

A prisão civil no depósito voluntário e a provável revogação do artigo 11 do pacto internacional sobre direitos civis e políticos.

MAURÍCIO DA CUNHA PEIXOTO

I

O tema sobre o qual devo discorrer, como já anunciado, é "a Prisão Civil no Depósito Voluntário e a Provável Revogação do art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos"

Já de início, eu promoveria um acréscimo ao tema, na medida em que o Brasil é signatário não de apenas 01, mas de 02 tratados internacionais que versam sobre a prisão civil.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, já mencionado no título desta palestra, que foi aprovado pelo Dec. Legislativo 226, de 12/12/1991 e mandado cumprir (promulgado) pelo Decreto Executivo 592, de 06/07/1992 e também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o chamado Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 27, de 25/09/92, que integrou o nosso direito positivo interno, a partir de Decreto Executivo 678 de 06/11/1992.

Vejamos o que dizem estes tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário e, como eu disse, já integram a nossa legislação.

É a seguinte a previsão do art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

"Ninguém poderá ser preso apenas por não cumprir com uma obrigação contratual"

A seu turno, prevê o artigo 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica :

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

São duas, principalmente, as questões sobre as quais me proponho a externar algumas considerações para a reflexão dos senhores : a primeira é se, tendo em vista o direito hoje vigente, e sob a consideração do fato de que os mencionados tratados internacionais estão integrados ao nosso sistema jurídico, mostra-se possível ou não a prisão civil em caso de depósito voluntário, principalmente considerando que a nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXVII, ao vedar, entre nós, a prisão civil, excepciona e assim a permite no caso do não pagamento injustificado da pensão alimentícia e do depositário infiel.

E a segunda é se o advento do novo Código Civil, que entra em vigor no início do próximo ano, trará alguma alteração neste quadro ?

Na análise que conduzirei vou concentrar maior atenção na prisão do depositário infiel na alienação fiduciária, visando que esta nossa troca de idéias ganhe em praticidade, na medida em que a prisão do depositário infiel na alienação fiduciária é de longe o caso que mais freqüenta os nossos Tribunais, se comparado com às demais hipóteses de prisão por dívida admitidas na legislação infraconstitucional. De qualquer forma, a atenção mais concentrada na alienação fiduciária não se fará em prejuízo das demais hipóteses referidas, porque o tratamento legislativo dado às demais hipóteses não diferem , na essência, daquele dispensado ao depositário infiel na alienação fiduciária. Em todos os casos estaríamos diante não do depósito voluntário genuíno, mas do depósito por equiparação legislativa, com as normas específicas, de cada hipótese, remetendo às conseqüências previstas no Código Civil e Código de Processo Civil em havendo a infidelidade do depositário equiparado. Ou seja, as conclusões que alcançarmos relativamente ao depositário infiel na alienação fiduciária se estendem às demais hipóteses de depósito por equiparação legislativa.

II

A vedação à prisão civil contida nas ordens jurídicas dos povos cultos, em termos históricos, significa a supressão da possibilidade de ficar o devedor submetido ao poder do credor, a ponto de, diante da impossibilidade de pagar a dívida, empenhar a própria vida. Já há muito que deixou o homem de responder por suas dívidas com o próprio corpo, mais precisamente desde o ano 326 antes de Cristo, com a edição da "LEX POETELIA PAPIRA", do direito romano, quando aboliu-se a possibilidade de a execução dirigir-se contra a pessoa do devedor, devendo, ao contrário, cingir-se ao seu patrimônio.

E de fato, agride a consciência contemporânea vislumbrar-se possível aquela situação relatada por Shakespeare no Mercador de Veneza, isto é, um credor diante da impossibilidade de pagamento do débito, exigindo do devedor parte da carne de sua perna.

Omissas a respeito as Constituições brasileiras de 1824 e de 1891, o nosso ordenamento constitucional proibiu a prisão por "dívidas, multas ou custas", a partir da carta Republicana de 1934. Nova omissão na Constituição de 1937 e a de 1946 revigorou a vedação da prisão por dívidas no art. 141, agora excetuando de forma expressa o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar.

O texto da Carta de 1946 foi repetido na de 1967 e mantido na emenda de nº 01 de 1969; sofreu uma pequena alteração na chamada Constituição cidadã de 1988, com a manutenção, no entanto, da vedação da prisão por dívida, exceção feita também para os casos do alimentante inadimplente e depositário infiel.

Na linha de argumentação que pretendo desenvolver para responder negativamente a primeira das indagações postas, fincarei bases, em princípio, no nível constitucional, para depois descer à discussão no nível infra-constitucional.

Tenho por certo que se bem interpretarmos o artigo 5º, inciso LXVII, da Carta Republicana em vigor, a vedação à prisão do depositário infiel, pelo menos do depositário por equiparação, aflorará inevitavelmente.

E para iniciarmos nossa análise, mister se faz a comparação histórica entre o texto constitucional que vigorou de 1946 a 1988 e aquele passou a disciplinar a prisão civil a partir de 1988.

Dizia o artigo 153, § 17, da Constituição emendada de 1969 (lembrando que era este o texto também daquela de 1946 e 1967) :

“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”

Atualmente, diz o art. 5º, inciso LXVII da C.F :

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

A questão que aflora, portanto, é a seguinte : devemos dar ao dispositivo uma interpretação mais restritiva quanto ao significado da expressão “depositário infiel” constante do texto, ou devemos ampliar seu significado, na medida em que o legislador constituinte não trouxe qualquer distinção.

Ou em outras palavras, a prisão civil só se mostraria possível no caso do depósito genuíno, ou também se mostraria possível no caso de infidelidade em situações de depósito por equiparação legal ?

Mas o que é o depósito genuíno, clássico ou tradicional, como se referem alguns autores, e o que seria o depósito por equiparação legal ?

Bom, o depósito genuíno é aquele cujo contrato é disciplinado no Código Civil, sendo celebrado “intuitu personae”. O depositário recebe bem móvel alheio, para guardá-lo e conservá-lo com o cuidado e a diligência empregados na conservação de suas próprias coisas (este é o objeto do contrato), para devolvê-lo quando o depositante assim o exigir (art. 1265 e 1266, do Código Civil).

É um contrato via de regra gratuito, fundado na confiança, na boa-fé.

Já no depósito por equiparação, apesar de não haver, entre as partes, a rigor, a celebração de um contrato de depósito, por intermédio de uma ficção legal o legislador ordinário estende a outro instituto jurídico distinto os efeitos de um contrato de depósito.

Tem-se situações com pressupostos de fato diferentes, mas com equivalência no tratamento jurídico, com o legislador atribuindo, repita-se, por um instrumento de técnica legislativa, que é a criação de uma ficção jurídica, os efeitos jurídico referentes a um determinado instituto, a outro bem diferente.

É o que ocorre, por exemplo, no caso da alienação fiduciária em garantia. Não há como sustentar que, no plano real – natural, ocorra um depósito no caso da alienação fiduciária.

O devedor fiduciário nunca será um depositário (na concepção genuína do depósito – reafirme-se). Ele não recebe a coisa da mão do depositante, para guardá-la e conservá-la até que o depositante a reclame. Ele próprio a adquire através de um financiamento. E o credor fiduciário, suposto depositante, tampouco entrega a coisa para este fim, reclamando-a quando não lhe interessar a custódia alheia. Ele sequer pode pedir que a coisa lhe seja devolvida a qualquer momento (como no caso do depósito tradicional). Para que ele peça a restituição daquilo que na verdade ele nunca entregou, é necessário haver a mora do devedor, suposto depositário. Por outro lado, o verdadeiro depositário guarda a coisa alheia (e este é o escopo do contrato de depósito: a guarda da coisa alheia). Não há possibilidade de que ele dela se apodere. Na alienação fiduciária, a rigor, acontece o contrário. O fictício depositário torna-se proprietário do bem, ainda que através de propriedade resolúvel, e adquire a propriedade plena, bastando que pague a dívida do contrato de financiamento. O escopo do contrato aqui não é a guarda de bem alheio, mas a garantia da dívida.

Inobstante estas diferenças, o legislador equiparou o devedor – fiduciário ao depositário, prevendo o artigo 66, da Lei 4728/65, com a redação dada pelo Decreto-Lei 911/69, que o

alienante fiduciário é “possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal”.

E aí voltamos à questão anteriormente posta. O depositário infiel a que se refere a Constituição Federal seria aquele depositário infiel do tipo clássico, tradicional ou a expressão alcança o depositário infiel por equiparação legal, como, por exemplo, o devedor fiduciário ?

Um primeiro ponto que não se pode desconsiderar na resposta a esta indagação é o fato de estarmos interpretando uma regra constitucional que excepciona uma regra geral vedatória da prisão civil. As exceções a esta regra, portanto – é princípio básico de hermenêutica - só podem ser interpretadas restritivamente, e nunca de forma ampliativa.

E nesta interpretação, outro ponto que de forma alguma pode ser desconsiderado é a supressão, no atual texto constitucional, da expressão “na forma da lei” que figurava na dicção do mesmo dispositivo nas constituições anteriores.

Não podemos querer, como fazem alguns, deixar de enxergar efeitos relevantes e eloqüentes nesta supressão, como se fosse possível interpretar da mesma maneira dois dispositivos, quase idênticos, um de uma Constituição revogada, outro da Constituição revogadora, o primeiro com a expressão “na forma da lei”, o segundo sem a expressão, como se nada tivesse acontecido e como se a expressão, no texto revogado, estivesse sobrando, fosse excessiva e sem significado. Ora, não existem palavras inúteis na Lei.

Na verdade, se antes nós tínhamos uma norma constitucional de eficácia contida, relativamente à qual havia espaço para a disciplina legislativa a nível infraconstitucional, agora temos uma norma constitucional de eficácia plena, ou seja, de aplicabilidade direta, imediata e integral.

Antes, possível se mostrava ao legislador ordinário, por delegação expressa do próprio constituinte, criar hipóteses outras de depósito por equiparação, por ficção jurídica. Sob a égide da Constituição anterior, portanto, possível se mostrava a prisão do alienante fiduciário ou devedores de financiamentos cedulares garantidos por penhor, cujos bens empenhados houvessem desaparecidos. E não havia maiores discussões a este respeito, exatamente por que a expressão, “na forma da lei”, constava do texto constitucional.

A situação mudou com a supressão da expressão na Constituição atual, fato que aponta, a meu ver, inquestionavelmente, para a necessidade de se dar interpretação restritiva ao art. 5º, LXVII, da CF, limitando-se a exceção à prisão civil, no caso do depositário infiel, aos contratos de depósito genuíno, e não a estendendo às hipóteses de depósito por equiparação.

E para que se alcance esta conclusão basta que se equipare, que se coloque em uma balança, para comparação, o peso das exceções à vedação da prisão por dívidas.

Ora, é da tradição não só do nosso direito, mas do direito dos povos cultos, a proibição à coação física do devedor inadimplente. Mas existem 02 (duas) situações de peso, situações extremas, em que os valores envolvidos são de tal forma relevantes que efetivamente a regra vedatória pode ser excepcionada. A prisão aqui não pode ser entendida com uma pena, mas como um meio visando compelir o inadimplente ao cumprimento da obrigação assumida.

A primeira delas é a situação do alimentante que sem justificativa, e, portanto, espontaneamente, não paga a dívida de alimentos.

Ora, a obrigação alimentar funda-se na própria existência da família, interessando pois, aos destinos da sociedade. Na verdade, os alimentos são essenciais à vida. Então, a rigor, o que está, efetivamente, sendo resguardado, a ponto de se ferir um outro bem maior que é a liberdade, é a própria vida do alimentando e a própria entidade familiar.

A segunda delas é a situação do depositário infiel. Ora, o depósito em sua concepção tradicional e genuína funda-se na boa-fé, na fidúcia. A base subjacente da relação contratual é a confiança, outro bem de valor superior nas relações humanas.

A coisa depositada vem às mãos do depositário em razão da confiabilidade que lhe tem o depositante. E esta fidúcia merece proteção.

Ou seja : a vida e a confiança são os bens que merecem proteção a ponto de se relativizar a proteção à liberdade. Inegavelmente, dois bens humanos de valor inestimável.

Diferente, no entanto, é o caso dos depositários infielis por equiparação legal, porque, na verdade, o depósito (entre aspas) se faz em garantia de uma dívida, como na alienação fiduciária. Seria possível conceber a prisão como meio coercitivo para o pagamento de uma dívida contraída junto à uma instituição financeira ?

Vamos colocar na balança, vamos comparar os valores, os bens juridicamente protegidos. Excepcionar-se o direito à liberdade para garantir-se o direito à vida, ou para assegurar-se que a confiança, a boa-fé, nas relações humanas não seja traída, vá lá. Mas excepcionar-se o

direito à liberdade, apenas para garantir o pagamento de empréstimos contraídos junto à instituições financeiras é desvirtuar totalmente o preceito constitucional, porque estaria-se diante da própria prisão por dívida (que é vedada constitucionalmente) em seu aspecto mais mesquinho e tenebroso. Estaria-se, a rigor, transformando-se a exceção em regra e voltando àqueles tempos, que a história deveria esquecer, de cortar-se a perna para pagar um débito. É desumano privar alguém da liberdade por não ter dinheiro.

E na comparação dos textos constitucionais anterior e atual, um outro ponto estaria a apontar também para o acerto de uma interpretação restritiva das exceções contempladas no dispositivo da Lei Maior, pois bem demonstra a intenção do legislador constituinte em excepcionar ainda mais a possibilidade da prisão civil por dívidas, relativamente ao texto anterior e na esteira do moderno constitucionalismo. Refiro-me ao fato de se estabelecer, a nível constitucional, a impossibilidade de se prender o alimentante inadimplente, se houver justificativa para o inadimplemento (o texto anterior não previa esta exceção, que só figurava na legislação infraconstitucional – isto mostra a preocupação do constituinte em marcar bem a excepcionalidade da prisão por dívida).

A liberdade, em sendo um dos maiores bens da vida deve sempre sobrepair ao interesse pecuniário de qualquer credor.

É como, com a costumeira felicidade, colocou o Prof. Barbosa Moreira:

“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, equívale a esvaziar a garantia constitucional. Mediante a “equiparação”, qualquer devedor – um simples mutuário, por exemplo – acabará podendo ver-se sujeito a medida cujo emprego a Constituição quis limitar a casos bem definidos”. (AP. CIV. Nº 3.568/87 do TJRJ, citado no acórdão do Resp. 7.943 – RS do STJ, 4ª T. Rel. Athos Carneiro DJU de 10/06/91, p. 7854, RSTJ 23/387-388).

De qualquer forma, como diz Carlos Maximiano, traduzindo conhecido brocardo latino,

“Na dúvida, pela liberdade. Em todos os assuntos e circunstâncias, é a liberdade que merece maior favor”.

Já me sinto assim, apto a uma primeira conclusão, limitando, ainda, a análise apenas à consideração do texto constitucional de 1988.

Entendo que o art. 5º, inciso LXVII da CF só permite a prisão civil no caso de alimentos, diante da falta de justificativa para o inadimplemento, e no caso do depositário infiel, em se tratando do depósito tradicional, seja voluntário, decorrente de contrato, seja o necessário, como por exemplo, aquele de decorre de ordem judicial.

Os artigos da legislação anterior que permitiam a prisão do depositário infiel por equiparação (como na hipótese da alienação fiduciária, do penhor censual rural, etc.) não foram recepcionados pela nova ordem constitucional.

Deve-se frisar, no entanto, que não é esta a posição do STF, pois a Excelsa Corte, a meu ver, erroneamente (com todas as “venias” possíveis) por mais de uma vez, entendeu que “em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária”. (HC 75.306-0/RJ DE 19/08/97, Rel. Min. Moreira Alves, e ainda HC 72.131-RJ de 23/11/95, HC 74.381-1, de 26/09/97 dentre outros).

III

Mas vamos colocar como ingredientes novos na discussão, os tratados internacionais já referidos, qual sejam, o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica.

São tratados que trazem em seu bojo garantias de proteção a Direitos Humanos, como aquela que veda a prisão civil por descumprimento de obrigação contratual e a prisão por dívida, exceção feita apenas para o caso do alimentante.

E aí vem uma primeira indagação. A que nível estes tratados passam a integrar o nosso direito positivo, depois de devidamente ratificados pelo Congresso Nacional. No nível constitucional ou infra-constitucional ?

Haveria eventualmente a possibilidade de que os direitos e garantias relacionados com os direitos humanos constantes destes tratados integrassem o direito positivo no nível constitucional ?

O Supremo Tribunal Federal generalizou a questão e também, por mais de uma vez, externou o entendimento no sentido de que os tratados internacionais aderem ao nosso direito positivo ao nível da legislação infra-constitucional, como leis ordinárias. E o fez, há de se reconhecer, com sólida fundamentação, argumentando que a Constituição Federal, no art. 105, III,

submeteu à competência do Superior Tribunal de Justiça, julgar, mediante recurso especial, decisões que contrariam tratado ou lei federal. A discussão a respeito de tratado internacional, da mesma forma que a respeito de lei federal, só alcança o Supremo se questionada a sua constitucionalidade, conforme previsão do art. 102, III, b, da Carta Maior. Assim, a própria Constituição Federal teria equiparado os tratados à lei federal.

Por outro lado, os tratados internacionais passam a integrar o nosso direito interno depois de ratificados pelo Congresso Nacional, por Decreto Legislativo, que tem tramitação nas Casas Legislativas semelhante à das leis ordinárias, e bem diferenciada (no que diz respeito a quoruns, número de reuniões, etc) das emendas constitucionais.

Assim, admitir a integração de tratados internacionais, no nível constitucional, poderia significar uma flexibilização perigosa da Constituição, concebida como um texto rígido. Ou seja, por meio de tratados internacionais firmados pelo Presidente da República teria-se Emendas Constitucionais, a alterar a Constituição. E conforme o entendimento da Excelsa Corte, a Carta Magna, "como expressão máxima da soberania nacional, está acima de qualquer tratado ou convenção internacional que com ela conflite".

Todavia, corrente oposta, no que se refere a direitos e garantias relacionadas a direitos humanos previstos em tratados internacionais, tem ganhado força, calçada em doutrina que traz também fundamentação interessante e bem atraente.

Para os que se opõem à posição do STF, os tratados internacionais que não versam sobre proteção de direitos humanos, integrariam nosso direito interno, após a necessária ratificação por parte do Congresso Nacional, ao nível de lei ordinária.

Diferentemente, a proteção decorrente de tratados internacionais sobre direitos humanos aqui se estabeleceria no nível constitucional. E isto porque é a própria Constituição Federal que impõe seja desta forma.

Os arautos desta corrente, fincam as âncoras principais de sua argumentação no art. 5º, § 2º da CF que assim dispõe :

" Os direitos e garantias expressos nesta Constituição (dentre eles o da vedação à prisão por dívida) 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".

No dispositivo então, extrai-se três vertentes de proteção constitucional, relativas aos direitos e garantias individuais:

- a) os direitos e garantias já expressos na Constituição.
- b) os direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados, e
- c) direitos e garantias previstos em tratados internacionais firmados pelo Brasil.

Trata-se, assim, argumentam, de norma com um caráter aberto, que determina a entrada no rol dos direitos e garantias consagrados na Constituição, de outros direitos e garantias provenientes de tratados internacionais.

Na medida em que o dispositivo dispõe que "os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais", a "contrariu sensu" está ele a incluir, no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Ou seja, o processo de inclusão implicaria na incorporação pelo texto constitucional destes direitos.

Desta forma, mais do que vigorar como lei interna, os direitos e garantias fundamentais proclamados nas convenções ratificadas pelo Brasil, por força do mencionado art. 5º, § 2º, passam a ter, por vontade da própria Carta Magna, o status de norma constitucional; em outras palavras, têm natureza materialmente constitucional.

Como explica Flávia Pioveram, uma das que sustentam esta tese, o tratamento diferenciado, conferido pelo art. 5º, § 2º na Carta Constitucional de 1988,

"Justifica-se na medida em que os tratados internacionais de Direitos Humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os Tratados de Direitos Humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados".

Este caráter especial estaria a justificar, assim, o status constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos. Status, repita-se, conferido pela própria Constituição Federal.

E neste conferir status constitucional à normas protetoras dos direitos humanos oriundas de tratados internacionais, o Brasil não estaria sozinho.

Veja-se que segundo o art. 25 da vigente Constituição Alemã :

"As normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta para os habitantes do território federal".

Já o art. 55 da Constituição Francesa estabelece :

"Os Tratados e acordos regularmente ratificados ou aprovados possuem, desde a sua publicação, autoridade superior à das leis, sob reserva, em cada caso, de aplicação pela outra parte".

Também o art. VI (2) da Constituição dos EUA reza:

"Esta Constituição e as Leis complementares e todos os tratados já celebrados constituirão a Lei Suprema do País..."

De se citar, também, a Constituição Espanhola, que afirma em seu art. 9.2 :

"As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretarão de conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pela Espanha".

A constituição Argentina, reformada em 1994, também estabeleceu em seu art. 75, que determinados tratados e instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos nele enumerados têm "hierarquia constitucional" e são complementares aos direitos e garantias nela reconhecidos.

E neste caldeirão de argumentos, lança-se, ainda, dois outros dispositivos constitucionais:

O primeiro é que um dos pilares em que se assenta o Estado brasileiro, é a dignidade da pessoa humana. Com efeito, assim prevê o art. 1º, inciso III da Lei Maior :

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 fundamento :

.....
III – A dignidade da pessoa humana

E o segundo é o art. 4º, inciso II :

.....
Art. 4º : A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios :

II – prevalência dos Direitos Humanos.

Que se recorde, nesse passo, o § 2º do art. 5º :

" 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".

Ora, se é princípio da República Federativa do Brasil a prevalência dos direitos humanos e se ela tem por fundamento a dignidade da pessoa humana, as três vertentes de proteção extraídas do art. 5º, § 2º, que há pouco destaquei, estariam a autorizar a integração ao nosso direito de regras protetoras dos direitos humano ao nível constitucional.

Mas admitindo que a proibição à prisão civil em decorrência de descumprimento contratual prevista no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e a vedação à prisão por dívida, salvo do alimentante, estabelecida no Pacto de São José da Costa Rica, se reputam normas constitucionais, haveria, então, um conflito entre dispositivos da nossa Constituição, na medida em que o art. 5º, LXVII permite também a prisão do depositário infiel ?

Eu penso que não. Teríamos aí que fazer uma interpretação integrativa entre os dispositivos em foco, que passariam a ter, a meu ver, o seguinte significado : não é mais possível a prisão do depositário infiel caso o depósito tenha decorrido de contrato ou em razão de dívida do depositário. Mas ela continua possível caso o depósito não tenha decorrido de contrato ou dívida, como é o caso do depósito judicial.

Neste raciocínio, então, ou seja, considerando que a proteção aos direitos humanos constantes dos dois pactos internacionais são normas constitucionais, toda legislação infra-constitucional anterior ou posterior aos pactos, que preveja a prisão do depositário infiel por dívida ou em razão de descumprimento de contrato, e neste rol, inclua-se, até o depósito voluntário genuíno, passa a ser reputada inconstitucional.

Mas consideremos - até porque está é a posição tranqüila do STF e ai sem divergência entre os ministros - que os tratados internacionais integrem o nosso direito como lei ordinária.

De um lado teríamos, assim, por exemplo, uma lei ordinária, lei 4728/65, cujo art. 66, com a redação dada pelo Dec. Lei 911, que versa sobre a alienação fiduciária, equiparando o devedor

fiduciário a um "depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal". Dentro destas responsabilidades e encargos está o disposto do art. 1287 do Código Civil, prevendo a prisão do depositário infiel. De outro lado, temos, então, 02 (duas) outras leis ordinárias posteriores àquela, (exatamente os dois tratados já referidos) que vedam, primeiro, a prisão de alguém por ter simplesmente descumprido uma obrigação contratual, e, segundo, a prisão por dívida, a não ser no caso do alimentante inadimplente.

Haveria um confronto entre estas normas ?

Eu não tenho qualquer dúvida disto. É absolutamente incompatível que elas convivam dentro do mesmo ordenamento, porque elas são completamente opostas. A primeira permitindo a prisão civil por descumprimento contratual e por dívida, no caso da alienação fiduciária. E as outras, vedando exatamente isto.

A lei posterior sobre o mesmo assunto revoga a anterior. Portanto, a se admitir que tenham os tratados integrado o nosso ordenamento jurídico na condição de lei ordinária, eles certamente entraram em conflito direto com o dispositivo da lei de alienação fiduciária que por via indireta (remetendo para a lei civil) permite a prisão do devedor alienante.

Mas também impõe registrar, não é este o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Isto porque o pleno da Excelsa Corte, por uma tímida maioria de 06 a 05, ao julgar o HC 72.131/RJ,

"firmou o entendimento de que em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do art. 5º, LXVII, da mesma Constituição não derogou, por ser norma infra-constitucional geral, as normas infra-constitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel".

Segundo o Min. Maurício Corrêa, que conduziu a apertada maioria neste julgamento, "os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica, deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição"

Mais uma vez, com todas as vênias, terei a ousadia de discordar deste posicionamento. Mas pelo menos aqui eu estou bem acompanhado por Ministros do peso do Min. Francisco Rezek, Marco Aurélio de Melo, Carlos Veloso e Sepúlveda Pertence.

Ora, é certo que os tratados internacionais são leis gerais. Mas também as leis gerais contêm em seu bojo disciplinas específicas sobre determinadas matérias. E é o caso da prisão civil, pois os tratados já referidos disciplinaram específica e exaustivamente a questão, vedando, sem ressalvas, a prisão por descumprimento de obrigação contratual e a prisão por dívida, só excepcionando, neste último caso, o alimentante mau pagador.

São, indubitavelmente, normas que versam de maneira específica sobre a mesma matéria. A posterior, então, revoga a anterior.

Nos termos da lei de introdução ao Código Civil as leis especiais não são revogadas pelas gerais, salvo quando as gerais regulam a matéria ou explicitem a revogação. E eu volto a insistir, os tratados internacionais de que estamos falando regularam especificamente a matéria pertinente à prisão civil.

E por outro lado, se a questão é de lei geral, o tratamento da alienação fiduciária também está em uma lei geral, que é a 4728/65, que disciplina o mercado de capitais.

Vale a pena, ainda, colacionar um trecho de voto do Min. Rezek, em que S.Exa demonstra absoluta surpresa com a posição adotada pela maioria vencedora :

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

hipótese, ou não fazê-lo e assumir uma atitude mais condizente com os novos tempos. Mas afirmou-se : esse texto de São José da Costa Rica, ao proibir a prisão do depositário infiel, limita – e não poderia fazê-lo – a liberdade do nosso legislador ordinário.

Raciocinou-se, com todas as vênias, como se o texto de São José da Costa Rica só fosse um produto alienígena, uma obra de extraterrestres, que desabou arbitrariamente sobre nossas cabeças. Procedeu-se como se São José da Costa Rica não fosse um texto de cuja elaboração o Brasil participou, e que só começou a valer no Brasil depois que o Congresso Nacional aprovou esse texto – com todos os requisitos necessários à produção de direito ordinário – e que o Chefe de Estado o ratificou. O necessário para que a República se envolva num tratado é, no mínimo, igual ao necessário para produzir direito ordinário. Entretanto, havendo-se raciocinado como se a convenção não fosse obra que só nos vincula por causa da nossa vontade soberana, exorcizou-se a convenção como coisa estranha à brasilidade ...” (HC 74.383/MG)

Mas ainda que consideremos correta a posição do STF no sentido de que os Pactos Internacionais não revogaram as normas relativas à alienação fiduciária que permite a prisão civil, porque lei geral não revoga lei especial, ainda assim a prisão não se mostraria possível.

E aqui o fundamento é irrefutável porque trabalha-se dentro da linha argumentativa do próprio STF.

Isto porque o Decreto –Lei 911, da alienação fiduciária, e no mesmo diapasão as leis que tratam, por exemplo, do penhor cedular, não trazem um dispositivo específico a impor a prisão do depositário infiel por equiparação.

Estes diplomas não criaram uma espécie de prisão civil própria e autônoma para o infiel depositário por equiparação.

Na verdade, no que diz respeito à responsabilidade do depositário por equiparação, eles simplesmente remetem às previsões da lei civil e processual civil sobre o assunto. Ou seja, eles remetem às previsões de duas leis gerais.

Ora, a usar o entendimento do Supremo, “lei geral não revoga lei especial”, as disposições do Código Civil (art. 1287) e do Código de Processo Civil (arts. 902 e 904) que versam sobre a prisão civil, no caso de depósito voluntário, por descumprimento contratual e por dívida, por conflituarem com as normas dos 02 tratados internacionais já referidos, que são também lei geral e posterior, estão revogadas.

Com isto, esvaziou-se, por completo, o conteúdo compulsivo prisional daquelas normas ditas especiais que apenas remetem à lei geral para impor responsabilidade ao depositário infiel.

É de lembrar que o Dec-Lei 911/69, por exemplo, ao equipar o devedor ao depositário impõe-lhe, remissivamente, “todas as responsabilidades que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal”. Como a lei civil, por conter regra geral (é o artigo 1287 do CC a fonte de onde emana o conteúdo da responsabilidade civil, com todos os seus consectários por infidelidade depositária, no tocante à prisão civil) foi derogada por lei geral posterior, exatamente os pactos internacionais, deixou de existir no país norma que desse suporte à remissão das supostas leis especiais.

Bom, até aqui eu fiz referência apenas à posição do STF. Mas como está a questão no âmbito do STJ ? Isto porque, se o STF entendeu constitucional a prisão do depositário infiel, mesmo do depositário infiel por equiparação e se os tratados internacionais que vedam a prisão civil se integram ao nosso direito interno no nível de lei ordinária, dirimir o conflito entre estes tratados e a nossa legislação infraconstitucional, a rigor, é da competência, do STJ.

No STJ, atualmente, a posição pacificou-se no sentido da impossibilidade da prisão do depositário infiel por equiparação, como registrado no julgamento abaixo, de sua Corte Especial :

“Alienação fiduciária em garantia (Lei nº 4.728/65 e Decreto-lei nº 911/69). Prisão civil (falta de cabimento). Embargos de divergência.

1 – Em 1999, decidiu a Corte Especial, em julgamento unânime, que “Não cabe prisão civil do devedor que descumpra contrato garantido por alienação fiduciária” (REsp-149.518, Min. Ruy Rosado, publicado o acórdão no DJ de 28.02.00).

2 – Em 2000, a Corte Especial, por maioria de votos, manteve, por ocasião do julgamento do HC-11.918 (redigirá o acórdão o Ministro Nilson Naves), a posição tomada nos REsp-149.518.

3 – No atual julgamento, a Corte Especial, tornando à matéria, reafirma, em julgamento unânime, que é ilegal a prisão civil do alienante ou devedor como depositário infiel.

4 – Embargos de divergência conhecidos e recebidos. (REsp-127.098/RJ, Corte Especial, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 27/08/01, pg. 215)”.

Vale também colacionar a posição do TAMG. E aqui, pesquisando o site na internet, eu

consegui decisões a propósito do tema de 32 dos atuais componentes da Corte Mineira. Destes, 14 (quatorze) entendem cabível a prisão do depositário equiparado e 18 (dezoito) não a admitem.

Agora, para finalizar, e já não é sem tempo, pois abusei da paciência dos senhores, como fica a questão quando o novo Código Civil entrar em vigor ?

É de notar que o art. 652 do novo Código Civil simplesmente repetiu a regra do atual art. 1287, estabelecendo :

"seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a (um) 01 ano, e ressarcir os prejuízos".

E aí, como ficamos ?

Depende da posição que se adotar com relação ao nível de integração de proteções aos direitos humanos constantes de tratados internacionais firmados pelo nosso país.

Se o entendimento for no sentido - que não é a posição do Supremo Tribunal Federal - de que estes princípios integram a própria Constituição Federal, o novel artigo 652 do Código Civil já nasce com o vício da inconstitucionalidade.

Se o entendimento for no sentido de que a integração se dá a nível de lei ordinária, aí nós temos 02 (duas) posições possíveis :

Vimos que o artigo 1287 do Código Civil atual foi revogado no que diz respeito ao depósito voluntário, pelos pactos internacionais já referidos, o que esvaziou o conteúdo prisional da remissão feita pelo Dec.-Lei 911, da alienação fiduciária, ao mencionado dispositivo. Com a entrada em vigor do novo art. 652, estaria-se restabelecendo-se, portanto, a possibilidade de prisão do depositário infiel, mesmo no caso dos depósitos por equiparação.

A 2ª posição, (sendo a que, no meu entendimento, é a mais correta) é no sentido de que, o restabelecimento da possibilidade de prisão, com a entrada em vigor do art. 652 do novo Código Civil com o mesmo texto do revogado art. 1.287, só diz respeito ao depósito voluntário tradicional, e nunca ao depósito por equiparação legal, por força das razões aduzidas no início desta palestra, no que respeita à interpretação restritiva do art. 5º, LXVII da CF, principalmente em razão de supressão da expressão "na forma da lei".

Meus senhores e senhoras, apenas pondo um ponto final nesta palestra eu repetiria uma frase do Procurador Geral de São Paulo, Dr. Sotelo Felipe, ao apresentar o livro "Instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos". Disse S.Exa :

"O verdadeiro conceito de soberania nacional compreende em seu interior, a soberania popular. E não há soberania popular sem Direitos Humanos. Por isso, em nome da democracia em tempos de globalização é preciso globalizar a dignidade humana".

Seminários de Estudos Novo Código Civil - Informativo Especial - Escola Judicial
"Desembargador Edésio Fernandes" - TJMG, p. 264/276