

CREDENCE KWITSCHAL

**IMPOSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL  
NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**

CURITIBA  
2006

CREDENCE KWITSCHAL

**IMPOSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL  
NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Marilza Tavares Martinelli

CURITIBA  
2006

Ao meu filho Lucas,  
fonte inesgotável  
de alegria.

**Agradecimentos**

**Ao Dr. Roberto de Oliveira Guimarães,  
pelo meu encaminhamento  
profissional**

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	vi
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	01
<b>2 A PRISÃO CIVIL</b> .....	04
2.1 TIPOS DE PRISÃO CIVIL.....	05
2.1.1 Prisão por dívida no Código Civil.....	05
2.1.2 Prisão civil do depositário infiel.....	08
2.1.3 Prisão civil no contrato de alienação fiduciária.....	10
2.1.4 Prisão civil por presunção legal.....	11
2.1.5 Prisão civil no contrato de depósito de bens fungíveis - depósito irregular..	12
2.1.6 Prisão civil decorrente de obrigação contratual face o advento do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.....	12
2.1.7 Prisão civil por dívida alimentar.....	13
<b>3 A IMPOSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL</b> .....	16
3.1 POSSIBILIDADE E IMPOSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL.....	17
3.1.1 Prevalência da impossibilidade da prisão civil.....	18
3.2 IMPOSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL FACE EQUIPARAÇÃO.....	19
3.3 IMPOSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL E OS PACTOS INTERNACIONAIS..	20
3.3.1 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.....	20
3.3.2 Pacto de São José da Costa Rica - Convenção Americana sobre Direitos Humanos.....	21
3.4 CONFLITOS DE JURISDIÇÃO ENTRE CONSTITUIÇÃO E PACTOS.....	22
3.4.1 Prevalência do disposto nos tratados internacionais.....	24
3.4.2 Integração ao ordenamento jurídico brasileiro de normas previstas em tratados internacionais.....	26
3.4.3 O dualismo e o monismo.....	27
3.4.4 Momento da certeza da impossibilidade da prisão civil do depositário infiel no Brasil.....	28
<b>4 CONCLUSÃO</b> .....	30
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	32

## RESUMO

A presente monografia objetivou analisar a figura do depositário infiel nos contratos de alienação fiduciária, defendendo a impossibilidade de prisão civil do mesmo. Se demonstrou os tipos de prisão civil, destacando-se as do devedor de alimentos e a do depositário infiel. Verificou-se a existência da figura do equiparado ao depositário infiel por presunção legal, porém não o sendo tipicamente, caso que restaria impossível o seu encarceramento. Em seguida, não considerando-se a equiparação, debateu-se as normas constitucionais que possibilitam a prisão, bem como aquelas que a proíbem. Os entendimentos conflitantes da doutrina também restaram observados. Foi dada ênfase a dois tratados internacionais de direitos humanos: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e Pacto de São José da Costa Rica. Ao final, concluiu-se pela impossibilidade da prisão civil do depositário infiel oriundo dos contratos de alienação fiduciária, face tal posicionamento ser o mais alinhado aos princípios defendidos pelo Direito moderno.

## 1. INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, há a previsão de pena restritiva de liberdade do indivíduo em inúmeras circunstâncias.

No *Direito Penal* existem as figuras da detenção e a da reclusão, sendo mais restritiva de liberdade esta última. Apenas os juízes criminais decretam prisão preventivamente, a requerimento de delegados ou promotores. Em contrapartida, a prisão em flagrante pode ser realizada por qualquer pessoa, a qual conduzirá o preso de forma imediata à presença da autoridade policial, se fazendo acompanhar de testemunha, sempre que possível.

No âmbito do *Direito Civil* também se verifica a existência da prisão, como observado no art. 4º do Decreto-Lei nº 911/69, o qual legisla sobre a alienação fiduciária, e também no art. 904 do Código de Processo Civil, pelo prazo de até um ano, quando caracterizado o depositário infiel.

Temos também o caso de insolvência no pagamento de obrigação alimentar, onde o cerceamento consta do art. 733 do Código de Processo Civil, limitado ao período de três meses.

Ainda fora do *Direito Penal*, temos a hipótese da prisão ocorrer quando da resistência pelo indivíduo à ordem de penhora de bens, verificado no art. 662 do Código de Processo Civil. Também se prevê a prisão no art. 885 do mesmo código, quando da apreensão de títulos.

Como visto, existem inúmeras possibilidades da decretação da prisão por motivos e circunstâncias civis. Porém, a Constituição Federal brasileira, no seu art. 5º, inciso LXVII, determina que não haverá a prisão civil pela existência de dívida, excetuando-se o inadimplemento quanto a pagamento de pensão alimentícia, ou para o depositário infiel.

Quando dos processos de busca e apreensão de bens móveis (veículos e outros), e sendo estes objetos de contrato de alienação fiduciária não encontrados ou não devolvidos, os bancos, as financeiras ou as administradoras de consórcios costumam requerer judicialmente a decretação da prisão civil dos inadimplentes, equiparando-os legalmente a depositários infielis. As contestações pelos

devedores habitualmente alegam que, constitucionalmente, proíbe-se a prisão por dívida, e sendo muitas vezes mencionado o Pacto de São José da Costa Rica - Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, de 22 de Novembro de 1969, aprovado pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 27/92, de 25 de Setembro de 1992, e sancionado pelo Decreto Presidencial nº 678/92, de 06 de Novembro de 1992.

Por outro lado, na prática tal tratado internacional não tem toda a eficácia plena que se pretende. Em seu art. 7º, inciso VII, está expresso que *“ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”*, tendo que de forma expressa tal princípio não será aplicado ao inadimplente de obrigação alimentícia. Porém, quanto à questão do depósito infiel, o Supremo Tribunal Federal, através de maioria de votos, optou pela decisão de que a prisão civil do infiel depositário não está restringida pelo referenciado pacto, pois não seria considerado a mesma prisão por dívida.

O adquirente de bem móvel através de banco, financeira ou administradora de consórcio, através da alienação fiduciária, no caso de não adimplir o contratado e não proceder a devolução do bem poderá ter decretada em seu desfavor a prisão, pelo período de até um ano, através da equiparação a depositário infiel.

Assim, a prisão por dívida não existe mais há algum tempo, mas contrariamente do pensamento de muitos, a prisão civil ainda persiste constitucionalmente e em outras leis, sendo aplicada em inúmeras ocasiões.

Em que pese ainda ocorrência do contrário, a presente monografia tem como objetivo demonstrar que a tendência do Direito moderno é compactuar sempre com a defesa dos interesses do indivíduo inerentes a sua liberdade de ir e vir, que é garantia constitucional, mas que em algumas situações ainda se pode encontrar ameaçada, especificamente na situação da prisão civil do equiparado a depositário infiel, quando do inadimplemento pelo mesmo nos contratos de alienação fiduciária de bem móvel.

Como objetivos específicos, se tem a demonstração de que o Decreto-lei nº 911/69, estruturado na época da ditadura militar, fere os princípios

constitucionais vigentes, particularmente aos expostos no art. 5º da Constituição Federal, quando comina à pena prevista ao depositário infiel (prisão) o equiparado a este, bem como verificar a existência de controvérsias quando de decisões díspares pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Supremo Tribunal de Justiça, e demonstrar que as decisões que impedem à cominação de prisão são as mais plausíveis para a defesa das garantias fundamentais do indivíduo, que são objeto primordial do Direito.

Também que reste observada a questão da abrangência, no Direito interno, dos tratados internacionais nos quais o país é signatário, demonstrando que a teoria que defende que os mesmos têm *status* de norma constitucional é a mais coerente com a posição assumida pelo país, que espontaneamente coloca-se ao lado de outros países, defendendo, respeitando e aplicando os preceitos dos Direitos Humanos assumidos quando ratificados pelo Brasil tais tratados.

Finalmente, cumprir com o objetivo geral do presente trabalho, na perspectiva de reiterar a impossibilidade da prisão civil do depositário infiel nos contratos de alienação fiduciária, que já vem sendo adotada pelos Tribunais e juízos singulares, porém não menosprezando decisões contrárias, apesar de serem cada vez mais isoladas, porém ainda persistentes.

## 2. A PRISÃO CIVIL

Existem duas possibilidades de prisão civil que podem ocorrer e que são relevantes no presente estudo. Estas hipóteses são a do inadimplente de prestação alimentícia, e a do depositário infiel, estando ambas previstas pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LXVII. A prisão civil por alimentos também é prevista nos artigos 16 e 19 da Lei nº 5.478/68, e artigos 732 a 735 do Código de Processo Civil.

Em razão da importância vital e primordial da natureza dos alimentos, que é a sobrevivência, o adimplemento da obrigação alimentar pode ser executado através de quatro maneiras básicas, que são: a) Desconto em folha de pagamento; b) Desconto de aluguéis ou de outros rendimentos do devedor; c) Ação de execução por quantia certa contra o devedor; e d) Decretação de prisão civil do devedor.

Defende DINIZ<sup>1</sup> que é questão controvertida no mundo jurídico afirmar que a prisão civil só deverá ser considerada quando verificada a ineficácia das outras espécies de execuções possíveis.

É garantido pelo credor requerer, em regra e de pronto, a prisão civil do devedor de pensão alimentícia. A doutrina, bem como a jurisprudência, ponderam e apresentam divergências quanto a esta questão. É entendimento de alguns que o direito de ir e vir, ou seja, a liberdade do indivíduo deve ser respeitada ao máximo, e que o cerceamento da mesma só pode ocorrer após o esgotamento de todos os outros meios.

O autor na ação de pensão alimentícia poderá requerer a prisão em desfavor do devedor inadimplente com a obrigação, com a citação deste para pagamento em até três dias, ou para provar que adimpliu com a obrigação, ou ainda para justificar a impossibilidade de efetuá-lo. Não ocorrendo nenhuma dessas hipóteses, o magistrado decretará a prisão. É oportuno frisarmos que a prisão não libera o inadimplente do devido pagamento, pois se assim o fosse, o

---

<sup>1</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 47.

objetivo principal, que é o de coagir ao adimplemento da obrigação alimentícia, seria frustrado.

Não deverá ser superior a sessenta dias a duração do cerceamento do devedor, e só é aplicado em se tratando de direito de família, não sendo admissível quando referente à responsabilidade civil por ato ilícito.

## 2.1 TIPOS DE PRISÃO CIVIL

A Carta Magna em seu artigo 5º, inciso LXVII, não vislumbra a possibilidade da prisão civil por dívida, “*salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*”. O referido permissivo constitucional é rotineiramente instrumento de debates ferrenhos nos meios jurídicos, onde as diferentes correntes originárias das discussões doutrinárias pretendem findar dirimidas quando da intermediação pelos Tribunais pátrios.

Segundo BASTOS<sup>2</sup>, toda e qualquer decretação de prisão civil deverá obrigatoriamente de ser determinada em fundamentada decisão, como tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, não sendo acatada a simples determinação de cumprimento do despacho, requerendo a prisão do inadimplente ou do depositário infiel. Faz-se necessária sólida fundamentação com o propósito de preservar a regra prevista na Constituição Federal, demonstrando que a situação em discussão se caracteriza como das exceções vislumbradas pela mesma.

### 2.1.1 Prisão por dívida no Código Civil

No decorrer de anos os juristas se utilizaram de argumentos de toda sorte no intuito de esclarecer que a figura do depósito referenciada no Decreto-Lei nº

---

<sup>2</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 72.

911/69, de 1º de Outubro de 1969 (Lei da Alienação Fiduciária), não tem lugar no atual sistema jurídico, sob à luz da Constituição Federal e da aplicação de pactos internacionais aos quais o Brasil seja signatário, sobretudo o conhecido Pacto de São José da Costa Rica - Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (já mencionado anteriormente), e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos Adotado pela XXI Sessão da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em 16 de Dezembro de 1966, e que teve seu texto aprovado pelo Congresso Nacional por meio do decreto legislativo nº 226/91, de 12 de Dezembro de 1991.

Enquanto era vigente o antigo Código Civil de 1916, e na observância de tais tratados, qualquer decretação de prisão pela infidelidade do depositário, decorrente de descumprimento de contrato de alienação fiduciária amparado pelo Decreto-Lei nº 911/69, apresentava-se-ia arbitrário e ilegal.

Entretanto, após o advento do novo Código Civil, o indivíduo se vê novamente ameaçado, a mercê de ver tais tratados revogados por lei mais recente. Inquestionável que a introdução do termo “depósito”, nas disposições sobre a propriedade fiduciária, apareceu no texto da nova lei de forma maliciosa, a despeito da afronta às raízes históricas do instituto, cujo conhecimento não dispense sequer conhecimento absoluto sobre a ciência jurídica, mas apenas bom senso, e assim insurgiu-se contra os mais elementares princípios do Direito, as garantias fundamentais do indivíduo.

Segundo ARAÚJO<sup>3</sup>, proliferam as obras jurídicas que apontam a impropriedade de incluir-se a figura do depósito relacionada com o pacto de alienação fiduciária, demonstrando detalhadamente e de maneira sábia a sua não correlação. Entretanto, um ponto que nos parece da maior importância, a emergir de tal demasia, está no fato do Código Civil atribuir ao devedor fiduciário a propriedade de possuidor direto do bem consignado em garantia ao credor fiduciário, e logo em seguida fixar-lhe as obrigações, maliciosamente num após vírgula, caracterizando-o depositário (art. 1363).

---

<sup>3</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES Jr., Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 65.

Sob a égide da sedimentação jurídica, as figuras absolutamente não guardam qualquer relação, pois historicamente não se caracteriza a posse entre o depositário e o depositante, já que num contrato de depósito verdadeiro, este pode reclamar o bem depositado a qualquer tempo (art. 633), através de ação de depósito, que não se caracteriza como possessória.

É desta maneira que ensina ALVES<sup>4</sup>, demonstrando clareza que o contrato típico de depósito prevê a devolução da coisa a qualquer tempo, desde que reclamada pelo depositante, obstando que o mesmo não se pode exigir do depositário equiparado: *“A rigor, se quem é depositante pode em qualquer ponto do espaço-tempo exigir, em princípio, a devolução do bem depositado, não o pode o credor fiduciário, precisamente porque depositante ele jamais o foi”*. Ou seja, em frente ao depositante, o depositário é mero detentor.

O Código Civil, em seu art. 1361, §2º, dispõe que *“com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa”*.

Em seguida, no art. 1363, determina: *“Antes de vencida a dívida, o devedor, a suas expensas, pode servir-se da coisa segundo a sua destinação, sendo obrigado, como depositário: I - a empregar na guarda da coisa a diligência exigida por sua natureza; II - a entregá-la ao credor, se a dívida não for paga no vencimento”*.

Se a lei outorga posse direta ao devedor, que já a tinha, disto resulta que essa posse prevalece *“erga omnes”* e interpartes, configurando a figura do depósito, superveniente e que descaracteriza a posse, um equívoco legal, porque o devedor fiduciário não pode ser caracterizado de uma vez só possuidor e detentor, por força de depósito. Verifica-se no caso deste último artigo transcrito, especificamente em seu inciso II, a ocorrência evidente de prisão por dívida, pois determina que a obrigação relativa à entrega da coisa, quando da falta de pagamento da dívida, se faz sob a contração de depósito, onde no Código Civil, em seu art. 652, comina regulando a prisão do infiel depositário, bem como determinando que o mesmo venha a ressarcir prejuízo verificado.

---

<sup>4</sup> ALVES, Vilson Rodrigues. **Alienação fiduciária em garantia**. Campinas: Millennium, 1998, p. 228.

Tal qual está estabelecida no Código Civil brasileiro, o depósito não se verifica quando da entrega da coisa sob este regime, o que não ocorre, mas sim do não adimplemento do débito. Aliás, no entendimento de BARROSO<sup>5</sup>, a regra jurídica inicialmente vem regulando um instituto, e após, ao estabelecer o tratamento quanto às obrigações, transmuda aquele em outro, alterando por inteiro a relação que disciplina. É como se o comprador, o comodatário, o locatário e o fiador, ao invés de nessas condições se obrigarem como tais, se vissem celebrando outra forma de contrato, por equívoco da legislação.

Assim, tal aberração traz ao pensamento que o Código Civil brasileiro foi indiferente à evolução do Direito moderno quando da apreciação do referido instituto, preferindo buscar na gênese do mesmo suas inspirações.

Ao contrário do pensamento daqueles que insinuam que a defesa da impossibilidade da prisão do depositário infiel é oferecimento ao debate de tese em favor de quem não paga, como argüido pelos demagogos à parte do Direito, tal posição assumida é em defesa de toda a sistemática jurídica brasileira, que no caso da previsão de tal possibilidade, demonstrará para o mundo o produto do arbítrio, em desalinho com a evolução do Direito, da qual não se deve afastar o indivíduo civilizado, pois, como ensinado por CUSTÓDIO<sup>6</sup>, o simples advento do novo Código Civil em substituição ao antigo, pôs sobre o tapete o conjunto institucional do país.

### 2.1.2 Prisão civil do depositário infiel

Verificando-se o outro aspecto, em referência ao segundo tipo de prisão civil previsto no art. 5º, inciso LXVII, de nossa Carta Magna, que é a prisão do depositário infiel, são vários os aspectos controversos após a promulgação da atual Carta Política e com o advento do Pacto de São José da Costa Rica -

---

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 18.

<sup>6</sup> CUSTÓDIO, Antônio Joaquim Ferreira. **Constituição Fderal interpretada pelo STF**. 3. ed.. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 22.

Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, e do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos.

Preliminarmente, é importante ressaltarmos que se consideram depositários aqueles que se enquadram nas hipóteses do art. 627 e seguintes do Código Civil, e também aqueles a estes equiparados, por presunção legal. O depósito, por outra, pode ser dividido em voluntário ou necessário, subdividindo-se ainda o necessário em regular (depósito de bens infungíveis) e irregular (depósito de bens fungíveis). Ainda se deve citar o depósito judicial, que é aquele que recai sobre o depositário quando dos casos de penhora, previsto no art. 665, inciso IV, e art. 666, ambos do Código de Processo Civil.

A restituição da coisa sob a responsabilidade do depositário, previstos no art. 627 e seguintes do Código Civil, bem como em outras circunstâncias onde os devedores são equiparadamente caracterizados depositários em virtude de lei, se dão no momento oportuno, quando do ajuizamento da ação de depósito destinada a devolução da mesma, no prazo de cinco dias, ou do seu equivalente em dinheiro, conforme preceitua o art. 902, inciso I, do Código de Processo Civil.

Através da técnica processual, conforme defendido por MORAES<sup>7</sup>, será decretada a prisão civil do depositário se este não cumprir com as exigências do art. 902, incisos I e II, do Código de Processo Civil, sendo-lhe cominada em seu desfavor a pena de prisão pelo prazo de até um ano, além do ressarcimento aos danos decorrentes pelo seu inadimplemento, conforme o art. 652 do Código Civil.

Frisa-se, por ser oportuno, que para a decretação do cerceamento de liberdade se faz necessário, no entanto, que o autor tenha formulado pedido expresso de prisão em seu petítório inicial, em cumprimento ao que dispõe o art. 902, § 1º do Código de Processo Civil.

Pela mesma maneira, tem ficado a mercê da penalidade prevista pelo art. 652 do Código Civil todo aquele que, em razão de penhora judicial, assumiu a responsabilidade de fiel depositário da coisa, mas, entretanto, não a preservou dentro do que estabelece a lei. Na referida circunstância, os doutrinadores têm

---

<sup>7</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais - comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 22.

entendido que não se faz obrigatório o ajuizamento da conseqüente ação de depósito, restando necessário apenas, para se decretar a prisão civil do detentor, que se comprove sua infidelidade como depositário.

Entretanto, e se levando em consideração este aspecto, quando da ocorrência de depósito em penhora judicial, não se vislumbraria aplicar ao depositário a pena prevista pelo art. 652 do Código Civil, haja vista não se configura um contrato de depósito típico. Nesta circunstância, porém, caberia a prisão se o detentor da coisa fosse enquadrado na hipótese de desobediência a ordem judicial.

### 2.1.3 Prisão civil no contrato de alienação fiduciária

Se torna conveniente destacar que a legislação estabeleceu, por presunção legal, a figura do depositário infiel em inúmeras situações, dentre as quais se destaca o Decreto-Lei nº 911/69, de 1º de Outubro de 1969, que dispõe da alienação fiduciária, e que em seu art. 1º equipara o inadimplente ao depositário, prevendo ainda o seu art. 4º acerca da possibilidade de conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito. Tal matéria tem sido objeto de intensa discussão na doutrina e na jurisprudência.

Junto ao Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência dominante, no caso específico do Decreto-Lei nº 911/69, vem recepcionando tese no sentido da consideração da prisão civil ser totalmente inaplicável ao caso, haja vista que não há amparo legal quando da equiparação do depositário da alienação fiduciária ao depositário do contrato de depósito típico, disposto nos artigos 627 a 652 do Código Civil, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (Habeas-Corpus nº 3.552/95, publicado no Diário da Justiça da União em 06 de Novembro de 1995, pg. 37.594; e Habeas-Corpus nº 3.206/95, publicado no Diário da Justiça da União em 05 de Junho de 1995, pg. 16.686). Entretanto, também têm sido observados diversos posicionamentos contrários nesta mesma Corte

(Habeas-Corpus nº 4.565/95, publicado no Diário da Justiça da União em 30 de Outubro de 1995, pg. 36.776).

Trilhando a mesma linha de raciocínio, e em referência a equiparação observada no Decreto-Lei nº 911/69, o mesmo Superior Tribunal de Justiça tem julgado no intuito de diferenciar tal depósito ou como obrigação principal, ou como obrigação acessória, enquadrando na segunda hipótese a alienação fiduciária, e assim decidindo restar descabida a prisão civil, posto que, em contrária decisão, o exercício do direito à liberdade se tornaria instrumento de coerção para obrigar ao pagamento civil (Habeas-Corpus nº 3.901/94, publicado no Diário da Justiça da União em 17 de Outubro de 1994, pg. 145; e Habeas-Corpus nº 2.155/95, publicado no Diário da Justiça da União em 19 de Junho de 1995, pg. 18.749).

Desta maneira, a doutrina dominante no excelso tribunal tem se posicionado no sentido de se caracterizar totalmente ilegal a decretação da prisão civil do devedor em face de alienação fiduciária, haja vista que o contrato em referência é pertinente a dívida civil, e dotado de todas as garantias relativas aos contratos típicos de empréstimo. Segundo PIOVESAN<sup>8</sup>, admitir-se o cerceamento civil decorrente de alienação fiduciária, seria dotar este contrato financeiro de uma garantia suplementar e indevida, afrontando e restringindo a garantia constitucional da liberdade individual, protegida de maneira sistemática na Carta Magna.

#### 2.1.4 Prisão civil por presunção legal

Diversas hipóteses legais estabelecem a figura do depositário, além do Decreto-lei nº 911/69, o qual trata sobre alienação fiduciária. Dentre as quais podemos destacar: Lei nº 2.666/55, de 02 de Dezembro de 1955, pertinente ao penhor de produtos agrícolas; Decreto-lei nº 413/69, de 09 de Janeiro de 1969, que trata acerca da cédula de crédito industrial; e Decreto-lei nº 167/67, de 14 de

---

<sup>8</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 50.

Fevereiro de 1967, que dispõe sobre os títulos de crédito rurais; entre outros diplomas legais.

A Constituição Federal, entretanto, em seu art. 5º, inciso LXVII, só excetua duas situações de possível desobediência à regra que proíbe o cerceamento civil por dívida: inadimplemento de obrigação alimentícia, e a do depositário infiel. Em relação ao disposto, segundo SILVA<sup>9</sup>, tais exceções não devem ser interpretadas irrestritamente, não se vislumbrando a simples equiparação aleatória à figura do depositário fiel do bem, por presunção, determinação legal ou contratual. Tal hipótese de prisão civil por presunção legal não deverá ser admitida, pois não se pode olvidar que o contrato do mercado financeiro não se confunde com a figura do depósito.

#### 2.1.5 Prisão civil no contrato de depósito de bens fungíveis - depósito irregular

Outra análise de aspecto da maior relevância é a discussão sobre aquela que dispõe da prisão civil do depositário de coisas fungíveis, caracterizado como depósito irregular. Nesta circunstância, o entendimento majoritário se consolidou no aspecto de que é inadmissível a proposição de ação de depósito para a obtenção do cumprimento da obrigação de devolver o bem depositado e, conseqüentemente, não se vislumbrando a possibilidade da prisão civil do devedor pela não devolução da coisa pretendida (Supremo Tribunal de Justiça, em Recurso Especial nº 3.013/90 da 3ª Turma, publicado no Diário da Justiça da União em 19 de Agosto de 1991, pg. 10.991).

#### 2.1.6 Prisão civil decorrente de obrigação contratual face o advento do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

---

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, como visto anteriormente, onde restou o Brasil signatário do mesmo, sendo posteriormente ratificado pelo Direito interno através do Decreto nº 592/92 de 06 de Julho de 1992, e pelo Decreto Legislativo nº 226/91, de 12 de Dezembro de 1991, ingressou no ordenamento jurídico pátrio com validade de lei federal.

Posteriormente, dirimindo dúvidas surgidas, o Superior Tribunal de Justiça, na vanguarda dos embates jurídicos, decidiu no sentido de que a prisão civil decorrente de contratos civis insurge-se contra, entre outros dispositivos, o art. 11 do aludido pacto internacional, que assim dispõe: "*Ninguém poderá ser preso apenas por não cumprir uma obrigação contratual*".

Na mesma linha de raciocínio, a Ordem dos Advogados do Brasil expressou que o Superior Tribunal de Justiça acolheu tal tese, e a mesma restou válida até o advento do Código Civil vigente, quando a afirmativa de que todas as prisões civis decorrentes de inadimplência de contrato, e conseqüentemente, o disposto nos artigos 901 e seguintes do Código de Processo Civil, já não encontra a mesma certeza jurídica de antes, pois até então restavam derogados pela referida norma de Direito internacional internamente ratificada.

Assim, se faz necessário a criação de novos mecanismos, que visem a rápida retomada de bens quando do inadimplemento de contratos fiduciários, bem como instaurar instrumentos que visem a celeridade das execuções, não voltando a se admitir que, na ausência desses instrumentos, seja violado o bem maior do ser humano, já consolidado nos ordenamentos democráticos, que é a liberdade.

Por conseqüência, em consonância aos princípios regulamentadores do Direito, desejável seria que persistisse no ordenamento jurídico a impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, e apenas se cogitasse a possibilidade da prisão por dívida alimentar, com as devidas ressalvas que a matéria também prevê.

#### 2.1.7 Prisão civil por dívida alimentar

Inicialmente, em atenção a previsão legal de cerceamento civil por dívida alimentar, é conveniente se frisar que a mesma terá seus efeitos em ação de alimentos ajuizada por ente legítimo quanto ao pedido, e só após devidamente sentenciado o processo, ou quando da fixação de alimentos provisórios, com o descumprimento da determinação pelo devedor quanto a obrigação de adimplir as prestações mensais as quais esteja condenado.

Segundo BERMUDES<sup>10</sup>, em consonância com as determinações judiciais no intuito de se proceder ao adimplemento da parcela alimentar mensal, será citado o devedor para, em três dias, adimplir a obrigação, provar que assim o fez anteriormente, ou ainda justificar a impossibilidade de efetivá-la, conforme disposto no art. 733, caput, do Código de Processo Civil. No entanto, é praticamente pacífico que a determinação da prisão do inadimplente pela obrigação de pensão alimentícia só poderá ser decretada com o expresse requerimento do autor nesse sentido, como têm se posicionado os Tribunais em sua maioria, não cabendo o processamento de ofício.

Outrossim, sustenta-se que em qualquer das circunstâncias da decretação de prisão pelo inadimplemento de obrigação alimentar, o Magistrado deve anteriormente utilizar todos e quaisquer instrumentos possíveis para que se efetive o pagamento da prestação mensal, declinando da prisão do alimentante até o momento em que todas as possibilidades restem esgotadas. Na situação do devedor se tratar de servidor público, a determinação da prisão do mesmo não poderá ocorrer antes de solicitado o desconto do valor equivalente devido em folha de pagamento. Ou seja, a prisão civil só será decretada depois de esgotadas todas e quaisquer maneiras persuasórias para o adimplemento da obrigação alimentar.

Finalmente, ainda em relação a dívida de alimentos, é de toda relevância destacarmos ser totalmente descabida o cerceamento civil do inadimplente quando a composição da dívida pretendida pelo credor for referente a obrigações pretéritas, as quais já não configurariam de função alimentar, pois a prisão civil

---

<sup>10</sup> BERMUDES, Sérgio. **Ação de alimentos**. Revista dos Tribunais, vol. 590, 2001, p. 88.

não deve ser tida como meio de coação para o adimplemento de parcelas atrasadas de obrigação alimentícia.

A decretação de prisão civil, no caso, é apenas vislumbrada como medida excepcional e violenta, cabível apenas quando da certeza em assegurar o recebimento pelo credor das prestações presentes.

### 3 A IMPOSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXVII, prevê a disciplina e aplicabilidade da privação da liberdade por motivos civis em nosso ordenamento jurídico. No dispositivo em referência, é disposto que, em regra, “*não haverá prisão civil por dívida*”. Entretanto, o aludido artigo prevê, excepcionalmente, que será permitida a prisão civil, podendo ocorrer em duas situações: inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e depositário infiel. As duas circunstâncias, que são taxativas, impossibilitam o alargamento da imposição de prisão pelo legislador ordinário.

Nos estudos realizados por ARAÚJO & NUNES JÚNIOR<sup>11</sup>, evidencia-se que enormes discrepâncias aparecem quando da interpretação do aludido dispositivo constitucional (art. 5º, inciso LXVII), tanto em atenção a possibilidade de prisão por dívida alimentícia, quanto a possibilidade de prisão pela infidelidade depositária, sendo esta última de interesse a partir de agora.

O principal questionamento que nos surge é se a Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, inciso LXVII, exige e determina de imediato a decretação da prisão civil do depositário infiel, ou apenas prevê a possibilidade do cerceamento do mesmo, declinando ao legislador ordinário o arbitramento quando das circunstâncias em que tal pena deverá ser decretada.

Postulam os autores acima referidos com propriedade, que “*o direito de punir não surge da Constituição Federal. Ela apenas dá autorização ao legislador ordinário para criar a hipótese, regulando a matéria*”. E em continuidade, determina que “*como se trata de dispositivo presente nos direitos e garantias individuais, deve-se entender como uma autorização para que o legislador infraconstitucional discipline a matéria*”.

Quando observamos de maneira efetiva, torna-se palpável que as circunstâncias e os critérios para a decretação da prisão civil do depositário infiel não ocorrem do texto constitucional. Este apenas declina ao legislador ordinário a regulação da matéria. E realmente ele o faz, seja por direito novo ou simples

---

<sup>11</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES Jr., Vidal Serrano. Obra citada. p. 44.

recepção, conforme disposto no art. 652 do Código Civil, art. 904, § único, do Código de Processo Civil, e art. 4º, § 1º, da Lei nº 8.866/94, que dispõe sobre o depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública. Vale ressaltar que a decretação da prisão oriunda do último dispositivo citado, prevista no § 2º do mesmo artigo, se encontra suspensa em virtude de medida liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, temos que a possibilidade de punir coercitivamente o depositário infiel através da possibilidade de sua prisão civil, não decorre simplesmente da Constituição Federal, mas da legislação ordinária, pois a Carta Magna previu apenas a sua possibilidade, remetendo às normas infraconstitucionais a previsão das circunstâncias e a regulamentação da matéria. O fundamento para tal conclusão é relativamente simples: é constitucional a garantia fundamental do homem em não ser preso por dívida (art. 5º, inciso LXVII), não sendo possível que as exceções a esta regra sejam relacionadas de modo tão singelo e vago como a foram pela Constituição Federal. Em suma, se não existisse qualquer legislação infraconstitucional, não se determinaria a prisão de alguém por ser caracterizado como depositário infiel, pela simples impossibilidade jurídica disto ocorrer, não obstante existir a previsão no texto constitucional.

### 3.1 POSSIBILIDADE E IMPOSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL

Porém, como tal entendimento ainda não é pacífico, e este fato é demonstrador da importância do tema, temos posições contrárias em relação à impossibilidade da prisão civil do devedor fiduciário. O Supremo Tribunal Federal conferiu a mesma constitucionalidade, declarando que *"a prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado pelo Código Civil quanto no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária"*. Já em posicionamento diverso, o Superior Tribunal de Justiça decidiu de maneira díspare, tendo decretado que *"o devedor-fiduciante que descumpra a obrigação pactuada e não entrega a coisa ao credor*

*fiduciário não se equipara ao depositário infiel, passível de prisão civil, pois o contrato de depósito disciplinado no Código Civil, não se equipara, em absoluto, ao contrato de alienação fiduciária".*

### 3.1.1 Prevalência da impossibilidade da prisão civil

Tal matéria ainda é tão conflitante, e a argumentação pela impossibilidade da prisão civil se demonstra tão mais plausível, que devemos ressaltar que até mesmo o Supremo Tribunal Federal, que em inúmeras decisões acatou a possibilidade do cerceamento civil, regulamentou de maneira contrária, demonstrando que o assunto não está internamente pacificado, pois a Suprema Corte já decidiu do seguinte modo:

*"Prisão civil - Penhor rural. A regra constitucional é no sentido de não haver prisão constitucional por dívida. As exceções, compreendidas em preceito estrito e exaustivo, correm à conta do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e da figura do depositário infiel - inciso LXVII do artigo 5º da CF. Supremacia da realidade, da organicidade do Direito e glosa do aspecto formal, o que o legislador ordinário, no campo da ficção jurídica, emprestou a certos devedores inadimplentes a qualificação, de toda imprópria, de depositário infiel".*

*"A inserção das leis no ordenamento jurídico pode evidenciar alguma dificuldade na compatibilização das novas normas com o sistema vigente, especialmente quando a novidade bate de frente com antigos institutos, estruturadores do sistema. É o que acontece com a lei sobre a alienação fiduciária, cujo objetivo evidente foi o de reforçar as garantias do credor, inclusive com a possibilidade de o devedor ser recolhido à prisão por até um ano. Constituído-se as nossas casas prisionais, no dizer de ex-Ministro da Justiça, 'verdadeiras sucursais do inferno', pode-se bem medir a gravidade da ameaça que pesa sobre o pequeno comerciante, a dona de casa que compra uma geladeira, o agricultor de cinco hectares, inadimplentes por qualquer razão, que são os que realmente sofrem essa espécie de sanção, exatamente por serem pequenos. Na realização do seu intuito, o legislador da alienação fiduciária optou por transformar o credor em proprietário do bem dado em garantia, e o devedor, em depositário, quando, na verdade, não há nem propriedade, nem depósito. Não é proprietário aquele que, ao retomar a posse do bem, através de ação de busca e apreensão, não pode ficar com a coisa para si, estando obrigado a vendê-la a terceiros, cujo preço assim obtido também não é seu senão na medida do seu crédito (porque ele sempre apenas foi um credor), devendo repassar o saldo ao devedor, que o recebe apenas por ser o proprietário. Não sendo o credor proprietário, não poderia ele ter dado a coisa em depósito. Ainda que o fosse, o contrato de depósito também não se constituiu porque a obrigação do depositário, que é a de restituir a coisa, igualmente não existe, pois o pagamento do débito elimina a hipótese de restituição".*

### 3.2 IMPOSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL FACE A EQUIPARAÇÃO

No confronto das diversas orientações quando das decisões pelos Tribunais, nos parece que melhor razão prevalece ao julgado do Superior Tribunal de Justiça, pois a partir do advento da Constituição Federal de 1988 não mais se vislumbra a prisão civil do alienante fiduciário, devedor de obrigação contratual, porque não é depositário, e sim equiparado a esta figura. Assim, restringe-se o emprego do meio coercitivo às circunstâncias estritas de contrato de depósito típico, excetuando-se quanto ao equiparado à depositário por presunção legal, e assim em conformidade ao consagrado princípio da vedação de prisão civil por dívida, disposto pelo art. 5º, inciso LXVII, da Carta Magna.

Desta maneira nos ensina ALVES<sup>12</sup>, em lição que demonstra a inexistência de contrato de depósito típico, e da figura do depositário, nas relações contratuais oriundas da alienação fiduciária em garantia: *“Ou se tem contrato de depósito, e pode-se cogitar de depositário, ou não se tem contrato de depósito, e não se pode cogitar de depositário”*. Finalizando, determina de maneira sucinta e brilhante: *“Não há depositário por equiparação a depositário; há depositário, ou não há depositário”*.

Em estudo de CUSTÓDIO<sup>13</sup>, encontramos outra diferenciação: *“Sendo o credor fiduciário proprietário desse objeto, que foi transmitido, deveria correr os riscos normais do direito da propriedade, tal como perda do objeto, em mãos de outrem, sem culpa deste... ocorre que tal princípio, consagrado por todo o sistema obrigacional do Código Civil, não é observado na alienação fiduciária em garantia, pois, perdida a coisa fiduciada, sem culpa do devedor, o credor executa o contrato com as outras garantias nele constantes (títulos de crédito, por exemplo)”*.

Tal equiparação forçada de depósito/depositário também é objeto de observação pelo mesmo autor, o qual estabelece que *“o devedor-fiduciante não é, a rigor, depositário, pois não recebe a coisa para guardar, nem o credor fiduciário a entrega para esse fim”*.

---

<sup>12</sup> ALVES, Vilson Rodrigues. Obra citada, p. 230.

<sup>13</sup> CUSTÓDIO, Antônio Joaquim Ferreira. Obra citada, p. 37.

Pelos motivos expostos, temos que a alienação fiduciária em garantia deve ser estudada em conjunto com os princípios que definem a propriedade e o depósito, o que se concluiria pela inexistência de um contrato típico de depósito, ao menos com a finalidade de exclusão da possibilidade de decreto da prisão civil como consequência do não pagamento de contrato financeiro.

### 3.3 IMPOSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL E OS PACTOS INTERNACIONAIS

De outra maneira, frisamos ainda que não se pode interpretar o art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal de forma isolada, importando a análise concomitante do § 1º e § 2º do aludido artigo.

A Constituição Federal é clara e não deixa margem a questionamentos ao estatuir, em seu art. 5º, § 1º, que "*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*".

Tal norma tem o significado de expressar que qualquer ordenamento definidor de direitos e garantias fundamentais, incluindo aqueles previstos nos tratados e pactos internacionais de direitos humanos, desde que devidamente ratificados, entram em vigor imediatamente no ordenamento jurídico interno brasileiro, sem a necessidade de implementação posterior de uma legislação a fim de validá-los.

Em complemento, o mesmo art. 5º, em seu § 2º, dispõe que "*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*".

Desta maneira, nos é importante salientar o que é disposto em tais tratados e pactos internacionais devidamente ratificados pelo nosso país.

#### 3.3.1 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em 16 de Dezembro de 1966, teve seu texto aprovado pelo Congresso Nacional por meio do decreto legislativo nº 226/91, de 12 de Dezembro de 1991, e sancionado por meio do Decreto Presidencial nº 592/92, de 06 de Julho de 1992, tendo o Brasil depositado a carta de adesão na secretaria geral da Organização das Nações Unidas em 24 de Janeiro de 1992, vigorando o mesmo desde 24 de Abril de 1992.

Então, está o Brasil obrigado, a partir desta data, a legislar, consolidar e proteger os direitos e garantias fundamentais previstas no aludido pacto, onde se verifica disposto, em seu art. 9º, item nº 1, que resta estabelecido que *“toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais”*. Além disso, afasta a arbitrariedade quando da decretação da prisão ou encarceramento. Ainda o dispositivo regula que *“ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos”*.

Entretanto, o dispositivo que mais nos interessa na defesa da impossibilidade de prisão civil é o princípio disposto no art. 11 do referido pacto, que assim determina: *“Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”*. Demonstra tal dispositivo importância fundamental na defesa ao tema proposto no presente estudo, porque na expressão “obrigação contratual” inclui-se aquela decorrente do contrato de depósito.

### 3.3.2 Pacto de São José da Costa Rica - Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Já o Pacto de São José da Costa Rica, também denominado de Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de Novembro de 1969, foi aprovado pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 27/92, de 25 de Setembro de 1992, e sancionado pelo Decreto Presidencial nº 678/92, de 06 de Novembro de 1992.

Da mesma maneira, está o Brasil obrigado a implementar e proteger os direitos e garantias fundamentais previstas na convenção em referência, a qual estabelece, em seu art. 7º, item nº 3, “*que ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários*”, dentre outras garantias.

Mas de grande relevância para nosso estudo é a matéria regulamentada pelo art. 7º, item nº 7, pois o aludido dispositivo se mostra em consonância com o preceito constitucional em análise, quando estatui que “*ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar*”.

Na norma referida encontra-se, de modo expresso e claro, a garantia de que ninguém poderá ser preso por dívidas, evidenciando-se que, a única exceção prevista para tal proibição quanto a possibilidade de cerceamento, é o não pagamento de obrigação alimentar.

### 3.4 CONFLITOS DE JURISDIÇÃO ENTRE CONSTITUIÇÃO E PACTOS

Como visto, advém de maneira clara o conflito existente entre o art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, e o que dispõe os pactos internacionais acima mencionados. Percebemos que ao mesmo instante em que o texto constitucional vislumbra a prisão civil do depositário infiel, também resta disposto que os direitos e garantias fundamentais nele previstos não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

No intuito de solucionarmos tal conflito, se faz necessário a análise do impacto dos tratados internacionais sobre o ordenamento jurídico brasileiro. ,

Segundo PIOVESAN<sup>14</sup>, é com amparo no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que se pode concluir que os tratados internacionais de direitos humanos, quando devidamente ratificados pelo ordenamento jurídico, ingressam no mesmo com natureza de norma constitucional.

---

<sup>14</sup> PIOVESAN, Flávia. Obra citada. p. 69.

Efetivamente, a princípio pode parecer que a conclusão é simples e lógica, surgindo de maneira natural, pois se o disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, exemplificou o rol dos direitos e garantias fundamentais nela previstos, e acrescentou de forma expressa, os direitos constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil dentre aqueles constitucionalmente protegidos, parece conclusão lógica de que a Constituição Federal atribuiu aos direitos internacionais *status* de norma constitucional.

Assim entende PIOVESAN<sup>15</sup>, ao expor que “a posição feliz do nosso constituinte de 1988, ao consagrar que os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte recebe tratamento especial, inserindo-se no elenco dos direitos constitucionais fundamentais, tendo aplicação imediata no âmbito interno, a teor do disposto nos § 1º e § 2º do art. 5º da Constituição Federal”.

Entretanto, a questão não é tão simples quanto parece, como postulam ARAÚJO & NUNES JÚNIOR<sup>16</sup> de maneira concisa, em que “*o fato de o tratado entrar na ordem jurídica brasileira não significa obrigatoriamente que ele ingressará no plano constitucional. Não é essa a dicção do § 2º do art. 5º. O texto afirma que outros direitos devem ser integrados. Não quer dizer que o devam ser com marca de norma constitucional*”.

Complementam ainda, dispondo que “*o tratado pode ser vinculador de direitos individuais e coletivos, mas ingressa na ordem jurídica brasileira com status de norma ordinária*”.

O doutrinamento de BARROSO<sup>17</sup> mostra-se enfático, ao não realizar qualquer distinção entre os tratados internacionais e os tratados tradicionais, quando ensina que “*os tratados internacionais são incorporados ao direito interno em nível de igualdade com a legislação ordinária*”.

A mesma argumentação é defendida por MORAES<sup>18</sup>, quando afirma que “*no Brasil os atos e tratados internacionais devidamente incorporados em nosso*

---

<sup>15</sup> PIOVESAN, Flávia. Obra citada. p. 69.

<sup>16</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES Jr., Vidal Serrano. Obra citada. p. 51.

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. Obra citada. p. 11.

<sup>18</sup> MORAES, Alexandre. Obra citada. p. 43.

*ordenamento jurídico ingressam com a mesma hierarquia normativa que as leis ordinárias".*

O tema também foi matéria de pronunciamento pelo Supremo Tribunal Federal, que proferiu da seguinte maneira:

*"Paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais. Os atos internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se no mesmo plano de validade e eficácia das normas infraconstitucionais (...) Existe, entre tratados internacionais e leis internas brasileiras, mera relação de paridade normativa."*

Assim, verificamos que a questão do conflito existente entre norma constitucional e pactos internacionais impõe demais estudos a respeito.

#### 3.4.1 Prevalência do disposto nos tratados internacionais

Entretanto, apesar do entendimento contrário de parte dos doutrinadores, a corrente mais dotada de sensatez é aquela proposta por PIOVESAN<sup>19</sup>, que defende o aspecto de que as regras internacionais de direitos humanos, dispostas em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, apresentam *status* de norma constitucional.

O texto constitucional da Carta Magna de 1988, em seu art. 1º, incisos II e III, estabeleceu que a República Federativa do Brasil defende como seus princípios fundamentais a cidadania e a dignidade da pessoa. Desta maneira, fica evidente que tais princípios obrigatoriamente devam amparar todo o ordenamento jurídico brasileiro, incluindo orientação à interpretação e conseqüente compreensão dos dispositivos do texto constitucional previstos pela Carta Magna de 1988. E é nesse contexto que o disposto no art. 5º, § 2º da Constituição Federal deve ser interpretado.

Não resta a menor dúvida de que o aludido dispositivo do texto constitucional traz o entendimento de que o rol dos direitos e garantias individuais dispostos na Carta Magna é exemplificativo, e nem restam divergências

---

<sup>19</sup> PIOVESAN, Flávia. Obra citada. p. 69.

doutrinárias sobre o assunto. Da mesma maneira, também não existem incertezas quanto ao fato de que tal dispositivo criou uma interação entre o Direito interno e os tratados internacionais sobre direitos humanos, ao dispor que os direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional "*não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*". Finalmente, resta de maneira clara de que a Constituição Federal de 1988 trouxe como fundamentos do país a cidadania e a dignidade da pessoa humana, previstos no art. 1º, incisos II e III do texto constitucional.

Em face destas duas últimas conclusões, das quais não existem entendimentos contrários, é conseqüente o reconhecimento de que a Constituição Federal de 1988 observou, dentre os direitos constitucionalmente já protegidos, aqueles decorrentes dos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Assim, novamente verificado de que as regras internacionais definidoras de direitos humanos, dispostas em tratados ratificados pelo Brasil, ingressam no ordenamento jurídico com *status* de norma constitucional.

Assim decidiu o Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, em pronunciamento que contempla tal entendimento:

*"... a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e (...) o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ambos ratificados pelo Brasil, (...) têm status de garantia constitucional a direito fundamental da pessoa, nos termos do artigo 5º, § 2º, da Constituição da República".*

O que observamos é que aqueles que possuem entendimento contrário são os que se opõe em acatar que a Constituição Federal deu tratamento diferenciado aos tratados internacionais de direitos humanos, pois estes, uma vez ratificados, têm sua aplicação imediata, não sendo necessário posterior lei regulamentadora, ingressando no ordenamento jurídico do país com natureza de norma constitucional (art. 5º, § 2º), de maneira distinta ao que ocorre com os tratados tradicionais, que são submetidos ao processo de incorporação legislativa e recebem o mesmo grau hierárquico de norma infraconstitucional.

### 3.4.2 Integração ao ordenamento jurídico brasileiro de normas previstas em tratados internacionais

Após a ratificação pelo país das normas dispostas em tratados internacionais, poderão ocorrer três hipóteses quando do ingresso das mesmas em nosso ordenamento jurídico.

A primeira hipótese prevê a possibilidade de que o tratado internacional ratificado pelo Brasil venha a reproduzir um direito que já esteja assegurado em nosso ordenamento. Neste caso, fica evidente que o direito já garantido constitucionalmente seria reforçado pelo advento da norma disposta no tratado internacional, tornando o mesmo dotado de maior valor jurídico.

A segunda hipótese ocorreria quando da possibilidade deste direito disposto em tratado internacional integrasse e complementasse o rol dos direitos já constitucionalmente previstos. Neste caso, os tratados internacionais estariam ampliando este rol de direitos constitucionais já existentes, no caso de não haver dispositivo semelhante ou em sentido contrário na Constituição Federal.

A terceira hipótese prevista é quando as regras de direitos humanos internacionais venham a contrariar preceitos constitucionais já existentes. Neste caso, novamente se abrem motivos para discussões doutrinárias.

Defende PIOVESAN<sup>20</sup> que deverá prevalecer o entendimento que traz uma norma mais benéfica à proteção da vítima, fundamentando sua afirmação na primazia da pessoa humana e do fato de que o Direito interno e o Direito internacional devam interagir no plano de proteção aos direitos humanos.

Algumas observações são necessárias com relação ao entendimento verificado de que prevalecerá a norma mais favorável à proteção da vítima, seja ela de Direito interno ou de Direito internacional, quando da hipótese de tratado internacional de direitos humanos contrariar dispositivo constitucional.

---

<sup>20</sup> PIOVESAN, Flávia. Obra citada. p. 69

### 3.4.3 O dualismo e o monismo

A existência deste conflito doutrinário entre as normas internacionais de direitos humanos e o ordenamento interno é objeto que torna necessária a análise de duas correntes doutrinárias: o dualismo e o monismo.

O dualismo defende a inexistência de conflito entre a norma derivada de tratado internacional e o ordenamento interno, sob a alegação de que não há interseção entre eles. Ou seja, as normas de direito internacional disciplinariam as relações entre países, enquanto as normas internas regem as normas intra-estatais, as quais não teriam qualquer conexão com elementos externos. Desta maneira, um tratado internacional somente produziria efeitos internamente em um Estado se for incorporado ao ordenamento jurídico através de lei.

O monismo, em contrapartida, afirma a unidade do direito, o qual é formado pelo direito interno acrescido do direito internacional, e estabelecendo através de normas qual deles deve prevalecer em caso de conflito.

No Brasil, porém, não há nenhum dispositivo constitucional que regulamente eventual conflito de normas dispostas em tratados internacionais com preceitos da Constituição Federal.

Mas se por um lado a Carta Magna é omissa em relação ao procedimento a ser adotado quando uma norma de tratado internacional ratificado pelo Brasil contrariar dispositivo constitucional, por outro lado é clara ao estabelecer que a República Federativa do Brasil tem como princípios fundamentais a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Desta maneira, é com amparo nestes princípios constitucionais que se deve optar por alguma das normas existentes quando um tratado internacional de direitos humanos contrariar preceito constitucional. E aí surge a lição muito bem colocada de PIOVESAN<sup>21</sup>, concluindo que *“prevalecerá a norma mais favorável ‘a proteção da vítima (independentemente se do Direito interno, ou do Direito internacional), posto que no plano da proteção dos direitos humanos interagem o Direito internacional e o Direito interno, movidos pelas mesmas necessidades de*

---

<sup>21</sup> PIOVESAN, Flávia. Obra citada. p. 81.

*proteção, prevalecendo a norma que melhor proteja o ser humano, tendo em vista que a primazia é da pessoa humana”.*

#### 3.4.4 Momento da certeza da impossibilidade da prisão civil do depositário infiel no Brasil

Retornando ao estudo do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, e verificando novamente a necessidade de que o mesmo dispositivo seja interpretado em consonância com o § 1º e § 2º do mesmo artigo, haja vista que os mesmos demonstram que o Direito interno e o Direito internacional interagem entre si no plano dos direitos humanos, e também verificam que o rol dos direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal é apenas exemplificativo, nele incluso os direitos e garantias dispostos em tratados internacionais de que o país seja signatário, se tem a certeza da impossibilidade da prisão civil do depositário infiel no Brasil.

Assim se poderá concluir, ante o contido no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), quando da constatação de que:

- a) Os direitos fundamentais dispostos em tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte têm aplicação imediata, conforme dispõe o art. 5º, § 1º;
- b) Dentre os direitos constitucionalmente garantidos ainda são acrescidos aqueles dispostos em tratados internacionais ratificados pelo país, conforme disposto no art. 5º, § 2º;
- c) As normas de Direito internacional ingressam no ordenamento jurídico interno com *status* hierárquico de norma constitucional;

- d) Se no conflito de uma norma internacional com um preceito constitucional prevalecer aquele que seja mais benéfico à proteção da vítima.

Enfim, a impossibilidade jurídica da prisão civil do depositário infiel é entendimento que dia a dia se impõe cada vez mais, e de maneira mais freqüente e vigorosa nos tribunais pátrios, situação esta que já vem ocorrendo, e ao final deverá prevalecer, caso as garantias fundamentais previstas pela Constituição Federal de fato findarem observadas.

#### **4. CONCLUSÃO**

Com o advento da Constituição Federal de 1988, uma nova era se iniciou em nosso país, onde os ideais de liberdade, confirmados pela expressa disposição das garantias fundamentais do indivíduo no texto constitucional, trouxeram uma nova perspectiva ao ordenamento jurídico brasileiro, prevalecendo os direitos inerentes ao ser humano, sujeito e motivo de toda e qualquer norma jurídica existente e que por ventura venha a ser criada.

Toda norma jurídica apresenta valor, e sua existência nos permite que se estabeleça a coerência da mesma dentro do ordenamento normativo. Assim, quando da proteção de cada bem jurídico existente, se deve evitar incoerências. Havendo conflitos na proteção de bens jurídicos distintos relacionados entre si, se deve valorar os mesmos de acordo com a importância de cada um em face dos interesses que ao final se anseiam.

A norma constitucional que veda a prisão por dívida ampara valor maior ao direito à liberdade, do ir e vir do indivíduo, posicionando-o em patamar superior ao direito de recebimento de um crédito por outro indivíduo. Mas isto não significa dizer que restou desamparado tal direito de receber o crédito, mas sim que este amparo em recebê-lo não pode alcançar a situação extrema de restringir-se a liberdade corporal, se tolhendo este direito.

E quanto a exceção constitucional prevista da possibilidade de prisão civil do depositário infiel, se tem que a mesma foi disposta em consonância com o momento de transição que se vivia na época, pois não prevê-la seria um baque súbito às instituições financeiras que foram contribuintes do acelerado ritmo de crescimento econômico do país no período anterior à Constituição de 1988. Porém, a existência concomitante de outro dispositivo constitucional, prevendo o futuro advento ao ordenamento jurídico brasileiro dos direitos oriundos de tratados internacionais, que foram ratificados pelo Brasil logo em seguida, garantiram ao país o compromisso definitivo com o futuro, colocando-o lado a lado com as principais democracias do mundo moderno, na vanguarda quanto a defesa das garantias fundamentais do indivíduo.

Desta maneira, se pode concluir que a impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, especialmente daquele equiparado por presunção legal e oriundo dos contratos de alienação fiduciária, é o entendimento que melhor expressa os novos rumos do Direito moderno, restando que, mais cedo ou mais tarde, deverá acabar prevalecendo em nossa doutrina, consolidando em definitivo o ideal de defesa da dignidade do ser humano.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Vilson Rodrigues. **Alienação fiduciária em garantia: as ações de busca e apreensão e depósito, a impossibilidade de prisão civil do devedor**. Campinas: Millennium, 1988.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES Jr., Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva.

BERMUDES, Sérgio. **Ação de alimentos**. Revista dos Tribunais, vol. 590, 2001.

CUSTÓDIO, Antônio Joaquim Ferreira. **Constituição Federal interpretada pelo STF**. 3. ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NEGRÃO, Theotônio e GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Código Civil e legislação civil em vigor**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RESTIFFE NETO, Paulo e RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Garantia fiduciária**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.