas os de alienação fiduciária.

A jurisprudência cada vez mais se mostra inclinada a aceitar a posição do STF, e o mesmo tribunal tornou explícita a concordância em outra ementa:

*Habeas Corpus*. Decreto de prisão de depositário infiel. Inadmissibilidade. Entendimento do Supremo Tribunal Federal. Concessão da ordem<sup>32</sup>.

A tendência é que, devido à grande aceitação do Pacto de São José, o Congresso convoque votação para conferir-lhe força constitucional, elevando ainda a importância dos pactos no Direito brasileiro e resolvendo de vez certas dúvidas que ainda existem.

## 5. CONCLUSÃO

Em suma, O Pacto de São José foi mais do que recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ele foi valorizado, posto em posição extremamente vantajosa, ainda que não atinja o ápice da constitucionalidade.

A decisão do acórdão conferiu grande aplicabilidade para os instrumentos internacionais, configurando verdadeira segurança jurídica para a assinatura destes. Além disto, reestruturou o escalonamento normativo, reavaliou os valores clássicos da jurisprudência e, até mesmo, refez o posicionamento da Suprema Corte.

Não se pode, contudo, escusar-se de destacar os problemas que permanecem: se os tratados de direitos humanos são supralegais, qual é o critério para caracterizar um tratado como sendo **de direito humano**? Tal controle será feito de forma discricionária pelo Judiciário até que o Supremo defina-se sobre a matéria? É mesmo possível confirmar a existência de direitos humanos? Estaria o STF atestando que há jusnaturalismo, vez que aceita o termo “direitos humanos” e até utiliza-o?

A questão propedêutica de o Direito provir da razão humana ou das normas estatais, ou melhor, do jusnaturalismo contra o positivismo não terminou e está longe de terminar. Contudo, é inegável perceber que o positivismo está perdendo a sua força, que possuía desde o início do século XX.

<sup>31</sup> TJ-RJ. Apelação n. 2009.001.48179. Rel. Paulo Maurício Pereira. Julgado em 23/09/2009.

<sup>32</sup> TJ-RJ. HC n. 2009.144.00302. Rel. Antonio Carlos Esteves Torres. Julgado dia 13/10/2009.

Os tempos hodiernos revelam que o constitucionalismo não é tão inflexível; aliás, sequer é sinônimo de normativismo. Os valores conduzem o Judiciário atual de tal forma que os pactos de direitos humanos receberam força superior à própria norma interna do país, àquela elaborada na Casa Legislativa do povo e dos Estados-membros.

Há, de fato, a possibilidade de que, fortificando os valores comuns das nações, torna-se tangível uma norma mundial geral, uma constituição das constituições (nas linhas de Ferrajoli). Por certo que este é um tema futuro, mas o caminho já mostra sinais de possibilidade.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão civil por dívida*. São Paulo: RT, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Milenium, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed., ajustado ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

VILLEY, Michael. *O Direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

