

WASHINGTON YAMANE

**A POSSIBILIDADE DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL
DECORRENTE DA CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NOS CONTRATOS
DE CRÉDITO BANCÁRIO DIANTE DA LEI Nº 10.406/2002**

CURITIBA

2004

WASHINGTON YAMANE

**A POSSIBILIDADE DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL
DECORRENTE DA CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NOS CONTRATOS
DE CRÉDITO BANCÁRIO DIANTE DA LEI Nº 10.406/2002**

Monografia apresentada como requisito
para obtenção de grau de especialista em
Direito Empresarial, Universidade Federal
do Paraná.

Orientador: Dr. Oksandro Odisval
Gonçalves

CURITIBA

2004

TERMO DE APROVAÇÃO

WASHINGTON YAMANE

A POSSIBILIDADE DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL DECORRENTE DA CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NOS CONTRATOS DE CRÉDITO BANCÁRIO DIANTE DA LEI Nº 10.406/2002

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Empresarial, Curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Dr. Oksandro Odisval Gonçalves

Profª Daniela Ballão Ernlund

Prof. Tarcísio Kroetz

CURITIBA
2004

INTRODUÇÃO

Grande parte das atividades produtivas depende do crédito. O progresso e a expansão do comércio e da indústria são movidos pelos empréstimos, que munem os mais variados setores da economia de meios para alcançar os objetivos a que se destinam. O crédito possibilita a própria existência das atividades dos setores econômicos (primário, secundário e terciário).

Dentre os vários institutos ligados às operações creditícias há a alienação fiduciária, cuja função principal é garantir as operações realizadas pelas empresas de crédito, financiamento e investimento. A alienação fiduciária anteriormente era regulada pela Lei nº 4.728/1965 (Decreto-lei nº 911/1969). Atualmente pelo Código Civil, no Título III, Capítulo IX. Ocorre que o Código Civil fugiu do modelo estabelecido pelos iluministas, o qual encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. É inspirado na Constituição, repleta de modelos jurídicos abertos, pontes que ligam a outros corpos normativos, mesmo os extra-jurídicos, e avenidas, bem trilhadas o vinculam, dialeticamente aos princípios e regras constitucionais, fugindo das chamadas *fattispecies* descritas de forma cerrada, a exemplo dos códigos penais. Confere-se ao juiz um mandato (ou competência) para que, diante dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, através do recorte da *ratio decidendi*, a resistemização destes elementos, originariamente extra-sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico.

Diante de tais fatos com frequência se verifica a combinação entre os métodos de regulamentação casuística e por cláusulas gerais, podendo ocorrer graus de casuismo e vagueza na mesma disposição. O estudo que se pretende é uma análise da influência de tais elementos sobre o instituto da alienação fiduciária e suas conseqüências no plano jurídico, principalmente quanto à possibilidade de decretação da prisão civil do devedor na qualidade de depositário, através de breve histórico, notas sobre o instituto da alienação fiduciária e por fim considerando as implicações em virtude do Decreto –Lei 911/1969 em relação à Lei nº 10.406/2002.

CAPÍTULO I: Histórico do Instituto

Seção I: Sinopse do Instituto e suas Características

É inequívoca a importância que o Instituto da Alienação Fiduciária representa no nosso mundo jurídico. Introduzido no direito brasileiro através do artigo 66 da Lei nº 4.728 de 14/07/1965 (Lei de Mercados de Capitais) este, vem a regulamentar uma das relações jurídicas de maior velocidade resolúvel de que se tem notícia.

De acordo com aquele dispositivo legal:

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.

Tal artigo estabelecia uma garantia ao comerciante que se valia do direito de reservar o domínio da coisa alienada, sem oferecer ao credor fiduciário um meio próprio de reaver este bem que lhe fora alienado. Como o contrato de compra e venda a crédito com reserva de domínio representava uma garantia somente para o comerciante, a operação ficava desestimulada. Com a participação cada vez maior das financeiras nessa relação jurídica, surgiu a necessidade de prover de maiores garantias para essas “intermediárias”. Assim, o artigo deveria ser modificado.

Revelando-se falho na prática e, para sanar as suas várias imperfeições, notadamente a maioria na parte processual, houve por bem o Governo modificá-lo, dando-lhe nova redação, ampliando e estabelecendo normas processuais, o que foi feito pelo Decreto-Lei nº 911/ de 01/10/1969.

O Decreto basicamente estabelece as normas a serem seguidas quando ocorre a operação denominada Alienação Fiduciária, instituto derivado da fidúcia surgida no direito romano e germânico, que sinteticamente, nada mais é do que transferir a propriedade de um bem para garantir o pagamento de uma dívida, sendo que fica contratada a devolução do domínio do bem dado em garantia quando da total quitação da dívida assumida. Pois bem, como havia uma eficácia na tutela do crédito direto ao consumidor concedido pelas instituições financeiras, ambos os pólos eram atraídos para a operação. O crédito certo e a

agilidade do processo de recuperação do crédito em caso de descumprimento dos pagamentos avançados fazem com que sua procura seja grande.

Este instituto facilitou o acesso do consumidor ao mercado para a aquisição de bens de que ele necessita, sobretudo dos veículos automotores (exemplo utilizado devido à incidência nos casos concretos) e as Instituições financeiras dispõem de um instrumento rápido e seguro para o ressarcimento de eventuais inadimplementos.

Não é difícil de se detectar a disparidade que ocorre na tutela dos interesses entre credor e devedor. O primeiro envolto pelo sentimento de consumo não tem previsão sobre os dispositivos legais que ceifam a sua condição de hipossuficiente.

Outro ponto interessante de se abordar com relação ao Decreto Lei 911/1969, é de que este, quando clamado para solucionar a lide, não pode ser classificado como uma execução ordinária, e sim, como uma espécie de execução. Trata-se de um instituto fechado, sem se identificar com os princípios do processo de execução que integram o nosso direito. Espécie esta com critérios próprios, vida própria. Sem a menor congruência com as regras e princípios do Processo Civil ou do Direito Civil Brasileiro, quando fazem referência ao processo de execução.

O devedor, quando provada a sua mora ou inadimplemento, pode ter o bem vendido “a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial”, como dispõe o artigo 2º do decreto. Estas são figuras típicas do processo de execução, sem contudo se tratar de tal processo.

O Processo Civil Brasileiro prevê, na execução por título (contrato celebrado), a penhorabilidade de um bem que possa garantir o Juízo. Tudo com a devida intimação do executado. Depois de resolvida a execução e possíveis embargos, aí sim é feita a alienação do bem penhorado, a fim de que seja solvido o débito. Tal procedimento não é verificado na execução de bem dado em garantia por alienação fiduciária. O bem, quando da mora do devedor, é imediatamente apreendido e vendido, sem a participação do devedor. O resultado da venda que fará parte da lide e não mais o bem que existia como garantidor da obrigação.

Porém, mais gritante ainda é a afronta que a lei faz ao Direito Civil. O decreto realiza uma “manobra” jurídica jamais vista. O agente ativo da operação faz o empréstimo na Instituição Financeira e, como prova de que irá quitar o seu débito, este transfere a propriedade do bem ao agente passivo, sem contudo perder a posse direta do bem alienado. O decreto então, quase que por fetiche, resolve denominar o alienante de depositário, aumentando então as garantias do credor.

O devedor, por esse contrato, torna-se depositário legal, responsabilizando-se civilmente, face à redução encontrada no art. 4º da lei supra: “se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá intentar ação de depósito, na forma prevista no Título XII, Livro IV do CPC”, significando dizer, que o encargo de depositário, se mal cumprido, enseja a prisão civil do devedor, isto em função da adaptação advinda da Lei nº 6.071, de 03 de julho de 1974, que o submeteu ao CPC/73, já que ao tempo do decreto-lei mencionado vigia o código de 1939.

Ocorreu somente uma adaptação ao artigo e título mencionados na construção original, mesmo porque, na atual codificação a ação de depósito obedece aos mesmos princípios adotados naquele código, realçando-se a pena privativa de liberdade como medida coercitiva a bem do credor para reaver a posse direta da coisa.

A CF/67 observou a seguinte redação no § 17, art. 153: “não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso de depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei”, princípio totalmente reproduzido na atual Carta Magna, inciso LXII, art. 5º, com as acomodações de estilo, ou seja, em ambas, a pena de prisão civil destinada ao depositário infiel, aliás, esse, o sustentáculo maior da fidejussão – ressalte-se.

Assim, definidas as hipóteses da prisão civil, estabelecido ficou, via de consequência, que, por dívida, de qualquer espécie, não se a pode cometer ao devedor. Ela vai contra o depositário infiel e resulta de sentença judicial proferida nas “ações de depósito”. E, como a legislação a facultou ao credor fiduciário, seu uso generalizou-se à vista da prisão constitucional, mesmo porque, não se distinguia o depósito na alienação fiduciária em garantia com os depósitos instituídos pelo Código Civil, servindo à garantia, inclusive, os bens fungíveis, até que o STJ excepcionou a respeito.

Criou-se um processo desvirtuado, aonde o devedor de uma quantia monetária, acaba por virar um depósito infiel, legalizando assim a prisão civil deste. É sabido que esta figura do nosso direito, uma das únicas que ensejam a prisão civil, possui uma série de exigências para que se configure. Inclusive, havendo dúvida sobre a tipicidade da relação de depositante e depositário, a prisão já não é mais legal. Tudo porque a privação da liberdade, como bem se sabe é um violento meio de coerção, aplicável em situações excepcionalíssimas, portanto deve ser usado em casos restritos e não como propõe o decreto lei ao legitimar sua utilização na cobrança de dívidas fungíveis.

É vital para entender as raízes de um instituto, a maneira como foi criado, o local da sua ebulição, qual o espírito que cercava o legislador ao pensar na norma a ser promulgada, neste caso, instituída por decreto. Da mesma forma pode-se analisar a Constituição de 1988, tida como uma das obras primas da democracia brasileira. Também empolgada pelo sentimento de igualdade e de retomada do poder ao povo, através das eleições diretas para presidente que estavam por vir.

Seção II: A Fidúcia no Direito Romano

Como é impossível a separação das instituições em vigor com suas origens, mister um estudo rápido sobre a Fidúcia e sua evolução pelos sistemas em que já vigorou.

Temos como grande nascedouro da fidúcia, obviamente o direito romano semelhante, mas não igual ao do direito brasileiro.

A doutrina tem dificuldade de assegurar com certeza o marco inicial do aparecimento da fidúcia. É certo de que esta vivificou no seio do povo por longo período antes de se tornar norma cogente, fazendo parte de um sistema jurídico. Consta na sua origem romana, tanto na Lei das XII Tábuas quanto o Digesto, a fidúcia, somente de maneira vaga e imprecisa, tendo como únicos subsídios a boa fé, lealdade e honestidade que uma das partes da relação (fiduciante) depositava na outra (fiduciário).

Somente para ilustração, menciono algumas das espécies de fidúcia que já existiram:

a) *fiducia cum amico*: consistia em um amigo entregar a outro uma coisa com transferência da propriedade, para dela fazer uso até ser pedida em restituição. Supunha, relações mais afetivas entre fiduciante e fiduciário.

b) *fiducia cum creditore*, *fiducia cum creditore contracta (pignus)* ou *fiducia pignoris causa cum creditore*: aqui o devedor, por força do contrato transferia a propriedade da coisa ao credor, em garantia do pagamento do débito, comprometendo-se o credor a retransmitir (*pactum fiduciae*) a propriedade ao devedor após o recebimento do que lhe era devido. Era, pois, a que mais se identificava com a atual Alienação Fiduciária em Garantia do Direito Brasileiro.

c) *fiducia remancipationis causa*: representava um pacto através do qual o *pater familias* vendia seu próprio filho a outro *pater familias*, com a obrigação deste liberta-lo em seguida, a fim de que se alcançasse o fim visado, a emancipação do filho.

Seção III: Aspectos da Fidúcia

Esta tinha dois aspectos, uma real e a outra obrigacional. No primeiro o credor se tornava autêntico proprietário; já no segundo, o fiduciário comprometia-se a restituir a coisa, uma vez resolvido o contrato com o pagamento do preço. Fazendo um paralelo rápido de como esta figura do direito vigora no Brasil, vê-se que possuímos ambos os aspectos citados. A diferença é a de que na eventualidade de o credor negar-se a restituir a coisa, o antigo proprietário tinha apenas direito à indenização pelos prejuízos sofridos. Não lhe cabia exigir a restituição do objeto, não obstante assim se ajustasse pelo *pactum fiduciae*. No negócio fiduciário romano, não implicava, necessariamente, a transmissão da posse direta, não tinha a exigência da transferência da posse.

A opinião da doutrina brasileira reconhece que naquela época, a fidúcia representava um dos melhores instrumentos para resguardar, com garantia real, uma relação obrigatória. Era eficaz e justa.

Citando novamente o professor Oswaldo Opitz, ao explicar a forma como esta se dava, relata:

Procurava-se contornar sua rigidez, quando se constituía um depósito, um penhor, amenizando-se o caráter absoluto, com a inclusão de certas cláusulas, que serviam para alcançar o fim desejado pelas partes e que se alicerçava unicamente na confiança e boa-fé, porque não havia meio perante a justiça, para forçá-las ao cumprimento. Daí lhe advém o nome de *pacta fiduciae*¹.

Seção IV: A Fidúcia no Direito Germânico

Mutatis mutandi, a fidúcia de origem romana diverge nas conseqüências da fidúcia do antigo Direito Germânico, porquanto neste a coisa era dada em garantia sob condição resolutiva que, uma vez cumprida, determinava o retorno da propriedade ao devedor.

Paulo Restiffe Netto já diferencia os tipos de fidúcia em sua obra, “O Fiduciário do Direito Romano investia-se na plena titularidade dominial do bem fiduciado, dele sendo exclusivo senhor. Só restava ao fiduciante confiar na lealdade e honestidade do fiduciário em retransmitir a coisa, pois que a única sanção, para o caso de violação desse dever por parte do fiduciário que dispusesse da coisa ou direito, era de ordem pessoal, pleiteando indenização sem atingir o terceiro a quem a coisa foi alienada. Na fidúcia de construção germânica, o fiduciário investia-se de direitos circunscritos aos fins colimados pelos contratantes,

¹ OPITZ, O. *Alienação Fiduciária em Garantia*. Porto Alegre: Ed. Síntese, 1978. p. 132-133.

Seção V: O Ato Institucional nº 5 decreta o Decreto-lei nº 911/1969

O Decreto Lei 911/1969 veio alterar a redação da antiga lei de Mercados e Capitais de 14 de julho de 1965, estabelecendo normas de processo sobre a alienação fiduciária. Foi promulgada em um período conturbado da nossa história, como bem se sabe. A década de 60 foi tomada por vários atos polêmicos, dentre os quais nenhum dizia respeito à dignidade do homem, sua liberdade de pensamento ou expressão. As forças opressoras da junta Militar que tomou o poder em 1964, e instituiu a Ditadura como forma de governo em um País que até então era um Estado Democrático de Direito, passou a comandar com mãos pesadas. Inclusive, pôs-se a legislar, tendo como rebento pródigo o Instituto em estudo.

Foi neste turbilhão de insensatez que a Junta Militar, formada pelo Ministro da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar editaram em 01 de outubro de 1969 o Decreto-Lei nº 911, decreto este que veio produzir um dos mais violentos mecanismos de privação de bens de que se tem notícia no direito brasileiro.

O AI-5 que concedeu poderes absolutos aos nossos “governantes”, por si só, já representava uma afronta a todos os valores e garantias tutelados pela Democracia, e conseqüentemente a Constituição de 1969, vigente à época. O que dizer então de uma lei advinda de tal ato, senão como um reflexo dos pensamentos que norteavam período tão negro da nossa história democrática.

Como bem coloca Luiz Augusto Beck da Silva, quando mostra a maneira como a alienação fiduciária foi introduzida no nosso Direito: “constitui-se em instituto jurídico gestado e adaptado à nossa cultura, contexto social, necessidades, realidade e peculiaridades vivenciadas, não se confundindo com os clássicos, ortodoxos e tradicionais direitos reais em garantia: penhor, hipoteca, anticrese e caução.”⁵

Apesar do momento histórico e da origem que deu legitimidade à promulgação deste Decreto Lei nº 911/1969, é de se valorizar a capacidade de angariar adeptos ao sistema que se difundiu de maneira avassaladora e que em sua grande maioria se resolve de maneira perfeita, sem litigância. É um mecanismo eficiente e seguro para aqueles que se habilitam a financiar o empréstimo.

Para melhor ilustrar esta última afirmação, é preciso deixar bem claro que o objetivo deste testemunho, é sobrepujar não o instituto antigo da fidúcia, mais sim do processo

⁵ *Alienação Fiduciária em Garantia*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, pág. 04.

resolutivo que o nosso direito adotou para a cobrança de dívidas adquiridas pelo tipo de contrato acima. Trata-se de uma indignação com o direito formal e não material trata-se do desvirtuamento do processo.

Seção VI: Motivos Econômicos e Interesse das Instituições Financeiras na Promulgação do Decreto-Lei

O momento em que se encontrava a vida nacional, quando da criação da alienação fiduciária, convinha com o desenvolvimento econômico do País. Notadamente porque a circulação de crédito é fonte direta do incremento de produção e expansão do escoamento do que se produz. Tinha como escopo amparar o crédito em venda de bens móveis (mais tarde com o advento da lei 9514/1997, recaindo também sobre bens imóveis), visto que se necessitava de uma lei que bancasse toda a segurança necessária às instituições bancárias⁶ e que estimulasse a quantidade de operações, utilizada em larga escala, principalmente nas vendas de aparelhos eletrodomésticos e veículos automotores.

O professor Paulo Restiffe Neto, mais do que brilhantemente, quase como um economista e não jurista que foi, define que a Lei de Mercado de Capitais “constitui-se na pedra do toque do sistema desenvolvimentista programado, impulsionado e controlado pelas autoridades governamentais, como base na captação de recursos advindos da poupança para incrementar o surgimento de novas fontes de produção e consumo, num ciclo em espiral, dinâmico e progressivo, de circulação de riquezas, formado pelo complexo **poupança-crédito-produção- consumo**”⁷.

O autor ainda menciona a observação de Hélio Vieira Alves de que “o Governo tem no mercado de capitais a mola propulsora da sustentação da economia nacional”⁸, mostrando realmente a dimensão do que se passava no mundo econômico e o diploma em estudo.

O jurista ainda cita cifras impressionantes do crescimento econômico do país desde a implantação do sistema e explica o por quê. Paulo Restiffe Neto, em sua obra descreve o mecanismo do financiamento, como a difusão do crédito direto aumenta o mercado consumidor.

⁶ O professor Fran Martins mostra que o instituto da alienação fiduciária, mesmo antes do Decreto Lei 911/1969, já vinha sendo utilizado com ressalvas. A lei nº 4.728/65 que disciplinou o mercado de capitais, e que regulou legislativamente a alienação fiduciária em garantia, tinha sua utilidade, “mas a maneira imprecisa com que foi lançado o instituto de certo modo impedia a sua utilização em escala apreciável”.

⁷ RESTIFFE NETO, P. **Garantia Fiduciária: direito e ações**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975.

À época, dentro do sistema de mercado de capitais, o crédito funciona como fator preponderante. Explica o jurista que é até conhecida certa publicidade que sugere não se compra a dinheiro, mas sim a crédito, objetivando com isso incentivar o fluxo na circulação das riquezas potenciais populares, através do crédito e do investimento. Assim, o crédito permitiu o aumento do mercado consumidor e a ampliação da faixa de funcionamento das instituições financeiras, dando assim, maior elasticidade ao mercado de capitais e reduzindo, outrossim, os riscos operacionais. Generalizando-se o crédito, até mesmo as classes marginalizadas do mercado consumidor passaram a se aproveitar destas benesses.

Sem a disponibilidade de meios eficazes de pronta satisfação do crédito, os financiamentos estimulados em crescente difusão tornar-se-iam uma temeridade. A insegurança, fatalmente prejudicaria a captação de recursos de financiamento, com retratação na atividade de abertura de crédito para aquisição de utilidades e bens de produção. Rompido o ciclo econômico já apontado, o prejuízo se generaliza.

Dai a necessidade de um sistema que desse a segurança necessária para não interromper o processo de riqueza que rondava o País. A colocação do novo instituto, de caráter específico, na Lei de Mercado de Capitais, não foi casual.

Evitou-se conscientemente, a adoção de normas genéricas capazes de serem interpretadas extensivamente, com um único interesse de resguardar as sociedades capacitadas a conceder aceite bancário, armadas que foram para monopolizar as operações de financiamento.

Seção VII: Das Cláusulas Gerais e Código Civil

Todavia, esta mentalidade não pode mais prosperar. Há que se considerar que o direito surge para possibilitar a vida em sociedade juridicamente organizada. Deve regular, no caso de surgimento de conflitos, a solução visando garantir o restabelecimento da harmonia, extinguindo a tensão individual e social, agindo como instrumento eficaz, sob o aspecto sociológico, do controle social, garantindo os modelos culturais, os ideais coletivos e valores impostos pela sociedade. É o corolário de que sem direito não existe sociedade: “*ubi societas ibi jus*”.

⁸ ALVES, H. V. Os Horizontes do Mercado de Capitais. *Diário de São Paulo*, São Paulo, 6.02.1972, p. 16.

O sistema de direito privado tem aptidão para recolher os casos em que a experiência social contínua e inovadora propõe a uma adequada regulação de modo a ensejar a formação de modelos jurídicos inovadores e flexíveis. Para evolução do Direito é necessário recorrer sempre a pontual intervenção legislativa ou deve o próprio sistema legislado, por si, proporcionar os meios de se alcançar a inovação, conferindo aos novos problemas soluções a *priori* assistemáticas, mas promovendo, paulatinamente, a sua sistematização.

O Código Civil fugiu do modelo estabelecido pelos iluministas, o qual encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. É inspirado na Constituição, repleta de modelos jurídicos abertos, pontes que ligam a outros corpos normativos, mesmo os extrajurídicos, que os vincula, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais, fugindo das chamadas *fattispecies* descritas de forma cerrada, a exemplo dos códigos penais.

Conforme Miguel Reale: “Daí a opção, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para continua atualização dos preceitos legais”⁹.

Necessário para melhor compreensão do tema, um breve relato sobre a classificação e estrutura e função das cláusulas gerais.

As normas gerais genéricas ou cláusulas gerais podem ser classificadas em:

- a) Disposições de tipo restritivo, delimitando ou restringindo, em certas situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico. Caso da restrição operada pela cláusula geral da função social do contrato às regras, contratuais ou legais, que têm sua fonte no princípio da liberdade contratual;
- b) De tipo regulativo, configurando as que servem para regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei, como ocorre com a regulação da responsabilidade civil por culpa;
- c) De tipo extensivo, que servem para ampliar uma determinada regulação jurídica mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos. É exemplo o art. 7º do Código do Consumidor e o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal, que reenviam o aplicador da

⁹ REALE, M.

lei a outros conjuntos normativos, tais como acordos e tratados internacionais e diversa legislação ordinária.

Quanto à estrutura, há duas correntes:

Há os que, como English¹⁰, entendem que as cláusulas gerais não possuem “qualquer estrutura própria” do ponto de vista metodológico. Não existem em sentido próprio, constituindo normas ou preceitos jurídicos cujos termos são dotados de elevado grau de “generalidade”, não exigindo processos de pensamento diferentes daqueles que são pedidos pelos conceitos indeterminados, os normativos e os discricionários. Podem nessa medida, ser tidas como normas jurídicas completas, constituídas por uma previsão normativa e uma estatuição, com a particularidade de uma previsão normativa não descrever apenas um único caso, ou um único grupo de casos, mas possibilitar a tutela de uma vasta gama (“generalidade”) de casos definidos mediante determinada categoria indicada através da referência a um padrão de conduta, ou a um valor juridicamente aceito.

Já para os que seguem a corrente de pensamento de Cláudio Luzzati¹¹, as cláusulas gerais constituem normas (parcialmente) em branco, as quais são completadas através da referência às regras extrajurídicas, de modo que a sua concretização exige que o juiz seja reenviado a modelos de comportamento e a pautas de valoração. É, portanto, o aplicador da lei, direcionado pela cláusula geral a formar normas de decisão, vinculadas à concretização de um valor, de uma diretiva ou de um padrão social, assim, reconhecido como arquétipo exemplar da experiência social concreta.

Este direcionamento ocorre porque, diversamente do que ocorre nas normas formadas através da técnica da casuística – cujo critério de valoração já vem indicado com relativa nitidez, sendo desenvolvido por via dos vários métodos de interpretação – a cláusula geral introduz no âmbito normativo no qual se insere um critério ulterior de relevância jurídica, à vista do qual o juiz seleciona certos fatos ou comportamentos para confrontá-los com um determinado parâmetro e buscar, neste confronto, certas consequências jurídicas que não estão predeterminadas. Em consequência, nas normas de grau de vagueza mínima, o juiz tem somente o poder de estabelecer o significado do enunciado normativo, há no que respeita às normas formuladas através de cláusula geral, compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas por igual criando o direito, ao completar a *fattispecie* e ao

¹⁰ ENGLISH, K.

¹¹ LUZZATI, C.

determinar ou graduar as conseqüências (estatuição) que entenda correlatas à hipótese normativa indicada na cláusula geral.

Portanto, a incompletude das normas inseridas em cláusulas gerais significa que, não possuindo uma *fattispecie* autônoma, carecem ser progressivamente formadas pela jurisprudência, sob pena de restarem emudecidas e inúteis. Significa, também que o juiz tem o dever, e a responsabilidade, de formular, a cada caso, a estatuição, para o que deve percorrer o ciclo do reenvio, buscando em outras normas do sistema ou em valores e padrões extra-sistemáticos os elementos que possam preencher e especificar a moldura vagamente desenhada na cláusula geral. Estes elementos não são necessariamente jurídicos, podem ser originados na esfera social, econômica ou moral. É um modelo jurídico complexo, porque tem a sua *fattispecie* completada por meio da concreção de elementos cuja origem imediata estará situada na fonte jurisprudencial de significação variável.

As cláusulas gerais cumprem as seguintes funções:

a) Permitir, num sistema jurídico de direito escrito e fundado na separação das funções estatais, a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz. Através da reiteração dos casos e pela reafirmação das razões dos justificados ocorre a especificação não apenas do sentido da cláusula penal, mas também a exata dimensão de sua normatividade.

b) Permitir a mobilidade externa do sistema, através de uma tipologia social, fazendo com as cláusulas gerais assumam contornos de normas de diretiva, não se esgotando na indicação de um fim a perseguir, mas também na medida de atitudes que o magistrado deve concretizar em forma generalizante.

c) Elemento de conexão, oportunizando ao julgador a fundamentação de sua decisão relacionando com os casos precedentes. São fatos plenamente reconhecidos que há inúmeras decisões é que a identidade das razões de julgamento, bem como a dificuldade na reiteração da hipótese nova, impedem a sistematização da solução inovadora, motivos pelos quais a cláusula geral atua como ponto de referência entre as diversas decisões levadas à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo de precedentes.

d) Opera como meio de integração entre as disposições contidas nas várias partes do Código Civil e destas com a Constituição Federal e as leis especiais, evitando a construção de barreiras internas no sistema, considerando o sistema normativo como um todo harmônico.

Diante da recepção de tais idéias por parte do Código Civil Brasileiro, inexistente razão para a possibilidade da decretação da prisão civil nos contratos bancários com cláusula de alienação fiduciária.

CAPÍTULO II: Impossibilidade da Prisão Civil

Seção I: Introdução

A controvérsia não é nova, mas o interesse se observa em função de posicionamentos jurisprudenciais divergentes entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

A figura do depositário ocorre quando tem incidência o artigo 4º do Decreto Lei nº 911/69 “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 mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro VI, do Código de Processo Civil”, que diretamente equipara o devedor fiduciante ao depositário, inclusive quanto às responsabilidades inerentes previstas no art. 1287 do Código Civil: “Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que não o restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos”.

Já em 1972 havia vozes que se levantavam contrárias ao decreto de prisão, isto porque não teria sido intenção do legislador constitucional impor a aplicação de coerção e nem deixar ao arbítrio do legislador ordinário a sua fixação aleatória. Notadamente, considerava-se a equiparação do devedor fiduciante e depositário, realizada por técnica de ficção, incorporando a situação fictícia uma medida reprovada pela lei hierarquicamente superior.

Ocorrendo a infidelidade do depositário, a pena de prisão nada mais seria do que um meio coercitivo de compelir o devedor a cumprir sua obrigação, sem o que a ação de depósito estaria travestida de ação de cobrança. Este é o pensamento do professor Humberto Theodoro Júnior que considera a prisão civil como uma sanção de “caráter intimidativo e de força indireta para assegurar a observância das regras de Direito”¹². Tratando-se assim, de uma pressão psicológica, uma técnica executória de caráter indireto e instrumental.

O jurista Celso Ribeiro Bastos¹³ relata que a Constituição utilizou a expressão depositário infiel de uma maneira ampla, dando margem à lei ordinária para cominar a pena de prisão para modalidades diferentes de depósito, seja convencional ou judicial.

¹² THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil*. V. II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

¹³ BASTOS, C. R.

Aplicando a interpretação da lei maior, tem-se que é impossível a prisão civil, aplicando o princípio de que o cerceamento da liberdade decorre de questão meramente patrimonial de que a lei por ficção equiparou o devedor fiduciante a depositário, não se pode erigir a segurança do crédito como valor superior ao direito de ir e vir, inequivocamente de maior importância.

Desta maneira posiciona-se o professor José Raul Gavião de Almeida, quando da sua manifestação contrária à prisão, tendo como fundamento o princípio da reserva constitucional¹⁴. Já o doutrinador Álvaro Villaça Azevedo, nega textualmente a própria existência da figura do depositário na alienação fiduciária¹⁵, sob o convincente argumento de que ninguém pode ser condenado por guardar bem próprio, somente bem alheio.

Diz-se ilícito o ato, no sentido amplo, de modo a abranger atos-fatos e negócios jurídicos, praticado em contrariedade a direito. Se não está na esfera do Direito Penal, o ilícito do ato não encontra tipificação na legislação codificada, quer na Parte Especial do Código Penal, nem na legislação extravagante, surge a noção do ato ilícito civil, que traduz violação a dever jurídico pré-existente.

Assim como no ilícito penal, pode aflorar a idéia de da prisão civil, como meio de coerção para cumprimento de deveres que, tornados obrigações com o advento do termo à sua prestação, não foram objeto de adimplemento. Todavia, neste caso, não há natureza de pena, não é punição¹⁶, traduzindo operador para impulsionar a que se faça o que se tem que fazer, ou não se faça o que se tem que não fazer, e não operador para apenas porque se fez o que se devia não fazer, ou não se fez o que devia fazer.

A prisão civil não estava prevista nas Constituições brasileiras de 25 de março de 1824 (imperial), 24 de fevereiro de 1891, inclusive com a Emenda de 7 de setembro de 1926, e 10 de novembro de 1937, fora pré-excluída de nosso ordenamento jurídico pela Constituição de 1934, no artigo 113, item 30.

¹⁴ Em suas palavras relatou que “o depósito a que o constituinte ligou a prisão civil, corresponde a uma figura conceitual elaborada pela Ciência Jurídica, não comportando, para ampliar o ensejo da sanção, inovações legislativas, sob pena de afronta ao princípio da reserva constitucional”.

¹⁵ São duas palavras: “A conclusão, portanto, é de que não existe, na alienação fiduciária em garantia, a fuga de depositário, pois, em verdade, o alienante (fiduciante) é o proprietário porque desde o início negocial, sofre ele risco de perda do objeto. Ninguém pode ser condenado, portanto, como depositário infiel, se corre o risco da perda da coisa,; isto, porque, reafirme-se, o depositário deve guardar bem alheio e não bem próprio”.

¹⁶ Cf., nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos, em Comentários à Constituição do Brasil, II, p. 310; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Comentários à Constituição Brasileira, p. 601

Sua previsão constitucional surgiu com a Constituição liberal de 1946 (art. 141, §32), permanecendo nas seguintes, de 1967 (art. 170, §17), inclusive com a Emenda nº 1 de 1969 (art. 153, §17), e de 1988 (art. 5º, inciso LXVII), em vigor.

Na legislação infraconstitucional, pode-se encontrar a cominabilidade de prisão civil em textos legais codificados, como nos artigos 885 e 904, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e extravagante, tal a que se insere nos artigos 4º, §§1º e 2º, 7º e parágrafo único, e 8º da Lei nº 8.866, de 11 de abril de 1994, que “dispõe sobre o depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública”, além de reger outras providências.

A *vexata quaetio*, aqui, não chega a aferir as regras jurídicas objetivadas, para conclusão a nível doutrinário acerca da possibilidade ou impossibilidade da prisão civil.

Restringe-se a amplitude do tema, de modo a analisar-se tão somente se é ou não é possível juridicamente a prisão do devedor fiduciante, a pretexto de ser qualificado na lei como depositário (art. 66 da Lei nº 4.728. de 14 de julho de 1965).

O art. 5º, inciso LXVII, da Constituição da República, estabelece que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

É regra símile, mas não-coexistensiva, a que fora inserida nas Constituições da República de: 1967; com a Emenda nº 1 de 1969 (art. 153, §17); antes dessa Emenda (art. 150, §17); e de 1946 (art. 141, §32).

A questão que se tem colocado na doutrina e na jurisprudência, e que tem recebido soluções díspares, está em saber se na expressão “depositário infiel” se inclui ou não o devedor fiduciante, que o art. 66 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, qualifica “depositário”.

Ora, como observado, só há contrato de depósito se estiverem reunidos os elementos próprios à sua constituição.

Havendo-os, o que se afere segundo o art. 1.265 do Código Civil, têm-se então, seus figurantes, o depositante no pólo ativo, o depositário no pólo passivo.

Ocorre que no suporte fático em que haja (a) e (b) não existe nenhum contrato de depósito.

Em (a) configura-se contrato de mútuo; em (b), contrato de alienação fiduciária em garantia do direito de crédito irradiado em (a) a “A” frente ao devedor “B”.

Se, por absoluta abstração a construção legislativa do art. 66 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965 – e cumpre desfaze-la, porque definitivamente não existe nenhum contrato

de depósito entre (a) o credor e o devedor e entre (b) o fiduciante e o fiduciário -, somente se estaria ordenando a prisão de “B” por sua *mora debendi* e não, porque depositário, o que ele nunca foi, por ser considerado “infiel”.

Outrossim, como acentuado, essa construção pela técnica legislativa da qualificação do devedor fiduciante como depositário, se simula o interesse primeiro do mutuante, não chega a dissimular o verdadeiro interesse primário dos figurantes dos negócios jurídicos (a) e (b).

Em verdade, na estrutura profunda de toda a negociação não se vê senão isto: “B” quer adquirir um bem e não tem suficiência patrimonial para tanto, sendo que “A” lhe concede o crédito. Obtido o valor, “B” contrai dívida para com “A” e satisfaz sua pretensão primária, adquirindo o bem desejado.

Tudo o mais que acrescenta é operosa engenhosidade da técnica legislativa, estrutura superficial.

O mutuário “B” que não pretendia alienar – pelo contrário, adquirir – o bem, até porque não era titular dele, aliena-o, e de regra, antes mesmo de entrar em sua posse. E “A”, que não pretendia adquirir nada – nem sabia do bem, que ainda nem sequer é de “B”-, passa a ser proprietário do bem que não satisfaz nenhuma necessidade primária sua, mas , diversamente, a de “B”.

Por certo, ninguém jamais teve qualquer vontade nesse sentido: “B”, se chega a ponto de contrair dívida à instituição financeira para adquirir o bem, objetivamente não iria fazer isso para imediatamente à aquisição alienar o bem, porquanto nunca foi de sua vontade adquiri-lo, e nunca o fora porquanto de todo impertinente a satisfazer suas necessidades – para que, por exemplo, serviria à economicamente poderosa sociedade anônima, veículo de módico valor, simples, destinado ao uso do povo?

Tão fictício, que “A” nunca teve nem terá posse dele para uso ou desfrute, porque esse uso, raramente desfrute, será por que efetivamente dele necessita a pessoa de “B”.

O fito de todo esse arcabouço é claro, é tão somente propiciar ao credor “A” a garantia de receber o capital com o fruto dele de “B”, além das verbas que se pactuem no contrato, não somente assegurar-lhe o recebimento, mas também facilitar-lhe a execução do crédito.

Por isso mesmo, infringida por “B” a cláusula de pagamento inserta em (a) exsurtem os poderes a “A” previstos em (b) que, se os exerce “A” é apenas para obter a satisfação de

sua pretensão, não como (b) titular de direito de propriedade mobiliária fiduciária, mas (a) titular de direito pessoal de crédito.

O que está à base de todo o interesse de “A” é o crédito não a propriedade. Essa não passa de consequência, de algo que se alienou ao credor para pagar-se.

Não foi nem é por outra *ratio essendi* que a primeira das ações regradas no Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, é exatamente a ação de direito material pertinente à venda, por “A”, do bem “independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial”. (art. 2º).

Se assim, iniludível que não se pode sem mais aceitar tal artificialismo como algo apto a lastrear ordem de prisão civil.

Não fora assim, estaria irremediavelmente assegurada – ao contrário do que a Constituição da República garante - a prisão civil por dívida.

Efetivamente, bastaria à técnica legislativa, ao sabor dos tempos e interesses, adjetar ao vero na essência o falso na aparência.

Então, com o só enunciado de que os compradores fossem depositários do bem comprado, a mora no pagamento bastaria à ordem da prisão de todos eles, sem mais.

Seção II: Da Legalidade da Norma

Antes de qualquer análise de confronto acerca do cabimento ou justeza da decretação de prisão do devedor fiduciário, cumpre observar o critério de legalidade da norma repressora do Decreto-lei nº 911/69.

O Supremo Tribunal Federal tem mantido o entendimento de que o Decreto-lei foi recepcionado pela Constituição Federal, decorrendo daí a sua legalidade e validade, o que vale dizer, em tese, que a norma abstrata reconhece possível e juridicamente admissível a decretação da prisão civil do devedor fiduciário, reconhecido como “depositário infiel”, trazendo a lume a ementa do acórdão unânime da 2ª Turma, do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 350996/MG, que tem como Relator o Ministro Maurício Corrêa, julgado em 17/12/2002, publicado no Diário da Justiça da União de 04/04/2003, página 61:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECRETO-LEI 911/69. INCOMPATIBILIDADE COM A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO CIVIL. LEGITIMIDADE. 1. O Decreto-lei 911/69 foi recebido pela nova ordem constitucional e a equiparação do devedor fiduciário ao depositário infiel não afronta a Carta da República, sendo legítima a prisão civil do devedor fiduciante que descumpre, sem justificativa, ordem judicial para

entregar a coisa ou seu equivalente em dinheiro, nas hipóteses autorizadas por lei. 2. Prisão civil de depositário do bem. Descabimento, em caso de roubo. Não é depositário infiel de um bem alienado fiduciariamente, se este lhe é posteriormente roubado. Precedente. Agravo regimental não provido.

Logo, sob o critério da constitucionalidade, diante da recepção da norma pela Constituição Federal de 1988, mostra-se plausível a segregação por dívida.

Seção III: O Pacto de San José da Costa Rica e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

O Estado Brasileiro ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica, pacto que, no seu artigo 7º, item 7, que assim dispõe: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competentes expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Significa dizer que alguém somente poderá ser preso por dívida caso descumpra obrigação alimentícia, e em nenhuma outra hipótese mais.

Em consonância com este dispositivo, há o artigo 5º, §2º, da Carta da República, por sua vez, estabelece que todo e qualquer tratado de Direitos Humanos será prontamente recepcionado pela ordem jurídica interna e terá o status de norma constitucional.

Não é necessário nenhum ato jurídico complementar para que seja exigida a implementação da norma incorporada. Segundo Flávia Piovesan, esta incorporação automática do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Direito Brasileiro, traz relevantes conseqüências no plano jurídico.

Segundo a autora: “à uma norma internacional posterior a 1988, que, tutelando os direitos humanos, restringe a uma única hipótese a prisão civil; b) essa norma tem a eficácia de norma constitucional, de modo que se pode dizer que, a partir de 1992, (data da ratificação do tratado, através do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992, o artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, encontra-se revogado, não mais sendo lícito falar em prisão civil por depósito.

Neste mesmo artigo repousa a razão dos argumentos dados acima já que no § 2º do artigo 5º, inciso LXVII, está dito que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios pro ela adotados, ou dos tratados em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Se não bastasse, em 1991, foi incorporado em nosso ordenamento constitucional, pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12/12/91, textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que em seu artigo 11 veda taxativamente a prisão civil por descumprimento de obrigação contratual.

Por outro lado, no caso específico da “alienação fiduciária em garantia”, não tem um contrato de depósito genuíno. O devedor fiduciante não está em situação jurídica de depositário. O credor fiduciário não tem o direito de exigir dele a entrega do bem. Nem mesmo de proprietário deve ser rotulado, pois nem sequer pode ficar com a coisa, mas apenas com o produto de sua venda (STJ – RHC 4.21094.039687-2 – 6ª Turma – Rel. Ministro Adhemar Amaciel – J. 29/05/95).

A razão da eficácia imediata com o status de norma constitucional, dos tratados internacionais desta natureza, reside no fato de que representam ou concorrem para a concreção no novo paradigma do direito privado – a proteção dos direitos fundamentais, da recolocação da pessoa humana como valor máximo. Há uma proteção internacional a estes direitos porque a “pessoa” é o sujeito do Direito internacional.

Os direitos e garantias e liberdades, estipulados em um tratado internacional de direitos humanos são, por natureza, operativos, de vez que o objeto e a razão de ser de uma convenção de direitos humanos, assim com ao clara intenção das partes, é reconhecer em favor das pessoas certos direitos e liberdades e não regulamentar suas relações entre si. A falta de operatividade coloca o Estado em mora frente à comunidade internacional.

Ricardo Luiz Lorenzetti, afirma enfaticamente que a responsabilidade do magistrado frente a esse conflito ao dizer que “a disposição que propomos coloca os direitos humanos no caminho da supremacia normativa e ética de nível supremo, superior a regras constitucionais, quando há coexistência de normas da Constituição e os tratados, ou entre estes, necessite da interpretação que determine qual é o Direito aplicável, atividade que dependerá geralmente do juiz (...)”¹⁷.

O que se verifica por algumas cortes brasileiras, é que, mesmo que contra a evidência de textos expressos, teima-se em negar eficácia à Convenção Americana de Direitos Humanos. Para a correta interpretação das normas constitucionais, deve-se partir de premissas que considerem e respeitem a natureza dos bens e interesses protegidos, principalmente as normas que tutelam os direitos fundamentais. As normas constitucionais têm uma estrutura

¹⁷ LORENZETTI, R. L.. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. , pp. 263 e 264

diversa das normas ordinárias: São complementação do exame e descoberta dos valores culturais, econômicos e jurídicos.

Neste passo, vale frisar como crítica a hermenêutica constitucional adotada entre nós, que continua interpretando a nova ordem constitucional a partir de pontos de vista adequados à antiga ordem como se nada de novo ocorresse no sistema jurídico com o advento da nova Constituição e do novo Código Civil, como se os valores perseguidos pela norma continuassem os mesmos e como se a sociedade permanecesse a mesma, prestigiando os mesmos valores.

Segundo Luis Roberto Barroso, deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove em algo, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”¹⁸.

Por fim, deve-se observar a cláusula constitucional de reserva explícita ou a limites imanes do direito fundamental da liberdade. O sentido literal do antigo artigo 5º, LXVII, afasta, pois nele não se alude expressamente, qualquer abertura para a legislação infraconstitucional; os casos de prisão civil por dívidas são aqueles ali mencionados de modo exposto e explícito – depósito e inadimplemento de pensão alimentícia – e apenas esses casos. Nesse sentido, ao próprio direito de liberdade a Constituição preferiu fazer valer nestas restritíssimas hipóteses outros direitos especialmente encarecidos, quais sejam: o de receber a pensão alimentar e o de ver restituída à coisa depositada.

Com a derrogação do art. 1.287 do ainda vigente Código Civil de 1916, pelo Pacto de San Jose da Costa Rica, a Constituição Federal, que dispõe acerca da possibilidade da prisão do infiel depositário (art. 5º, LXVIII), também focou vazia em seu conteúdo repulsivo prisional, e isto porque, como já foi dito e redito, não mais existe texto de lei em vigor a cominar prisão civil por infidelidade depositária, na atualidade do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim sendo, a Constituição terá de aguardar que alguma lei posterior venha novamente preenche-la de conteúdo, no que se refere à prisão por dívida do infiel depositário.

Esta lei nova já existe, apenas ainda não tem vigência. Trata-se do novo Código Civil brasileiro. Assim dispõe o seu artigo 652: “Seja voluntário ou necessário, o depósito, o

¹⁸ BARROSO, L. R.

depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos”.

A redação do artigo, com se vê, é idêntica à redação do art. 1.287 do Código Civil de 1916. Além disso, o novo Código também cuida, no art. 1.361 e seguintes da propriedade fiduciária, estabelecendo em seu art. 1.363 que, antes de vencida a dívida, o devedor, a suas expensas e riscos, pode usar a coisa segundo sua destinação, sendo obrigado, como depositário: “ I - A empregar na guarda da coisa a diligência exigida por sua natureza; II - A entrega-la ao credor, se a dívida for paga no vencimento”.

Assim, sendo, seria de se perguntar: com o advento do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), sendo esta Lei geral e posterior, haveria derrogação do Pacto de San Jose da Costa Rica no que atine à prisão civil por infidelidade depositária? E mais: o Decreto-lei 911/69, esvaziando em seu conteúdo compulsivo face àquela derrogação, voltaria, com este novo diploma posterior, a se preencher?

Vamos por partes.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil brasileiro, em janeiro de 2003, o disposto nos tratados ratificados pelo Brasil continuará intocável. Como foi visto, quando a Constituição incorpora em seu texto esses direitos humanos fundamentais provenientes de tratados, está ela própria a atribuir-lhes uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de “norma constitucional”, fazendo com que, de imediato, passem eles a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente protegidos (CF, art. 5º, §2º). Assim o fazendo, passam os tratados pelos, pelo mandamento do §1º, do art. 5º da Constituição, a ter aplicabilidade imediata, dispensando-se, assim, a edição de decreto de execução para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional. Ale disso, todos os direitos inseridos nos referidos tratado, por serem considerados direitos individuais, constituem cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos nem mesmo por emenda à constituição, nos termos do §4º, IV, do art. 60, da Carta de 1988, como já foi visto no Capítulo, anterior deste livro.

Assim, tendo aqueles tratados, por permissão expressa da própria Constituição, ingressado na ordem jurídica brasileira com a natureza de “norma constitucional” (art. 5º, §§ 1º e 2º c/c art. 60, § 4º, IV), deve-se, então, a partir desse momento, compatibilizando o mandamento constitucional com o mandamento dos tratados, interpretar art. 5º, inciso LXVII, da Magna Carta, de forma a não mais se fazer referência ao depositário infiel (vedada que ficou sua prisão, com o ingresso do produto normativo daqueles tratados ao texto

constitucional), devendo, por isso, segundo a nossa orientação, ser o referido inciso lido da seguinte forma: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia”.

Desta forma, não mais se pode fazer a interpretação, por sinal equivocada, de que sendo o novo Código Civil lei nova e de caráter “geral”, derogaria ele o art. 7º, item 7, do citado Pacto de San Jose da Costa Rica (também classificado com regra “geral” acerca da prisão civil). Como à primeira vista poderia ser feita, por alguns mais desavisados. Aliás, não se deve nem mesmo falar em revogação, pois como é que uma lei interna brasileira poderia revogar unilateralmente um compromisso internacional?

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Leitão de Abreu¹⁹, –como já se viu –, ao procurar justificar esse entendimento da Suprema Corte, argumentava no sentido de que a lei posterior, quando viesse a contrariar um tratado, suspenderia a vigência do mesmo no território nacional, ficando o tratado, assim, em uma espécie de limbo jurídico, até que houvesse alguma modificação no ordenamento legal que lhe restaurasse a vida; dar-se-ia aí, fugindo-se à regra da Lei de Introdução ao Código Civil (art. 2, §3º), uma espécie de repristinação tácita ou implícita.

A Constituição, entretanto, pela conclusão lógica de tudo o que se viu, não se preencherá com a nova lei civil, posto que é cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inciso IV) a impossibilidade de qualquer tipo de prisão por dívida civil no atual contexto constitucional (que agora só faz referência à obrigação alimentar), será, desde a sua publicação, considerada inconstitucional no que tange à prisão civil por infidelidade depositária.

Seguindo a tendência daquela nova doutrina a que já nos referimos, quando o tema de que se trata diz respeito a tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, é de se admitir, consoante interpretação do art. 5º, §2º da Constituição Federal, a prevalência desse produto normativo convencional sobre o direito interno, até mesmo constitucional. Se bem que não seja a posição do Supremo Tribunal Federal, foi, ao que parece, a vontade do legislador dar essa prevalência àqueles tratados de direitos humanos.

Desta feita, a norma do art. 652 do novo Código Civil, há de ser considerada, a partir da entrada desse novo diploma em vigor, absolutamente inconstitucional, por violar aquele preceito estatuído pelo art. 5, LXVII, da Carta da República, modificado em sua segunda

¹⁹ LEITÃO de ABREU.

parte pelo art. 7º, 7, do Pacto de San Jose da Costa Rica. É a solução que decorre da própria Constituição e da lógica jurídica. Isso tudo em relação ao depositário infiel.

No que toca a prisão civil do devedor-fiduciante, entretanto, o problema é um pouco mais complexo.

Sabe-se que, salvo disposição permissiva expressa, não pode a lei revogada voltar a ter vigência com a revogação da lei que a revogou. Ou seja, não há reprivatização no ordenamento brasileiro, salvo expressa permissão legal (LICC, art. 2º, §3º). É de se perguntar, no entanto, houve ou não houve a derrogação do Decreto-lei nº 911/69 na parte em que, equiparado o devedor fiduciante ao depositário, permite a constrição de sua liberdade por meio da medida prisional?

Segundo o que expusemos, foram derogados os artigos 1.287 do ainda vigente Código Civil de 1916, 902, §1º e 904, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Não o foi, entretanto, o art. 66 da Lei nº 4.728/65 (modificado) pelo Decreto-lei nº 911/69, sempre existiu e por isso não há falar-se em sua derrogação. Assim, não falar-se também que, *in casu*, haveria, com o advento do novo diploma civil, reprivatização daquelas normas. Ou seja, com o advento do novo Código Civil, infelizmente, aquelas normas a ele remissivas, em tema de prisão civil, ver-se-iam, novamente preenchidas em seu conteúdo, restabelecendo o antigo vigor compulsivo de se impor ao devedor a medida prisional.

Só ocorre reprivatização quando uma lei revogada (seja por derrogação ou por ab-rogação), volta a ter vigência com a subsequente revogação da lei que a revogou. No caso em que estamos tratando, o art. 66 da Lei nº 4.278/65, não foi derogado: apenas perdeu seu conteúdo compulsivo no tocante à possibilidade de imposição da prisão. De forma que, promulgado o novo diploma civil, se não se seguir a solução acima apontada, tudo voltaria ao barbarismo anterior.

Sem embargo, entretanto, como vimos, a norma do art. 652 do novo Código Civil, será, desde a sua entrada em vigor, continuará equiparando o devedor do contrato de alienação fiduciária a algo que continua a não existir, perpetuando-se como uma norma eternamente vazia no que toca à imposição a esse devedor da medida coativa da prisão. Somente esta saída é que resta na resolução desse futuro problema que, brevemente, virá a tona. O problema, aqui, como se vê, deixa de ser mero conflito de leis no tempo, para dar lugar a verdadeiro conflito entre leis internas e a Constituição.

A violação dos Tratados e a Caracterização da Responsabilidade Internacional do Estado brasileiro.

De acordo com o art. 44 do Pacto de San Jose da Costa Rica, “Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados Membros da Organização pode apresentar à Comissão Internacional de Direitos Humanos petição que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte”.

Desta feita, a vítima da ordem prisional, expedida por juiz ou tribunal, em casos de infidelidade depositária típica ou naqueles decorrentes de alienação fiduciária em garantia, pode socorrer-se à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pleiteando a reparação do mal causado em virtude do descumprimento, pelo Poder Judiciário, daquilo que foi acordado em sede convencional.

A comissão em casos como este poderá recomendar ao país que se abstenha de continuidade do cumprimento da ordem prisional (art. 51, nº 2). Poderá, ainda, caso já tenha se consumado a constrição da liberdade pessoal da vítima, mandar proceder às reparações necessárias. Caso o Estado Brasileiro tenha que pagar indenização à vítima pelos prejuízos a ela causados, terá ele ação de regresso contra o prolator da decisão que ordenou o cerceamento da liberdade do infiel depositário ou do devedor-fiduciante, causadora de prejuízo ao erário.

As sentenças da Corte Interamericana – frise-se – não carecem de homologação perante o STF, por não se tratar de sentença “estrangeira” (CPC, artigos 483 e seguintes), mas sim de sentença “internacional”, com potencialidade de, plena e eficazmente, declarar a responsabilidade internacional do Estado por inobservância de preceitos da Convenção Americana.

CONCLUSÃO

A entrada em vigor da Lei nº 10.406/2002 não fará com que se derroge, por ser *lex posterior* o disposto naqueles tratados, pois tendo estes ingressados em nosso ordenamento jurídico com a natureza de norma constitucional, é como se constitucional fossem, e assim, sendo o novo Código Civil, mesmo sendo lei nova e posterior, nenhum poder terá de modificar um texto constitucional.

Somente a prisão civil por inadimplemento voluntário e inescusável de prestação alimentícia ainda subsiste em nosso País. Fora essa, nenhum outro tipo de coerção pessoal por dívida é permitido.

Está abolida de nosso ordenamento jurídico a prisão civil do depositário infiel, nem se diga quanto à prisão do devedor fiduciante. Será considerado *contra legem* qualquer julgamento oposto a este entendimento.

Os direitos humanos devem ultrapassar qualquer barreira impeditiva à consecução dos seus fins, mesmo que esta seja uma imposição constitucional. Quando um tratado internacional de proteção a direitos humanos vem ampliar alguns dos direitos contidos na Constituição, tal tratado passa a ter, por autorização expressa da Carta Magna (art. 5º, 2º), força para modifica-la, a fim de ampliar a ela os direitos nele contidos, tudo em prol do ser humano e sua dignidade.

E com vistas a esta nova ordem, sem confronto com as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito restrito da confrontação de normas infraconstitucionais, o Superior Tribunal de Justiça vem assentando entendimento no sentido de negar a possibilidade de decretação da segregação social por dívida.

É o que se depreende da decisão unânime proferida pela 3ª Turma, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 15669/GO, publicado no Diário da Justiça da União de 17/05/2004, página 211, tendo como Relator a Ministra Nancy Andrichi: “Recurso Ordinário em Habeas corpus. Alienação fiduciária em garantia. Não-devolução do bem. **Prisão** civil do devedor-fiduciante. Impossibilidade. - Não está sujeito à **prisão** civil aquele que não procede à devolução do bem ofertado em alienação fiduciária em garantia. Recurso provido para conceder a ordem.”

No mesmo sentido a decisão unânime proferida pela Corte Especial nos autos de Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 489278/DF,

publicado no Diário da Justiça da União de 22/03/2004, p. 187, que teve como Relator o Ministro Hamilton Carvalhido:

“Embora a jurisprudência do Pretório Excelso tenha se firmado no sentido da legitimidade da **prisão** do devedor fiduciante que não entregou o bem objeto da alienação fiduciária em garantia ou o equivalente em dinheiro, equiparando-o, para tal fim, à figura do **depositário infiel** prevista no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, mesmo na vigência do Pacto de São José da Costa Rica (cf. HC nº 72.131/RJ, Relator Ministro Moreira Alves, in DJ 1º/8/2003; HC nº 80.710/RS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, in DJ 24/8/2001), a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça pacificou já o entendimento no sentido de que “(...) não cabe a **prisão** civil do devedor que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária.” (cf. EREsp nº 149.518/GO, Relator Ministro Ruy Rosado), ratificando tal posicionamento quando do julgamento do HC nº 11.918/CE, Relator p/ acórdão Ministro Nilson Naves, in DJ 10/6/2002. 2. “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.” (Súmula do STJ, Enunciado nº 168). 3. Agravo regimental improvido.”

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, M.C.. **Dicionário Acadêmico de Direito**. 2. ed., São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001.

ALMEIDA COSTA, M. J. **Alienação Fiduciária em Garantia e Aquisição da Casa Própria**. In: Revista dos Tribunais, vol 512.

ALVES, J. C. M. **Da alienação fiduciária em garantia**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ALVES, V. R. **Alienação Fiduciária em Garantia**. Campinas: Millennium Editora, 1998.

ARAÚJO, J. M; SARTORELLI, R. **Alienação Fiduciária e sua interpretação jurisprudencial: jurisprudência atualizada do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo**. São Paulo: Saraiva, 1999.

AZEVEDO, Á. V. **Prisão Civil Por Dívida**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

BECK DA SILVA, L. A. **Alienação Fiduciária**. **Revista Jurídica: Órgão Nacional De Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária**. Ano XLII, nº196, fevereiro de 1994.

BUZUID, A. **Alienação Fiduciária em Garantia**. **Enciclopédia Saraiva do Direito**, v.6, São Paulo: Saraiva, 1978.

CAVALCANTI, J. P. **O penhor chamado alienação fiduciária em garantia**. Recife: Editora de Pernambuco, 1989.

CARVALHO, M. P. de. **Desconsideração do depósito em caso de prisão do alienante Fiduciário**. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. Ano 50, nº 298, agosto de 2002.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

COELHO, F. U. **Curso de Direito Comercial**, v. 3, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Manual de direito comercial**. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, J. M. **O Direito Privado como um sistema em construção – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro**. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, p.129/153, 1998.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v 4. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, O. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

FERREIRA FILHO, M. G. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1990.

FIGUEIRA JUNIOR, J. D. A Propriedade Fiduciária como Novo Instituto de Direito Real no Código Civil Brasileiro de 2002. **Revista Bonijuris**. ano XIV, nº 464, julho de 2002.

LIMA, F. H. V. **Da Alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel**. Curitiba: Juruá, 1999.

LORENZETTI, R. L. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS, F. **Contratos e Obrigações Comerciais**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

MAZZUOLI, V. de O. **Hierarquia Constitucional e Incorporação Automática dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos do Ordenamento Brasileiro**. Disponível em: < 18/05/2003.

MAZZUOLI, V. de O. **Prisão Civil por Dívida e o Pacto de San José da Costa Rica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

MEIRA, S. A. B. **A Lei das XII Tábuas: fonte de direito público e privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MEZZARI, M. P. **Alienação Fiduciária da Lei 9.514, de 20-11-1997**. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, J. L. de. **Alienação Fiduciária em Garantia**. Recife: Fasa, 1985.

OPITZ, O. **Alienação Fiduciária em Garantia**. Porto Alegre: Ed. Síntese, 1978.

PEREIRA, A. G.; QUADROS, F. de. **Manual de direito internacional público**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

PEREIRA, C. M. Da S. **Condomínio e incorporações**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. Campinas: bookseller, 2001.

RABELLO, J. G de J.. Alienação Fiduciária. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**, Ano XLII, nº 195, Janeiro de 1994.

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

SANTA MARIA, J. S. de. **Direitos reais limitados: Direitos Reais**. Brasília: Livraria e Editora Jurídica, 1993.

SILVA, L. A. B. da. **Alienação Fiduciária em Garantia**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil**. V. II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

VENOSA, S. de S, 1945- **Direitos Reais: 1. Direitos Reais, I – Título**. São Paulo: Atlas, 1995.