

DEPOSITÁRIO INFIEL: LEGALIDADE OU NÃO DA PRISÃO. KEEPER INFIDEL: LEGAL OR NOT PRISON.

Raphael Araújo de Oliveira¹, Fernanda Mendes da Silva Alves²

¹ Aluno do Curso de Direito

² Professora Especialista do Curso de Direito

Resumo

Introdução: O presente artigo aborda o tema da prisão do depositário infiel, como o objetivo de explicar o porque nos dias atuais não há mais a possibilidade da prisão em comento, em contrassenso a vigente previsão constitucional que dar margem ao cárcere no artigo 5º, parágrafo VXXVII, bem como a relevância dos tratados Internacionais de Direito humanos ratificados pelo Brasil para findar a possibilidade da prisão. Nesse artigo, se estuda de forma sucinta todo o aspecto histórico da prisão civil do depositário infiel, desde os tempos remotos até os dias atuais, diferenciando-se as prisões admitidas no sistema jurídico brasileiro, bem como a do contrato civil. Destarte que por um bom tempo houve a possibilidade da prisão do depositário infiel com amparado na Constituição Federal, no entanto, após o Brasil ratificar Tratados Internacionais sobre Direitos humanos que não aceitam a prisão, a restrição da liberdade do depositário infiel passou a ser questionada, sendo o centro deste artigo explicar essa polêmica e o entendimento abordado pela doutrina e pela Suprema Corte Brasileira, para resolver essa questão.

Palavras-Chave: depositário infiel; prisão; prisão civil; direitos humanos; tratados de direitos humanos; Constituição Federal.

Abstract

Introduction: This article deals with the prison theme unfaithful trustee, as the goal to explain why today there is no longer the possibility of imprisonment under discussion in nonsense current constitutional provision that give rise to the jail in Article 5º, paragraph VXXVII as well as the relevance of treaties International human rights ratified by Brazil to ending the. In this article, we study succinctly all the historical aspect of the civil prison of an unfaithful trustee, from ancient times to the present day, differing prisons admitted to the Brazilian legal sistema and the civil. Thus that for a long time there was the possibility of arrest of an unfaithful trustee supported with the Federal Constitution, however, after Brazil ratified the International Covenants on Human Rights that do not accept imprisonment, of an unfaithful trustee freedom of restriction came to be questioned, being the center of this article explain this controversy and understanding addressed by the doctrine and the Brazilian Supreme Court to address this

Keywords: unfaithful trustee; imprisonment; civil prison; human rights; human rights treaties; Federal Constitution.

Contato: raphaelaraujo.jus@gmail.com

Introdução

O presente trabalho tem como escopo, realizar uma análise sistemática quanto à prisão do depositário infiel e sua ilegalidade no Brasil à luz da norma Constitucional, Supralegal e das normas Infraconstitucionais.

Entretanto, para compreender o objeto deste trabalho, primo será explicado a finalidade da prisão civil, a suas modalidades e a sua evolução no decorrer da humanidade até os dias atuais.

Outrossim, para entender as peculiaridades da prisão do depositário infiel, é imprescindível compreender as formas de introduções dos Tratados Internacionais que versem sobre Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque antes e após a Emenda Constitucional de nº 45 de 2004, bem como a hierarquia destes tratados

à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal que será oportunamente destrinchado.

Não obstante, o centro desse estudo é abordado a prisão do depositário infiel e sua previsão constitucional *versus* infraconstitucional, sua legalidade e ilegalidade no ordenamento jurídico brasileiro com respaldo na dignidade da pessoa humana.

Assim, o objetivo dessa obra é esclarecer o porque nos dias atuais não é admitido a prisão do depositário infiel, com amparo no entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal para os tratados de direitos humanos aderidos pelo Brasil antes da E.C de 45/2004.

1. Aspecto Histórico da Prisão Civil

Para um melhor conhecimento do objeto

deste artigo, se torna necessário realizar um estudo histórico da visão geral referente à prisão civil tanto do depositário infiel como a do devedor de alimentos, eis que desta forma será mais fácil compreender a prisão civil do depositário infiel e suas peculiaridades à luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Para que se possa compreender o que vem a ser a prisão civil, é imprescindível entender como ela se originou na história da humanidade desde seus tempos remotos, bem como a sua finalidade no ordenamento jurídico brasileiro, vez que desde os primórdios da civilização o sistema jurídico se preocupa em criar mecanismos eficazes para assegurar o cumprimento das obrigações.

O primeiro código na história da humanidade em relatar aspectos referente à prisão civil foi o Código de Hamurabi, em que consistia em um conjunto de leis dos mais variados temas escrito pelo rei da Babilônia, entre 1728 e 1686 a.C. O código era baseado na lei de talião, “*olho por olho, dente por dente*”, em que admitia a prisão do devedor para que o seu credor tivesse uma garantia de pagamento no caso de inadimplência total¹.

Outra grande influência à prisão civil foi a lei das XII Tábuas, em que aduz na tabua terceira que caso o devedor fosse levado até o juiz e condenado ou confesso a dívida, aquele teria o prazo de 30 (trinta) dias para pagar o débito, caso contrário seria levado à execução pessoal, ou seja, o credor teria o direito de prender o devedor amarrando-o pelos pés e o pescoço com cadeias com peso de 15 (quinze) libras. Nesse sentido, veja-se a tabua terceira da lei das XII Tábuas:

[...]

4. Aquele que confessar dívida perante o magistrado, ou for condenado, terá 30 dias para pagar.

5. Esgotados os 30 dias e não tendo pago, que seja agarrado e levado à presença do magistrado.

6. Se não pagar e ninguém se apresentar como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso máximo de 15 libras; ou menos, se assim o quiser o credor.

7. O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de

pão ou mais, a seu critério.

8. Se não houver conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em três dias de feira ao comitium, onde se proclamará, em altas vozes, o valor da dívida.

9. Se não muitos os credores, será permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre².

Entretanto, com a *Lex Poetelia Papiria* 326 a.C, a perseguição do corpo do devedor para garantir a dívida passou a ser proibida, respondendo tão somente pelo débito o patrimônio do devedor, não permitindo mais a execução pessoal.

Assim, as obrigações assumidas entre duas pessoas em caso de inadimplência só poderia ser cobrada pelo credor em face dos patrimônios do devedor não existindo margem à executar o corpo humano. O principal fundamento para impossibilitar a execução do corpo humano em 326 a.C, foram os abusos perpetrado pelos credores em face dos devedores a época, os quais estavam passando dos limites, vez que na idade remota os devedores eram visto como inimigos dos credores, e, assim, estes muita das vezes preferiam ver aqueles mortos do que oportunizarem uma forma paralela ao pagamento.

No Brasil a regra é pela não possibilidade da prisão civil, exceto no caso de inadimplemento voluntário e injustificável da obrigação de alimentar e a do depositário infiel à luz do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nessa diapasão, *in verbis*:

Inciso LXVII – não haverá prisão civil por dívida, **salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.** (Grifou-se).

Todavia, ao fazer uma retrospectiva nas Constituições Brasileiras, conclui-se que nem sempre houve a previsão referente à prisão civil, eis que a primeira Constituição de 1824 nada tratou referente ao tema. De igual modo, aconteceu com

¹Informações colhidas do site: http://www.suapesquisa.com/mesopotamia/codigo_hamurabi.htm, acessado em 05 de outubro de 2014, às 12:00 horas de Brasília.

² Texto extraído do site: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>, acessado 05 de outubro de 2014 às 13:29 horas de Brasília.

a Constituição de 1891, que teve seu marco histórico por adotar reflexos da Constituição Americana e Francesa e por abraçar o Brasil como uma República Federal com o Governo Presidencialista.

A Constituição pioneira em abordar o tema da prisão civil no Brasil foi a de 1934, e, não obstante, o seu teor era pela total impossibilidade da prisão com fulcro do artigo 113, inciso 30, da Constituição Federal de 1934: *não haverá prisão por dívidas, multas ou custas*. Dessa forma, a privação do direito de ir e vim para garantir o pagamento de uma dívida era impossível.

Malgrado, a Constituição de 1937 nada previu quanto à prisão civil, eis que o texto Constitucional se omitiu ao tema.

Por outro lado, a Constituinte de 1946 revolucionou o tema tocante à prisão civil, vez que além de abordar o tema no artigo 141, parágrafo 32, deu margem a exceção atual, qual seja; pela possibilidade de forma excepcional da prisão. Nessa senda, veja-se:

Artigo 141, parágrafo 32 da Constituição de 1946: Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, **salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei**. (Grifou-se).

O mesmo espírito do texto citado fora adotado na constituinte de 1967, promulgada durante o período da Ditadura Militar que atribuiu função do poder constituinte originário, inicial, ilimitado, incondicionado e soberano.

Por fim, a Magna Carta atual manteve a previsão quanto à prisão civil de forma excepcional. Entretanto, considerando as atuais polêmicas, pode-se concluir que a exceção à prisão civil houve considerável supressão no ordenamento jurídico, vez que atualmente a única possibilidade da prisão é a por inadimplemento da obrigação de alimentar.

1.2. Visão Geral Da Prisão Civil Verso Prisão Penal

A terminologia prisão possui suas raízes do latim *prehensio*, que vem de *prehensio*, que por sua vez significa prender, o que por si só leva o leitor a concluir em um sentido de punição, no entanto, ao tratar do tema da prisão civil deve-se ter em mente que em nada se confunde com a prisão penal e a cautelar. A natureza jurídica de ambas são completamente diferentes, eis que a prisão civil busca coagir e não castigar ou reeducar uma

pessoa.

No ordenamento jurídico brasileiro existem três espécies de prisão, a saber: a) **prisão extrapenal**: essa modalidade é dividida em prisão civil, ou seja é o enfoque deste artigo; b) **prisão penal**: decorre unicamente de sentença condenatória com trânsito em julgado; c) **prisão cautelar**, provisória, processual ou sem pena: tem como subespécie a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária.

A prisão civil é aquela utilizada para forçar alguém ao cumprimento de uma obrigação civil, portanto, não possui natureza de punição, mas sim de coagir alguma pessoa a implementar um dever civil quando descumprir uma obrigação que envolva dinheiro ou guarda de bens, em quanto a prisão penal se destina à quem praticar uma conduta criminosa.

Pertinente se faz citar a definição do Doutor Álvaro Villaça de Azevedo:

Prisão civil, assim, é a que se realiza no âmbito estritamente do Direito Privado, interessando-nos, neste estudo, essencialmente a que se consoma em razão de dívida impaga, ou seja, de um dever ou de uma obrigação descumprida e fundada em norma jurídica de natureza civil³.

Nesse mesmo sentido é o ensinamento do Professor e Ministro Gilmar Mendes⁴:

A prisão civil diferencia-se da prisão penal, na medida em que não consubstancia uma resposta estatal à prática de infração penal, mas antes corresponde a um meio processual reforçado de coerção do inadimplemento, posto à disposição do Estado para a execução da dívida.

A sociedade antiga permitia que o indivíduo respondesse pelo inadimplemento das suas obrigações com o própria corpo, posteriormente com a privação da liberdade e, por fim, com todo o seu patrimônio, todavia, na sociedade atual somente é admitido esta última modalidade para satisfazer a dívida.

Entretanto, com a evolução da humanidade, o Direito pospositivista manteve a tradição de permitir a privação de liberdade como meio de compelir o devedor ao cumprimento das suas obrigações.

³ Azevedo, Álvaro Villaça. Prisão Civil por dívida. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012. Página 35.

⁴ Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de direito Constitucional / Gilmar Mendes Ferreira, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9ª ed. Ver. e atual. – São Paulo : Saraiva 2014. Página 599.

À luz da Constituição Federal de 1988, a decretação da prisão civil seria possível em duas modalidades, ou seja: pelo inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentícia e no caso do depositário infiel. No que tange a prisão por inadimplemento alimentar, existe um reconhecimento Internacional de caráter humanitário, vez que envolve o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, não há como confundir a prisão civil com a prisão penal, porquanto aquela não é uma pena decorrente de crime, mas sim um constrangimento para que o devedor desempenhe toda forma possível para o cumprimento da obrigação.

A prisão penal está prevista na legislação criminal e é decretada quando os princípios reconhecidos por esta são ameaçados ou violados. Ela apresenta, fundamentalmente, o caráter de pena, de punição. Essa pena, ainda que vista sob a situação de segregar pessoa perigosa da sociedade, seja não só para puni-la, mas para educa-la, recuperá-la, ela encontra fundamento na legislação criminal específica, pertencendo ao âmbito de pena crime, em razão de prática de ato ilícito penal, assim definido como crime ou como contravenção. Daí o princípio jurídico segundo o qual não há pena, nem crime, sem lei que previamente o defina (*nulum crimen, nulla poena sine lege*)⁵.

De outra banda, a prisão civil não possui a finalidade de pena, mas sim de uma forma coercitiva, imposta ao cumprimento de uma obrigação, não obstante, na maioria das vezes essa obrigação é de natureza privada regulada nas leis civis. Assim, a prisão civil é uma forma de execução de finalidade econômica.

Destarte que a prisão civil encontra-se respaldo na Constituição, no entanto, sua regulamentação decorre diretamente da legislação infraconstitucional, o que deu margem para este artigo, vez que os Tratados de Direitos Humanos ratificados pelos Brasil revogaram todas as normas infraconstitucionais em desacordo com o seu contexto.

1.3 Visão Geral da Prisão Civil do Devedor de Alimentos

No Brasil, no que tange a prisão do devedor de alimentos não existem nenhuma controvérsias relevante a ser analisada no tocante ao tema em estudo, eis que a expressa previsão legal para possibilitar a prisão no caso de inadimplência e, por outro lado, tanto a doutrina como a jurisprudência são uniformes no sentido de que caso não ocorra o

pagamento dos alimentos por três vezes, ou seja, nos três últimos meses sem motivo relevante, forçosa se faz a prisão do alimentante, vez que inexistente outra forma eficaz de coagir o devedor com prestação ao pagamento senão restringir o direito à liberdade.

Nessa quadra é o que se depreende do parágrafo 1º do artigo 733 do Código de Processo Civil: "*Parágrafo 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses*".

Importante salientar que o tema já fora objeto de súmula do Superior Tribunal de Justiça, senão, veja-se:

Súmula 309. O débito alimentar que autoriza prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo.

Quanto a doutrina, pertinente se faz citar o entendimento do grande doutrinador Brasileiro Carlos Roberto Gonçalves referente ao tema:

Para garantir o fiel cumprimento da obrigação alimentar estabelece a lei diversas providências, dentre elas a prisão do alimentante inadimplente (CF, art. 5Q, LXVH; CPC, art 733, *caput* e §§ 152, 2G e 3Q). Trata-se de uma das poucas exceções ao princípio segundo o qual não há prisão por dívidas, justificada pelo fato de o adimplemento da obrigação de alimentos atender não só ao interesse individual, mas também ao interesse público, tendo em vista a preservação da vida do necessitado, protegido pela Constituição Federal, que garante a sua inviolabilidade (art, 5a, *caput*)⁶.

Nesse contexto, pode-se concluir que a pertinência da prisão civil do devedor de alimentos se faz necessário para garantir o mínimo de dignidade ao alimentado, em outras palavras, a prisão civil do inadimplente com os alimentos é a forma pela qual se utiliza para coagir que o alimentante não se escuse da sua obrigação, porquanto, o alimentado na maioria das vezes não possui se quer condição de se manter dignamente por suas próprias forças ou circunstâncias.

⁵ Azevedo, Álvaro Villaça. Prisão Civil por dívida. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012. Página 37.

⁶ Gonçalves, Carlos Roberto. DIREITO CIVIL BRASILEIRO, Volume IV, Direito de Família – 6ª Edição; Saraiva 2009. Página 515.

Cedição é o entendimento da Jurisprudência Brasileira que caminha uniforme⁷, eis que em caso de inadimplência com as três últimas prestações alimentícia imperioso se faz a prisão civil por descumprimento com a obrigação alimentar.

Entretanto, a prisão só é pertinente desde que seja capaz de compelir o dever ao pagamento, eis que se demonstrada a impossibilidade de o alimentante pagar o débito, não se justificaria a decretação da prisão, pois nesses casos o inadimplemento não seria involuntário e inescusável⁸.

No que toca ao tema da prisão civil por dívida alimentar não há muitas peculiaridades a ser analisadas, porquanto, a prisão é a forma razoável e proporcional à luz do neoconstitucionalismo para coagir e garantir o pagamento dos alimentos com o escopo de viabilizar a dignidade mínima de sobrevivência do alimentado com amparo no princípio da dignidade da pessoa humana.

1.4 Conceito de Depositário Infiel

Etimologicamente falando o termo depositário infiel significa:

Um indivíduo que ficou responsável pela guarda de um bem que não lhe pertence, e deixou que este bem desaparecesse ou que tenha sido roubado. Pessoa a quem se entrega ou a quem se confia alguma coisa, em depósito⁹.

Porém, conclui-se que a palavra depositário infiel é um termo composto, ou seja, possui duas palavras que juntas produzem um novo significado.

A palavra depositário, segundo o Aurélio Buarque de Holanda Ferreira¹⁰ significa: “aquele que recebe em depósito; ato de depositar; lugar ou estado do que se depositou”. O termo infiel para o mesmo autor significa: “sem fidelidade; desleal”.

Por outro lado, o termo depósito encontra-se diretamente relacionado com o contrato previsto no artigo 627 e seguintes do Código Civil, *in verbis*: “Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guarda, até que o depositante o reclame”. Conceitua Carlos Roberto Gonçalves¹¹:

Depósito é o contrato em que

uma das partes, nomeada depositário, recebe da outra, denominada depositante, uma coisa móvel, para guardá-la, com a obrigação de restituí-la na ocasião ajustada ou quando lhe for reclamada (*Depositum est, quod custodiendum alicui datum est*).

Assim, em síntese depositário infiel significa um indivíduo que recebeu determinado bem para guardar, mas devido às circunstâncias tal bem não foi entregue quando reclamado pelo legítimo dono, razão pela qual, denomina-se o depositário como infiel, pois não devolveu o bem quando requerido pelo depositante.

O sentido da expressão depositário infiel, por muito tempo foi compreendido de forma ampla, eis que abraçava tanto o caso do depósito convencional quanto os casos de depósito legal, e por dar margem ao legislador infraconstitucional para criar novas modalidades de depósito com todas as garantias Constitucionais. Entretanto, essa larga margem sempre foi tema de intensas críticas por parte da doutrina.

O Supremo Tribunal Federal entendia que à luz do inciso LXVII do artigo 5º da CF/88, o sentido de depositário infiel abrangia além dos depósitos judiciais, os devedores em contrato de alienação fiduciária e os casos de penhora agrícola e penhora mercantil.

Todavia, parcela considerável da Doutrina como exemplo o Ministro do STF Gilmar Mendes defende a ideia de que é absolutamente inaceitável atribuir o *status* Constitucional do termo depositário infiel aos inadimplentes do contrato de alienação fiduciária e afins.

1.4.1 Depositário Infiel e a Alienação Fiduciária

É cedição à luz do artigo 1º do decreto-lei 911/69, que o devedor fiduciante se equipara ao depositário, “com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal”, em outras palavras, é possível a prisão civil do devedor fiduciante com amparo no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal.

Cumprir informar que este é o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal¹²,

⁷ RHC 33931 SP 2012/0205952-1, RHC 27580 TO 2010/0011345-6, Acórdão n.802309, 20140020082943HBC, Relator: SEBASTIÃO COELHO, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 09/07/2014, Publicado no DJE: 21/07/2014. Pág.: 163).

⁸ . Nesse sentido e o entendimento do Supremo Tribunal Federal no HC 106.709/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, 21 de novembro de 2011.

⁹ Informação colhida do site: <http://www.dicionarioinformal.com.br/deposit%C3%A1rio%20infiel/>. Acessado em 13 de outubro de 2014, às 22:15 horas de Brasília.

¹⁰ Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. *Míni Aurélio: o dicionário da língua portuguesa* 8º Ed. Curitiba: Positivo, 2010.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, contratos e atos unilaterais*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. III. p. 360

¹² HC nº 72.131/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.8.2003; ADI-MC nº 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.5.2001. HC nº 81.139/GO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.8.2005; HC nº 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 20.10.2000; HC nº 77.053/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa; DJ 4.9.1998; RE nº

porquanto de acordo com a Suprema Corte o inadimplente fiduciante está sujeito à prisão civil.

Entretanto, esse entendimento adotado pelo decreto-lei e pela Suprema Corte é diretamente atacado pela doutrina e pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

A doutrina defende que o depositário que se trata o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal é restrito à hipótese na qual o devedor recebe a guarda de determinado bem, incumbindo-se da obrigação contratual ou legal de devolver quando o credor o requeira, eis que essa modalidade é restrita ao contrato de depósito previsto do Código Civil e dos depósitos judiciais, o que a meu ver é o entendimento correto a ser adotado, não assistindo razão a Suprema Corte.

Pertinente se faz citar o entendimento do doutrinador Valério Mazzuoli:

É necessário, de início, deixar bem fixado que, em se tratando de depósito, a Constituição Federal de 1988 somente permite a prisão por dívida civil no caso de infidelidade do depositário propriamente dito, ou seja, nos casos estritos de depósito, entendido este na sua conceituação clássica, genuína, isto é, naquelas hipóteses em que alguém, por força de impositação legal ou de contrato, recebe objeto móvel alheio para guardá-lo, até que o depositante o reclame, e não nos casos de depósitos atípicos instituídos por equiparação visando apenas reforçar as garantias em favor dos credores. Por isso, não cabe à prisão do alienante fiduciário por equiparação, com base na circunstância de que, no caso não ocorreria, em verdade, depósito, mas situação bastante diversa que a lei ordinária equipara a depósito, o que não poderia fazê-lo em face do texto constitucional¹³.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça por meio da sua jurisprudência pacífica deixa claro que também é incabível a prisão civil no caso de inadimplência no contrato de alienação fiduciária, vez que o decreto-lei 911/69 criou uma figura atípica para o depositário no caso de alienação fiduciária.

Entende o STJ que:

“reconhecer à lei ordinária a possibilidade de equiparar outras situações, substancialmente diversas, à do depositário infiel, para o fim de tornar aplicável a prisão civil, equivale a esvaziar a garantia constitucional¹⁴”.

Assim, conclui-se que no tocante a alienação fiduciária existiu por muito tempo uma instabilidade jurídica que fora tema de grandes debates no mundo jurídico, eis que para alguns a inadimplência do alienante fiduciário era motivo à prisão civil e para outros o decreto-lei 911/69 não tinha força normativa para comparar o depósito deste decreto ao depósito Constitucional.

Em que pese essa divergência quanto a possibilidade ou não da prisão civil no caso inadimplência decorrente de contrato de alienação fiduciária, entendo que possibilitar a prisão nessa modalidade é extremamente inadequado à luz do direito moderno, eis que não é razoável e nem proporcional admitir a privação da liberdade nesses casos.

Aduz o Ministro Gilmar Mende que:

Na alienação fiduciária, o credor, que não é proprietário em termos absoluto – e possui apenas a propriedade fiduciária, limitada pelo seu escopo de garantia real –, não pode exigir a restituição do bem. Enquanto o devedor estiver em dia com suas obrigações contratuais não pode o credor reivindicar a posse direta da coisa alienada.

Ademais, não é adequado atribuir margem ao legislador infraconstitucional para se valer de parâmetros constitucionais e beneficiar, assim, determinadas classes.

A alienação fiduciária nada mais é do que um contrato atípico, sendo impossível compará-lo ao contrato de depósito, bem como nas consequências como a prisão do depositário infiel, vez que naquele contrato o credor não é proprietário, e, todavia, possui apenas a propriedade fiduciária limitada pelo seu direito real de garantia, ou seja, o credor só possui o bem como garantia de pagamento da dívida e não com posse absoluta passível de reivindicação a qualquer momento.

A outra ficção jurídica utilizada foi à equiparação do devedor fiduciante ao depositário.

206.482/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 5.9.2003; RHC nº 80.035/SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.8.2001.

¹³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Prisão Civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: de acordo com o Novo Código

Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002). Rio de Janeiro: Forense; 2002, p. 36.

¹⁴ RESP nº 7.943/RS, Rel. Min. Athos Carneiro, DJ 10.6.1991. Dados colhidos do RE 466.343/SP.

Como ensina Orlando Gomes:

“o devedor fiduciante não é, a rigor, depositário, pois não recebe a coisa para guardar, nem o credor fiduciário a entrega para esse fim, reclamando-a quando não mais lhe interesse a custódia alheia. A lei o equipara (artificialmente) ao depositário para lhe impor os encargos e responsabilidades inerentes ao exercício dessa função”¹⁵.

1.4.2 Prisão Civil do Depositário Infiel

Com o passar do tempo cada vez mais a humanidade vem evoluindo e de forma considerável e relevante essa evolução vem refletindo no campo jurídico, o que faz com que os estudiosos do direito passem a questionar pontos relevantes do ordenamento jurídico.

Diferente não foi com o tema deste trabalhando, eis que por longo período houve em aberto instabilidade jurídica no sistema legal, porquanto, a Constituinte de 1988 por meio do seu poder originário, de forma excepcional, previa a possibilidade da prisão do depositário infiel.

Todavia, como a humanidade tende a evolução e pelo fato de o Brasil ser um País que busca seguir Princípios Internacionais, com a ratificação em 1992 de dois tratados de direitos humanos¹⁶ a previsão da prisão do depositário infiel passou a ser tema de relevantes debates no cenário jurídico, vez que de um lado a Constituição vigente garantia a prisão civil e por outro os tratados afastavam a mesma.

Com isso, durante 15 (quinze anos) houve uma instabilidade jurídica quanto ao tema, o que até nos dias atuais deixa um legado para estudo.

O contexto histórico da prisão civil estar mais relacionada com a prisão do depositário infiel do que a prisão do devedor de alimentos. Em que pese ambas as prisões serem cíveis, os primórdios da prisão civil estar centralizada diretamente com a inadimplência obrigacional contratual, conforme se depreende do contexto histórico (1).

A prisão do depositário infiel encontra-se prevista no texto constitucional, e regulamentação no Código Civil e no Código de Processo Civil, no entanto, com a ratificação dos tratados internacionais de direitos humanos: *Pacto de São José da Costa Rica e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* e a atual interpretação do

Supremo Tribunal Federal para estes acordos, qual seja, a teoria da supralegalidade, o ordenamento jurídico infraconstitucional que regula toda a prisão do depositário infiel fora revogado, o que indiscutivelmente deu margem a este artigo.

Antes de setembro de 1992, momento em que o Brasil ratificou o citados tratados de direitos humanos, não havia discussão quanto a possibilidade da prisão civil do depositário infiel, vez que a Constituição Brasileira amparava tal situação.

Entretanto, pelo fato de a Constituição prever a possibilidade da prisão do depositário infiel, e, também, no parágrafo 2º do artigo 5º, oferecer margem para respeitar os tratados internacionais em que for parte, surgiu espaço para as críticas referente a prisão do depositário infiel. Senão, veja-se, o teor do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

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.** (Grifou-se).

As críticas eram referente a impossibilidade da prisão do depositário infiel, uma vez que os tratados *Pacto de São José da Costa Rica e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, não permitiam essa modalidade de cárcere à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Porém, se de um lado a Constituição respaldava a prisão do depositário, de outro lado, também afastava tal possibilidade.

Ocorre que o inciso LXVII artigo 5º da Constituição prever a possibilidade da prisão, o que faz de forma clara e direta. Senão, veja-se:

“**não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.**” (Grifou-se).

Já em sentido contrário o aludido parágrafo 2º do artigo 5º, aduz que os direitos expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Assim, muitos doutrinadores como o ilustre Alexandre de Moraes passaram a fundamentar que a prisão civil do depositário infiel fora revogada, vez que a partir de setembro de 1992 o Brasil passou a adotar tratados de direitos humanos que impossibilitaria o cárcere. Todavia, tal entendimento

¹⁵ Essa expressão é utilizada por Orlando Gomes em trechos anteriores. Cfr.: GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 4ª Ed. São Paulo: RT; 1975, p. 110. - GOMES, Orlando.

Alienação fiduciária em garantia. 4ª Ed. São Paulo: RT; 1975, p. 130. Texto retirado do R.E 466.343/SP, página 57.

¹⁶ *Pacto de São José da Costa Rica e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*

não era adequando antes da interpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, a teoria da supralegalidade para os tratados de direitos internacionais sobre direitos humanos.

Por se tratar de tema relevante, a possibilidade ou não da prisão do depositário infiel, passou a ser matéria recorrente nos Tribunais Brasileiros, em específico no Supremo Tribunal Federal.

No entanto, antes de analisar a matéria profundamente é imprescindível entender a inovação trazida pela Emenda Constitucional de nº 45, que introduziu o parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, referentes aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

2 Depositário Infiel e as Consequências dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos Introduzidos no Brasil

A República Federativa do Brasil é reconhecida Internacionalmente como um País soberano de direito, por isso, não há possibilidade de outro País interferir nas suas decisões, ou até mesmo, no seu contexto jurídico.

Por conseguinte o Brasil possui autonomia Internacional para fazer parte de acordos a nível Mundial, tendo como objetivo manter a paz, desenvolver a saúde, realizar a igualdade entre os povos, preservar e garantir a dignidade da pessoa humana, buscar a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Dessa forma, com o escopo de buscar sempre o melhor interesse dos povos o Brasil por meio do seu representante pactua acordos internacionais com outros Países ou/e ONG's Internacionais dos mais diversos temas e objetivos.

Para que o Brasil faça parte de um tratado internacional, primeiro o Presidente da República deve celebrar o acordo à luz do artigo 84, inciso VIII da CF/88, vez que se trata de competência exclusiva do chefe de Estado.

“artigo 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;”.

Posteriormente, após a celebração do tratado pelo Presidente da República, compete ao Congresso Nacional realizar o referendo, em outras

palavras, compete ao Congresso Nacional, materializar por meio de decreto legislativo (artigo 59, inciso VI, da CF/88), definitivamente, resolver, sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio social¹⁷, com fulcro no artigo 49, inciso I da CF/88,

“artigo 49, É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;”.

Assim, a partir do poder Originário Constituinte de 10 de outubro de 1988 que às 16:00 horas de Brasília introduziu ao Ordenamento Jurídico Pátrio a Carta Magna do Brasil – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – os tratados internacionais passaram a ter maiores relevâncias e vinculação no mundo jurídico Brasileiro.

Nesse sentido, à luz parágrafo 2º do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim, todo os tratados de forma *lato sensu* em que o Brasil seja signatário e que estejam em harmonia para com a vigente Constituição de 1988, passaram a ter maiores importâncias, sendo, contudo, imprescindível garantir a força normativas desses acordo.

Entretanto, desde a vigência da constituição de 1988, surgiu no Brasil diversas polêmicas para interpretar os tratados que consagram direitos humanos, tendo em vista o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal supramencionado, bem como a relevância de garantir a vigência dos direitos que envolvam o tema de “dignidade da pessoa humana”.

A polêmica basicamente surgiu em torno da hierarquia normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em que o Brasil for signatário, tendo em vista que o texto constitucional reconheceu a importância do tema e lhe atribuiu proteção significativa como já exposto.

Destarte que atualmente no Brasil existem

¹⁷ Lenza, Pedro, DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO/Pedro Lenza. – 16 Ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012. Página 491.

dois tipos distintos de tratados internacionais, quais sejam: **a) os de direitos humanos; b) os que não são sobre direitos Humanos.**

É importante destacar que no tocante aos **tratados que não versem sobre direitos humanos**, não há no campo jurídicos complexidades a serem estudadas, eis que estes tratados são introduzidos no ordenamento jurídico com *status* de lei ordinária, porquanto, tal ato normativo se associa ao ordenamento jurídico brasileiro com caráter de norma infraconstitucional, e, portanto, pode ser revogado (*ab-rogação* ou *derrogação*) por lei posterior, bem como ser questionado a sua constitucionalidade de forma não solene.

Por outro lado, no tocante aos **tratados que versem sobre direitos humanos**, a complexidade de estudo se distingue dos demais, eis que com respaldo na Constituição Brasileira, bem como à luz da interpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal, este tratados possui hierarquia diferenciada a depender do caso, e, contundo, contribuíram diretamente para a polêmica extinção da prisão civil do depositário infiel.

No pertinente aos tratados de direitos humanos no Brasil existem duas modalidades.

A primeira, refere-se aos tratados ratificados pelo Brasil com amparado no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

A segunda, refere-se aos tratados introduzidos no Brasil sem observância ao mencionado parágrafo, mas resguardado seu caráter hierárquico pela teoria da Supralegalidade (2.1.1), interpretação da pelo STF.

Em suma, os tratados que forem aprovados de acordo com o parágrafo 3º do artigo 5º da CF/88, que salienta:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, terão caráter normativo Constitucional, não havendo margem para discussões, bem como refletindo diretamente em todo ordenamento jurídico.

Noutra banda, os tratados sobre direitos humanos que forem introduzidos no Brasil, mas

sem observância ao mencionado parágrafo 3º, não terão caráter normativo Constitucional, todavia, com respaldo no entendimento da Suprema Corte Federal, esses tratados merecem colocação significativa na pirâmide hierárquica das normas Brasileiras, ou seja, os acordos internacionais sobre direitos humanos estão segundo o Supremo Tribunal Federal abaixo da Constituição Federal, no entanto, acima das leis infraconstitucionais com base na interpretação da teoria da **Supralegalidade.**

Antes da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, conhecida como reforma do poder judiciário, havia grande insegurança jurídica para definir a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos introduzidos no Brasil.

Isso porque, num primeiro momento o texto Constitucional não reconheceu diretamente a importância de qualificar os tratados de direitos humanos com *status* Constitucional, diferente de outros Países Latino-americanos¹⁸. O parágrafo 2º do artigo 5º da CF/88, só destacava que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluía outros decorrentes de tratados internacionais em que República Federativa do Brasil seja parte.

Desta forma, após a E.C n.º 45/2004, as dúvidas foram em parte supridas, eis que por intermédio da emenda, foi acrescido no texto Constitucional o parágrafo 3º no artigo 5º, que em tese supriu a carência para definir a hierarquia dos tratados sobre direitos humanos em que o Brasil for signatário.

Portanto, os tratados que forem aprovados pelo Congresso Nacional de acordo com a formalidade citada terá *status* indiscutivelmente Constitucional, não havendo margem para polêmica.

Todavia, com a introdução desse parágrafo, as obscuridades no cenário jurídico não fora suprida por completo, vez que existem atualmente no Brasil tratados sobre direitos humanos ratificados antes da E.C n.º 45/2004, em especial os tratados *Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, aderidos pelo Brasil em 1992, que refletem diretamente na polêmica extinção da prisão do depositário infiel, como se verá no decorrer deste capítulo.

2.1 Depositário Infiel 'vs' Tratados Internacionais: Pacto de São José da Costa Rica e O Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos

Os tratados internacionais sobre direitos

¹⁸ Exemplos de Países que reconhecem o status Constitucional do Tratados de Direitos Humanos: a) Constituição do Paraguai, de 1992, Art. 9º, e a Constituição da Argentina, art. 75, inciso 24.

humanos, em específico; o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, trouxeram grande mudança no cenário do direito e diretamente refletiram na prisão do depositário infiel.

O Pacto de San José da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos, foi editado na Conferência intergovernamental celebrada pela Organização dos Estados Americanos e entrou em vigor em julho de 1978. O Brasil apenas aderiu à Convenção em 25 de setembro de 1992, sendo aprovado pelo Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio do mesmo ano, que passou a vigorar no dia 06 de novembro de 1992, através do Decreto n. 678. Destarte que o Brasil não fez qualquer reserva quanto ao conteúdo tratado.

O Pacto de San José da Costa Rica estabelece em seu artigo 7º, 7, que:

Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

O pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, foi editada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), no dia 16 de dezembro de 1966, e só dez anos depois quando alcançaram o número necessário de ratificações passou a vigorar.

No Brasil, a convenção passou a ser adotada em 24 de janeiro de 1992, foi aprovada pelo Decreto Legislativo 226 de 1991, e o seu cumprimento foi editado pelo Decreto 592/1992.

O pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece em seu artigo 11 que: *Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.*

Antes do Brasil ratificar os citados tratados sobre direitos humanos, não havia polêmicas pertinente à estudos no que tange à prisão do depositário infiel, eis que era indiscutível a possibilidade da prisão civil por inadimplência da obrigação assumida.

Todavia, considerando que a prisão civil é uma medida extrema, vez que segundo a doutrina viola a dignidade da pessoa humana, foi editado os tratados de direitos humanos “Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos”, com o objetivo de findar ao cárcere civil.

O Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, são acordos internacionais vigentes na orbita jurídica

que proíbem a prisão por dívida civil, exceto a por inadimplência alimentar.

Nesse diapasão, a legalidade ou não prisão do depositário infiel passou a ser questionada no mundo do judiciária, vez que o Brasil passou a seguir os tratados que proíbem a prisão, e, noutro lado, a Constituição no inciso LXVII do artigo 5º, autorizava o cárcere: inciso LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento involuntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Assim, por considerável período o tema da legalidade ou não da prisão do depositário infiel passou a ser discutido no Judiciário e, não obstante, chegou até o Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que a Suprema Corte colocou fim nesse debate que até os dias atuais vem sendo tema recorrente em provas dos mais altos cargos jurídico.

Nas razões do Recurso Extraordinário 466.343/SP, o Ministro Gilmar Mendes fundamentou a relevância dos pactos internacionais¹⁹, bem como abordou a teoria da supralegalidade, posicionamento atual da Corte Suprema que afasta a possibilidade da prisão do depositária infiel que será estudado no próximo tópico.

Destarte mais uma vez que, em que pese o parágrafo 3º do artigo 5º da CF/88, os pactos aqui informados não foram aprovados com a formalidade exigida por esse parágrafo, razão pela qual, não é considerado com *status* Constitucional.

Atualmente, no Brasil só existe um acordo internacional sobre direitos humanos com *status* Constitucional, qual seja, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pelo Decreto Legislativo nº. 186/2008, com fulcro na formalidade do parágrafo 3º do artigo 5 da CF/88.

Entretanto, nada obsta que outros acordos sobre direitos humanos, já incorporados pelo Brasil sejam revistos com a formalidade do parágrafo 3º do artigo 5º da CF/88, e, contudo, após a aprovação tenham *status* Constitucional.

No meu ponto de vista, o Poder Legislativo foi falho neste aspecto, eis que todos os tratados de direitos humanos em que o Brasil seja signatário é indiscutivelmente relevante para a segurar garantias fundamentais e, assim, uma vez ratificados pelo Brasil já deveriam entrar no ordenamento pátrio com *status* Constitucional.

2.1.1 Teoria da Supralegalidade dos Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos

¹⁹ Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

humana.

Para entender a ilegalidade da prisão civil do depositário infiel no Brasil, primeiro deve-se compreender a relevante teoria da “SUPRALEGALIDADE”, defendida pelo Ministro Gilmar Mendes.

Para o Ilustríssimo Ministro Gilmar Mendes, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos poderiam, em tese, de acordo com a doutrina, seguir o seguinte *status* normativo²⁰:

- a) a vertente que reconhece a natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;
- b) o posicionamento que atribuiu caráter *constitucional* a esses diplomas internacionais;
- c) a tendência que reconhece o *status* de lei ordinária a esse tipo de documento internacional;
- d) por fim, a interpretação que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos.

O Ministro Gilmar Mende em seu voto do RE 466.343/SP acompanhado o voto do relator, parafraseia os seguintes fundamentos:

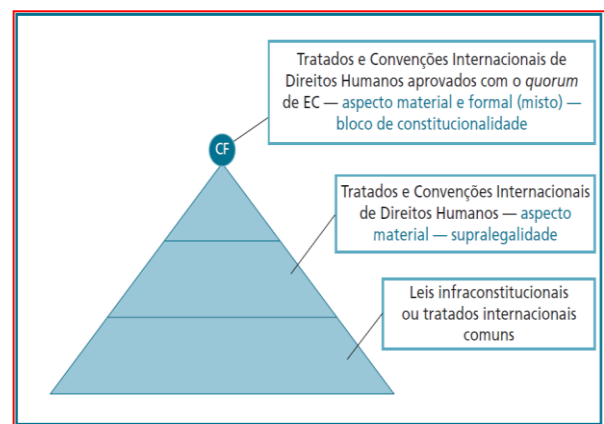
(...) parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa

Assim, podemos concluir então que o atual posicionamento do STF é pela ineficácia da legislação ordinária, vez que os tratados estão acima das leis e abaixo da constituição, por isso o termo supralegalidade.

Aduz o Doutr Pedro Lenza em sua obra “Direito Constitucional Esquematizado” que por meio desta interpretação os pactos:

“tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ele conflitante”.

Figura ilustrativa para melhor compreensão²¹:



Então, o que se pode concluir é que os Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos em estudo não possuem *status* Constitucional e não são capazes de revogar a prisão do depositário infiel, no entanto, como o Supremo Tribunal Federal se posicionou pela teoria da Supralegalidade destes Tratados, todo ordenamento jurídico infraconstitucional fora revogado por estarem em desacordo com os Pactos.

Enriquecedor é citar as palavras do Alexandre de Moraes²²:

O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direito humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.

²⁰ Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de direito Constitucional / Gilmar Mendes Ferreira, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9º ed. Ver. e atual. – São Paulo : Saraiva 2014. Página 611.

²¹ Retirada do Livro Digital: Lenza, Pedro, DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO/Pedro Lenza. – 16 Ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012. Página 611.

²² Moraes, Alexandre de. DIREITO CONSTITUCIONAL/ALEXANDRE DE MORAIS. – 27º Ed. – São Paulo: Atlas, 2011. Página 129.

3 Legalidade ou Não da Prisão do Depositário Infiel

Hoje em dia é uma questão desafiadora escrever sobre a prisão de depositário infiel, conquanto, sempre existiu dúvidas e instabilidade jurídica para discorrer o tema, uma vez que a relevante divergência Constitucional tocante ao objeto deste artigo. Nesse sentido, parafraseia Pedro Lenza²³, senão, veja-se:

Embora sedutora a tese e, sem dúvida, fortalecedora do princípio da dignidade da pessoa humana, o grande problema parece-nos justificar (especialmente diante da nova redação conferida ao parágrafo 3º do art.5º. pela EC n. 45/2004) a possibilidade de “paralisar” a eficácia das leis contrárias aos tratados ou convenções sobre direito humanos, as que encontrariam suporte de validade na própria Constituição que continua estabelecendo, ao lado da prisão do devedor de alimentos, a do depositário infiel.

Para compreender a polêmica suscitada deve-se expor que a **legalidade da prisão** encontra-se indiscutivelmente respaldado no poder Constituinte Originário da Marga Carta de 1988, no artigo 5º inciso LXVII, *in verbis*:

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

Por outro lado, por mais paradoxal que seja, a **ilegalidade da prisão** também possui respaldo na própria Constituição de 1988, eis que à luz do parágrafo 2º do artigo 5º da CF/88, os Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte passaram a ter relevância e vinculação no ordenamento jurídico pátrio, porquanto, os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrente de Tratados ratificados pelo Brasil.

Todavia, diante à polêmica da legalidade ou não da prisão de depositário infiel, é de suma relevância que o leitor tenha em mente que no presente não há mais a possibilidade desse cárcere, porquanto, o atual posicionamento da

Suprema Corte é pela Supralegalidade dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direito Humanos, o que pois fim a divergência existente, bem como resultou na edição da Súmula Vinculante nº 25, “*É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito*”. O entendimento do Supremo Tribunal Federal está assim ementado:

“PRISÃO CIVIL. Depositário. Depositário Infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e parágrafos 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, parágrafo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE n. 349.703 e dos HCs n. 87.585 e n. 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Destarte que os Tratados Internacionais sobre direitos humanos aderidos pelos Brasil, além de ser garantido sua eficácia, a sua aplicabilidade é imediata, isso porque, com respaldo no parágrafo 1º do artigo 5º da CF/1988, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade instantânea.

A impossibilidade da prisão do depositário infiel é fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana e, segundo a Doutrina, a prisão não é forma adequada com ampara no “Direito Neoconstitucionalista” para garantir o pagamento do depósito.

Nessa senda é o ensinamento de Montesquieu²⁴:

[...] nos assuntos ligados aos contratos civis comuns, a lei não deve permitir a prisão civil, porque ela compromete mais a liberdade de um cidadão do que oferece vantagem ao outro.

3.1 Posicionamento Jurisprudencial

Considerando a polêmica: **possibilidade ou não da prisão civil do depositário infiel**, tanto a doutrina como a jurisprudencial do Supremo

²³ Lenza, Pedro, DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO/Pedro Lenza. – 16 Ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012. Página 613

²⁴ *De l'esprit des lois, in Oeuvres complètes, Bbliothèque de la Pléiade, Paris, 1951, livro XX, capítulo XV.* Informação extraída do livro PRISÃO CIVIL POR DÍVIA, Álvaro Villaça Azevedo. 3º Ed. São Paulo : Atlas, 2012. Página 165.

Tribunal Federal ao ponderar a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos e seus reflexos no ordenamento jurídico, colocaram fim ao mencionado cárcere.

A Suprema Corte Brasileira debateu e analisou as peculiaridades da prisão civil do depositário infiel com o escopo de revogar o inciso LXVII do artigo 5º da CF/88 parte *in fine*, e, não obstante, como consequência, toda legislação em divergência como os Tratados.

A decisão em que estabeleceu a impossibilidade da prisão do depositário infiel ocorreu no dia 03 de dezembro de 2008, oportunidade na qual o STF ao julgar o mérito do *Habis Corpus* nº 87.585/TO, e Recurso Especial nº 349.703, Recursos Especial nº 466.343-1, e *Habis Corpus* nº 92.566.

Na ocasião do julgamento os Ministros do STF analisaram o contexto e objetivos da prisão civil do depositário infiel ao lado dos Tratados Internacionais de direitos humanos introduzidos no ordenamento pátrio Brasileiro, quais sejam: Pacto São José da Costa Rica e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Destarte que na decisão foram destacadas duas correntes: uma suscitada pelo Ministro Celso de Mello que defendia o *status* Constitucional dos Tratados de direitos humanos, e a outra defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, em defesa do *status* de Supralegalidade dos referidos tratados. Resta esclarecer que ambas correntes reconhecem a extinção da prisão do depositário infiel.

O Ministro Celso de Mello destacou no seu voto que: o processo de crescente internacionalização dos direitos fundamentais da pessoa humana com seu significativo avanço no plano de afirmação, consolidação e expansão desses direitos básicos, estimulando a reflexão no sentido da abolição deste instrumento de coerção processual, visto como resquício de uma prática extinta.

O citado Ministro, salientou que reconhecida a natureza Constitucional das Convenções internacionais de direitos humanos, haveria a existência de três distintas situações para classifica-los²⁵:

- a) Tratados Internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil e incorporados à ordem interna, em momento anterior à CF/1988, revestem-se de natureza constitucional por serem formalmente recebidas pelo artigo 5º, parágrafo 2º da CF/1988;
- b) Tratados Internacionais de

direitos humanos celebrados pelo Brasil em data posterior à promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, para adquirirem natureza constitucional, deverão seguir o rito procedimental previsto no artigo 5º, parágrafo 3º da CF/1988;

c) Tratados Internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil, entre a promulgação da CF/1988 e a Emenda Constitucional nº 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional pelo efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade.

Aduz o Ministro que não será dado nenhum valor jurídico aos tratados que suprimem, modifiquem de forma gravosa e restringem as prerrogativas essenciais ou as liberdades individuais asseguradas pelo próprio texto constitucional.

Nessa diapasão, o entendimento do Ministro Celso de Mello fora pelo caráter Constitucional dos Tratados e Convenções Internacionais sobre de direitos humanos, se diferenciando apenas entre formal à luz do parágrafo 2º do artigo 5º da CF/1988 e material com amparo no parágrafo 3º do artigo 5º da CF/88. Esse posicionamento foi seguido pelos Doutos Ministros: Cezar Peluso; Eros Grau; e Ellen Gracie, ou sejam 4 votos.

Noutra banda, o Ministro Gilmar Mendes, reafirmando seu posicionamento suscitado nos Recursos Extraordinários 466.343 e 349.703 (já exposto 2.1.1), a qual foi a tese que venceu, pois defendeu o *status* Supralegal dos Tratados e Convenções Internacionais de direitos humanos. Esse posicionamento foi seguido pelos Ministros: Carlos Brito; Carmen Lúcia; Menezes Direito; e Ricardo Lewandowski, com um total de 5 votos, sendo a teoria adotada pelo STF.

Na ocasião fora declarada que os tratados não poderiam confrontar a hierarquia da Constituição, todavia considerando a relevância do tema os tratados não poderia ter *status* de lei ordinária, ou seja, os tratados de direitos humanos são introduzidos como norma superior às leis infraconstitucionais. Salienta o Ministro Gilmar Mendes que:

“equipar os tratados às leis infraconstitucionais seria subestimar seu valor especial enquanto direito fundamental da pessoa humana”.

Assim, a prisão civil do depositário infiel não

²⁵ HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINS, Páginas 27/28.

foi revogada após a ratificação do Pacto São José da Costa Rica e do Pacto internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, porquanto, na atualidade a prisão de depositário infiel ainda possui respaldo na constituição, no entanto, o que houve foi a sua inaplicabilidade em razão do efeito paralisante dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Nesse sentido é as palavras do próprio Ministro Gilmar Mendes em seu voto no RE nº 466.343/SP:

“a hierarquia supralegal destes tratados tem o *condão de paralisar a eficácia jurídica de todas e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante*”.

Desta forma, não há mais a possibilidade de aplicar a sanção civil ao depositário infiel, visto que a norma Constitucional que enseja a prisão não possui regulamentação infraconstitucional.

Conclusão:

Por fim, após uma análise sistemática sobre a prisão do depositário infiel, abordando tanto o conteúdo histórico, bem como o entendimento jurisprudência, pode-se concluir que o fundamento basilar para impossibilitar a prisão é, tão somente, o **princípio da dignidade da pessoa humana**, eis que na atualidade, bem como à luz do contexto atual jurídico, qual seja, o neoconstitucionalismo, existem outras formas proporcionais e razoáveis para a segurar o adimplemento de uma obrigação.

Firme nesse sentido é o entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes²⁶:

Atualmente, a proibição da prisão civil é um princípio adotado em todos os países cujos sistemas constitucionais são construídos em torno do valor da dignidade humana, constando expressamente nos textos constitucionais e em tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

Destarte que a **dignidade da pessoa humana** é um dos fundamentos no qual a República Federativa do Brasil possui com fulcro no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união

indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Inciso III – a dignidade da pessoa humana;

Ademais, o cárcere nunca foi e nunca será uma forma tolerada pela sociedade positivista para garantir o pagamento de um débito. Se na maioria dos casos a prisão criminal não cumpre com a sua função social de ressocialização e reinserção do criminoso na Sociedade, quem dirá a prisão civil que quase sempre é cumprida no mesmo estabelecimento para a prisão crime.

Destarte que a prisão civil é sem sobra de dúvidas o meio mais célere para fazer um devedor cumprir com sua obrigação, porquanto, a liberdade de ir e vir quando restrita por completo é a forma mais eficaz para garantir o pagamento. Eis que o cidadão quanto perde sua liberdade faz de tudo para readquiri-la.

Todavia, pelo fato do Estado não assegurar presídios adequados para as modalidades de prisão, não parece justo prender um devedor civil no mesmo estabelecimento de um criminoso. Colocar um devedor civil num mesmo estabelecimento prisional de um criminoso tem como consequência inevitavelmente a violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Firme nessas razões, conclui-se que certo foi a decisão do STF ao reconhecer o *status* Supralegal dos Tratados Internacionais, quais seja: *Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos*.

Basicamente esses tratados foram realizados para evitar a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto, a prisão por dívida é plenamente abusiva, bem como ineficaz, então, justo se faz proibir essa modalidade de restrição, independentemente da sua finalidade, qual seja, coagir o devedor com a adimplência da obrigação.

Álvaro Villaça cita em sua obra *Prisão Civil por Dívida* que o arresto pessoal:

a) é *incivilizado e desumano*, pois representa uma tortura moral²⁷; b) é um *mal injusto*, equiparando o devedor de má-fé, que agiu dolosamente para tornar-se insolvente, ao de boa-fé, que se tornou insolvente, por desventura²⁸; c) é *iníquo*, porque um resultado golpeado

²⁶ Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de direito Constitucional / Gilmar Mendes Ferreira, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9ª ed. Ver. e atual. – São Paulo : Saraiva 2014. Página 599.

²⁷ Nesse sentido, Lomonaco, referindo as razões adotadas na Comissão do Projeto de Código Civil Italiano, de Niutta, Prece-
rutti e Mancini.

²⁸ Termo utilizado no Relatório do Ministro Mancini.

na sua honra, família e futuro; o outro, indiferente a tudo, insulta a quem o alimenta do cárcere²⁹; d) é *inútil* e *ineficaz*, conforme tem sido demonstrado pela estatística de todos os países; pois, se é certo que, antigamente, o credor se aproveitava do trabalho do devedor e de sua família, hoje o devedor fica preso, inútil, improdutivo, sem que, com isso, exista qualquer vantagem ao credor³⁰; e) é *injustificado*, pois a privação temporária da liberdade de uma pessoa não existe para tutelar um interesse social e público, mas um simples *interesse privado* e *pecuniário*, qual seja o relativo ao cumprimento de uma obrigação; a liberdade de um cidadão, seja pelo seu resguardo, seja para proteger suas relações morais e jurídicas, com sua família, vae bem mais que o interesse privado de outrem³¹.

Destarte que para esse Doutrinador em comento, a prisão civil é irracional, ilógica e antiética, e que a explicação de sua natureza, de não constituir pena, mais sim meio de coerção ao cumprimento obrigacional, não encontra razões no

Direito Privado, pois ser preso em razões de pena ou de coerção, como dito, é ser preso, é perder temporariamente a liberdade, o que a meu ver à luz do princípio da dignidade da pessoa humana é exorbitante.

Troplong³² em sua famosa obra sobre a prisão civil por dívida, defende a ideia de que essa é a medida de mais extremo rigor do Direito Civil, do mesmo modo que a pena de morte é o último degrau da severidade penal. E, como se tem duvidado da legitimidade da pena de morte, imposta em nome da sociedade, é de colocar-se, por semelhança, em questão, a legitimidade da prisão civil por dívida a serviço do Direito Público.

Outrossim, conforme já salientado, no direito atual existem outras formas menos gravosas à dignidade da pessoa humana para garantir a adimplência de uma dívida contratual ou legal.

Agradecimentos:

Deixo registrado aqui o meu terno amor que tenho pela minha família, em especial, para minha mãe e meu pai que até aqui foram compreensivos e me deram o apoio necessário e fundamental para concluir essa árdua caminhada de cinco anos. Meus sinceros agradecimentos aos Mestres que compartilharam seus conhecimentos durante esse período de capacitação para área jurídica. Uma etapa fora finalizada, no entanto, ainda existe o munda para ser conquistado. Deus seja louvado!

Referências:

- 1 - Azevedo, Álvaro Villaça. Prisão civil por dívida / Álvaro VillaçaAzeveda. – 3 ed. – São Paulo : Atlas, 2012.
- 2 - BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em dia 7 de outubro de 2014.
- 3 - BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em dia 7 de outubro de 2014.
- 4 - BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 87.585 - Tocantins. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgamento em: 03 de dezembro de 2008. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 20 de Maio de 2014.

²⁹ No relatório de Mancini; no Relatório do membro da Câmara Belga, de 28.6.1871, Nothomb, conforme hardoin (Essai sur l'abolition de la contrainte por corps, Paris-Bruxelles, 1874, p. 491)

³⁰ Em Hardouin (obra referida, p.3) e em lomonaco (obra referida, p953).

³¹ Em laurent (*Princípios*, XXVIII, n.432); no discurso do Ministro Rouher, na Câmara Francesa dos Deputados, em 28.3.1867

(conforme obra referida de Hardouin, p. XIV); no discurso de Mancini, de 6.2.1877; e na obra referida de lomonaco, p. 967.

³² TROPLONG. *Le droit civil explique – De la contrainte par corps, em matière civile e de commerce. Paris:Charles Hingray, 1847. t. XVIII.* Citação retirada da obra de Álvaro Villaça Azevedo, Prisão do depositário Infiel, citada no prefacio. Página 165.

- 5 - BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 349.703 - Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Carlos Britto. Tribunal Pleno, julgamento em: 03 de dezembro de 2008. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 14 de Maio de 2014.
- 6 - BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343 - São Paulo. Relator: Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno, julgamento em: 03 de dezembro de 2008. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 14 de Maio de 2014.
- 7 - BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n° 25. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 7 de outubro de 2014
- 8 - Capez, Fernando. Curso de processo penal / Fernando Capez. – 19. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.
- 9 - Gonçalves, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. III.
- 10 - Lenza, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado / Pedro Lenza. – 16 Ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- 11 - Mendes, Gilmar Ferreira: Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco, - 9 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.
- 12 - Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional / Alexandre De Moraes. – 27° Ed. – São Paulo: Atlas, 2011.