

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA-FACER
CURSO DE DIREITO

ELEUSA MÁRCIA RODRIGUES SILVA

A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

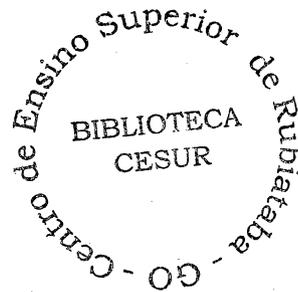
RUBIATABA-GO

2008

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA-FACER

CURSO DE DIREITO

ELEUSA MÁRCIA RODRIGUES SILVA



A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – FACER como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Sérgio Luis Oliveira dos Santos

T.129585

26733
Seou

| | |
|-----------|-----------------|
| Tombo n° | 1.3192 |
| Classif.: | D-347.766 |
| Ex.: | 1. ELEUSA SILVA |
| | 2008 |
| Origem: | D |
| Data: | 13.03.08 |

RUBIATABA-GO

2008

Direito
Liberdade civil
Abandono fiduciário

ELEUSA MÁRCIA RODRIGUES SILVA

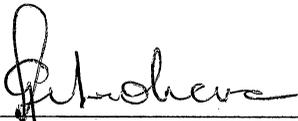
A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL

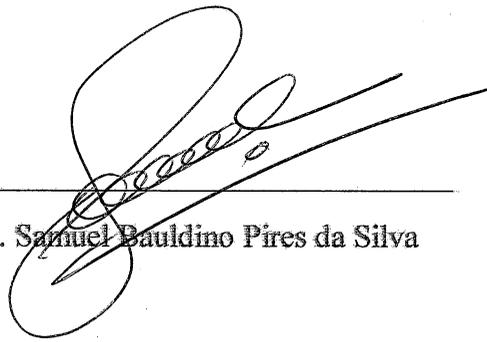
COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE GRADUAÇÃO
PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientador  _____
Prof. Esp. Sérgio Luis Oliveira dos Santos

2º Examinador  _____
Profª. Ms. Geruza Silva de Oliveira

3º Examinador  _____
Prof. Esp. Samuel Dauldino Pires da Silva

Rubiataba, 16 de janeiro de 2008.

RESUMO

A legitimidade ética da prisão civil por dívida é tema controverso na comunidade jurídica. Seus defensores procuram justificá-la por meio de comparação de valores entre o bem que ela pretensamente garante e o bem que ela seguramente sacrifica. A questão da prisão civil de pessoas como instrumento de coerção a pagamento de dívidas entre privadas e também em relação ao Estado, remonta circunstâncias próximas a admissão do retorno do conceito de escravatura, a muito abolida pela sociedade moderna. A evolução da humanidade aponta de forma inexorável a proteção da vida e da liberdade, binômio que alicerça o que denominamos direito natural. A prisão civil não será necessária se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medidas que se revelem, a um só tempo adequado e menos onerosas. Ninguém duvida que as dívidas e compromissos assumidos devem ser satisfeitos. Não seria diferente em caso do depositário infiel, em que se faz exatamente em confiança aquela determinada pessoa, que se torna infiel. No entanto, não podemos sobrepor as finanças do credor ao direito à liberdade do devedor. Seria desproporcional. Não se pode conferir valor à liberdade de um ser humano. O trabalho remonta as origens do tema, na tentativa de sensibilizar o leitor, mostrando que as soluções são tão óbvias que só mesmo a falta de vontade política poderia explicar sua não implementação.

Palavras-chave: Prisão civil; Depositário infiel; Liberdade.

ABSTRACT

The ethical legitimacy of the civil arrest for divides is controversial subject in the legal community. Its defenders look for to justify it by means of comparison of values between the good that it supposedly guarantees and the good that it surely sacrifices. The question of the civil arrest of people as coercion instrument the payment of debts between private and also in relation to the State, retraces circumstances next the admission to the return of the slavery concept, very abolished for the modern society. The evolution of the humanity points of inexorable form the protection of the life and the freedom, double name that support what we call natural law. The civil arrest will not be necessary if the longed for objective could be reached with the adoption of measures that if disclose, to one alone adequate time and less onerous. Nobody doubts that the assumed debts and commitments must be satisfied. It would not be different in case of the unfaithful depositary, where if it accurately makes in confidence that definitive person, who if becomes infidel. However, we cannot overlap the finances of the creditor to the right to the freedom of the debtor. He would be disproportionate. If it cannot confer value to the freedom of a human being. The work retraces the origins of the subject, in the attempt to comover the reader, showing that the solutions are so obvious that exactly the will lack politics could only explain its not implementation.

Words key: Civil arrest; Unfaithful depositary; Freedom.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| Introdução..... | 6 |
| 1. Primeiros Registros Históricos da Prisão Civil por Dívida..... | 8 |
| 1.1 A Prisão Civil na Civilização Oriental..... | 8 |
| 1.2 A Prisão Civil no Direito Romano..... | 10 |
| 1.3 A Prisão Civil no Direito Nacional..... | 13 |
| 1.4 A Prisão por Dívida nas Constituições Brasileiras..... | 16 |
| 2. O Contrato de Depósito..... | 17 |
| 2.1 Conceito e Características..... | 17 |
| 2.2 A Ação de Depósito..... | 18 |
| 2.2.1 Generalidades..... | 18 |
| 2.2.2 Natureza da Ação..... | 20 |
| 2.2.3 Depositários por Ficção Legal: Alienação Fiduciária em Garantia e Outros..... | 21 |
| 3. Os Tratados Internacionais e os Direitos Humanos..... | 26 |
| 3.1 Generalidades..... | 26 |
| 3.2 Monismo e Dualismo e os Tratados Internacionais..... | 30 |
| 3.3 O Pacto de San José da Costa Rica e a Prisão do Depositário Infiel..... | 33 |
| Conclusão..... | 42 |
| Referências Bibliográficas..... | 43 |
| Anexo..... | 46 |

INTRODUÇÃO

Dispõe o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição brasileira que “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

A sobrevivência da prisão civil à reforma constitucional de 1988 foi, ao ver de muitos autores, um dos lados controversos da Carta. Desde a época dos romanos já se iniciava o processo de separação entre o patrimônio e a pessoa do devedor, para efeito de solução de obrigações na área civil.

Com respeito à restituição da coisa depositada, não parece, à primeira vista, ser justificável, pois institutos já existentes, como a execução específica, a execução pelo equivalente em dinheiro, a busca e apreensão (combinada ou não com o seqüestro), ou a serem criados, poderiam evitar a agressão à dignidade pessoal e possibilitar igual eficácia.

Além disso, não é o depositário infiel o único praticante de conduta errônea. O inadimplente de qualquer outra obrigação provoca igualmente um decréscimo imediato no patrimônio do credor (emitente de cheques sem fundos, o vendedor que não entrega a coisa, embora tenha recebido o preço), e nem por isso está sujeito à prisão civil como meio de coerção à adimplência da obrigação.

Não deixa de ser intrigante, entretanto, a resistência desse meio de coerção à fluência do tempo. Numa época em que a própria prisão penal atormenta o legislador, em função dos seus evidentes males, é altamente questionável a prisão civil. E o debate em torno da sua propriedade e atualidade é constante e inevitável.

A justificativa do presente trabalho reside no acompanhamento dessa crítica avaliadora da prisão civil. Não é por ser antigo que o tema deva ser esquecido, se em torno dele ainda se travam batalhas teóricas.

Sendo o Direito uma ciência, procura sempre justificar suas soluções com base numa teoria, num princípio, num fundamento jurídico. Reside aí um dos problemas da prisão civil. Falta aquele princípio incontestável para dar-lhe o suporte.

Por isto pretende-se comparar a evolução teórica, em matéria de direitos humanos, com a realidade do direito brasileiro e internacional, tendo presente o objetivo específico de ambientar a prisão civil no contexto e dividir em planos seus aspectos legais, éticos, sociais e políticos.

O método de pesquisa selecionado para o trabalho é o argumentativo, considerando que a opinião doutrinária e jurisprudencial serão expostas e discutidas.

O trabalho compor-se-á de três capítulos. O primeiro deles registrará a gênese e evolução da prisão civil por dívidas, até chegar à Constituição de 1988, sem no entanto, aprofundar no tema no direito pátrio.

O capítulo 2 será dedicado ao contrato de depósito, porquanto é nele que residem as oposições mais ferrenhas à prisão civil por dívida.

No capítulo 3 serão vistos os tratados internacionais e sua profunda influência nos direitos humanos. Tal enfoque é necessário tendo em vista a crescente integração econômica e social entre os povos e as conseqüências daí resultantes para o Estado de Direito, que se vê obrigado a reformular o conceito de soberania. O aparecimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos também tem registro neste capítulo.

O referencial teórico principal é o livro do professor Álvaro Villaça Azevedo (2000), intitulado *Prisão Civil por Dívida*, em associação com obras e textos eletrônicos correlatos.

1. PRIMEIROS REGISTROS HISTÓRICOS DA PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA

1.1 A PRISÃO CIVIL NA CIVILIZAÇÃO ORIENTAL

No reinado de Hamurabi, rei da Babilônia, que viveu entre 1728 e 1686 a.C., foi elaborado o Código de Hamurabi, uma das mais antigas recompilações de leis, escrita em língua babilônica e em caracteres cuneiformes.

Em seus artigos 114 a 117 disciplina o Código de Hamurabi não exatamente a prisão civil por dívida, mas a garantia humana por dívida de trigo e de prata. Assim o devedor dava em garantia sua esposa, seu filho ou seu escravo, que deveriam ser libertados após três anos de servidão na casa do credor.

Tais artigos prevêem ainda certa retribuição punitiva tarifada segundo a condição da garantia humana (homem livre ou escravo), caso o credor provocasse dolosamente a morte do ser humano dado em garantia. Assim se a garantia fosse ser humano livre (filho, esposa), deveria ser morto o filho do credor; caso fosse escravo, deveria o credor pagar um terço de mina de prata. Em ambos os casos perderiam ainda integralmente o crédito.

Surgido no século XIII a.C. (antes de Cristo), o Código de Manu, na Índia (Manava Dharma Sastra), por sua vez, autorizava o uso de meios violentos para recuperação do crédito demonstrado pelo credor.

Equiparava o inadimplemento obrigacional culposo, bem como a alegação de crédito improcedente, ao furto e, em consequência, autorizava o castigo físico ou a multa de igual valor ao do crédito, conforme fosse o objeto de maior ou menor importância. Os devedores de casta inferior poderiam ser acorrentados e seqüestrados, e serem obrigados a entregar esposas, filhos e animais em servidão até o completo pagamento da dívida.

Já nesta compilação são lançadas as primeiras raízes da reverência incompreensível que até hoje se observa no Brasil ao contrato de depósito: aquele que não restituísse o objeto depositado, no mesmo estado em que o recebeu, deveria ser preso e obrigado à restituição.

Igualmente vivenciou o Egito a chaga da prisão civil por dívida com todas as suas ferozes facetas. Alternou, entretanto, períodos em que era admitida com períodos em que era proibida, além de haver registro de anistia dos devedores pelo rei Sesostris.

Coube ao rei Bocchoris o louvor de ter abolido com intenções de definitividade a prisão civil por dívidas, embora, acredita-se, meramente por motivos políticos. Previamente à abolição os credores dispunham do direito de haver dos devedores a servidão pessoal até a liquidação do débito.

A formulação da lei de Bocchoris, de que o devedor pode obrigar-se por seus bens e não mais por sua pessoa é interpretada como reconhecimento de uma propriedade individual alienável, num Estado que se pretendia senhor exclusivo do seu próprio súdito.

Após Bocchoris a prisão civil por dívidas foi repristinada por seus adversários, e em seguida novamente banida pelo reformador social Amasis (568 a 526 a.C.), que restabeleceu a permissão da execução patrimonial.

Entre os Hebreus há verdadeira profusão de variantes da prisão civil por dívida, sendo a própria Bíblia Sagrada rica fonte de relatos afins. São exemplos os livros de Êxodo XXI, 2 a 6; Levítico XXV, 39 a 46 e Deuteronômio XV, 1 a 18. Ressalve-se, entretanto, que muitos atos de indisposição da liberdade lá descritos não têm origem em ato de vontade do devedor, mas na escravidão originada na derrota na guerra.

O Código da Aliança foi a primeira codificação escrita, rompendo assim com o modelo consuetudinário dos povos da Antiguidade. Inova quanto ao direito de família, mas não altera o Direito Neobabilônico, que regia todas as relações contratuais e obrigacionais do Oriente.

A inquietude de reformadores sociais é que vem abrandar a brutalidade das servidões decorrentes de dívidas. Institui-se a clemência, que beneficiava os devedores israelitas com

sete anos de serviços ao credor e introduz-se a proibição, sob pena de morte, da venda de israelitas transformados em escravos.

A descida à condição social de escravo dava-se geralmente pela insolvência. Dela resultava que o devedor entregava seus filhos ou a si próprio à servidão. Aos vizinhos era permitido resgatar e libertar os devedores.

Registre-se que entre os Hebreus tinha o escravo condição mais humana que entre outros povos, não havendo rígida dicotomia entre livres e escravos. Gozava do status de membro da família, participava dos cultos e demais celebrações e observava o repouso do sábado. Era ainda lhe conferida razoável proteção, não podendo, por exemplo, ser marcado com sinal distintivo de propriedade, a exemplo do babilônico.¹

1.2 A PRISÃO CIVIL NO DIREITO ROMANO

Direito e História são ciências de afinidade quase gêmeo-siamesas e a humanidade deve olhar continuamente para o seu passado com vistas a não repetir males vivenciados e a haurir na experiência dos antepassados a sapiência de como pressentir males novos.

Por outro lado, a história do Direito se confunde com a história dos romanos, razão porque não há como estudar o Direito sem mergulhar na empolgante cultura romana.

Isto constatado, não poderia deixar de ser lugar-comum na comunidade doutrinária dos sistemas de direito romano-germânico e common-law (lei consuetudinária, lei pública, lei feita pelo juiz) a existência da prisão civil por dívida no primitivo Direito Romano.

Mas a inter-relação entre os povos é fenômeno registrado e necessário à sobrevivência destes, por isso intui-se que até mesmo sistemas de direito menos divulgados

¹ Em razão de seu interesse apenas histórico para o nosso trabalho, todo o item 1.1 supra foi extraído unicamente do livro: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão Civil por Dívida*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 15-20.

entre nós, como o dos países socialistas e o dos povos do oriente se inspirem no Direito Romano e conheçam a fundo a evolução da prisão civil por dívida entre os romanos.

Entretanto, o termo-sinônimo de prisão civil por dívida no Direito romano não era obrigação, ou *obligatio* (obrigação), mas *nexum* (era ligação formal do devedor ao credor por força de solenidade exigida para certos atos originários de obrigação entre as partes). Sobre o assunto não divergem autores modernos nem antigos, todos se apoiando em farta literatura igualmente uniforme.

Ademais, não figurava o termo *obligatio* (obrigação) na Lei das XII Tábuas, de 450 a.C, nem na terminologia jurídica mais remota.² “O vocábulo primitivo, empregado para externar o vínculo obrigacional, era *nexum* (era ligação formal do devedor ao credor por força de solenidade exigida para certos atos originários de obrigação entre as partes), derivado do verbo *nectere* (atar, unir, vincular).

A Lei das XII Tábuas, em sua Tábua Terceira, Leis IV a IX, dá a exata medida do alcance da violência da prisão civil por dívidas no Direito Romano:

IV – Aquele que confessa dívida perante o magistrado ou é condenado, terá 30 dias para pagar; V – Esgotados os 30 dias e não tendo pago, que seja agarrado e levado à presença do magistrado; VI – Se não paga e ninguém se apresenta como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso até o máximo de 15 libras; ou menos, se assim o quiser o credor; VII – O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério; VIII – Se não há conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias; durante os quais será conduzido em 3 dias de feira ao *comitium*, onde se proclamará, em altas vozes, o valor da dívida; IX – Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre.³

Tal situação dos devedores, abstratamente considerada, a despeito de breves períodos de clemência noticiados pelos doutrinadores com as ressalvas da escassez de textos confiáveis, só veio a sofrer humanização sensível com o advento da *Lex Poetelia Papiria*. Ela

² AZEVEDO, 2000, p. 20.

³ MEIRA, Sílvio A. B. *A Lei das XII Tábuas: fonte do Direito Público e Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 149-170.

foi o fruto derradeiro, cujo germe foi um levante popular ocorrido em 495 a.C., por conta do maltrato de um jovem devedor plebeu.

À época o Estado de Roma era pequeno e essencialmente agrícola. As guerras contínuas que eram forçadas a travar com os vizinhos eram particularmente danosas para as finanças dos pequenos agricultores. Após esgotar seus recursos econômico-financeiros restava-lhes tão-só a saída de gravar suas próprias pessoas e suas famílias, na contração ou na solução de dívidas, tamanha a inclemência do sistema da época com os devedores.

O maltrato de um jovem devedor plebeu causou revolta popular que se espalhou por todos os cantos de Roma. Ainda no calor do evento, o anúncio de uma invasão estrangeira confere aos plebeus a moeda de troca para a conquista de uma condição jurídica mais justa frente aos patrícios usurários: só lutariam se conseguissem a liberdade, a anistia de suas dívidas e a mudança da legislação sobre dívidas.

Entretanto, passado o estado de guerra o senado não honrou a promessa de mudança da legislação. E em 493 a.C. o povo se refugia no Monte Sagrado e sob a intervenção de Menenius Agrippa obtém a indicação de um tribuno para defender seus interesses. A legislação sobre dívidas, no entanto, só seria modificada em 326 a.C., com a introdução desta verdadeira obra prima da ciência do Direito, a Lex Poetelia Papiria.

Apesar da lei Poetelia, exemplos de prisão por dívida são ainda relatados por Tito Lívio em 216 a.C. e mais tarde por Cícero. No fim da república, um homem livre podia se vender ou se transformar em gladiador. O problema continuava polêmico. A polêmica, entretanto, por si só, era grande avanço, pois impedia que o problema fosse banalizado e que se esvaísse da consciência das pessoas. Recorrências ou recuos não invalidavam o enorme progresso alcançado através da Lei Poetelia Papiria.

Relata Azevedo (2000),

Que duas são as correntes que explicam a gradual decadência do nexum até o seu total desuso, após a edição da Lei Poetelia Papiria: uma afirma que a

Lei aboliu completamente o nexum, outra propugna pela abolição tão-somente da manus iniectio.⁴

A questão é puramente teórica, vez que o importante é o progresso alcançado. A Lei Poetelia Papiria, no entanto, foi apenas o início da marcha rumo à extinção completa da prisão civil por dívida. Ela aboliu tão-somente o poder privado do credor sobre o seu devedor.

O credor continuou podendo submeter o devedor à escravidão através do instituto do addictus (estado de semi-escravidão. Entre a condenação do devedor insolvente e sua execução), instrumentalizado pela manus iniectio iudicati (apreensão manual empregava-se para execução de um julgamento). O grande progresso foi a extinção do poder privado do credor sobre o devedor, ou seja, o poder sem a intervenção do magistrado, pois o addictus é o devedor condenado in iudicio ou que confessou seu débito perante o magistrado.⁵

A Lex Vallia (170 a.C.) e em seguida a Lex Iulia Iudiciorum Privatorum (17 a.C.) enterraram de vez o instrumento da manus iniectio (apreensão manual empregava-se para execução de um julgamento), tendo o imperador César Otaviano Augusto abolido o sistema das legis actiones e implantado o sistema processual por fórmulas.⁶

Em seguida o sistema de prisões particulares foi substituído pelas prisões públicas, mérito que coube aos imperadores Diocleciano e Maximiano.⁷

1.3 A PRISÃO CIVIL NO DIREITO NACIONAL

A história da prisão civil por dívidas no Direito Brasileiro tem naturalmente origens no Direito Português, que por sua vez a herdou do Direito Romano.

Já as Ordenações Afonsinas definiam com clareza o instituto, que não permitia a prisão do devedor senão após condenação definitiva⁸. Consumada a condenação, podia ainda

⁴ AZEVEDO, 2000, p. 28.

⁵ Ibid., 2000, p. 28-29.

⁶ Ibid., 2000, p. 29.

⁷ Ibid., 2000, p. 31

⁸ Cf. Ordenações Afonsinas, *Dos que podem ser presos por dívidas civis ou criminais* Fundação Calouste Gulbenkian, reprodução da edição da Real Imprensa da Universidade de Coimbra, de 1792, Lisboa, Livro IV, Título LXVII, , p. 234-238, (apud AZEVEDO, 2000, p. 57).

o devedor oferecer seus bens em troca da liberdade, salvo se o débito fosse junto à Coroa ou resultante de atuação ilícita.

Em seguida o Alvará de 11.01.1517 proibiu a prisão de alimentantes insolventes devedores de pequenas somas.

Pouco evoluiu o instituto até a edição das Ordenações Filipinas, que mantiveram a inclemência em relação às dívidas para com a Coroa e instituíram a clemência para devedores de somas de até 20.000 réis, presos há seis meses ou mais. Se continuasse impago o débito por um ano após a soltura, nova prisão poderia ser decretada judicialmente e o credor faria jus ao rendimento do devedor neste período.⁹

As Ordenações Filipinas passam a considerar nula a convenção que autorizasse o credor a prender por seus próprios meios o devedor em mora.

Surge a figura do depositário infiel, que tanto no depósito voluntário quanto no legal, já é punida com rigor.

Mas a atenuação dos rigores da prisão civil prossegue em ritmo firme: proibição de prisão de mulheres por conta de dívidas cíveis; proibição de novas prisões de devedores de boa-fé e soltura dos já encarcerados.

Em 1774, sensível evolução havia ocorrido e só podiam ser presos por dívidas:

1. Os arrematantes em praça, que não satisfazem, L. de 29.06.1774;
2. Os recebedores fiscais, Ref. Jud. Art. 657;
3. Os tutores, pelo alcance da tutela, Ref. Jud. Art. 450;
4. Os que maliciosamente ocultam os bens em fraude dos credores;
5. Os depositários;
6. Os que alienam bens depois de condenados;
7. Os que dolosamente fazem retardar a execução além de três meses.¹⁰

A independência do Brasil em 1822 não altera o ordenamento jurídico do país, que continua a valer-se do arcaico sistema legal civil português até 1917, quando entra em vigor o Código Civil Brasileiro. O próprio Direito português já havia abandonado seu sistema de

⁹ AZEVEDO, 2000, p. 58.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário Silva. *Instituições de Direito Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 115-116, §

Ordenações, alvarás, regimentos, etc., em 1.867, com a edição do Código Civil Português, inspirado no modelo francês.

O artigo 310 do Código Criminal do Império, aprovado em 1830, dá causa às decisões contra a prisão do depositário infiel, quando se entende que ficaram revogadas as disposições penais das Ordenações Filipinas, e a favor, na hipótese contrária.

Por sua vez, a Consolidação das Leis Civis, de Augusto Teixeira de Freitas, em seu artigo 434 implementa um avanço ao admitir apenas a prisão do depositário infiel no depósito voluntário, após a condenação, embora o fornecimento de fiadores não o livre da prisão. Ao depositário judicial o artigo 438 reserva disposições mais duras, não se livrando da prisão, antes de qualquer julgamento, ainda que alegue ter entregue a coisa à autoridade.

O Regulamento 737, de 25.11.1850 é promulgado para regulamentar o Código Comercial, mas o Decreto 763, de 19.09.1990 determina sua aplicação, com algumas adaptações, às causas cíveis.

O artigo 269 do Regulamento 737 é um avanço: o infiel depositário somente é preso 48 horas após a condenação, se não restituir o objeto. Mas é também um retrocesso: seu artigo 272 proíbe a defesa do réu que não devolve a coisa, levando à sua condenação sem participação no processo. Esta injustiça viria se repetir no Código de Processo Civil de 1939.¹¹

A promulgação do Código Penal da República, pelo Dec. 807, de 11.10.1890, voltou a lançar dúvidas sobre a extinção ou não da prisão civil por dívidas. Várias são as vozes que afirmam a sua extinção, argumentando até mesmo sua desnecessidade, já que fora criado um fato típico penal para tratar o tema. Não seria justo punir duplamente o depositário infiel.

Mas um entendimento inovador fincaria raízes que se estendem aos dias de hoje: o de que a prisão civil não é pena, mas meio compulsório de execução, portanto não há bis in

¹¹ AZEVEDO, 2000, p. 64.

idem.¹² (incidência duas vezes sobre a mesma coisa). Tal entendimento já foi adotado pelo STF em acórdão de 08.08.1906.

Informa ainda, Mário Guimarães de Souza, que embora o Dec. 848, de 11.10.1890, organizador da Justiça Federal, não mencionasse prisão civil, a Lei 221, de 20.11.1894, restabeleceu, através do Parágrafo Único do seu artigo 44, a aplicação do Regulamento 737 às causas cíveis e comerciais. Retornava a prisão civil por dívidas, que de resto estava prescrita nos artigos 1.181 § 1º e 1.186 da Consolidação das Leis Cíveis, de Carlos de Carvalho, que vigeu até 1899.

Em breve fase de estadualização da legislação processual os Estados do Pará em 1905 e do Rio Grande do Sul em 1908, aboliram a prisão civil por dívida de seus diplomas. A Bahia, em 1915 somente a aboliu das causas cíveis.¹³

1.4 A PRISÃO POR DÍVIDA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A primeira constituição brasileira a proibir a prisão por dívidas foi a de 1934. Foi também a única a fazê-lo de maneira taxativa, sem exceções. O n° 30 de seu artigo 113 dispõe: “Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas”.

As constituições de 1946, 1967 e a Emenda Constitucional n° 1 de 1969, mantiveram a proibição, mas instituíram as célebres exceções que sobrevivem até hoje. Seus artigos 141, § 32, 150, § 17 e 153, § 17, respectivamente, dispunham que “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”.

A constituição vigente, no inciso LXVII do art° 5º, manteve as duas exceções, com pequenas alterações: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

¹² SOUZA, Mário Guimarães de. *Da prisão civil*. Recife: Ed. Jornal do Comércio, 1938 (apud AZEVEDO, 2000, p. 65).

¹³ AZEVEDO, 2000, p. 66.

2. O CONTRATO DE DEPÓSITO

2.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O contrato de depósito representa a relação jurídica entre alguém (depositante), que entrega a outrem (depositário) a guarda temporária de coisa corpórea móvel, para que este a guarde, conserve e devolva, quando por aquela solicitada.

Quanto à motivação da constituição da relação jurídica do depósito, classifica-se este em contratual ou voluntário e necessário. O depósito contratual ou voluntário é o que surge da livre vontade das partes (art. 627 do Código Civil). Necessário ou extracontratual é o que nasce da vontade da lei ou de circunstâncias imperiosas que eliminam ou afetam a vontade do depositante (art. 647 do Código Civil).

O depósito necessário instituído pela lei denomina-se depósito legal (Código Civil, art. 647, inc. I). Cita-se, exemplificativamente, o que ocorre no caso da alienação fiduciária em garantia, disciplinada pelo Decreto-Lei 911/69, e o que dá ao inventor da coisa perdida a condição de depositário (Código Civil, art. 1.233, P. Único). Ao legal equipara-se também o depósito das bagagens dos viajantes nos seus pontos de estada (art. 649 do Código Civil).

O depósito necessário feito por força de calamidades que atingem o depositante, tais quais o incêndio, a inundação, o naufrágio, ou o saque (Código Civil, art. 647, inc. II) recebe o nome de *miserável*.¹⁴

“O depósito contratual, por sua vez, pode ser civil ou comercial, conforme o depositário seja ou não comerciante. Enquanto o civil é, em regra, gratuito, o comercial é, por natureza, oneroso”.¹⁵ Argumenta Azevedo (2000), entretanto, que o ressarcimento, ao depositário, de despesas de guarda e conservação, não descaracterizam a gratuidade do depósito.

¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*, 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 49.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3, 2002, p. 49.

Quanto à forma da restituição do bem objeto do depósito, este pode ser regular ou irregular. Regular é aquele cuja restituição há de ser feita em sua própria individualidade, na mesmíssima substância recebida para depósito, pouco importando se trata de coisa fungível ou não. A este aplica-se a ação de depósito.

Irregular é o que tem por objeto coisas fungíveis, cujo domínio é transferido ao depositário, que pode usá-las e consumi-las. A restituição, in casu (no caso, na hipótese em julgamento), far-se-á em substância do mesmo gênero, qualidade e quantidade. A este tipo não se aplica a ação de depósito. Regula-se este pela disciplina do mútuo (Código Civil, art. 645).¹⁶

O depositário não pode, sob pena de responder por perdas e danos, fazer uso da coisa objeto do depósito, salvo expressa licença do depositante (Código Civil, art. 640). Tal uso desautorizado caracterizaria o *furtum usus* (furto de uso, caracteriza-se pela apreensão da coisa não com o intuito de dela apropriar-se, mas para usá-la e posteriormente restituí-la) do Direito Romano.

Aliás, é unânime a doutrina em afirmar que o uso gratuito do bem objeto do depósito transforma o contrato em comodato e o uso mediante retribuição, transforma-o em locação.¹⁷

2.2 A AÇÃO DE DEPÓSITO

2.2.1 Generalidades

Constituem a essência material do contrato de depósito a guarda e a restituição do objeto recebido em custódia (Código Civil, art. 627).

Nas palavras de Monteiro (1994) “a guarda da coisa é realmente o traço mais expressivo e mais insinuante do contrato de depósito (...) A coisa é-lhe consignada para ser guardada; a custodia rei é a própria essência do contrato”.¹⁸

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 49-53.

¹⁷ AZEVEDO, 2000, p. 77.

¹⁸ MONTEIRO, 1994, p. 226-227.

Em nada difere o entendimento de Azevedo (2000), que cita alguns julgados nesse sentido, dentre os quais a RT (Revista dos Tribunais) 445/189, proferido pela 4ª Câmara do TACivSP (Tribunal de Alçada Civil de São Paulo), em que foi rejeitada a condição de infiel depositário ao custodiante de títulos da dívida pública recebidos não para custódia, segundo o julgado, mas para garantia de execução das obras, mediante caução.¹⁹

Não menos importante para a admissão da ação de depósito é a pureza da obrigação de restituir. Teodoro Júnior (2000), lembra, citando julgados, que esta obrigação pode aparecer igualmente em outros contratos, mas não com a grandeza visualizada no contrato de depósito. Caso ocorra uma obrigação secundária ou alternativa, incabível é a ação de depósito.²⁰

O processualista explica que a relação jurídica do depósito pode gerar diversas pretensões para depositante e depositário, mas chama a atenção para a límpida definição do fim a que visa a ação, contida no artigo 901 do Código de Processo Civil: “Esta ação tem por fim exigir a restituição da coisa depositada”.

Mas a restituição nem sempre é possível. Por isto, completa o processualista em seguida, a ação de depósito comporta pretensões acessórias, tais quais: o recebimento do equivalente em dinheiro, no caso de desaparecimento da coisa depositada; a prisão civil do depositário, para coagi-lo ao cumprimento da obrigação específica; a expedição de mandado de busca e apreensão da coisa; a transformação do procedimento numa execução por quantia certa, no caso de não cumprimento da sentença de restituição.

Indenizações por conta de desfalques e danificações da coisa, entretanto, têm de ser remetidos para o procedimento comum da ação de indenização.

¹⁹ AZEVEDO, 2000, p. 78.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 50.

2.2.2 Natureza da Ação

A ação de depósito existiu no Direito Romano, de onde esgotaram alguns de seus traços, como o conceito do *furtum usus* (furto de uso caracteriza-se pela apreensão da coisa, não com o intuito de dela apropriar-se, mas para usá-la e posteriormente restituí-la).

Ao depositante cabia a infamante *actio depositi directa* ou a *actio in factum*, de criação pretoriana, para obtenção do equivalente em dinheiro. Já o depositário valia-se da *actio depositi contraria* para recuperar despesas com a guarda da coisa.²¹

Entre nós a ação é considerada de natureza preponderantemente executiva, porque não se satisfaz com um processo de conhecimento que vise a condenação do depositário à restituição da coisa depositada.

A contestação, conforme bem destaca Theodoro Júnior (2002), é apenas uma alternativa aberta ao depositário na citação (Código de Processo Civil, art. 902, inc. II).

Dentre outras situações, poderá o depositário contestar, quando: a) a obrigação de restituir já foi cumprida, ou foi extinta por alteração do título da posse ou perecimento da coisa sem culpa do depositário; b) queira exercer a compensação fundada em outro depósito; c) a obrigação for divisível, não haja solidariedade, e vários sejam os depositários; d) queira exercer o direito de retenção por conta de despesas e prejuízos causados pelo depósito; e) alegue nulidade do negócio jurídico.

Mas o depositário não é citado somente para contestar. Ele é citado para, no prazo de cinco dias, entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro (Código de Processo Civil, art. 902, inc. I).

Não satisfazendo qualquer das prestações acima e não contestando, ou contestando e sendo julgado procedente o pedido do autor, terá expedido contra si um mandado para, no prazo de vinte e quatro horas, entregar a coisa ou o seu equivalente em dinheiro.

²¹ THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 51.

Não cumprido o mandado poderá o juiz decretar-lhe a prisão pelo prazo de até 1(um) ano, caso tenha sido requerida pelo depositante na inicial ou posteriormente (Código Civil, art. 652); (Código de Processo Civil, art. 904, P. Único).

Por causa deste rito rápido e do conjunto de técnicas usadas para materialização da pretensão, sem necessidade de processo de execução em separado, a ação de depósito é considerada executiva. (apud THEODORO JUNIOR, 2003, p. 53)²²

2.2.3 Depositários por Ficção Legal: Alienação Fiduciária em Garantia e outros

As obrigações de guarda da coisa e de restituí-la, conforme exposto no tópico 2.2.1 acima, constituem a essência material do contrato de depósito.

Estranhamente, entretanto, Theodoro Júnior (2002, p. 65-67), aceita passivamente a incidência da ação de depósito nos casos de penhor mercantil e de alienação fiduciária em garantia, somente excluindo sua aplicação aos casos de depósito irregular, remetidos para a disciplina do mútuo.

Quanto à essência de guarda da coisa, inerente ao contrato de depósito, silencia-se.

Aceitando o procedimento da ação de depósito em casos diversos do contrato de depósito puro, aceita-se, em consequência, o recurso à prisão civil do pretense depositário infiel, já que esta técnica de coerção é uma das armas do procedimento.

Se o procedimento da prisão do depositário infiel puro, já tem opositores ferrenhos valendo-se de sólidos argumentos legais e éticos, insustentável é a prisão destes depositários fictícios.

A alienação fiduciária em garantia é a criação da Lei de Mercado de Capitais (Lei 4.728, de 14.07.1965), que surgiu com a missão de fomentar o crédito. Deveria, para isto, propiciar ao financiador mecanismos eficazes de garantia e recuperação de seu crédito, em caso de inadimplemento.

²² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Comentários ao Código de Processo Civil. 1984.

Assim, o caput de seu artigo 66 enuncia: “Nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida”.

Tal regra é completada pelo § 2º do mesmo artigo 66, que prescreve:

O instrumento de alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada, independentemente de sua tradição, continuando o devedor a possuí-la em nome do adquirente, segundo as condições do contrato, e com as responsabilidades de depositário.

E o § 7º:

impõe as restrições necessárias à transformação do direito real de propriedade em direito real de garantia: “É nula a cláusula que autorize o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no seu vencimento.

Tal emaranhando de disposições, além de deturpar o instituto da propriedade, não surtiu os efeitos desejados. Os tribunais estavam inseguros sobre o fim social buscado com as responsabilidades de depositário conferidas pelo § 2º do art. 66 e as decisões apresentavam divergências de toda sorte. Muitas rejeitavam a prisão do devedor/fiduciante/depositário.²³ Outras o faziam por via reflexa, recusando a equiparação do contrato de financiamento ao de depósito.

Editou-se então o Decreto-Lei 911, de 01.10.1969, para alterar a Lei 4.728/66 e dissipar as dúvidas. O caput e o § 6º do art. 66 da Lei 4.728 passam a ter a seguinte redação:

“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 a lei civil e penal.

(...)

§ 6º É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no seu vencimento”.

E o artigo 4º do Decreto-Lei 911/69, completa:

²³ AZEVEDO, 2000, p. 109.

Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos meus autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV do Código de Processo Civil.

Tais alterações na legislação causaram sensíveis mudanças nas decisões judiciais. Os juízes e tribunais de orientação mais positivista passaram a determinar a prisão do alienante/devedor/fiduciante, apelidado depositário, quando configurada a situação do artigo 4º do Decreto-Lei 911/69, acima transcrito.

Mas a vitória não foi total, tanto na seara jurisprudencial, como na doutrinária. O professor Azevedo (2000), cita decisões negando a prisão do devedor, sob o argumento de que nos contratos de alienação fiduciária o bem não é entregue, efetivamente, à guarda do depositário.

No âmbito doutrinário, Gomes (1975, p. 110), esclarece:

A ação de depósito está expressamente admitida como um dos meios judiciais de que pode se socorrer o credor para obter a satisfação do crédito. Entretanto, por sua finalidade, não é idônea a proporcioná-la, visto que se destina à recuperação da coisa depositada, e, na alienação fiduciária em garantia, esse propósito não tem a significação própria, apenas expressa na ação em que a pretensão do depositante se funda no contrato de depósito. O devedor-fiduciante não é, a rigor, depositário, 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 lei o equipara ao depositário para lhe impor os encargos e responsabilidades inerentes ao exercício dessa função.

E o professor Azevedo (2000, p. 110) ataca: “Como resta evidenciado com essa análise, existe uma equiparação legal do fiduciante ao depositário, formalmente, tão-só para que fique ameaçado de prisão civil, caso não cumpra sua obrigação”.

De fato estranha-se como uma parte do pensamento jurídico nacional convive, sem maiores crises de consciência, com a prisão do devedor no contrato de alienação fiduciária em garantia, quando são necessários tantos ilogismos para transformá-lo em depositário. O mesmo se aplica ao penhor mercantil e ao penhor rural, cuja constituição não visa a guarda e restituição de coisa corpórea, mas tão-somente a implementação de uma garantia. Por questão

de conveniência (no caso do penhor mercantil), e desta e de impossibilidade física (no caso do penhor rural), a coisa permanece sob a guarda do devedor.

Um primeiro e óbvio argumento nega a sua condição de depositário pelo fato de não receber a coisa para guarda e restituição, quando solicitada. Recebe-a para uso e futura transformação da posse em propriedade, quando liquidar seu financiamento, conforme explicado acima pelo professor Gomes (1975).

Tal fato é tão evidente que o credor não poderá reclamar danos à coisa, advindos do uso pelo devedor, caso tenha sucesso numa eventual busca e apreensão. Poderá, sim, retomar o bem e vendê-lo, aplicando o preço da venda no pagamento de seu crédito, e cobrar do devedor eventual saldo do débito (§ 4º do art. 66 da Lei 4.728/65, com redação do Decreto-Lei 911/1969; artigo 2º do Decreto-Lei 911/1969).

E não poderá ficar com a coisa alienada em garantia, se houver inadimplemento (§ 6º do art. 66, da Lei 4.728/65, com redação dada pelo Decreto-Lei 911/1969). Está ferido o conceito de propriedade. A proibição do pacto comissório somente se aplica aos direitos reais de garantia. A propriedade é direito real de gozo.

Portanto, não poderia estar mais claro que o bem alienado não foi entregue para guarda e devolução.

Mas há mais violências lógicas contra outros princípios e institutos do direito civil, caso se aceite o devedor como depositário. Sendo o credor o proprietário do bem objeto da alienação fiduciária, deveria correr os riscos de eventual perda do objeto, sem culpa do devedor. É a aplicação do princípio *res perit dominio* (a coisa parece para o dono) (art. 235 e § do Código Civil). (AZEVEDO, 2000, p. 122). Tal não ocorre no caso da alienação fiduciária em garantia.

Da coletânea de decisões contradicentes a respeito do tema, percebe-se duas correntes bem distintas: uma que analisa somente se o Decreto-Lei 911/1969 autorizou devidamente a prisão do depositário infiel na alienação fiduciária, e outra que analisa se o próprio Decreto-Lei está apropriado com o ordenamento jurídico e se não fere a lógica dos princípios do Direito e de seus institutos.

A primeira corrente não costuma se debater em busca de argumentos para provar seu entendimento: o Decreto-Lei 911/1969 declara de maneira visível que quer o devedor-alienante no status de depositário. Isto basta a esta corrente.

A segunda corrente procura preservar a harmonia de todo o ordenamento jurídico e alega que o legislador constitucional não autorizou o legislador ordinário a estabelecer uma cadeia equiparante sem limites, que permitisse transformar, a seu bel-prazer, os responsáveis por obrigações civis, em depositários ou responsáveis por dívidas alimentares. (AZEVEDO, 2000, p. 113-114)

Após o advento da constituição de 1988 tal argumento ganha força com a alteração da expressão na forma da lei, do texto que disciplina a prisão civil na constituição de 1969. O inciso LXVII do artigo 5º da constituição de 1988 estabelece: "Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel". (AZEVEDO, 2000, p. 113-114)

Tal alteração teria o sentido de impedir qualquer tentativa de extensão do atributo de depositário visando ampliar o rol de obrigações civis contempladas pela proteção da ameaça de prisão (a exemplo da alienação fiduciária em garantia). (AZEVEDO, 2000, p. 116)

3. OS TRATADOS INTERNACIONAIS E OS DIREITOS HUMANOS

3.1 GENERALIDADES

Inevitável é a abordagem deste tema, se caso decida adentrar questão qualquer que mostre alguma afinidade com direitos humanos.

A segunda guerra mundial despertou a consciência dos pensadores para a necessidade de dirigir a atenção das pessoas para questões outras que não a satisfação pura e cega de pretensões materiais, em que se achava o mundo envolvido, desde a revolução industrial.

A perseguição frenética do lucro, da acumulação de riquezas, do domínio sobre outros povos, havia entorpecido o lado humano dos homens, de forma a provocar duas guerras catastróficas temporalmente tão próximas a ponto de ambas fulminarem a mesma geração.

Alguns argumentam, que este despertar das consciências em nada visou uma reorientação do sentido da vida humana: apenas visualizou na continuidade do estado permanente de guerra em que se encontrava o mundo, uma perda iminente de lucro, que se seguiria à perda de vidas humanas. Afinal, viver significa consumir.

Desde os primeiros registros históricos já era conhecida a arte do pacto entre grupos, com isso inaugurou-se nova fase de relações inter-humanas, hipócrita ou autenticamente voltada para a preservação e humanização do homem. O primeiro ato neste sentido foi a Declaração dos Direitos Humanos de 1948.

O engajamento dos povos neste incipiente pacto de civilidade utilizar-se-ia do mesmo instrumento usado em celebrações stricto sensu contratuais, das quais já se detinham as técnicas de formalização: o tratado. Profusa a sinonímia do termo, com matizes semânticas irrelevantes: acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração, estatuto, memorando, pacto, protocolo e

regulamento. O termo concordata, no entanto, é reservado a tratado bilateral que vincule a Santa Sé.²⁴

A idéia ganhou espaço e aceitação crescentes entre os entes estatais e os tratados com propósito de preservação dos direitos humanos se multiplicam. Aos eventuais resistentes aplica a comunidade internacional um isolamento adequado com o nível da desarmonia.

Este novo enfoque das relações entre os povos visando a humanização da vida produziu igual volume de estudos e novas teorias vão surgindo com o fito de fundamentar as ações desenvolvidas.

Assim é que Canotilho (1998 apud PIOVESAN, 2004, p. 77) afirma:

O constitucionalismo global consiste não apenas no clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas no novo paradigma centrado nas relações Estado/povo, na emergência de um *Direito Internacional dos Direitos Humanos* e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. Por isso o Poder Constituinte dos Estados e, consequentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional). O Poder Constituinte criador de Constituições está longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito Internacional tendencialmente informador do Direito Interno. (grifamos)

Com a teoria do Direito Internacional dos Direitos Humanos protege-se o cidadão universal, ou, reversamente, ganha o cidadão proteção jurídica internacional.

Piovesan (2004, p. 78) entende que “Em favor da natureza constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, um outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais”.

E cita em seguida Canotilho (1998 apud PIOVESAN, 2004), nas palavras de quem a dinâmica espaço-temporal da matéria constitucional começou com temas constitucionais por

²⁴ Cf. REZEK J. F., *Direito Internacional Público*. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

excelência, como a organização do poder político (amparada no princípio da divisão dos poderes) e o catálogo dos direitos, liberdades e garantias. Evoluiu para alcançar direitos econômicos, sociais e culturais, direitos de participação dos trabalhadores e constituição econômica. Por fim afirma Canotilho, (1998 apud PIOVESAN, 2004, p. 78) que:

Uns topos caracterizador da modernidade e do constitucionalismo foi sempre o da consideração dos 'direitos do homem' como *ratio essendi* do Estado Constitucional. Quer fossem considerados como 'direitos naturais', 'direitos inalienáveis' ou 'direitos racionais' do indivíduo, os direitos do homem, constitucionalmente reconhecidos, possuíam uma dimensão projectiva de comensuração universal.

O constitucionalista defende ainda que:

O programa-normativo não pode se reduzir de forma positivística, ao 'texto' da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o 'bloco da constitucionalidade' a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como forma de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas. (CANOTILHO, 1998 apud PIOVESAN, 2004, p. 78)

Com base nestas considerações de Canotilho, afirma Piovesan (2004, p. 79) que "Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado 'bloco da constitucionalidade', densificando a regra constitucional positivada no parágrafo 2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional *aberta*".²⁵

Tal entendimento, entretanto, enfrenta sério obstáculo jurídico-doutrinário: a denúncia, manifestação de vontade sempre presente nos tratados, iria de encontro ao § 4º, inciso IV, do artigo 60 da Constituição Federal, que atribui aos direitos e garantias individuais o atributo de *cláusula pétrea*.

É precisamente o texto do § 2º do art. 5º da Constituição que leva José Afonso da Silva a confirmar o entendimento de Flávia Piovesan, de que esta é uma *cláusula aberta* (somente quanto à incorporação de novos direitos e garantias), já que admitem direitos e

²⁵ Diz o par. 2º do art. 5º da Constituição Federal: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, o dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". (PIOVESAN, 2004, p. 79)

garantias individuais não enumerados. Este constitucionalista classifica os direitos individuais em três grupos:

Os explícitos, constantes do artigo 5º; os implícitos, inferidos das regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida; e os direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, que “não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas que provêm ou podem vir a ouvir do regime adotado, como o direito de resistência, entre outros de difícil caracterização a priori. (SILVA, 1990, p. 174, apud PIOVESAN, 2004, p. 80)

Piovesan (2004) discorda da equiparação entre os direitos decorrentes do regime, dos princípios adotados pela constituição e os decorrentes dos tratados internacionais, por considerar que os tratados enumeram expressamente os direitos neles contidos, não sendo de difícil caracterização a priori.

De fato, se os direitos são citados textualmente nos tratados, estranha-se que sejam considerados de difícil caracterização a priori. Piovesan (2004) propõe a seguinte classificação constitucional dos direitos: os direitos expressos na própria Constituição (os listados nos incisos I a LXXVII do art. 5º, por exemplo); os expressos nos tratados internacionais firmados pelo Brasil; e os implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição).

É unânime entre os doutrinadores o entendimento de que a Constituição de 1988 recepcionou os direitos humanos contidos em tratados internacionais firmados pelo Brasil. Canotilho (1993, p. 227 apud PIOVESAN, 2004, p. 82) sintetiza com objetividade: “O princípio da máxima efetividade das normas constitucionais é hoje, sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais – no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”.

Piovesan (2004, p. 87) comenta, ainda,

outro argumento em favor da atribuição, aos tratados de direitos humanos, de status constitucional. Estaria observando o princípio da norma mais favorável, o que se harmoniza com os fundamentos e princípios regentes da Constituição de 1988.

Os fundamentos aos quais se refere aqui são os do inciso II - cidadania e III - dignidade da pessoa humana, do artigo 1º da Constituição. Já os princípios são os do inciso II - prevalência dos direitos humanos e IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Adotada tal interpretação, acolhida por tantos ilustres doutrinadores, teriam solucionadas duas questões cruciais que fazem nossa Corte Suprema alvo de críticas ácidas: a inclusão dos direitos humanos previstos em tratados internacionais firmados pelo Brasil, no rol dos pertencentes às cláusulas pétreas; a solução, a favor do Pacto de San José de Costa Rica, da *pretensa* antinomia entre o § 2º do art. 5º da Carta Magna, e o inciso LXVII de seu art. 5º.

Por último, resume Piovesan (2004, p. 91) as várias visões sobre a hierarquia dos tratados:

Acrescente-se que, além da concepção que confere aos tratados de direitos humanos hierarquia constitucional (concepção defendida por este trabalho) e da concepção que, ao revés, confere aos tratados status paritário à lei federal (posição majoritária do STF), destacam-se outras duas correntes doutrinárias. Uma delas sustenta que os tratados de direitos humanos têm hierarquia supraconstitucional, enquanto que a outra corrente defende a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal dos tratados de direitos humanos.

3.2 MONISMO E DUALISMO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS

Com a intensificação das inter-relações entre os Estados, ganha importância cada vez maior a conciliação dos diversos direitos pátrios com o Direito Internacional.

Esta conciliação é tema objeto de polêmica, temperada com ingredientes tais quais a soberania estatal, o chauvinismo, a hostilidade entre Estados e a insubmissão a órgãos internacionais.

Para justificar tal ou qual ordenamento deve ser seguido, surgem duas teorias de interpretação da conciliação dos diversos direitos estatais com o Direito Internacional: o monismo e o dualismo.

A escola dualista, segundo Rezek (2002, p. 4), teve em Carl Heinrich Triepel, na Alemanha, e Dionísio Anzilotti, na Itália, seus maiores destaques no século passado. Conceitua com precisão as duas escolas: A dualista luta por uma rígida dicotomia entre o direito nacional e o internacional, que destinar-se-ia a reger as relações entre Estados, só vinculando internamente os cidadãos, quando formalmente incorporada pelo ordenamento interno. Este, por sua vez, não teria de harmonizar-se com a ordem internacional.

A escola Monista, continua Rezek (2002), divide-se em duas correntes. Uma que prega a existência de uma ordem jurídica única, hegemônica, cujas balizas, dadas pelo direito internacional, as ordens nacionais não podem extrapolar. Seu maior expoente é Hans Kelsen. Outra, também única e hegemônica, submete o Estado soberano ao direito nacional, a quem cabe decidir discricionariamente o acolhimento ou a rejeição de preceitos do direito internacional. Na França, Alemanha e União Soviética (entre os anos 20 e 80) encontram-se defensores desta corrente. Os princípios desta corrente são invocados e seguidos por vários países do ocidente, incluindo o Brasil e os Estados Unidos da América, para solução de conflitos de normas entre o direito interno e o internacional.²⁶

²⁶ Cf. REZEK, 2002. p. 4.

Por conta do primor da lição de REZEK, transcreve-se na íntegra seu magistério:

“Para os dualistas o direito internacional e o direito interno de cada Estado são sistemas rigorosamente independentes e distintos, de tal modo que a validade jurídica de uma norma interna não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional. Os autores monistas dividiram-se em duas correntes. Uma sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito internacional, a que se ajustariam todas as ordens internas. Outra apregoa o primado do direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja ótica a adoção dos preceitos do direito internacional reponta como uma faculdade discricionária. O monismo internacionalista teve em Hans Kelsen seu expoente maior, enquanto a vertente nacionalista encontrou adeptos avulsos na França e na Alemanha, além de haver transparecido com bastante nitidez, entre os anos vinte e os anos oitenta, na obra dos autores soviéticos.

Nenhuma dessas três linhas de pensamento é invulnerável à crítica, e muito já escreveram os partidários de cada uma delas no sentido de desautorizar as demais. Perceberíamos, contudo, que cada uma das três proposições pode ser valorizada em seu mérito, se admitíssemos que procuram descrever o mesmo fenômeno visto de diferentes ângulos. Os dualistas, com efeito, enfatizam a diversidade das fontes de produção das normas jurídicas, lembrando sempre os limites de validade de todo o direito nacional, e observando que a norma do direito das gentes não opera no interior de qualquer Estado senão quando este, havendo-a aceito, promove-lhe a introdução no plano doméstico. Os monistas kelsenianos voltam-se para a perspectiva ideal de que se instaure um dia a ordem única, e denunciam, desde logo, à luz da realidade, o erro da idéia de que o Estado soberano tenha podido outrora, ou possa hoje, sobreviver numa situação de hostilidade ou indiferença frente ao conjunto de princípios e normas que compõem o direito das gentes. Os monistas da linha nacionalista dão relevo especial à soberania de cada Estado e à descentralização da sociedade internacional. Propendem, dessarte, ao culto da constituição, estimando que no seu texto, ao qual nenhum outro pode sobrepor-se na hora presente, há de encontrar-se notícia do exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras. Se é certo que pouquíssimos autores, fora do contexto soviético, comprometeram-se doutrinariamente com o monismo nacionalista, não menos certo é que essa idéia norteie as convicções judiciárias em inúmeros país do ocidente – incluindo o Brasil e os Estados Unidos da América –, quando os tribunais enfrentam o problema do conflito entre normas de direito internacional e de direito interno”.

Após pugnar pela paridade entre o tratado internacional e a lei interna, recorda Rezek (2002) que foi o julgamento do Recurso extraordinário nº 80.004 que selou o entendimento de que, confrontado o tratado com lei posterior, “esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano, deve ter sua prevalência garantida pela justiça – sem embargo das consequências de descumprimento do tratado, no plano internacional.” Mas Rezek (2002, p. 99) relata que já “em 1945, Philadelpho Azevedo, então ministro do Supremo, publicou comentário demonstrativo da convicção unânime da corte, àquela época, quanto à prevalência dos tratados sobre o direito interno infraconstitucional”. E atribui a decisão por maioria no caso do Recurso 80.004 à falta de garantia, na constituição, “de privilégio hierárquico do tratado sobre as leis do Congresso,” sendo “inevitável que a justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária é sua estatura no ordenamento jurídico”.

Piovesan (2004) afirma que tal posicionamento da Suprema Corte vem sofrendo críticas por parte da nossa doutrina. E mais: o STF estaria de tal forma convencido de seu posicionamento, que o Ministro José Francisco Rezek recentemente atribuiu aos poderes políticos a culpa por tal afronta aos compromissos internacionais, nada cabendo ao judiciário fazer.

Vale ainda registrar a posição de Piovesan (2004) quanto à teoria adotada pelo Brasil para enfrentar a conciliação entre direito internacional e o direito interno. A autora estuda o fenômeno pelo ângulo da incorporação do tratado internacional. O país teria adotado um sistema misto (monista para tratados internacionais, dualista para os demais tratados).

no qual para os tratados internacionais de direitos humanos – por força do art. 5º par. 1º - aplica-se a sistemática de incorporação automática, enquanto que para os demais tratados internacionais aplica-se a sistemática de incorporação legislativa, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna. (PIOVESAN, 2004, p. 90)

Tal posicionamento, entretanto, só é possível porque Piovesan (2004) conjuga o § 1º e 2º do artigo 5º da Constituição, para concluir que os tratados internacionais de direitos humanos têm status constitucional de direitos e garantias fundamentais e podem ser invocados antes mesmo do decreto de execução.

3.3 O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E A PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL

Diz o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal vigente: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Tal dispositivo foi inserido na Constituição brasileira por proposta do juiz da Corte Interamericana dos Direitos Humanos, Trindade (1991, p. 631 apud PIOVESAN, 2004, p. 76), segundo suas próprias palavras.

Em 25/09/92 o Brasil ratifica a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que havia sido aprovada pelo Decreto Legislativo 27, de 26/05/92, e que entrou em vigor em 06/11/92, pelo Decreto de execução nº 678.

Diz o artigo 7º, em seu nº 7 do Pacto de San José da Costa Rica: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedido em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Em 24/01/1992 o Brasil já havia ratificado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pelo Decreto Legislativo 226, de 12/12/1991, e cujo cumprimento foi determinado pelo Decreto 592, de 06/07/1992.

Diz o artigo 11 do Pacto: “Ninguém será preso simplesmente em função de sua incapacidade de cumprir uma obrigação contratual”.

Além disto, há os fundamentos dos incisos II e III previstos no artigo 1º da Constituição da República, e os princípios inscritos nos incisos II e IX da mesma Constituição, pelas quais o Brasil há de reger suas relações internacionais.

Mas o inciso LXVII do artigo 5º prescreve: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

E o Código Civil atual prevê, em seu artigo 652: “Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a 1 (um) ano, e ressarcir os prejuízos”. Tal disposição substancial é instrumentalizada pelos §§ 1º do artigo 902, que faculta ao credor-autor pedir a cominação de pena de prisão de até um ano – do devedor) e pelo P. Único do artigo 904 do Código de Processo Civil Brasileiro, que determina ao juiz a decretação da pena pedida. Anote-se, ainda, que o artigo 652 apenas repetiu preceito já existente no artigo 1.287 do Código Civil de 1916.

Estes dois grupos de normas supralistados, de comandos opostos, são a polêmica do momento em nossos tribunais.

A batalha se acirrou com a entrada em vigor do Pacto de San José da Costa Rica, quando então doutrinadores renomados e decisões bem fundamentadas passaram a considerar que estava eliminada de nosso ordenamento jurídico a prisão do depositário infiel.

A corrente que defende a eliminação argumenta que a entrada em vigor do Pacto de San José da Costa Rica não pôs em confronto o tratado com o inciso LXVII da Constituição, já que a norma constitucional apenas autoriza o legislador ordinário a fazê-lo. E se o tratado revoga lei anterior com ele incompatível, estaria eliminada a prisão do depositário infiel, visto não existir no ordenamento qualquer outro dispositivo autorizando a prisão.

Além disto, acrescentam, seria inconcebível que o inciso LXVII do artigo 5º obstasse uma garantia introduzida por um tratado destinado a resguardar direitos humanos.

Esta tese, no entanto, não subsistiria ante a entrada em vigor do novo Código Civil Brasileiro, em 11/01/2003. Tendo lei e tratado status paritário, voltaria ao ordenamento a autorização para prisão do devedor infiel, através do artigo 652 do novo Código Civil Brasileiro.

O problema é que boa parte da jurisprudência brasileira, inclusive a Excelsa Corte, tem aceitado, embora não de forma unânime, a transformação do devedor civil em depositário

infiel, para ameaçá-lo de prisão ou prendê-lo.²⁷ Justiça se faça ao Superior Tribunal de Justiça, que não se coaduna com tal interpretação.

Tal fato tem ocorrido com mais freqüência ao abrigo do Decreto-Lei 911/1969, sobre o qual já se dissertou supra, no tópico 2.2.3. Entretanto, há registros também no caso do penhor rural e, embora este trabalho não tenha encontrado ocorrências no caso do penhor industrial, o fundamento da ilegalidade seria idêntico.

Antes da entrada em vigor do novo Código Civil Brasileiro, valiam-se da ordem de habeas corpus os devedores ameaçados, para se livrar da prisão, com base na revogação supracitada do artigo 1287 do Código Civil Brasileiro, pelo artigo 7º, item 7 do Pacto de San José da Costa Rica. O recurso subia até o STJ ou, em alguns casos, até o STF, onde a ordem era invariavelmente denegada.

Num destes arestos, o concernente ao habeas corpus nº 73044/SP, de 19/03/1996, encontra-se o famoso voto vencido do ministro Marco Aurélio de Melo, que, sabiamente, afastou a polêmica do confronto entre o Pacto de San José da Costa Rica e o artigo 1.287 do antigo Código Civil. Em vez disso, concentrou seu ataque na descaracterização da figura do depositário infiel no caso da alienação fiduciária.²⁸

Como se capta de trechos do voto do ministro, ele sempre considerou inconstitucional a prisão do devedor na alienação fiduciária e considera que o Decreto-Lei

²⁷ Vide supra o tópico 2.2.3.

²⁸ A seguir trechos do voto:

“(…) Por isso mesmo não é concebível enfoque que implique transmutar garantia constitucional, no que excepcionada, em verdadeira carta branca outorgada ao legislador ordinário, bastando, para tanto, que atue com destreza no campo da engenhosidade, dando ênfase ao aspecto formal, em detrimento da organicidade própria do Direito. E isso ocorreu na elaboração do Decreto-Lei 911/69. Fez-se prevalecer, na disciplina do contrato de alienação fiduciária, a feição patrimonial, civilista, sobre a constitucional, voltada à segurança jurídica, em face do bem maior, que é a liberdade.(…) Cumpre indagar: mostra-se consentânea com a garantia constitucional, norma que empreste o procedimento próprio à ação de depósito, com a viabilidade de perda da liberdade, à execução de contratos outros que não o de depósito? (...) Interpreto a Constituição como ela se revela, ou seja, como a consubstanciar, no caso, uma garantia constitucional, voltada não à proteção patrimonial de certos credores, como se contemplados com verdadeiro privilégio, mas à pessoal dos devedores.(…) Cabe frisar que foi suprimida da Carta cláusula, para alguns, viabilizadora da extensão ocorrida. A de 1988, ao contrário das de 1967 e 1969, não reproduziu a referência “na forma da lei”.

911/1969 subverteu a ordem constitucional, transplantando formas de institutos jurídicos para situações materialmente diversas, ou seja, abusou da ficção jurídica.²⁹

A força e clareza do argumento do ministro Marco Aurélio de Melo foram vencidas pela obstinação da continuidade, pela resistência à modernidade e pelo chauvinismo infundado. Recorde-se, apenas a título de argumentação, que um tratado internacional também é expressão da vontade soberana da nação, eis que é firmado pelo executivo, aprovado pelo legislativo, ratificado pelo executivo e incorporado à legislação pelo decreto de execução. Dois outros atributos importantíssimos diferenciam os tratados das leis internas: expressam o compromisso internacional da nação, cujo rompimento, no mínimo, afeta a sua credibilidade internacional; podem ser denunciados sem nova consulta ao legislativo. Portanto, não há razão para descumpri-los.

No voto do ministro-relator Maurício Correia estão encarnados todos qualificativos do parágrafo anterior, que levaram à derrota do voto de Marco Aurélio. É impressionante como um membro do corpo guardião da Carta Magna, conforme estampado no caput do seu artigo 102, possa se recusar a enxergar além das formas que vestem a legislação ordinária e os atos inerentes à atividade econômica.

Na sua argumentação o ministro fala em minimização do conceito de soberania, se usar o artigo 7, item 7 do Pacto de San José da Costa Rica com base no § 2º do artigo 5º da Carta, como argumento contra a prisão discutida. Clara demonstração de resistência à modernidade e chauvinismo infundado. Ora, o conceito de soberania tem sofrido gradativo abrandamento da sua rigidez após o evento das duas grandes guerras mundiais, com a criação de organismos internacionais que praticamente impõem sua vontade. Se não bastasse, multiplicam-se os blocos econômicos, os acordos bilaterais e multilaterais, todos representando um tanto quanto de renúncia ao poder de decisão unilateral. Numa sociedade altamente competitiva e com divisão de trabalho e riquezas, nenhum Estado pode se dar ao luxo do isolamento.

²⁹ As idéias aqui perfilhadas e o histórico da polêmica entre o Pacto de San José de Costa Rica e o art. 1287 do CC de 1916 têm forte influência do artigo do Professor Marcos Raposo, colhido na Internet, intitulado *Lei Versus Tratado - O Pacto De San José Da Costa Rica*. Disponível em: http://www.uva.br/icj/artigos_de_professores/dire_inte_priv_n5.htm. Acesso em: 14 nov. 2007.

Ademais, a verdadeira soberania tem que ser a vontade do Estado, mas em perfeita consonância com a do povo, elemento razão de ser do Estado. Não se vislumbra estar seguro o ministro de que a proclamada vontade geral, idealizada por Rousseau, seja a da prisão do devedor. Imaginemos, então, qual seria a reação do ministro ao parágrafo 4º do artigo 5º da Carta, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, quando já estava aposentado: “*O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão*”.

Seu voto, aliás, está permeado de errôneas conceituais que levam a crer que o ministro, na verdade, nem se deu ao trabalho de fundamentá-lo porque sabia do desfecho do julgamento. O ministro diz que a alienação fiduciária se *consolida* no depósito e, portanto na prisão. *Consolidar*, na acepção nº 1 do Dicionário Aurélio significa: *tornar sólido, seguro, estável*. E consolidação, em sua acepção nº 6 do Aurélio significa: *ato pelo qual diferentes direitos, dantes separados, se reúnem na mesma pessoa*. Portanto, deve entender o ministro que o objetivo final da alienação fiduciária é o *depósito permanente do bem ou a prisão do devedor*. Imaginava-se que objetivo da alienação era a efetiva transferência de *propriedade* do bem, do credor para o devedor, com a devida contraprestação do pagamento do preço.

Em outra passagem o ministro consegue enxergar diferença entre comprar um sapato a prazo num shopping center e adquirir um veículo a prestação numa concessionária. Diz ele que a prisão do comprador do sapato, se não quitar a duplicata, é proibida, mas a prisão do que não paga as prestações não o é, porque não houve transferência do domínio. Esquece-se o ministro, *ou não*, de que a essência material em ambos os atos jurídicos é a compra e venda. Este é o contrato subjacente. A não transferência do domínio é mero artifício legal para emprestar garantia ao credor. Não é hábil, portanto, transformar a natureza do negócio jurídico, de compra e venda, para depósito.

Uma outra ressalva se impõe, concernindo ao voto do ministro. A lei que iniciou a alienação fiduciária em garantia (Lei 4.728/65) é chamada *Lei de Mercado de Capitais*. Destinava-se a fomentar o comércio de bens de consumo duráveis e bens de produção, numa época de clara preocupação com a aceleração do progresso econômico do país. Em razão disto, não teve sua atenção voltada para o respeito ao cidadão e consumidor, como é evidente no caso do Código de Defesa do Consumidor. Mas o ministro é membro do corpo guardião da Constituição, não por acaso apelidada de *Constituição Cidadã*, que tem na dignidade da

pessoa humana um dos seus fundamentos e na prevalência dos direitos humanos um de seus princípios. Não bastasse isto, longe se foi a época em que o país necessitava de fomentar o comércio, que hoje caminha a passos largos e independente. Em nota de rodapé, trechos do voto do ministro.³⁰

O ministro Maurício Correa, aliás, sofreu comoventes críticas durante o período de atividade no Supremo (ele se aposentou em 07 de maio de 2004), em função de suas idéias positivistas.

Outra voz autorizada que se levantou contra a prisão civil de *depositários fictícios* é a do ex-ministro da Suprema Corte Francisco Rezek. Ele se aposentou como ministro do Supremo em 1997 para assumir o cargo de juiz da Corte Internacional de Justiça, sediada em Haia.

³⁰ “Senhor Presidente, não empresto ao artigo 7º, item 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) o elástico que se pretende dar ao seu conteúdo, a pretexto do § 2º do artigo 5º da CF, sobre os direitos e garantias concedidos pelo ordenamento constitucional, a respeito dos compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte.

Elevar à grandeza de ortodoxia essa hermenêutica seria minimizar o próprio conceito da soberania do Estado-povo na elaboração de sua Lei Maior. (...) No caso específico do artigo 7º, item 7, da mencionada Convenção, a referência que o texto faz é sobre *dívida na sua acepção vernacular comum*, daí a adesão do Brasil mediante a expedição do decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, já em vigência a Carta de 88 (grifo nosso).

A adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos se deu à vista harmônica com a Constituição brasileira e em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, sem querer significar que o instituto contemplado no Decreto-lei nº 911/69, restaria inaplicável, inexistente, em face da norma sobre prisão civil a que se reporta a Convenção no citado artigo 7º. Ao se referir que ninguém será preso por dívida, evidentemente que se está a dizer pleonasticamente, aquilo que a tradição constitucional pátria já consagrou, e de resto o mundo, de que ninguém será preso porque deixou de pagar uma obrigação contraída nas relações negociais que envolve (sic) o dia-a-dia das pessoas nos múltiplos intercâmbios da atividade econômica, quando não abrangidos por situações jurídicas especiais e particularíssimas.

Uma coisa é alguém comprar num Shopping Center um par de sapatos a prazo, e vencida a duplicata, ser preso por não adimpliu.

Uma outra coisa é alguém se dirigir a uma concessionária de automóveis e adquirir um veículo, e ali mesmo assinar contrato de alienação fiduciária com certa financeira, cujo domínio não lhe é passado, e conscientemente se obrigar ao pagamento de determinadas prestações, tendo plena convicção de que, passando o carro para outrem, ou desaparecendo com a coisa, se colocar (sic) na condição de depositário infiel, submetendo-se às penas da lei

(...) A alienação fiduciária se consolida no depósito e portanto na prisão.

Excepcionada a prisão pelo não pagamento de prestação alimentar, que a Constituição ostensivamente autoriza, o depósito regulamentado no código civil também seria inconstitucional?

Respondo que a prisão do depositário infiel, no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária, de igual forma está protegida por lei.

Não vejo diferença nas duas situações. Pois tanto uma quanto a outra são produtos da construção do direito civil, com base em lei infraconstitucional, não atentatória ao enunciado no inciso LXVII da Constituição Federal, porque nele prevista a figura do depositário infiel.

(...)

Tecendo basicamente os mesmos argumentos oferecidos pelo ministro Marco Aurélio de Melo no recurso supra, o ministro proferiu um voto de protesto contra a decisão do Supremo de rejeitar o *habeas corpus* 74.383-MG, de 22/10/1996, num caso de *penhor rural*. Apenas para dar o tom do voto do ministro, ele pede “vênias para votar no sentido do deferimento da ordem de *habeas corpus*, porque até hoje não consegui entender os fundamentos da decisão majoritária do plenário sobre a prisão por dívida, num país cuja Constituição diz não tolerar a prisão por dívida”.³¹

Os argumentos acima expendidos se dirigem contra o depositário fictício, materializado na alienação fiduciária em garantia e no penhor, embora a parte da constitucionalidade também se aplique ao depositário clássico. Mas o que seria o depositário clássico? Ora, sabe-se muito bem que este instituto, tal como é descrito na legislação, tem pouca utilidade prática em nossos dias. Poucos se interessam por entregar uma coisa a outrem para guarda e posterior devolução. No aresto concernente ao *habeas corpus* 74383/MG supracitado o ministro Rezek exemplifica o depósito puro: “alguém que recebe, pela confiança do juiz, os bens da viúva ou do órfão para que os guarde fielmente e os devolva um dia”. Se “chamado a devolvê-los, de modo insolente, intolerável, os sonega, será infiel”.

Antes de tudo, a prisão, no juízo cível, de alguém que pratica tal sonegação, contraria, conforme já exaustivamente debatido neste trabalho, os princípios e fundamentos da *Constituição Cidadã*. Se quer prender o depositário infiel nestas condições, deve-se levá-lo ao juízo criminal, para que possa se defender valendo-se de todas as garantias do direito penal.

Poder-se-ia argumentar, então, que é a própria Constituição que *autoriza* a prisão. De fato isto, porém, não invalida o argumento. A Carta Magna poderia ser emendada, para que esse desvio do espírito que a norteou seja corrigido. Afinal, ela já sofreu cinquenta e duas emendas, o que evidencia que interesses bem menos nobres movem o parlamento a emendá-la. A reforma das cláusulas pétreas, que compreendem as garantias individuais, só é vedada se tendente a aboli-las (art. 60, § 4º)

³¹ Em função da contundência do voto do ministro, ele constituirá o anexo A deste trabalho.

Ainda que a Constituição não fosse emendada, poderia o legislador decidir de acordo com o seu espírito. Tenha-se presente o que diz o artigo 5º da Lei 4.657, de 04/09/1942 (Lei de Introdução ao Código Civil de 1916), peça legislativa que contém princípios perenes.³²

E o espírito da Constituição já emerge antes mesmo da parte normativa propriamente dita, no seu preâmbulo.³³ Maluf (1993, p. 187) argúi que

O preâmbulo é um enunciado solene do espírito de uma Constituição, do seu conteúdo ideológico e do pensamento que orientou os trabalhos da Assembléia Constituinte. E acrescenta: Apresenta o preâmbulo uma relevante importância para o estudo das Constituições, como síntese inseparável da interpretação sistemática dos textos. Story considera o preâmbulo como verdadeira chave do pensamento das constituintes.

Completam a evidenciação desse espírito os fundamentos que a Carta reserva para a República Federativa do Brasil, contidos nos incisos II e III do artigo 1º (*cidadania, e dignidade da pessoa humana, respectivamente*), e os princípios regentes de suas relações internacionais, dentre os quais destaca-se, para o mister deste trabalho, o contido no inciso II do artigo 4º (*prevalência dos direitos humanos*).

Necessário se faz menção à Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004. Ela acrescenta ao artigo 5º da Constituição o parágrafo 3º, que prescreve: “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”.

Tal dispositivo encerrou a polêmica sobre o status dos tratados internacionais de direitos humanos (veja tópico 3.1 supra). Alçado em âmbito constitucional, o Pacto de San José da Costa Rica não pode mais ser considerado revogado pelo artigo 652 do novo Código

³² Diz o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

³³ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a *liberdade*, a segurança, o *bem-estar*, o desenvolvimento, a *igualdade* e a *justiça* como valores supremos de uma *sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social* e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”. (grifamos).

Civil Brasileiro. Está fulminada a tese dos que advogam a reprimenda do artigo 1.287 do Código Civil de 1.916.

Embora haja vozes resistentes a declarar que o Pacto não tem a votação qualificada de que trata o novo parágrafo 3º do artigo 5º da Carta, lembre-se que o parágrafo 2º do artigo 5º é cláusula pétrea, insuscetível de ser emendada em prejuízo dos direitos humanos, conforme deixa claro o inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Carta.

Descendo novamente à legislação ordinária, constata-se que o próprio legislador processualista defere ao instituto do depósito atributos de dívida civil comum. No tópico 2.2.2 acima, já foi comentado que o artigo 902, inciso I do Código de Processo Civil faculta ao réu “entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro”.

Tal prescrição tem efeito exatamente inverso do pretendido por aqueles que advogam a caracterização do devedor fiduciante como depositário. Aqui, sob a rubrica *Ação de Depósito* o legislador, por via reflexa, afirma que o depositário é um devedor civil, tanto que lhe outorga a alternativa de *consignar o equivalente em dinheiro* se não mais dispuser da coisa. Portanto, se decretada a sua prisão, estará ressuscitando-se o instituto da prisão civil por dívida. Note-se que o legislador não fala em *reparação* ou *indenização*. Aceita a consignação do equivalente em dinheiro como fiel cumprimento da obrigação.

Já no encerrar deste trabalho verificou-se que o Supremo Tribunal Federal dá claros sinais de revisão do seu posicionamento quanto à prisão do depositário infiel, pelo menos no caso da alienação fiduciária em garantia. A notícia foi divulgada no informativo de jurisprudência nº 449 (20 a 24 de novembro/2006), por conta do julgamento do Recurso Extraordinário 466343/SP, na sessão de 22/11/2006, quando o relator, Ministro Cezar Peluso, declarou não haver afinidade entre o contrato de depósito e de alienação fiduciária.

Uma nota acima foi o voto do Ministro Gilmar Mendes que acompanhou o voto do relator e acrescentou que “os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação”...

CONCLUSÃO

O estudo mostrou que não há harmonia de propósito na manutenção da prisão civil por dívidas.

A motivação do recurso ao decreto da prisão civil também é variada. Os princípios jurídicos invocados não permitem ao observador definir com clareza se o devedor está sendo privado da liberdade porque deixou de adimplir um crédito nobre ou se porque desobedeceu a uma ordem judicial.

O objetivo do trabalho foi parcialmente atingido, conclui-se. Obteve-se com a introdução no tema, conhecer o pensamento jurídico de várias culturas e concluir que até o momento teoria e prática estão dissociadas, quando o tema é respeito aos direitos humanos.

A correta superposição destas relações é que determinará o grau de justiça da lei. Se prefere estabelecer a *justiça econômica* ou *patrimonial*, sempre atrelada ao direito de propriedade, em detrimento de valores personalíssimos como a liberdade, a lei passa a ser injusta, porque o peso da liberdade no grau de justiça da lei é infinitamente maior.

Deduz-se de um estudo como o aqui exposto, que a decisão de prender ou não, por conta de dívidas, e ainda mais sem as garantias do juízo criminal, é política. Não se vislumbrou fundamentação suficientemente robusta para avalizar tal decisão. Decidiu-se prender para forçar o adimplemento. Simples assim.

Em contrapartida, conclui-se que a reversão deste status de adversidade em que se encontra a liberdade como direito personalíssimo do ser humano é também perfeitamente realizável. Basta que os mandatários do povo, legitimamente eleitos para representar o seu pensar, realizem que não possuem vontade própria. Basta que consultem a vontade popular, que certamente abomina tal prática, para promover as mudanças necessárias.

E estas mudanças, conforme exaustivamente discutido neste trabalho, terão o embasamento ético de que necessitam. O Direito Internacional dos Direitos Humanos não surgiu do nada. Um movimento de tamanha dimensão representa a captação da vontade popular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão civil por dívida*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 4. ed. São Paulo: RT, 1975.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

MEIRA, Sílvio A B. *A lei das XII Tábuas: fonte do direito público e privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 1999. v. 1-3.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações: 1ª parte*. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 4.

_____ : 2ª parte. 27. ed. atual. São Paulo: 1994. v. 5.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REZEK, J. F. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: parte geral*. 32. ed. atual. São Paulo: Saraiva 2002. v. 1.

_____ : Direito das Coisas. 25. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 5.

SOUZA, Mario Guimarães de. *Da prisão civil*. Recife: Ed. do Jornal do Comercio, 1938.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1

_____. _____. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 2.

_____. _____. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 3.

Revisado por

.....
.....
Célia Romano do Amaral Mariano
Biblioteconomista CRB/1-1528

DECLARAÇÃO

Eu, Nívia Elias Simplício França, RG 4252755, formada em Letras Modernas Português/Inglês pela UniEvangélica Campus de Ceres (FAFISP) em 2004, declaro para os devidos fins que fiz a correção ortográfica do trabalho monográfico de, Eleusa Márcia Rodrigues Silva acadêmica do curso de Direito da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba _ FACER.

Rubiataba, 30 de novembro de 2007.

Nívia Elias Simplício França

ANEXO A

Supremo Tribunal Federal**SERVICO DE JURISPRUDÊNCIA****D. J. 27.06.97****EMENTÁRIO N° 1875-03**

22/10/96

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N. 74383-8 MINAS GERAIS**RELATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. MARCO AURÉLIO****PACIENTE: FRANCISCO MOYA NETO****PACIENTE: DIRCE FORES MOYA****IMPETRANTE: WANDERLEY DE MEDEIROS****COATOR: TRIBUNAL DE ALÇADA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

(...)

“Voto – O Sr. Ministro Francisco Rezek - Peço todas as vênias para votar no sentido do deferimento da ordem de *habeas corpus*, porque até hoje não consegui entender os fundamentos da decisão majoritária do plenário sobre a prisão por dívida num país cuja Constituição diz não tolerar a prisão por dívida.

Explico o meu voto.

Primeiro, penso que estamos diante de uma estrita questão jurídica. Os fatos são claros: alguém está preso ou na iminência de ser preso por não haver pago ao Banco Sudameris dívida resultante de penhor rural. São só estes os fatos. O restante é direito de nível constitucional e ordinário, e o que se impõe é interpretar o inciso LXVII do rol de garantias, onde está dito que ‘não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel’. Há de se presumir equilíbrio e senso das proporções em todo legislador, sobretudo no

constituente quando trabalha nas condições em que trabalhou o constituinte brasileiro de 1988. Ele prestigia uma tradição constitucional brasileira: não há, nesta República, prisão por dívida; não se prendem pessoas porque devem dinheiro. Mas abre duas exceções. E o que vamos presumir em nome do equilíbrio? Que essas duas exceções têm peso mais ou menos equivalente. No caso do omissis em prestar alimentos, a linguagem constitucional é firme: inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação. E, ao lado disso, o que mais excepciona a regra da proibição da prisão por dívida? O depositário infiel. Mas nunca se há de entender que essa expressão é ampla, e que o legislador ordinário pode fazer dela, mediante manipulação, o que quiser. O depositário infiel há de enquadrar-se numa situação de gravidade bastante para rivalizar, na avaliação do constituinte, com o omissis em prestar alimentos de modo voluntário e inescusável. Mas, num país de tantos surrealismos, inventa-se um dia a tese de que determinados devedores são 'depositários infieis', para que o credor possa prendê-los, para que o meio de forçar a solução de uma dívida civil seja o mecanismo criminal do encarceramento. Inventam-se dizer que os devedores, em casos como o da alienação fiduciária em garantia e do penhor rural (hipóteses históricas – mais que isso, hipóteses bíblicas de dívida) são depositários infieis. O que compra e um dia não dispõe mais do bem, nem pode pagar, é um típico devedor civil, nunca um depositário infiel. Os mesmos civilistas que, mais tarde, ludibriando a Constituição, inventaram as figuras do depósito legal, foram os responsáveis, na origem, pela teoria de depósito voluntário, materializada naquela situação que todos nós entendemos: a de alguém que recebe, por exemplo, pela confiança do juiz, os bens da viúva ou do órfão para que os guarde fielmente e os devolva um dia; e que quando chamado a devolvê-los, de modo insolente, intolerável, os sonega. Este é o depositário infiel de que fala a tradição dos próprios civilistas, que um dia degeneraram na produção de burlas à Constituição. Este é o depositário infiel de que fala a Carta de 1988, no inciso LXVII do rol de direitos. Esse é o depositário infiel cuja prisão o constituinte brasileiro, embora avesso à prisão por dívida, tolera. Nunca – e me bastaria o texto da Carta para não poder admiti-lo – se dirá que o depositário infiel a que se refere a Carta, como exceção possível ao mandamento que proíbe prisão por dívida, seja aquele *falso depositário* produzido por legislação ordinária no Brasil dos anos recentes (por sinal, os menos brilhantes da nossa história política, constitucional e legislativa). Toda norma que, no direito ordinário, quer mascarar de depositário quem na realidade não o é, agride a Constituição.

Mas, por cima de tudo isso, ainda vem San José da Costa Rica. Essa Convenção vai além, depura melhor as coisas, e quer que em hipótese alguma, senão a do inadimplemento

voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, se possa prender alguém por dívida. O texto a que o Brasil se vinculou quando ratificou a convenção de San José da Costa Rica não tolera sequer a prisão do depositário infiel verdadeiro.

O julgamento, em plenário, dessa questão jurídica, foi extremamente longo, e não pude assisti-lo até o fim. Pela leitura das atas observei que se admitiu aquilo que em certo momento eu afirmara em meu voto: o inciso LXVII proíbe a prisão por dívida e, ao estabelecer a exceção possível, *permite* que o legislador ordinário discipline a prisão do *alimentante omissis* e do *depositário infiel*. Permite, não obriga. O constituinte não diz: *prenda-se o depositário infiel*. Ele diz: *é possível legislar nesse sentido*. Mas algo me causou perplexidade. Ter-se-ia dito que, então, dado ao legislador ordinário o poder de optar entre permitir, ou não, a prisão do depositário infiel, o texto de San José da Costa Rica *não poderia* ter, a partir de sua vigência no Brasil, limitado o direito constitucional que tem o legislador ordinário de fazer sua escolha! Veja-se qual foi o raciocínio: a Constituição não obriga a prender o depositário infiel; ela diz apenas que isso é uma exceção possível à regra de que não há prisão por dívida, e o legislador ordinário que delibere. O legislador ordinário poderia, então, disciplinar a prisão nessa hipótese, ou não fazê-lo e assumir uma atitude mais condizente com os novos tempos. Mas afirmou-se: esse texto de San José da Costa Rica, ao proibir a prisão do depositário infiel, limita – e não poderia fazê-lo – a liberdade do nosso legislador ordinário.

Raciocinou-se, com todas as vênias, como se o texto de San José da Costa Rica só fosse um produto alienígena, uma obra de extraterrestres, que desabou arbitrariamente sobre nossas cabeças. Procedeu-se como se San José da Costa Rica não fosse um texto de cuja elaboração o Brasil participou, e que só começou a valer no Brasil depois que o Congresso Nacional aprovou esse texto – com todos os requisitos necessários à produção de direito ordinário – e que o Chefe de Estado o ratificou. O necessário para que a República se envolva num tratado é, no mínimo, igual ao necessário para produzir direito ordinário. Entretanto, havendo-se raciocinado como se a Convenção não fosse obra que só nos vincula por causa da nossa vontade soberana, exorcizou-se a Convenção como coisa estranha à brasilidade...

Parece-me que o texto vincula, sim, o Brasil, em moldes perfeitamente conformes à Constituição da República, e que há que prestar-lhe a devida obediência, sob pena de nos

declararmos em situação de ilícito internacional, porque nos obrigamos a fazer uma coisa e os tribunais fazem outra.

Mas se não houvesse nada disso, se nunca se tivesse feito o tratado de San José da Costa Rica sobre direito humanos, a simples leitura da Constituição, no inciso LXVII do rol de garantias, bastar-me-ia para dizer que o depositário infiel, cuja prisão aqui se autoriza, não é nunca uma figura de amplitude bastante para que o legislador civil, no plano da produção legislativa ordinária, invente situações de todo diversas daquela verdadeira e autêntica do depósito; e, em frontal agressão ao preceito constitucional maior, diga que na República é possível, sim, a prisão por dívida, a prisão daquele que plantou e não colheu, ou colheu e perdeu, e não pagou ao banco; daquele que comprou e não pagou as prestações devidas a tempo, não tendo como devolver o bem. Situações lamentáveis, reprováveis no plano civil, mas que não poderiam ter – volto a dizer, em frontal agressão a preceito maior da Carta - tratamento igual ao da prática de crimes. Meu voto, com todas as vênias, é no sentido de conceder a ordem”.