

Direitos fundamentais e o depositário infiel

Evolução jurisprudencial

Eduardo Biacchi Gomes e Paulo C. Coen

Sumário

1. Introdução. 2. Histórico da figura do depositário infiel e o direito comparado. 2.1. Roma. 2.2. Fidúcia germânica. 2.3. Fidúcia no modelo inglês. 3. Fidúcia e prisão do depositário infiel no Brasil. 3.1. Entendimento doutrinário e jurisprudencial em nosso ordenamento jurídico. 4. Posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal e a proteção aos direitos fundamentais. 5. Considerações finais.

1. Introdução

A prisão civil por dívida, extinta pelos romanos no século V a.C., com a revogação da Lei *Paetalia Papiria*, sempre ensejou grande debate, tanto doutrinário como jurisprudencial, notadamente quando se examina a questão à luz dos tratados de Direitos Humanos.

Ao efetuar uma análise superficial de nossa Constituição Federal de 1988, poder-se-ia concluir que o artigo 5º, inciso LXVII, autorizaria a prisão do depositário infiel:

“Art. 5º

LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Por outro lado, a Convenção Americana de Direitos Humanos, o *Pacto de São José da Costa Rica*, 1969 (Decreto Legislativo 27, de 26.05.1992, e promulgada pelo presidente

Eduardo Biacchi Gomes é Pós-Doutor em Estudos Culturais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade de Barcelona. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, Professor de Direito Internacional da UniBrasil, Facinter e PUCPR.

Paulo C. Coen é Professor de Direito Penal, Processual Penal, Criminologia e Medicina Legal em graduação da UniBrasil, Fac. Dom Bosco, UniFAE, FaPar, e Técnica Pericial, em pós-graduação, da Fac. CBES.

por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992), dispõe em seu artigo 7º, item 7, que:

“Art. 7º - Direito à Liberdade Pessoal
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”.

Antes da Convenção Americana, já existia outro instrumento internacional protetivo dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, ratificado pelo Brasil, em 24 de janeiro de 1992, aprovado pelo Legislativo, mediante Decreto Legislativo nº 226/91, e integrado à legislação interna pelo Decreto presidencial nº 592, de 6 de julho de 1992, assim disposto:

“Artigo 11º

Ninguém pode ser aprisionado pela única razão de que não está em situação de executar uma obrigação contratual”.

Em nosso ordenamento jurídico, o parágrafo 2º, artigo 5º, da Constituição deve ser interpretado como verdadeira cláusula aberta de recepção dos Tratados de Direitos Humanos e, de acordo com o parágrafo primeiro do mesmo artigo, uma vez ratificados, possuem aplicabilidade imediata.

A questão da paridade entre Tratados de Direitos Humanos e Constituição veio a ser reforçada com a redação da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que inseriu o parágrafo 3º no artigo 5º da nossa Constituição:

“Art. 5º

§ 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”.

Muito embora, conforme será examinado adiante, a melhor doutrina sempre

tenha defendido a posição de que os tratados de direitos humanos possuem grau de hierarquia constitucional, esse não era o entendimento majoritário de nossos tribunais, que conferiam aos referidos tratados o grau de hierarquia infra-constitucional, equiparando-os às leis ordinárias, de forma a justificar a prisão do depositário infiel.

A efetividade conferida aos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal, e a sua evolução jurisprudencial, é tema deste artigo.

2. Histórico da figura do depositário infiel e o direito comparado

2.1. Roma

Fiducia em latim significa confiança. O termo é observado na Lei das XII Tábuas, a representar *lealdade e honestidade* entre o credor fiduciário e o devedor fiduciante.

No Direito Romano, o devedor respondia por seus débitos com sua vida e liberdade. O patrimônio material veio a substituir esses bens jurídicos posteriormente, por influência do cristianismo (OLIVEIRA, 2003, p. 3-6).

Cabe mencionar, a partir do *contractus*, as figuras da *fiducia cum amico* e da *fiducia cum creditore*.

Como explica José Carlos Moreira Alves (1998 apud FELICIANO, 1999, p. 17), a *fidúcia romana* era o contrato pelo qual o devedor fiduciante recebia do credor fiduciário a propriedade sobre coisa infungível mediante um *contrato real bilateral imperfeito*; real, pois as obrigações decorriam da tradição (entrega do bem); imperfeito, pois as obrigações das partes não eram equivalentes. O devedor deveria confiar na boa-fé do credor para reaver a coisa, conforme descrito abaixo.

Em Roma existiam três formas de garantias reais: o *pignus datum*, o *pignus obligatum* ou *hypotheca* e a *fiducia cum creditore* (FELICIANO, 1999, p. 19). No primeiro ocorre desapossamento da coisa em detrimento do devedor, que não ocorria na *hypotheca*.

Diversamente do que ocorre na atualidade, o objeto de ambos podia ser coisa móvel ou imóvel.

O terceiro instituto, a fidúcia, não constituía direito real sobre coisa *alheia*, pois o direito do credor sobre a coisa era de *propriedade*. O devedor podia ser privado do uso da coisa, a não ser que credor e devedor concordassem que a coisa poderia continuar na posse do devedor a título precário (Idem, p. 20).

A *fiducia cum creditore* é tida como a forma de garantia real mais primitiva em Roma, e a que mais se assemelha à alienação fiduciária em garantia da atualidade.

Para o devedor, apresentava o inconveniente da transferência da propriedade da coisa ao credor; dessa forma, só poderia fruir plenamente do objeto do negócio quando se extinguisse totalmente o débito.

Em Roma no decorrer dos séculos IV e V d.C., a fidúcia foi deixada em segundo plano, privilegiando-se a hipoteca, vez que essa atendia melhor os requisitos da tutela do crédito: conciliar a proteção dos direitos do credor com o mínimo de inconvenientes para o devedor (Ibidem).

Essa preferência se justificava para o devedor, pois, na fidúcia, deveria transferir a propriedade do bem para o credor, não podendo dele fruir totalmente enquanto não extinguisse totalmente o débito; ademais, conforme já citado, dependia da boa-fé do credor para reaver a coisa, pois não dispunha de *actio* para compeli-lo a restituir.

Para o credor também havia inconvenientes na fidúcia, pois, à época, o devedor podia obter a propriedade do bem mediante usucapião (*usureceptio ex fiducia*) após um ano de posse. Isso podia ser remediado se credor e devedor concordassem que a coisa se mantivesse na posse do devedor a título precário ou de locação (FELICIANO, 1999, p. 21).

Para o devedor não havia solução adequada, motivo pelo qual a fidúcia teve seu uso restrito.

Havia ainda a chamada *fiducia cum amico*, que, nas comunidades romanas, era empregada como complemento ou substitutivo do comodato ou do depósito.

Cabe distinguir que o *depositário* só detém a coisa, não podendo utilizá-la sem incorrer em furto de uso; por sua vez, o *comodatário* é um detentor que pode utilizar a coisa nos termos ajustados em contrato até ser solicitada a devolução (Idem, p. 24,25).

Em virtude dos inconvenientes mencionados, em Roma a fidúcia caiu em desuso, desaparecendo por completo da legislação de Justiniano, como transcreve Otto de Souza Lima (1959 apud FELICIANO, 1999, p. 64): “L’indice più significativo di tale decadenza si há nel fatto che la legislazione imperiale postclassica si desinteressa del regolamento dell’instituto.”.

2.2. Fidúcia germânica

No direito germânico verifica-se, como fonte característica até o século XVI, o costume, dada a desconfiança nítida em relação ao *jus scriptum*. Até a Idade Média, poucas leis existiam, mas houve a recepção do direito romano. Coexistiam, portanto, entre o povo germânico seus institutos típicos e outros de influência romana, entre eles a *fidúcia* (FELICIANO, 1999, p. 64,65).

É no *penhor da propriedade* que se encontram, no direito germânico, traços característicos da transmissão fiduciária romana. O devedor transferia ao credor a propriedade da coisa. A venda, concretizada pela *carta venditionis*, era acompanhada de um pacto de restituição, a *contracarta* (CHALHUB, 2000, p. 17-19). Havia ainda duas figuras intermediárias relevantes, o *manusfidelis* e o *salmann*.

O primeiro, pessoa de confiança que transmitiria um patrimônio ao beneficiário, praticaria atos de liberalidade, o que parecia o ressurgimento da *fiducia cum amico*.

O segundo era um intermediário que se obrigava perante o alienante a transmitir os bens recebidos ao terceiro destinatário.

Seus poderes eram, portanto, não para transmitir o fundo a terceiros, mas para adquiri-lo para o destinatário (Idem).

O direito real que o *salmann* exercia sobre a propriedade, que efetivamente adquiria, era limitado pelo fim que determinava sua intervenção no negócio.

Como resume Martin Wolf Messina, “enquanto no sistema romano a alienação era incondicional, só existindo uma obrigação pessoal de restituição sujeita à extinção da dívida, já em direito germânico a coisa era transmitida sob condição resolutiva de pagamento da dívida; assim, pois, cumprida a condição, a propriedade voltava ao alienante, assegurada por efeito da condição resolutiva” (BUZAID, 1969 apud CHALHUB, 2000, p. 19).

No Direito Comparado, o instituto está previsto no parágrafo 695 do *Bürgerliches Gesetzbuch*, o BGB: o direito de propriedade do credor sobre o bem é limitado e resolúvel mediante a realização de condição (OLIVEIRA, 2003, p. 11).

2.3. Fidúcia no modelo inglês

No direito inglês antigo, o *mortgage* consistia na transmissão da propriedade para fins de garantia. Verifica-se semelhança com a *fiducia cum creditore* por serem ambos baseados num contrato real em que reside uma obrigação (do credor em restituir o bem uma vez cumprida a prestação pelo devedor).

Esse direito do credor se resolvia automaticamente quando cumprida a obrigação, o que aproximava o *mortgage* mais do penhor de propriedade germânico que da *fiducia cum creditore* (CHALHUB, 2000, p. 22).

De acordo com José Carlos Moreira Alves (1979 apud OLIVEIRA, 2003, p. 5), o instituto mais próximo da alienação fiduciária seria o *Chattel Mortgage*, em que “a propriedade legal da coisa é transferida ao credor, ficando o devedor com uma denominada propriedade substancial”.

O *trust receipt* teve origem na *equity* e não na *common law*. Como indica Chalhub (2000, p. 24),

“o *trustee* (aquele que recebia os bens mediante *trust*) que, na *common law* era tido como único e verdadeiro proprietário, na Corte da Chancelaria não passava de um proprietário provisório, um intermediário; o *trustee* tinha um direito legal (*legal right*) e o beneficiário um direito substancial de fruição (*equitable right*), sendo que, no conflito com a lei, prevalecia a equidade, podendo o beneficiário, portanto, assegurar seu direito mediante recurso à Corte”.

No Direito Comparado, os institutos do *trust receipt* (recibo de garantia) e do *chattel mortgage* foram absorvidos pela legislação como acordos de boa-fé bilateral, sendo o bem alienado ao credor a garantia do cumprimento de uma obrigação por parte do devedor.

No *trust receipt*, o negócio é baseado na confiança depositada no devedor pelo credor-financiador, não sendo primordial a alienação fiduciária (MAZZUOLI, 1999, p. 32,33). Na alienação a confiança não é primordial dados os vários mecanismos colocados à disposição do credor para satisfação.

O *chattel mortgage* é uma hipoteca mobiliária que guarda profunda relação com o penhor de propriedade do antigo direito germânico.

O devedor poderia dar uma mesma coisa em garantia a diversos credores, estabelecendo-se uma série de *mortgages* determinada pela ordem de inscrição no registro competente (FELICIANDO, 1999, p. 79).

Uma vez examinados os aspectos históricos e de Direito Comparado do instituto do depositário infiel, cumpre analisar o tema, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

3. Fidúcia e prisão do depositário infiel no Brasil

A ressalva quanto às hipóteses autorizadas da prisão do depositário infiel do

inciso LXVII do artigo 5º da Constituição de 1988 encontra fundamento histórico nas Ordenações Filipinas:

“...se fosse alguma cousa posta em guarda e depósito, e o depositário recusasse entregá-la ao senhor sem justa e legítima razão, ou usasse della sem vontade expressa do senhor, deve ser preso, até que da cadea entregue a cousa, e pague o dano, que nella fez, por usar della contra a vontade de seu dono” (Livro IV, tít. LXXVI, § 5º).

Na Constituição de 1891, não há menção do referido instituto, mas, na Carta de 1934, o tema é objeto do artigo 113, parágrafo 30, que não estabelece qualquer exceção. O primeiro *Habeas Corpus*, impetrado, 1870, versou sobre o tema do depositário infiel, HC 73, o qual teve a sua ordem denegada.¹

“Art. 113

§ 30. – Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas”.

Verificava-se, à época, omissão ao instituto uma vez mais na Constituição de 1937, mas o tema retorna em 1946, agora com exceções que autorizam a prisão:

“Art. 141

§ 32. – Não haverá prisão civil por dívida, multas ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei”.

Esse texto se repetiu em 1967, no parágrafo 17 do artigo 150, e foi repetido pela Emenda nº 1 de 1969 (parágrafo 17 do artigo 153).

A Constituição de 1988 não repetiu a expressão “na forma da Lei”, embora traga as exceções que autorizam a prisão.

Essa expressão significa delegar a regulamentação à lei ordinária e também não admitir outra forma, restringindo o processo (MAZZUOLI, 1999, p. 46).

¹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/STJ_HabeasCorpus73.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2009.

Em 1984 o Supremo Tribunal Federal edita a Súmula 619:

“Súmula 619 – A prisão do depositário judicial poderá ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

Ocorria ofensa ao parágrafo 17 do artigo 153 da Constituição de 1969:

“Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

17. Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei” (vigente à época).

Ocorre que a prisão decretada no próprio processo não está *na forma* (procedimental) *da lei* (Idem, p. 47), pois a Lei de Mercado de Capitais exigia a ação de depósito. Como afirma José Raul Gavião de Almeida (apud MAZZUOLI, 1999, p. 47),

“Quando o constituinte desejou transferir ao legislador ordinário a identificação dos casos em que permite violação aos direitos de inviolabilidade, expressamente o fez, a exemplo da redação posta no § 10 ao art. 153 da CF. Assegura-se ali a inviolabilidade do domicílio, abrindo exceção para a invasão domiciliar durante o dia nos ‘casos e na forma que a lei estabelecer’. Casos e formas expressam conceitos de tipicidade e de procedimentalidade, respectivamente”.

Significa dizer que a lei ordinária poderia dispor sobre o procedimento mediante o qual a prisão se daria, mas não ampliar o rol de hipóteses em que ela poderia ocorrer.

Na Carta de 1988, desaparece a expressão “na forma da lei”. Com isso, o constituinte deixa de exigir que a prisão seja feita me-

diante a interposição da ação de depósito, eliminando essa forma procedimental para que pudesse ocorrer a prisão por dívida, conforme se verifica na posição do Supremo Tribunal Federal que legitima essa via:

“prisão civil não é pena pública ou privada, mas mera técnica processual de coerção (meio indireto de execução). Consequentemente, não é correta a exegese literal dada ao § 1º do art. 902 do Cód. de Proc. Civil² no sentido de, se da inicial não constar pedido de prisão, haverá julgamento *extra petita* se a sentença aludir a ela para a hipótese de não-cumprimento do mandado de execução da condenação. Não há, obviamente, condenação a meio indireto de execução de sentença condenatória” (STF, Pleno, Embargos de Divergência, no RE 92.847, ac. de 03.05.1984, rel. Min. Moreira Alves, *in* RTJ 113/626).

Levando a formação de jurisprudência:

“Em se tratando de depositário judicial, a prisão pode dar-se nos autos do processo em que se constituiu o encargo, sendo desnecessária, para tanto, a propositura de ação de depósito” (TRF - 1ª R - 4ª TC, no AgI nº 940115052-4/MG, rel. Juiz Eustáquio Silveira, DJ 04.11.1996, p. 81.889).

Com a súmula 619, pacificou-se o entendimento com relação ao depositário judicial, afastando a necessidade da ação de depósito.

Naturalmente, pela natureza controversa da matéria, houve a formação de divergência doutrinária e principalmente jurisprudencial, por se considerar a ofensa ao devido processo legal (inciso LIV do artigo 5º da Constituição) (WAMBIER, 2000, p. 188).

² Art. 902 § 1º/CPC: “no pedido poderá constar, ainda, a cominação de pena de prisão de até 1 (um) ano, que o juiz decretará na forma do art. 904, parágrafo único”. O Art. 904/CPC dispõe que, somente não sendo cumprido o mandado, o juiz decretará a prisão do devedor.

3.1. Entendimento doutrinário e jurisprudencial em nosso ordenamento jurídico

A doutrina brasileira, ao debater sobre o tema, sempre fez a distinção entre *alienação fiduciária* e *venda a crédito com reserva de domínio*.

Leciona Orlando Gomes (1971 apud NERY JUNIOR; NERY, 2002, p. 662) que:

“Para distingui-las, basta atentar na circunstância de que, na *venda com reserva de domínio*, a alienação é suspensa, conservando o devedor a propriedade do bem, até que se realize a condição, enquanto na alienação fiduciária em garantia a transferência da propriedade é um dos pressupostos de sua perfeição. Na primeira a garantia expressa-se na *reserva*, com sua própria estipulação, enquanto, na segunda, só se realiza pela venda da coisa, para satisfação do crédito. Na venda com reserva de domínio, a propriedade do bem permanece na cabeça do vendedor, até que se torne desnecessária tal garantia. Na alienação fiduciária, é transmitida, voltando para o patrimônio do transmitente quando a dívida é paga, ou passando, por venda, a terceiro, na hipótese contrária”.

A chamada *venda com reserva de domínio*, aquela em que a propriedade do bem adquirido a crédito permanece com o vendedor, sujeita a apreensão e venda judicial até a liquidação final do débito; veio suprir as deficiências apontadas pelos agentes financeiros no penhor e na hipoteca.

No primeiro, é exigida a *traditio* da coisa empenhada e, na segunda, há a limitação a bens imóveis, aeronaves e embarcações de grande porte (MAZZUOLI, 1999, p. 27).

A alienação fiduciária está prevista no artigo 66 da Lei 4.728, de 14 de junho de 1965, que teve sua redação alterada pelo Decreto-Lei 911, de 1º de outubro de 1969.

O objetivo do dispositivo legal era fomentar a indústria automobilística nacio-

nal mediante agilização do comércio das unidades nacionais, porém resguardando de forma diferenciada o Sistema Financeiro que não via no penhor ou venda com reserva de domínio garantias suficientes para os negócios.

O consumidor adquire determinado bem fazendo uso de recursos que obtém em instituição financeira; essa, para se assegurar do ressarcimento, “aliena” a propriedade resolúvel desse bem, mantendo a posse indireta (*constituto possessorio*). O devedor fica com a posse direta. É negócio puramente de garantia, sem penhor ou títulos, já que, não havendo o pagamento da dívida, ajuíza o credor ação autônoma de busca e apreensão, adquirindo o credor a posse direta do bem.

Como característica, não há a efetiva tradição, pois o credor fica com a posse indireta, enquanto o devedor fica com a direta, assumindo, segundo a lei, todas as responsabilidades de um *depositário*:

“Art. 66. – A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com lei civil e penal”.

Resumidamente, consiste a alienação fiduciária, na lição de Orlando Gomes (1971 apud MAZZUOLI, 1999, p. 31):

“... negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição”.

A Lei 4.728 não faz distinção entre coisas fungíveis e infungíveis, mas Mazzuoli (1999, p. 34) entende que somente a coisa *infungível* pode ser objeto de garantia fiduciária, “pois em face da própria natureza

da obrigação de restituir, que só se cumpre devolvendo-se a quem de direito coisa não substituível por outra do mesmo gênero, já se pode concluir que as coisas fungíveis estão excluídas de figurar como objeto desse tipo de garantia”.

O ordenamento jurídico nacional equipara o devedor-fiduciante à figura do depositário, previsto no artigo 652 do Código Civil.

Os artigos 1º e 4º do Decreto-Lei 911 definem devedor-alienante fiduciante como depositário.

A licitude seria questionável à medida que se restringem direitos por equiparação. Embora neste artigo se aborde a recente mudança de visão do Supremo Tribunal Federal, há tempos o Superior Tribunal de Justiça tem-se manifestado nesse sentido no plano infraconstitucional. Julgados:

“segundo decisão da Corte Especial do STJ, é ilegítima, ou ilegal, a prisão civil do alienante ou devedor como depositário infiel” (STJ, 3ª T., HC 10853, rel. Min Nilson Naves, v.u., j. 4.11.1999, DJU 29.11.1999, p. 157).

“no plano infraconstitucional, a Corte Especial assentou não ser cabível a prisão do depositário infiel na alienação fiduciária” (STJ, 3ª T., REsp 164104-SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 11.5.1999, DJU 7.6.1999, p. 103).

e ainda

“Em se tratando de alienação fiduciária, o devedor não pode ser preso como acontece no caso do depositário infiel” (2ª TACivSP, 10ª Câmara, Ap 610123-0/2, rel. Juiz Marcos Martins, v.u., j. 29.8.2001).

“devedor alienante que não pode ser equiparado ao depositário infiel. Regra do DL911/69 1º, que não foi recepcionada pela nova ordem constitucional. Inteligência do CC 1265 e 1287 (1916) e do CF 5º, LXVII” (RT 751/207 – STJ) (grifo nosso).

Ocorre que o STF manifestava-se de forma diversa, mantendo a equiparação. Fazia-o utilizando como argumentação a soberania, ao confrontar o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição e o artigo 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica:

“Os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração de sua Constituição; por essa razão o artigo 7º nº 7 do Pacto de São José da Costa Rica deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição. (...)” (STF, 2ª T., HC 73044-2-SP, rel. Min. Maurício Correa, m.v., j. 19.3.1996).

Importante abordar a evolução argumentativa que levou à mudança de posição do STF em dezembro de 2008, esvaziando o conteúdo do artigo 66 da Lei 4.728/65 modificado pelo Decreto-Lei 911/69, com afastamento da equiparação do devedor fiduciante ao depositário infiel.

As hipóteses em que a Constituição Federal autoriza a prisão civil são elementos de uma lista *taxativa*. Justamente pelo fato de a prisão do depositário infiel ser uma *exceção* em que o constituinte vislumbra a possibilidade de prisão por dívida, deve ser interpretada *restritivamente* (MAZZUOLI, 1999, p. 44). Torna-se de difícil aceitação o uso de equiparação ao se trabalhar com normas *restritivas de direitos*, ou seja, uma equiparação *in pejus*.

Cabe lembrar que a ficção que levou a essa equiparação visa meramente assegurar as instituições financeiras, ainda que sob o risco de inobservância de direito do consumidor. Afirma Waldirio Bulgarelli (1997 apud MAZZUOLI, 1999, p. 37) que:

“Na verdade – não obstante podendo até admitir-se como válidas (o que não são) as razões invocadas para justificar a conformação desse instituto

entre nós – o que ocorreu foi um acentuado reforço da garantia nas operações com as financeiras, chegando-se ao extremo de considerar o simples comprador de uma mercadoria a crédito como DEPOSITÁRIO (*sic*) e, como tal, se inadimplente, levá-lo à prisão, e ainda, (o que só excepcionalmente se admite no penhor) de poder a *soi disant* credora (financeira) vender o bem, particularmente, pagando-se da dívida e devolvendo o restante (o que é bem raro ocorrer, por óbvio)”.

Essa ficção, editada no referido Decreto-Lei de 1969, nem foi objeto de discussão no Congresso Nacional, vez que o país se encontrava sob a vigência dos Atos Institucionais 5 e 12, que facultavam ao chefe do Executivo tais poderes, ressuscitando na economia pátria a *manus injectio* da Lei das XII Tábuas.

Orlando Gomes (1971 apud MAZZUOLI, 1999, p. 59) não vê no devedor da alienação fiduciária um depositante, pois “não recebe a coisa para guardar, nem o credor-fiduciário a entrega para esse fim, reclamando-a quando não mais lhe interesse a custódia alheia”.

A posse imediata de que dispõe o devedor é para seu uso. Não sendo depositário, é descabida (não se prestando a outro fim que para atender aos agentes financeiros) a equiparação ao depositário infiel que poderia³ levá-lo à prisão civil.

Nesse sentido se manifestou o STJ já em 1992:

“Prisão civil, não essencial à ação de depósito e somente admissível nos depósitos para guarda, e não nos depósitos de garantia de crédito, sob pena de retrocedermos aos tempos prístinos da prisão por dívidas, constitucionalmente defesa” (REsp 12.507-0/RS, 4ª T., DJU 01.02.1.993, p. 465).

³ Vide atual posição do STF, item 4.

É entendimento da doutrina, podendo-se ressaltar Clóvis Beviláqua, Orlando Gomes, Washington de Barros Monteiro, Arnaldo Wald e Pontes de Miranda, que depósito é “contrato pelo qual uma pessoa recebe um objeto móvel alheio, com a obrigação de guardá-lo e restituí-lo em seguida” (MAZZUOLI, 1999, p. 60).

Conforme debatido anteriormente, além da equiparação do devedor fiduciante ao depositário infiel, a posição do STF legitimando a prisão civil por dívida nos próprios autos, à luz da Constituição de 1988, gerou controvérsia doutrinária.

Inicialmente, com relação ao parágrafo 1º do artigo 902 e ao artigo 904, ambos do Código de Processo Civil:

“Art. 902 - (...)

§ 1º - No pedido poderá constar, ainda, a cominação da pena de prisão até 1 (um) ano, que o juiz decretará na forma do artigo 904, parágrafo único.

Art. 904. - Julgada procedente a ação, ordenará o juiz a expedição de mandado para a entrega em 24 (vinte e quatro) horas, da coisa ou do equivalente em dinheiro.

Parágrafo único - Não sendo cumprido o mandado, o juiz decretará a prisão do depositário infiel.”

A partir daí têm-se posições diversas. Mazzuoli (1999, p. 49) afirma que, assim como o autor não pode requerer a qualquer tempo a prisão do devedor, devendo fazê-lo na inicial, o juiz também não pode ordenar a prisão de ofício, sob pena de considerar-se essa decisão *extra petita*. Cita, em sua obra, José Carlos Moreira Alves que considera possível a decretação da prisão de ofício, bastando não ocorrer a entrega da coisa nas 24 horas previstas em lei. Já que a prisão civil não é pena, mas mera técnica processual, “não há razão de ser para ela integrar o *pedido em sentido técnico* e ter de ser cominada em sentença condenatória, como é a sentença em ação de depósito” (MAZZUOLI, 1999, p. 49).

Com a Carta de 1988 e o asseguramento do Princípio do Devido Processo Legal, ao deparar-se com a Súmula 619, Humberto Theodoro Júnior (1997, p. 73,74) afirma que:

“... não vejo como se possa impor tão grave sanção sem observância de um procedimento regular traçado em lei, isto é, fora da ação de depósito que, *in casu*, se apresenta como o devido processo legal (uma das garantias fundamentais dos direitos humanos). (...) Inexiste na lei permissivo para decretar sumariamente a prisão do depositário, sem que se lhe enseje contraditória a defesa ampla, segundo os ditames do devido processo legal.”.

Defende-se, assim, o Devido Processo Legal, tanto em seu aspecto formal, quanto material (BULOS, 2001, p. 235; SILVA, 2002, p. 430).

Quanto à natureza jurídica da prisão civil, há que se destacar que se trata de é uma “técnica executória de caráter indireto”, vez que não há efetiva execução, em sentido técnico, vez que não satisfaz o credor. Funciona como meio a impelir o devedor a cumprir com sua obrigação, como leciona Wambier (2000, p. 388, 389):

“A prisão civil *não é propriamente meio de execução*, mas meio coercitivo sobre o devedor para forçá-lo ao adimplemento, porque, com a prisão em si mesma, não se obtém a satisfação do crédito alimentar. O que se busca é que, ante a ameaça de prisão, ou mesmo sua concretização, o devedor pague a obrigação alimentícia, como forma de evitar ou suspender o cumprimento da prisão. É sempre excepcional, só admitida ante o permissivo constitucional (art. 5º, LXVII), visto que o ordenamento jurídico repudia a prisão por dívida. A prisão civil *não tem caráter punitivo*. Não é pena ...trata-se de forma de *pressão psicológica* sobre o ânimo do devedor,

para obrigá-lo ao cumprimento da prestação.” (grifo nosso)

Embora se possa vislumbrar, devido ao cerceamento de liberdade, algum paralelo entre a prisão civil e a penal, há diferenças conceituais.

A prisão civil não visa uma *pena*, vista no viés liberal como *retribuição* ao agente pelo mal causado à sociedade ou ainda caráter *preventivo* no tocante à reincidência (BARATTA, 1999, p. 42).

Entretanto o caráter aflitivo que ambas carregam é equivalente, mais ainda porque o Supremo Tribunal Federal já se manifestou quanto ao regime de cumprimento da prisão civil, afastando a possibilidade de regime semiaberto ou aberto:

“a prisão civil é incompatível com a prisão albergue ou com a prisão domiciliar” (HC 74.381-PR, 1ª T., julg. 26.08.1997).

Parece não haver dúvida quanto ao constrangimento causado pela prisão, bem como a distinção finalística e etiológica entre a prisão civil e a prisão penal.

Outrossim, é inequívoco que, entre a instituição financeira credora e o devedor-fiduciante, há o estabelecimento de uma relação consumerista.

A partir de 1990, essas relações passaram a ser reguladas pela Lei 8.078, o Código de Defesa do Consumidor, que, em seu artigo 42, traz:

“Art. 42 – Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”.

Não se trata de estímulo à impunidade daquele que descumpre suas obrigações, mas da necessidade que se fazia da observância da lei ordinária, em se mantendo a equiparação do devedor-fiduciante ficcionalmente (criada por outra lei infraconstitucional) e, sobretudo, do texto constitucional, no caso, o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal.

4. Posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal e a proteção aos direitos fundamentais

Antônio Augusto Cançado Trindade entende que tratados de Direitos Humanos, uma vez ratificados, não precisariam da promulgação e publicação do decreto presidencial para vigorar internamente. Eles poderiam ser invocados pelo particular, pois já fariam parte do chamado *bloco de constitucionalidade* (são normas *materialmente* constitucionais).

A Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, traz o parágrafo 3º ao artigo 5º da Carta de 1988, e suscita a questão sobre a hierarquia dos tratados publicados anteriormente e posteriormente à Emenda, bem como o que ocorreria com relação àqueles que não tivessem observado o *quorum* nela previsto. Os tratados que tratam de Direitos Humanos *devem* ter hierarquia constitucional, não formalmente, mas *materialmente*.

Para Flávia Piovesan, o parágrafo 3º cria duas categorias de tratados de direitos humanos:

“Desde logo, há que se afastar o entendimento de que, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quorum* de três quintos demandado pelo aludido parágrafo. Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais. O *quorum* qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro de formalmente constitucional. (...) Vale dizer que com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente consti-

tucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força de § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal. Ainda que todos os tratados de direitos humanos sejam recepcionados em grau constitucional, por veicularem matéria e substância essencialmente constitucional, importa realçar a diversidade de regimes jurídicos que se aplica aos tratados apenas materialmente constitucionais e aos tratados que, além de materialmente constitucionais, também são formalmente constitucionais. E a diversidade de regimes jurídicos atém-se à denúncia, que é o ato unilateral pelo qual um Estado se retira de um tratado. Enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais não podem ser denunciados” (TAVARES; LENZA; ALARCÓN, 2005, p. 72,73).

O voto do ministro Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário nº 466.343-1, entende que os tratados de Direitos Humanos teriam hierarquia *acima da lei*, ou seja, em virtude do fundamento da nova realidade mundial, em que a pessoa humana é elevada à categoria de sujeito de Direito Internacional.

Ocorre que, após 1977 (Recurso Extraordinário 80.004-SE/77), o Brasil adotou posição (retrógrada) que previa que a hierarquia de tratados fosse igual à da lei ordinária.

Isso alterou a jurisprudência daquela Corte que antes conferia primazia ao direito internacional sobre o interno.

Possuindo a mesma hierarquia das leis internas, o Tratado sujeita-se às regras de

aplicação destas em caso de conflito e ao controle de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal.

Conforme afirma Jorge Fontoura, há claro anacronismo:

“O fato de termos um ordenamento francamente dualista, como reflexo inelutável de nossa cultura jurídica, onde nada pode atentar contra o querer constitucional, nem mesmo o tratado, havendo de resto a possibilidade sempre presente de o legislador nacional dispor contra a norma contida em tratado anterior, é um dado fundamental para situarmos corretamente o grau de nosso avanço jurídico. A supremacia da norma interna, consoante à prevalente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – RE 80.004/SE, bem como o silêncio obsequioso da Constituição Federal sobre o potencial conflito, não deixam espaço a interpretações inovadoras. Como consequência, não estamos preparados para as demandas de nosso tempo (D’ANGELIS, 2002 apud NUNES, 2004)”.

Nesse sentido caminhou o Supremo Tribunal Federal quando julgou o *Habeas Corpus* nº 73.044, já citado no item IV, que resultou em negar eficácia à Convenção Americana de Direitos Humanos quando essa, ao vedar a prisão civil do depositário infiel, contrariou o inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal.

O ministro Gilmar Mendes, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 466.343-1, buscou superar esse problema ao dizer que haveria o chamado “efeito paralisante” a esse entendimento, ou seja, que ele não seria mais aplicado enquanto o Brasil fosse parte da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica.

Num conflito entre Constituição Federal e tratados de Direitos Humanos, a tese de Mendes é que esses tratados teriam grau hierárquico “acima da lei”, em virtude da

nova ordem mundial, na qual os Estados estão inseridos, desde 1948. Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e uma tendência à sua constitucionalização, essas normas foram inseridas nos ordenamentos internos com hierarquia constitucional. Em virtude do sistema rígido de nossa Constituição, essas normas teriam essa hierarquia “supralegal”. As normas externas *não revogam o ordenamento interno, apenas suspendem-lhes a aplicabilidade*.

Cabe citar a mudança na posição do ministro Celso Mello quanto à hierarquia constitucional dos tratados internacionais.

Em 1996, em voto na ADIN 1408, que trata da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, o ministro teve posição contrária à hierarquia constitucional dos tratados internacionais.

Na ADIN 1480, a Convenção 158 da OIT regulamentava a despedida arbitrária, sem justa causa.

Na década de 90, o Brasil ratificou essa convenção, pois os advogados dos empregados passaram a invocar a aplicabilidade dessa convenção, que teria revogado o artigo 7º, inciso I, da Constituição que diz que a despedida sem justa causa seria regulada por lei complementar, e, enquanto isso não ocorresse, valeria o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Muitos processos foram adiados enquanto os juízes verificavam qual conduta adotar.

Em 04/09/1997, foi interposta essa ADIN. O entendimento do ministro Celso Mello foi que a Convenção 158 era um tratado e um tratado tem apenas eficácia de lei e não poderia ser considerada Lei Complementar, sob pena de violação à CF, pois os tratados estão subordinados à CF, conforme estabelecido em 1977:

“A Constituição qualifica-se como estatuto fundamental da República. Nessa condição, todas as leis e tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa desse instrumento básico. Nenhum valor jurídico terá o tratado interna-

cional que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.

É que o sistema jurídico brasileiro não confere qualquer precedência hierárquico-normativa aos atos internacionais sobre o ordenamento constitucional” (RTJ 179/493-496).

No *Habeas Corpus* nº 87.585 do Tocantins, em seu voto de março de 2008, o ministro Celso Mello entende que os tratados de Direitos Humanos têm grau de hierarquia constitucional, alterando, portanto, entendimento anterior:

“Após longa reflexão sobre o tema em causa, Senhora Presidente – notadamente a partir da decisão plenária desta Corte na ADI 1.480-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (RTJ 179/493-496) –, julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram, então, naquela oportunidade, a conferir, aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculada), posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias.

As razões invocadas neste julgamento, no entanto, Senhora Presidente, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre convenções internacionais sobre direitos humanos (*revestidas de ‘supralegalidade’, como sustenta o eminente Ministro GILMAR MENDES, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer*), e tratados internacionais sobre as demais matérias (*compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias*).

Isso significa, portanto, examinada a matéria sob a perspectiva da ‘supralegalidade’, tal como preconiza o eminente Ministro GILMAR MENDES, que,

cuidando-se de tratados internacionais sobre direitos humanos, estes não de ser considerados como estatutos situados em posição intermediária que permita qualificá-los como diplomas impregnados de estatura superior à das leis internas em geral, não obstante subordinados à autoridade da Constituição da República.”

Os tratados de Direitos Humanos não devem ser considerados como normas legais; devem ter um grau de hierarquia diferenciado pelo julgador, de forma a dar uma melhor interpretação do próprio parágrafo 2º do artigo 5º, pois esses tratados, *materialmente, são constitucionais, pois visam proteger a pessoa humana.*

Disso se depreende que o Estado deve adequar a Constituição ao Ordenamento Jurídico internacional. Os dispositivos internos sobre *prisão do depositário infiel* não foram revogados, apenas tiveram o chamado *efeito paralisante*.

No Brasil, com vinte e seis séculos de atraso com relação àquilo que se entende como sociedade *civilizada*, a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, de 03 de dezembro de 2008 (Recurso Extraordinário 466.343.-SP), sepultou a prisão civil do depositário infiel.

O Supremo também afirmou, por 5 votos a 4, que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Congresso Nacional são hierarquicamente superiores às leis ordinárias, mas não têm o mesmo peso da Constituição.

De acordo com recente declaração do ministro Celso de Mello,

“Independentemente da fundamentação que se dê a esse entendimento, todos convergem no sentido do reconhecimento de que não mais subsiste (prisão civil) em face da ordem constitucional brasileira, em depósito convencional ou judicial” (SEGUNDA TURMA..., 2008),

verificando-se a revogação da Súmula 691 do STF, o que impediria a Corte de

analisar pedido de *Habeas Corpus* contra decisão liminar de tribunais superiores⁴.

“Súmula 691/STF – Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.

5. Considerações finais

Como afirma Luiz Flávio Gomes (2008), ao mesmo tempo a decisão também marca o surgimento de um novo modelo de Estado – o constitucional internacionalista (ou transnacional): “do Estado legalista (século XIX) passamos para o Estado constitucional (1945-1946: julgamentos de Nuremberg) e a partir de agora alcançamos o Estado Constitucional Internacionalista (03.12.2008)”. E continua: “Já não basta (para se conhecer o Direito) dominar as leis e os códigos (Estado legalista). Doravante só é jurista pleno quem também conta com razoável intimidade com a constituição (Estado constitucional de Direito) assim como com os tratados de direitos humanos (Estado constitucional internacionalista)”.

Coloca-se em xeque a noção moderna de soberania. A argumentação trazida por aqueles que defendem a manutenção do conceito lembra que não haveria incompatibilidade entre o Estado soberano e a existência de uma sociedade internacional, pois a faculdade em aceitar ou não os tratados dela decorrentes já é, por si, manifestação de soberania.

Os compromissos assumidos decorrentes desses tratados seriam vinculantes do agir do Estado em virtude de sua autodeterminação.

Conforme afirma Joana Stelzer (2000 apud CRUZ, 2007), “o Estado Constitucional Moderno não é mais concessor do Direito, mas instrumento nas integrações regionais”. Nessa integração, continua,

⁴ Nesse sentido v.: HC 90.450, HC 90.983, HC 94.695, HC 93.280 e HC 91.361.

“a deliberação última já não é do Estado, eis que transferiu o poder de normatizar, executar e julgar determinados assuntos para instituições de viés supranacional” (STELZER, 2000 apud CRUZ, 2007).

Referências

- ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- _____. *Direito romano*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BUZUID, Alfredo. Ensaio sobre alienação fiduciária em garantia. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v. 401, p. 9, mar. 1969.
- CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- CRUZ, Paulo Márcio. *Soberania e superação do Estado constitucional moderno*. 26 mar. 2007. Disponível em: <http://conpedi.org/manuel/arquivos/anais/manaus/direito_e_politica_paulo_marcio_cruz.pdf>.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tratado de alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: LTr, 1999.
- FONTOURA, Jorge. A tutela regional das relações de consumo: as vicissitudes do Mercosul. In: D'ANGELIS, Wagner Rocha (Coord.). *Direito da integração e direitos humanos no século XXI*. Curitiba: Juruá, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. *Decisão histórica do STF: fim da prisão civil do depositário infiel*. dez. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12081>>.
- GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário*. São Paulo: RT, 1959.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Alienação fiduciária em garantia e a prisão do devedor fiduciante: uma visão crítica à luz dos direitos humanos*. Campinas: Aga Juris, 1999.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- NUNES, Maria Terezinha. *Harmonização tributária e consolidação do MERCOSUL*. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Legislativo) – Universidade do Legislativo Brasileiro, Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/senado/unilegis/pdf/UL_TF_DL_2004_Maria_Terezinha_Nunes.pdf>.
- OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Alienação fiduciária em garantia*. Campinas: LZN, 2003.
- PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Orgs.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Método, 2005.
- SEGUNDA TURMA do Supremo rejeita prisão de depositário infiel. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 set. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-24/turma_supremo_rejeita_prisao_depositario_infiel>.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- STELZER, Joana. De Soberano a Membro: o papel do estado inserido na dinâmica comunitária europeia. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, ano 6, n. 11, p. 193-208, out. 2000.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 15 ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso avançado de processo civil*. 3 ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.