

# ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1

## ANALYSIS OF SPECIAL APPEALS 466343-1

Ana Paula Schoeler \*  
Carlos Luiz Strapazzon\*\*

### RESUMO

O Recurso Extraordinário é um mecanismo processual que viabiliza a análise de questões constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Este artigo objetiva analisar a decisão do Recurso Extraordinário nº 466.343-1, interposto pelo Banco Bradesco, contra o acórdão do Tribunal do Estado de São Paulo, o qual havia negado provimento ao Recurso de Apelação nº 791031-0/7, mostrando o entendimento e arguição usada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária. Através de pesquisa dogmática, utilizando-se, especialmente, da pesquisa bibliográfica do próprio julgado (Extraordinário nº 466.343-1), que deixa de impor cominação de prisão civil ao devedor fiduciante, em caso de descumprimento da obrigação de entrega do bem, por entendê-la inconstitucional. A decisão fora datada em 03 de Dezembro de 2008, quando o Tribunal por votação unânime negou provimento ao recurso.

**Palavras chave:** Depositário infiel. Alienação fiduciária. Recurso extraordinário.

### ABSTRACT

The extraordinary appeal is a procedural mechanism that enables the analysis of constitutional issues by the Supreme Court. This article aims to review the decision of the Extraordinary Appeal No. 466343-1, filed by Banco Bradesco, against the judgment of the Court of the State of São Paulo, which had dismissed an Appeal No. 791031-0/7, showing understanding and argumentation used by the ministers of the Supreme Court in plenary session. Through dogmatic research, using especially the literature of the trial itself (Extraordinary nº 466343-1), which fails to impose civil sanction to the mortgagor debtor's prison in case of breach of the duty of good delivery, by understand it unconstitutional. The decision was dated on December 3, 2008, when the Court unanimously voted to deny the appeal.

**Keywords:** Unfaithful trustee. Chattel mortgage. Extraordinary appeal.

## 1 INTRODUÇÃO

O Recurso Extraordinário é um mecanismo processual que viabiliza a análise de questões constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Tal recurso é “modalidade excepcional impugnativa de atos decisórios proferidos em única ou última instância a propósito de questões constitucionais” (SILVA, 2005). Assim, cabe ao Supremo, por meio do recurso extraordinário, interpretar a Constituição e não a legislação ordinária (MANCUSO, 2000). Como

\* aschoeler@unochapeco.edu.br

\*\* strapazzon.carlos.luiz@gmail.com

ensina Hugo De Brito Machado, as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, versam, em síntese, sobre questões de controle de constitucionalidade e por meio de tal recurso, viabiliza-se a verificação do controle difuso de constitucionalidade (MACHADO, 2006).

O caso ora em tela, trata-se do Recurso Extraordinário nº 466.343-1, interposto pelo Banco Bradesco, contra o acórdão do Tribunal do Estado de São Paulo, o qual havia negado provimento ao Recurso de Apelação nº 791031-0/7, deixando de impor cominação de prisão civil ao devedor fiduciante, em caso de descumprimento da obrigação de entrega do bem, por entendê-la inconstitucional.

A análise da decisão do Recurso Extraordinário 466.343-1, no julgamento de apelação, ao aferir se a seqüela da prisão civil, inerente à ação de depósito, se ajusta, ou não, à exceção prevista no cânone constitucional, quando a depositário infiel ficou equiparado por força da norma subalterna, o devedor fiduciante, baseado nos vistos, relatados e discussões sobre estes autos, mostrando o entendimento e arguição usada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, objeto do presente estudo.

Este trabalho é o resultado de uma pesquisa dogmática, utilizando-se, especialmente, da pesquisa bibliográfica do próprio julgado (Recurso Extraordinário 466.343-1 São Paulo), na qual se angariou o manifesto dos votos dos Ministros com base em estudo de vários doutrinadores, livros, bem como nas jurisprudências sobre o tema e julgados anteriores.

Identifica-se o caso ora abordado, como sendo sobre “depositário infiel”, visto o assunto ser a respeito de ação de depósito, fundada em alienação fiduciária em garantia, deixando de impor cominação de prisão civil ao devedor fiduciante, em caso de descumprimento da obrigação de entrega do bem, tal como o postulara o autor fiduciário, por entendê-la inconstitucional, como deixou expresso em embargos declaratórios.

O recurso fora julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em Brasília, com sua decisão datada em 03 de Dezembro de 2008, no qual o Tribunal por votação unânime negou provimento ao recurso.

## 2 DOS FATOS

A questão da prisão por dívidas do devedor de alimentos sempre foi pacífica em nosso ordenamento e tal regra considerada cláusula pétrea da Constituição. Contudo, a previsão da prisão do depositário infiel sempre foi um assunto questionado quanto à sua constitucionalidade, principalmente, pela doutrina após a assinatura do Pacto de San Jose da Costa Rica, o qual admite apenas a prisão do inadimplente de alimentos.

Desde a assinatura do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), de 1969, a situação do Depositário Infiel vem sendo questionada. Por meio do referido pacto institui-se, em seu art. 7º, com referência ao Direito à Liberdade Pes-

soal, que “Ninguém deve ser detido por dívidas”. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Tendo em vista que o Brasil aceitou as disposições constantes no referido Tratado Internacional, a contrariedade entre o dispositivo da Constituição Federal, que admite a prisão do depositário infiel, e a do Pacto de San Jose, que a veda, passaram a ser alvo de grande estudo e criação de várias teses entre os internacionalistas.

Em 22 de novembro de 2006, o Ministro Gilmar Mendes, em sede de Recurso Extraordinário (RE 466343/SP), entendeu pela inconstitucionalidade da prisão do devedor em alienação fiduciária, reacendendo a discussão.

### 3 DO DIREITO

O direito em disputa no caso ora abordado, trata-se de Contrato Bancário com alienação fiduciária e cobrança de dívida. Vale lembrar, que a EC nº 45/04 acrescentou o parágrafo 3º ao artigo mencionado, passando a exigir que o recorrente demonstre no recurso extraordinário a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. Esse novo requisito da demonstração da repercussão geral dos recursos extraordinários visa selecionar os recursos que realmente tenham uma importância para toda a sociedade e, não apenas, ao caso individual.

O recurso extraordinário foi interposto pelo Banco Bradesco S.A., com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, negando provimento ao recurso de apelação nº 791031-0/7, consignou entendimento no sentido da inconstitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciante em contrato de alienação fiduciária em garantia, em face do que dispõe o art. 5º, inciso LXVII, da Constituição. Tendo como relator: Min. Cezar Peluso e recorrente o Banco Bradesco S/A com seus advogados: Vera Lúcia B. De Albuquerque e Outros, assim como o recorrido: Luciano Cardoso Santos.

### 4 DA DECISÃO

Diante do referido Recurso Extraordinário, o relator, Ministro Cezar Peluso, analisou o caso e proferiu seu voto aferindo se a seqüela da prisão civil inerente à ação de depósito se ajusta, ou não, à execução prevista no cânone constitucional, quando a depositário infiel ficou equiparado, por força da norma subalterna, o devedor fiduciante, buscando demonstrar que entre ambos, no que concerne ao tema do recurso, não existe afinidade alguma ou conexão teórica entre esses dois modelos jurídicos, pois até no nível factual, seria custoso encontrar-lhes similitude, uma vez que a construção jurídica da alienação fiduciária em ga-

rantia é baseada sobretudo no artifício da ficção jurídica, por meio da qual se cria no mundo do Direito, verdades jurídicas que não encontram correspondência alguma na realidade física (RE 466.343/SP, p. 1109).

O contrato de depósito, segundo o que dispunha o artigo 1.265 do revogado Código Civil, objetivava a guarda e restituição da coisa depositada, onde a obrigação de restituir era seu elemento essencial ou estrutural (RE 466.343/SP, p. 1110). Por outro lado, a alienação fiduciária, desempenha papel de garantia do pagamento de crédito, assumindo cunho de acessoriedade em relação à causa econômica do conjunto negocial (MOREIRA ALVES, 1979) ou podendo ser ainda definida como negócio jurídico em que um dos figurantes adquire, em confiança, determinado bem, como a obrigação de devolver ao implemento de certa condição acordada (SOUZA LIMA, 1962).

Na Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965 (art. 66), e no Decreto-Lei nº 911, concebida com o declarado propósito de garantir a liquidez das operações das instituições financeiras (MOREIRA ALVES, 1979) e armada à base de ficções jurídicas no artifício do negócio não perseguido pelos contraentes, os quais não pretendem, no fundo, a transmissão da propriedade, ainda que restrita a sub condição resolutiva, mas buscam a garantia do financiamento (RE 466.343/SP, p. 1113). Ademais, que advertida doutrina e não menos sensível jurisprudência nunca descobriram em nenhum aspecto estrutural da alienação fiduciária em garantia, a presença do verdadeiro contrato de depósito; é verdade que Prof. Alfredo Buzaid, invocando Galvão Teles, deu presença do depósito na hipótese de inadimplemento contratual do fiduciante, com recusa de restituição do bem, porque a relação jurídica prevista no art. 66 da Lei nº 4.728 assim o identificaria e, ainda, “porque o fiduciante possui a coisa em nome do fiduciário”, receando que não há semelhança:

“O fiduciante passa, também, por determinação legal, à condição de depositário, ou, quando menos, a ter suas responsabilidades, mas, para guardar e conservar coisa de outrem, coisa pertencente ao fiduciário, que, eventualmente, poderá vir a lhe pertencer, outra vez” (BUZAID, 1969).

Na origem da alienação fiduciária, o fiduciante recebe a posse da coisa, não para custódia desta, nem o credor fiduciário a deixa (e não “entrega”) para este fim, senão para dela usar e gozar em posição idêntica à do compromissário comprador, e por consequência, nenhuma obrigação tem de restituir, salvo, na hipótese de descumprimento do contrato, e não, na execução dele (termo prefixado no depósito ou à requisição do depositante), como é à essência mesma do depósito (GOMES, 1971). Se, de acordo com a própria finalidade econômica e causa jurídica do contrato, o suposto depositário adquire o direito de usar da coisa, já não há aí depósito. Impossível, portanto, encontrar, na alienação fiduciária em garantia, resíduo de contrato de depósito e até afinidade de situações jurídico subjetivas entre ambos (p. 1117, RE 466.343/SP).

À norma do art. 153, § 17, da Emenda Constitucional nº 1/69, que, vedando a prisão civil por dívida, abre duas exceções, nos casos de depositário infiel e do responsável por inadimplemento de obrigação alimentar, tão só nessas duas situações, que permitiram a sobrevivência do art. 1.287 do velho Código Civil e do art. 367 do Código de Processo Civil de 1939, ambos os quais contemplavam prisões civis por dívida, pois o primeiro, que foi o antecedente material e histórico do segundo, configurou desvio do pensamento jurídico dominante, na medida em que «não quis seguir doutrina liberal que, condenava qualquer prisão civil por dívida» (BEVILAQUA, 1957).

A “garantia dos direitos individuais deve ser interpretada de maneira a ampliar, em benefício da liberdade, os preceitos de entendimento duvidoso”, ademais, nem vai tão longe à época em que se preconizava interpretação dita literal da Constituição, quando a resposta à questão suscitada tendesse a cercear o exercício de direitos fundamentais ou a embaraçar garantias da liberdade individual, ideia de cuja defesa, no Brasil, ninguém levou a palma, já para Rui Barbosa, para quem o Direito se subentende sempre a favor da liberdade, a qual não suporta artifício de condições restritivas por inferência (MAXIMILIANO, 1965).

Estatuir que o contraente de negócio jurídico, que não mantém com o depósito convencional nenhuma identidade ou afinidade jurídica, fica exposto à prisão civil, em condição análoga à do depositário, é operação técnico normativa de inaceitável alargamento conceitual destinado tão-só a produzir fortíssima garantia indireta do cumprimento de obrigação de dar dinheiro, de todo estranha ao estatuto do depositário. Prescrever que há depositário, onde não há depósito, é impropriedade técnica, e dispor que é depositário quem não tem obrigação de custodiar e devolver, constitui sonora ficção jurídica. Que impede, por exemplo, a lei, de semelhar o locatário ao depositário, para o fim de o coagir, sob a ameaça da prisão civil, à entrega do imóvel, findo o contrato (RE 466.343/SP, p. 1130 ).

Pela ilegitimidade da prisão civil neste caso, não precisa ir ao Pacto de São José de Costa Rica, como, assentando-se em muitos dos argumentos aqui deduzidos, não o precisou o Min. Sepúlveda Pertence, para, em voto sucinto, mas irresponsável, sustentar igual coisa:

“Afasto a fascinante discussão sobre o Pacto de São José de Costa Rica: não preciso dela para o meu convencimento. E manifesto que a Constituição excetuou, da proibição de prisão por dívida, a prisão do inadimplente de obrigação alimentar e a do depositário infiel. A extensão dessa norma de exceção, não o contesto, pode sofrer mutações ditadas do legislador ordinário e até por Tratado. Mas, também me parece, ninguém discordará, em tese, de que, ao concretizar os seus termos - isto é, os conceitos de obrigação alimentar ou de depositário infiel - o legislador não pode, mediante ficções ou equiparações, ampliar arbitrariamente o texto constitucional, além da opção constituinte nele traduzida. E esta há de ser aferida à base da Constituição de suas inspirações. Não, à base da lei. [...] Minha convicção é tão antiga quanto a de S. Exa. A diferença é que ao tempo não tinha a honra de ser Juiz. Feito Juiz deste Tribunal, não posso deixar de manifestá-la num tema de tão grande relevo constitucional. Com isso, não estou dizendo que o Supremo Tribunal, até aqui, violou a Constituição. A jurisprudência constitucional por sua própria natureza, sobre os temas recorrentes da

vivência da Constituição, é sujeita a mutações e evoluções. E a mudança de uma jurisprudência constitucional jamais pode ser interpretada como injúria à jurisprudência passada, muito menos aos que a formaram. Mas por ora, dada a maioria formada está mantida a jurisprudência.” Pedindo-lhe todas as vênias, entretanto, o meu voto é pelo deferimento da ordem” (In: HC nº 72.131; RE nº 211.371).

A única interpretação harmônica com a Emenda nº 1/69 é de que ao fiduciário está autorizado o uso da ação de depósito, mas sem cominação nem decretação da prisão civil do fiduciante vencido, contra o qual tem, como bem notou o acórdão impugnado, interesse jurídico em prosseguir nos próprios autos, apenas na forma do art. 906 do Código de Processo Civil (RE, 466.343/SP, p. 1134), negando provimento ao recurso o relator.

O Ministro Gilmar Mendes, inicia a análise com o tema da prisão civil do depositário infiel em face dos Tratados Internacionais de direitos humanos, justificando que as legislações mais avançadas em matéria de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, surgiram diversas interpretações que consagraram um tratamento diferenciado aos tratados relativos a direitos humanos, em razão do disposto no § 2º do art. 5º, o qual afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Essa disposição constitucional deu ensejo a uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o status normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual pode ser sistematizada em quatro correntes principais (TORRES, 1999):

- a) a vertente que reconhece a natureza *supraconstitucional* dos Tratados e convenções em matéria de direitos humanos;
- b) o posicionamento que atribui 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.

A primeira vertente professa que os tratados de direitos humanos possuiriam *status supraconstitucional*. No direito comparado, Bidart Campos defende essa tese em trechos dignos de nota:

“Si para nuestro tema atendemos al derecho internacional de los derechos humanos (tratados, pactos, convenciones, etc., con un plexo global, o con normativa sobre un fragmento o parcialidad) decimos que en tal supuesto el derecho internacional

contractual está por encima de la Constitución. Si lo que queremos es optimizar los derechos humanos, y si conciliarlo con tal propósito interpretamos que las vertientes del constitucionalismo moderno y del social se han enrolado – cada una en su situación histórica - en *líneas de* derecho interno inspiradas en un ideal análogo, que ahora se ve acompañado internacionalmente, nada tenemos que objetar (de lege ferenda) a la ubicación prioritaria del derecho internacional de los derechos humanos respecto de la Constitución. Es cosa que cada Estado ha de decir por sí, pero si esa decisión conduce a erigir a los tratados sobre derechos humanos en instancia prelatoria respecto de la Constitución, el principio de su supremacía – aun debilitado - no queda escarnecido en su télesis, porque es sabido que desde que lo plasmó el constitucionalismo clásico se ha enderezado - en común con todo el plexo de derechos y garantías - a resguardar a la persona humana en su convivencia política».

Celso de Albuquerque Mello é um exemplar defensor da preponderância dos tratados internacionais de direitos humanos em relação às normas constitucionais, que não teriam, no seu entender, poderes revogatórios em relação às normas internacionais. Em outros termos, nem mesmo emenda constitucional teria o condão de suprimir a normativa internacional subscrita pelo Estado em tema de direitos humanos (TORRES, 1999).

A experiência de diversos ordenamentos jurídicos, especialmente os europeus, demonstra que as Cortes Constitucionais costumam ser bastante cautelosas quanto à questão da apreciação da constitucionalidade de tratados internacionais. Assim, mesmo em momentos delicados - como os famosos casos *Maastricht* na Alemanha e na Espanha, os Tribunais evitam declarar a inconstitucionalidade de atos normativos internacionais. Essa tese entende o § 2º do art. 5º da Constituição como uma cláusula aberta de recepção de outros direitos enunciados em Tratados Internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil. A hierarquia constitucional seria assegurada somente aos Tratados de proteção dos direitos humanos, eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição deveriam ser resolvidos pela aplicação da norma mais favorável à vítima.

No Brasil, defendem essa tese Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan, os quais entendem que os §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição caracterizar-se-iam, respectivamente, como garantes da aplicabilidade direta e do caráter constitucional dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Cançado Trindade, que propôs à Assembleia Nacional Constituinte, em 1987, a inclusão do atual § 2º ao art. 5º no texto constitucional que estava sendo construído, assim expressa seu pensamento:

“O propósito do disposto nos parágrafos 2 e 1 do artigo 5 da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional (...).A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional - tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária - não só representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no artigo (5) 2 da Constituição Federal Brasileira”(CANÇADO, 1998).

A discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Reforma do Judiciário (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional nº 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: “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”. Acabou por ressaltar o caráter especial dos Tratados de direitos humanos em relação aos demais Tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. Cançado Trindade demonstra que os direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los, tendo os Tratados de direitos humanos caráter especial e devendo ser tidos como tal.

Pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE nº 80.004/SE, ficando consignado que os conflitos entre duas disposições normativas, uma de direito interno e outra de direito internacional, devem ser resolvidos pela mesma regra geral destinada a solucionar antinomias normativas num mesmo grau hierárquico: *lex posterior derogat legi priori*. Posteriormente, no importante julgamento da medida cautelar na ADI nº 1.480-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello (em 4.9.1997), o Tribunal voltou a afirmar que entre os Tratados Internacionais e as leis internas brasileiras existe mera relação de paridade normativa, entendendo-se as “leis internas” no sentido de simples leis ordinárias e não de leis complementares.

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação RE 466.343 / SP infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

Agora adentramos a outro tema analisado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto: prisão civil do devedor-fiduciante em face do princípio da proporcionalidade, no qual à violação a esse princípio se dá por dois motivos:

a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como

medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passaria no exame da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*), em sua tríplice configuração: adequação (*Geeingnetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito;

b) o Decreto-Lei n° 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, estaria a criar uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaria a violação ao princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*).

O terceiro tema analisado faz referencia a violação ao princípio da proporcionalidade como combinação de excesso: a alienação fiduciária tal como definida pelo art. 66 da Lei n° 4.278/65 (Lei do Mercado de Capitais), com a redação determinada pelo Decreto-Lei n° 911/69, “transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal”, também corroboram a esse entendimento Orlando Gomes, para o qual “a alienação fiduciária em garantia é o negócio jurídico pela qual o devedor, para garantir o pagamento da dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, retendo-lhe a posse direta, sob a condição resolutiva de saldá-la” (GOMES, 2000) e Caio Mário, entendendo que é um negócio jurídico de alienação, subordinado a uma condição resolutiva. Efetuada a liquidação do débito garantido, a coisa alienada retorna automaticamente ao domínio pleno do devedor, independentemente de nova declaração de vontade (PEREIRA, 2000).

Diante desse quadro, não há dúvida de que a prisão civil é uma medida executória extrema de coerção do devedor-fiduciante inadimplente, que não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*), em sua tríplice configuração: adequação (*Geeingnetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito.

Ressalte-se, neste ponto, que, segundo nos informa Moreira Alves, o civilista alemão Regelsberger, quem primeiro chamou a atenção para a figura do negócio fiduciário (*fiduziarische Geschäft*), em 1880, baseado na *fidúcia* romana, já acentuava que a característica principal desse tipo de negócio jurídico encontrava-se na desproporção entre fim e meio, e arrematava: “Para a obtenção de determinado resultado é escolhida forma jurídica que protege mais do que é exigido para alcançar aquele resultado; para a segurança do uso é atribuída a possibilidade do abuso na compra” (ALVES, 1973).

Como ensina Alexy, o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito

fundamental, maiores não de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção” (ALEXY, 2008).

A colisão entre liberdade do devedor e patrimônio do credor resolve-se, no caso concreto, em prol do direito fundamental daquele. A prisão civil do fiduciante só se justificaria diante da realização de outros valores ou bens constitucionais que necessitem de maior proteção tendo em vista as circunstâncias da situação concreta, como, por exemplo, o valor da assistência familiar no caso da prisão do alimentante inadimplente. Não, porém, nas hipóteses em que vise à mera recomposição patrimonial do credor fiduciante.

A tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante «pode invocar as disposições de seu interno para justificar o inadimplemento de um tratado” (RE 466.343/SP, p. 1154).

O princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*) pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a *adequação* desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) (PIEROTH, 2009).

No caso do inciso LXVII do art. 5º da Constituição, estamos diante de um direito fundamental com âmbito de proteção estritamente normativo. Cabe ao legislador dar conformação/limitação à garantia constitucional contra a prisão por dívida e regular as hipóteses em que poderão ocorrer suas exceções. A inexistência de reserva legal expressa no art. 5º, inciso LXVII, porém, não concede ao legislador carta branca para definir livremente o conteúdo desse direito. Não há dúvida de que existe um núcleo ou conteúdo mínimo definido constitucionalmente e vinculante para o legislador. Nesse sentido, deve-se ter em conta que a expressão “depositário infiel” possui um significado constitucional peculiar que não pode ser menosprezado pelo legislador. Existe um desenho constitucional específico para a figura do depósito, o que lhe empresta a forma de instituto a ser observado pela legislação que lhe dá conformação (RE 466.343/SP, p. 1177). Não há como deixar de reconhecer que o legislador pode, no uso de seu poder de conformação, redesenhar determinado instituto, com sérias e, não raras vezes, gravosas consequências para o titular do direito (RE 466.343/SP, p. 1178).

A definição desse conteúdo pelo legislador há de preservar o direito de propriedade enquanto garantia institucional. Ademais, as limitações impostas ou as novas conformações conferidas ao direito de propriedade não de observar especialmente o princípio da proporcionalidade, que exige que as restrições legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais (RE 466.343/SP, p. 1179).

A Constituição atribui ao legislador a tarefa de dar conformação legal à figura do depósito, mas proíbe-o de desfigurar ou redesenhar esse instituto em termos demasiado restritivos para o depositário. Tudo indica, portanto, que a Constituição deixa um espaço restrito para que o legislador possa definir o conteúdo semântico da expressão “depositário infiel”. Entendimento contrário atribuiria ao legislador o poder de criar novas hipóteses de prisão civil por dívida, esvaziando a garantia constitucional.

No que se refere à doutrina sobre o assunto, posiciona-se Valério Mazzuoli nos seguintes termos:

“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 a 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 constitucional” (MAZZUOLI, 2002).

Na jurisprudência, é importante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já firmou posicionamento no sentido de que na alienação fiduciária em garantia não há um depósito no sentido estrito do termo, tendo o Decreto-Lei nº 911/69 criado uma figura atípica de “depósito por equiparação”, de forma que o devedor fiduciante que descumpra a obrigação pactuada e não entrega a coisa ao credor - fiduciário não se equipara ao depositário infiel para os fins previstos no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, e, portanto, não pode ser submetido à prisão civil (RE 466.343/SP, p. 1188). Entende o STJ, que a expressão «depositário infiel» abrange tão-somente os «depósitos clássicos», previstos no Código Civil, «sem possíveis ampliações que ponham em risco a liberdade dos devedores em geral».

Na definição dos contornos legais do contrato de alienação, o legislador empregou uma série de ficções jurídicas, uma delas é a figura da propriedade fiduciária, pela qual o credor-fiduciário mantém apenas a posse indireta do bem, ficando a posse direta e, portanto, o usufruto da coisa, com o devedor-fiduciante; outra é a equiparação do devedor-fiduciante ao depositário. 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” (GOMES, 1975).

Em verdade, como bem definiu o Superior Tribunal de Justiça, «o instituto da alienação fiduciária é uma verdadeira *aberratio legis*: o credor-fiduciário não é proprietário; o

devedor fiduciante não é depositário; o desaparecimento involuntário do bem fiduciado não segue a milenar regra da *res perit domino suo*” (RHC, 4288/RJ - 115).

No julgado do RE nº 20.482/SP, cita-se trechos do voto do Ministro Carlos Velloso:

“A Constituição autoriza a prisão civil apenas do depositário infiel, ou seja, daquele que, recebendo do proprietário um certo bem para guardar, se obriga a guardá-lo e a devolvê-lo quando o proprietário pedir a sua devolução (Cód. Civil, arts. 1265 e segs., art. 1287). A Constituição autoriza a prisão civil -- art. 5º, LXVII -- apenas do depositário infiel, vale dizer, daquele que se tornou depositário mediante contrato de depósito, não de devedor que se torna depositário em razão de uma equiparação baseada numa mera ficção legal. O que deve ser entendido é que a prisão civil somente cabe relativamente ao verdadeiro depositário infiel, No caso, permitir a prisão do alienante fiduciário, equiparado ao depositário infiel, é interpretar a Constituição no rumo da norma infraconstitucional”.

Em sua conclusão o Ministro Gilmar Mendes, entende que desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7o, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico. A prisão civil do devedor fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade e em razão ao Decreto-Lei 911/69, ao instituir ficção jurídica (RE 466.343/SP, p. 1192).

Nega provimento ao recurso, uma vez que a prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos.

Negam provimento ao recurso os Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio, Menezes Direito e pede vista o Ministro Celso de Mello, o qual também nega provimento.

## 5 REGRAS OU PRINCÍPIOS JURÍDICOS APLICADOS

Como acentua Vieira De Andrade, o princípio *in dubio pro libertate*, cuja fórmula resume tópico ou elemento importante “para a tarefa de interpretação das normas constitucionais”, constitui emanação do princípio mesmo da dignidade da pessoa humana e, como tal, “deve considerar-se um princípio geral no domínio dos direitos fundamentais”, no sentido “de que as restrições aos direitos devem ser expressas ou, pelo menos, poder ser claramente inferidas dos instrumentos normativos aplicáveis” (VIEIRA DE ANDRADE, 1987).

Pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais.

O princípio *'lex posterior revogat priori'*, à regra de que o tratado possui forma de revogação própria, nega que este seja, em sentido próprio, revogado pela lei. Conquanto não revogado pela lei que o contradiga, a incidência das normas jurídicas constantes do tratado é obstada pela aplicação, que os tribunais são obrigados a fazer, das normas legais com aqueles conflitantes. Logo, a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta a aplicação.

A Constituição, que deixa expresso que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento, dentre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, não pode tolerar que, em seu nome, seja autorizada a prisão do comprador de um bem móvel, que se tornou inadimplente.

Dispõe o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Outrossim, ao dispor em seu art. 5º, § 2º, que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, a Constituição Federal passou a admitir três espécies de direitos e garantias: 1) os expressos na Constituição; 2) os implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; 3) os decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Dessa forma, quando o Brasil ratifica um tratado internacional de direitos humanos, as disposições deste passam a “integrar e complementar o catálogo de direitos já disposto na Constituição, afinando-se, portanto, como o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais”. Por conterem normas sobre direitos fundamentais, tais tratados seriam protegidos pelo art. 60, § 4º (que trata das cláusulas pétreas).

Por seu turno, a norma jurídica afirmada no caso, trata-se das normas Constitucionais entrelaçadas a Convenção Americana - Pacto de São José da Costa Rica. E, além dessas, asseverada ao princípio fundamental sobre os Direitos Humanos.

## 6 CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal, que entendeu possuir o Pacto de São José status normativo supralegal, em termos práticos, a consequência jurídica de tal constatação (suspensão da eficácia das normas que preveem a prisão civil por infidelidade do depositário) será

similar àquela derivada das normas formalmente constitucionais (ineficácia por não recepção ou inconstitucionalidade, a depender do caso concreto).

Com a ratificação do Pacto de São José da Costa Rica sem qualquer oposição de reserva pelo Estado brasileiro no que tange à matéria, razão pela qual, mais uma vez, inviabilizada está a possibilidade jurídica da prisão civil do depositário infiel.

Os Ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal adotam, em diversas questões, posição garantista dos direitos fundamentais, nas mais variadas esferas do direito, especialmente, a penal e a civil, mormente, em se tratando de prisão civil, não mais aplicando a tese da legalidade ordinária, na medida em que reconheceu um caráter especial aos tratados de direitos humanos, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Conclui-se que a prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos. Faz-se necessário salientar a importância desse acordo aos operadores do direito, uma vez que representa com extenso conteúdo jurídico representativo de uma mudança de paradigma na forma de interpretação e aplicação do direito pátrio.

## REFERENCIAS

ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. p. 10 Apud BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2.008.

ALVES, José Carlos Moreira. *Alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1.979.

ALVES, José Carlos Moreira. *Alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1.973.

ANDRADE, José Alfredo Ferreira. *Alienação Fiduciária em garantia*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1.970.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil*. Vol. V, p. 22/23, itens nº 3 e 5, 1957.

BRASIL. Decreto-Lei 911, de 01 de outubro de 1.969. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 01 out. 1.969.

BRASIL. Lei 4.728, de 14 de julho de 1.965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 jul. 1.965.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1088. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2013.

- BUZUID, Alfredo. *Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia*: Lei n. 4.728, de 1965 art. 66. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 58, n. 401, p. 9-29, mar., 1969.
- CAMPOS, Gérman J. Bidart. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1.991.
- GOMES, Orlando. *Alienação Fiduciária em garantia*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.970.
- GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 2º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 18 e 80;
- MACHADO, Hugo de Brito, et al. *Conhecimento do recurso extraordinário – repercussão geral das questões constitucionais*. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 34, p. 44, jan./2006.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e recurso especial*. São Paulo: RT, 2000, p. 130.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 8a ed.. RJ: Freitas Bastos, 1965. p. 237.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Prisão Civil por Dívida e o Pacto de São José da Costa Rica*. Rio de Janeiro: Forense, 2.002.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *O §2º do art. 5º da Constituição Federal*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 25-26.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2º ed.. RJ: Forense. 1979. p. 65, nº 5: “é a alienação fiduciária contrato acessório daquele de que decorre o crédito que a propriedade fiduciária visa a garantir.”
- Decisões do Tribunal *Constitucional Federal alemão* (BVerfGE) 27, 71, 82 e seg; 33, 52, 65; 103, 44, 60. Mais sobre a descrição do conceito “acesso geral” comparar Berger/ Roth/ Scheel, *Informationsfreiheitsgesetz Kommentar*, 2006, S. 53. F. Hufen, *Staatsrecht, Grundrechte*, 2007, § 26 § 6. F. Schoch, *IFG Kommentar*, 2009, Einl. Rn.52. G. Manssen, *Staatsrecht Grundrechte*, 2007, § 327. Pieroth/ Schlink, *Grundrechte Staatsrecht* , 2009, § 608.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limond, 1.997.
- SILVA. Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. 255 p.
- SOUZA LIMA, Otto de. *Negócio fiduciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1962. p. 170;

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 25-26.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 5. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2.003.