

ARNALDO TEBECHERANE HADDAD

DIREITOS HUMANOS

PRISÃO CIVIL

**A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE
DO DIREITO BRASILEIRO E DO DIREITO
INTERNACIONAL**

MESTRADO EM DIREITO INTERNACIONAL

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS

SANTOS-2006

ARNALDO TEBECHERANE HADDAD

**A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DO
DIREITO BRASILEIRO E DO DIREITO INTERNACIONAL**

**Dissertação de Mestrado apresentada à
banca examinadora da pós graduação da
Universidade Católica de Santos como
exigência para obtenção do título de Mestre
em Direito, sob orientação do Prof. Dr.
Alcindo Fernandes Gonçalves.**

SANTOS/SP

2006

Banca Examinadora

Aos meus PAIS,
que me transmitiram os genes da indignação
e me ensinaram o verdadeiro sentido de um
ideal.

Ao Professor Dr. **Alcindo Fernandes Gonçalves**
cujos primeiros passos foram decisivos no
meu destino científico.

À minha mulher **Eliana**, meus
filhos **Carolina** e **Arnaldo**, pela
compreensão nos momentos
em que estive ausente.

À Catia Caires da Silva Santos pelo
carinho da sua amizade.

As idéias habitam as nossas mentes, por isso
são passageiras.

Os ideais habitam os nossos espíritos, por isso
são imortais.

(o Autor)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. DIREITOS HUMANOS	
1.1. Conceito.....	4
1.2. Evolução histórica.....	6
1.3. Classificação dos direitos humanos.....	13
1.3.1. Classificação segundo o direito internacional.....	13
1.3.2. Classificação segundo a geração dos direitos humanos.....	14
1.3.2.1. Direitos humanos de 1ª geração.....	14
1.3.2.2. Direitos humanos de 2ª geração.....	15
1.3.2.3. Direitos humanos de 3ª geração.....	15
1.4. Características dos direitos humanos.....	17
1.5. Os direitos humanos e a prisão do depositário infiel.....	19
1.6. As constituições brasileiras e os direitos humanos.....	20
1.6.1. Constituição de 1824.....	22
1.6.2. Constituição de 1891.....	24
1.6.3. Constituição de 1934.....	25
1.6.4. Constituição de 1937.....	26
1.6.5. Constituição de 1946.....	27
1.6.6. Constituição de 1967.....	29
1.6.7. Constituição de 1988.....	30
1.7. Direitos Humanos globais.....	34
2. TRATADOS INTERNACIONAIS	
2.1. Conceito.....	38
2.2. Capacidade jurídica.....	43
2.3. Capacidade de representação.....	44
2.4. Validade dos tratados.....	45
2.5. Processo de elaboração dos tratados e sua introdução no direito interno.....	46
2.5.1. Monismo e dualismo.....	46
2.5.2. Teoria dualista.....	46
2.5.3. Teoria monista.....	47

2.5.4. Processo de elaboração dos tratados.....	48
2.6. Classificação dos tratados.....	51
2.7. Extinção dos tratados.....	52
2.8. Previsão dos tratados nas Constituições do Brasil.....	53
2.9. Hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.....	57
3. PRISÃO CIVIL	
3.1. Conceito.....	64
3.2. Depositário infiel.....	65
3.3. Dos depósitos e sua previsão legal.....	66
3.4. Dos tipos de depósitos.....	68
3.5. Decreto-lei 911/69.....	71
3.6. Jurisprudência.....	77
3.6.1. Posição do Superior Tribunal de Justiça.....	78
3.6.2. Posição do Supremo Tribunal Federal.....	84
4. PESQUISA DE CAMPO (ENTREVISTAS)	
4.1. Entrevistas com os Magistrados (método da pesquisa).....	97
4.2. Depoimentos dos Magistrados.....	101
4.3. Depoimento do empresário.....	106
5. CONCLUSÃO	
5.1. Considerações.....	109
5.2. Depositário no decreto-lei 911/69.....	111
5.3. Depositário contratual e judicial.....	113
5.4. Aplicação do direito internacional.....	118
5.5. Dos danos Morais e psíquicos.....	120
6. BIBLIOGRAFIA.....	122

RESUMO

A prisão civil do depositário infiel embora seja prevista na Constituição Federal brasileira, não é admitida pela Convenção Americana de Direitos Humanos positivada em nosso ordenamento jurídico desde 1992.

A discussão a respeito da possibilidade ou não da prisão civil é enfrentada na esfera jurídica, cotejando-se as normas do direito brasileiro e a legislação internacional de proteção aos direitos humanos (Convenções internacionais).

A posição do autor relativa à prisão civil do depositário infiel é baseada no Direito Brasileiro tanto quanto no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Além do embasamento jurídico, o autor faz uma análise das razões sociais e humanas da irrazoabilidade da prisão civil do depositário infiel.

DIREITOS HUMANOS

DEPOSITÁRIO INFIEL

PRISÃO CIVIL

IRRAZOÁVEL

ABSTRACT

The civil arrest of the defaulting trustee due to the law in Brazilian Federal Constitution is not admitted by the American Convention of the Human Rights introduced in Brazilian Law since 1992.

The discussion upon the possibility or not of the civil arrest is analyzed in the juridical sphere comparing the rules of the Brazilian Law and the international legislation of the Human Rights (International Conventions).

The position of the author related upon the civil arrest of the defaulting trustee is based on the Brazilian Law as well as on the International Law of the Human Rights.

Besides the juridical basis the author analyses the social and human reasons for the unreasonable of the civil arrest of the defaulting trustee.

HUMAN RIGHTS

DEFAULTING TRUSTEE

CIVIL ARREST

UNREASONABLE

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem o escopo de estudar a prisão civil do depositário infiel em face do direito brasileiro e do direito internacional.

É um estudo dos Direitos Humanos à luz da legislação pátria frente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Traz à luz o aparente confronto do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal e o artigo 7º, 7 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

A dissertação marca a posição contrária do autor com relação à prisão do depositário infiel, estribando-se em razões jurídicas que encontram guarida dentro do direito brasileiro assim como, no direito internacional.

Além do embasamento jurídico firmado frente à doutrina pesquisada, o autor traz as razões pessoais e sociais que justificam o seu posicionamento contrário à prisão civil do depositário infiel.

Para tanto, o trabalho subdivide-se em cinco capítulos:

1. Direitos Humanos.

Este capítulo faz um estudo dos direitos humanos desde o seu conceito, suas características, classificação, evolução histórica.

Faz ainda, uma análise dos direitos fundamentais previstos em todas as Constituições brasileiras desde a primeira Constituição do Império promulgada em 1824 até a Constituição vigente de 1988.

Estabelece um paralelo entre a prisão do depositário infiel e os direitos humanos.

Encerra com as considerações necessárias a respeito dos direitos humanos globais, ou seja, aborda o direito internacional dos direitos humanos ainda que sucintamente.

2. Tratados Internacionais.

O segundo capítulo trata dos tratados internacionais, seu conceito, classificação, capacidade jurídica, capacidade de representação, sua validade, seu processo de elaboração e sua entrada no direito brasileiro e a hierarquia das suas normas dentro do direito brasileiro e sua extinção.

São abordadas neste capítulo as teorias do monismo e dualismo e a teoria adotada pelo sistema brasileiro e a previsão dos tratados internacionais nas diversas constituições brasileiras.

3. Prisão Civil.

No tema prisão civil, é discutida a prisão do depositário infiel, não sem antes, conceituar o depositário, as formas de depósito, sua previsão legal.

Aqui também trazemos à luz o polêmico decreto-lei 911/69 que, através de uma ficção jurídica, equipara o devedor fiduciante a depositário.

A pesquisa englobou a jurisprudência das instâncias superiores (STJ e STF), com o posicionamento de vários de seus Ministros.

4. Depoimentos

Foi realizada pesquisa qualitativa que trouxe o posicionamento dos juízes de primeira e segunda instância a respeito do assunto, assim como a entrevista com um empresário que sofreu prisão civil por depositário infiel, que relatou sua impressão, seus sentimentos e agruras passadas no presídio.

5. Conclusão.

A conclusão condensa em razões finais, a opinião do autor, todo seu embasamento jurídico, assim como, as razões de foro íntimo que norteia seu pensamento contrário à prisão civil.

1. DIREITOS HUMANOS.

1.1. Conceito.

É tarefa das mais difíceis, estabelecer um conceito de algo ou alguma coisa.

Em direitos humanos principalmente, seu conceito é particularmente de extrema dificuldade.

Segundo o lexicógrafo Aurélio Buarque de Holanda¹ Direito é definido como (...) 9. “aquilo que é justo, reto e conforme a lei. 10. Faculdade legal de praticar ou deixar de praticar um ato. (...) 12. Faculdade concedida pela lei; poder legítimo (...)

Na mesma obra, às pg.735: “ Humano. (...) 1. Pertencente ou relativo ao homem: natureza humana; gênero humano.

Desta forma, conceituamos os direitos humanos, como **“O poder legítimo, concedido pela lei, ao ser humano”**.

O poder referido acima se refere à capacidade do ser humano, de exercer toda e qualquer atividade lícita inerentes à manutenção da sua vida, de acordo com os princípios da dignidade, liberdade, honra e justiça.

Para o filósofo Ubiratan Borges de Macedo², os direitos humanos são entendidos como direitos subjetivos, sendo seu sujeito, a humanidade. Socorre-se das lições de John Rawls, para quem os direitos humanos se distinguem dos direitos constitucionais, dos da cidadania democrática e de outros tipos de direitos mais concretos, vez que, sua função principal, é especificar limites

¹ Aurélio Ferreira Buarque de Holanda. Novo Dicionário da Língua Portuguesa. p. 478

² Ubiratan Borges Macedo. Direitos Humanos e sua Teoria in Arquivos de Direitos Humanos-diretores: Celso D. de Albuquerque Mello/ Ricardo Lobo Torres. P. 129/130.

Para que se entenda melhor, a citação de John Rawls é referenciada por Ubiratan Borges Macedo, como da obra: Law of Peoples in On Human Rights. The Oxford Amnesty Lectures 1993. New York: Basic Books, 1993, p. 70.

à soberania dos povos e às instituições internas de cada país, entendendo que, ao ser respeitado, legitima o regime político e a decência da sua ordem legal.

O autor complementa, afirmando que se trata de um conceito moral, daquilo que uma comunidade julga ser o mais importante de sua moral social, um ponto de coagulação do código moral. E ainda, que os direitos humanos constituem uma instância moral transcultural e permitem a coexistência entre as diferentes civilizações.

Para João Baptista Herkenhoff³, os direitos humanos são modernamente entendidos como aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. Para o autor, são direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política; são direitos que a sociedade tem o dever de consagrar e garantir.

O professor André de Carvalho Ramos⁴, em sua obra “Direitos humanos em juízo”, citando HESSE, entende os direitos humanos como um conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade e na dignidade.

Chamando a atenção para o termo, entende ser mais apropriado dizer-se direitos fundamentais da pessoa humana, visto ser este direito inerente à própria existência do ser humano.

Em qualquer conceito citado, ou encontrado em livros e tratados sobre a matéria, teremos sempre os direitos humanos em íntima relação com a dignidade do ser humano.

São conceitos inseparáveis, ligados umbilicalmente, dependentes em sua essência, e necessários na condução da vida do ser humano.

³, João Baptista Herkenhoff. Curso de Direitos Humanos volume I-Gênese dos Direitos Humanos. p. 30/31

⁴ Direitos Humanos em Juízo. Max Limonad. P.27.

O conceito de dignidade humana é tão vasto quanto o conceito de vida, pois a dignidade nasce com o ser humano, não representando propriamente um direito, mas sim, uma condição necessária para a existência.

A dignidade humana não é uma convenção, mas uma situação inerente e necessária a todo ser humano.

A dignidade, como dito, nasce com o indivíduo, se perpetua em sua vida, e deverá estar presente no momento da sua morte.

O ser humano deverá ter preservados seus direitos e sua dignidade enquanto existir, devendo lhe ser assegurado dignidade inclusive para morrer.

1.2. Evolução histórica.

A origem dos direitos humanos remonta o ano 1690 a.C. sendo previsto já no Código de Hamurabi, que já garantia alguns direitos fundamentais, como o direito à vida, à propriedade, à honra, à família, etc.

Consta da história a previsão no Código de Hamurabi das primeiras punições de que se tem conhecimento, nos casos de ocorrência de “erro médico”, onde o profissional quando condenado tinha sua mão amputada.

A cultura grega estabelece estudos diversos a respeito de liberdade, e inclusive, da participação democrática do homem comum nos destinos da comunidade.

As concepções religiosas muito contribuíram para a consagração, através dos tempos, dos direitos humanos, principalmente, arraigando a concepção dos princípios de igualdade.

O poder estatal sempre caminhou junto com a evolução dos direitos da pessoa humana, em vários momentos, porém, castrando seu alcance, como no absolutismo, quando os princípios de igualdade e liberdade foram

mitigados pelo poder Estatal, ou pela exploração do homem, quando do liberalismo.

Foi João Sem-Terra em 1215, o responsável por uma das mais importantes declarações dos direitos fundamentais da pessoa humana, em sua “Magna Charta Libertatum”, que previa, entre outros, o direito de ir e vir, o devido processo legal, a pena proporcional ao delito, etc.

Na seqüência, assistimos ao aparecimento do hábeas corpus, já existente na common law e regulamentado em 1679; o Bill of Rights em 1689; o Act of Seattlemente em 1701; o direito à vida, à propriedade e à liberdade previstos na Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, que também sedimentou os princípios basilares da ampla defesa e do devido processo legal; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão promulgada pela Assembléia Nacional francesa em 1789 e a previsão dos direitos fundamentais, nas diversas legislações, como a Constituição dos Estados Unidos da América em 1789, e a Constituição Francesa de 1791.

No Brasil, suas várias Constituições incorporaram os direitos fundamentais da pessoa humana, desde a primeira Constituição do Império de 1824, continuando-se na primeira Constituição da República de 1891, mantendo-se nas demais Constituições promulgadas em sua história, como a de 1934, 1937, 1946, 1967 e a de 1988, conforme veremos mais adiante.

Denota-se que, em todos os momentos da sua existência como país, mesmo nos períodos de exceção, o Brasil, muito embora, por vezes não as respeitando, manteve as garantias fundamentais da pessoa humana, em sua legislação maior.

O Brasil viveu, no século XIX, momentos de grande respeito aos direitos humanos, quando do movimento abolicionista, embora o contexto geral da época não os favorecesse de forma permanente. Foi nessa época que, em clara homenagem ao princípio da dignidade humana, foram promulgadas, as leis que davam liberdade aos escravos.

Foram atos de grande coragem, pois iam de encontro aos interesses dos poderosos da época, que davam sustentação ao poder político do Império.

Foram elas:

1. Lei de Extinção do Tráfico Negreiro no Brasil - Lei nº 581 de 4 de setembro de 1850.
2. Lei do Ventre Livre de 28/9/1871.
3. Lei do Sexagenário de 28/9/1885
4. Lei Áurea - Lei nº 3.353 de 13/5/1888.

Não restam dúvidas, de que a promulgação da Lei Áurea foi o golpe de misericórdia no sistema Imperial, dando o impulso final para a proclamação da República.

Embora o mundo viva constantemente momentos de desrespeito aos direitos humanos, também é verdade que sua história é preenchida de movimentos de proteção a esses direitos fundamentais.

Mas foi a partir do fim da 2ª Guerra Mundial, com os horrores do nazismo, que o mundo voltou definitivamente seus olhos para os direitos da pessoa humana, quando tais direitos assumiram proporções internacionais, para uso não só interno, mas também e principalmente externo, com as diversas declarações, conferências, pactos e convenções que passaram a ser respeitados pelos países signatários, chegando à previsão de ingerência externa em casos extremos.

Com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), o mundo inicia nova fase em direção à proteção aos direitos da pessoa humana, agora, de forma integrada e globalizada, visto que as determinações atingiam todos os Estados membros da Organização.

A Carta da ONU de 26 de junho de 1945 configurou um dos principais documentos dedicados à proteção dos Direitos Humanos elaborados no século passado.

A preocupação dos Estados-membros na manutenção da liberdade e dos direitos fundamentais do ser humano vem expressa logo em seu preâmbulo, demonstrando de forma clara, o desiderato da criação de uma organização forte, de cunho internacional, voltada para o bem estar da humanidade, conforme se observa⁵:

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS,

RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

Composta de 111 artigos a Carta da ONU prevê em seu art. 61, a criação Conselho Econômico e Social, com suas atribuições previstas **no art. 62**:

1. O Conselho Econômico do e Social fará ou iniciará estudos e relatórios a respeito de assuntos internacionais de caráter econômico, social, cultural, educacional, sanitário e conexos e poderá fazer recomendações a respeito de tais assuntos à Assembléia Geral, aos Membros das Nações Unidas e às entidades especializadas interessadas.

2. Poderá, igualmente, fazer recomendações destinadas a promover o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos.

3. Poderá preparar projetos de convenções a serem submetidos à Assembléia Geral, sobre assuntos de sua competência.

4. Poderá convocar, de acordo com as regras estipuladas pelas Nações Unidas, conferências internacionais sobre assuntos de sua competência.

⁵ www.onu-brasil.org.br/documentos_carta.php. Acesso em 10/10/2005.

Mas foi em 10 de dezembro de 1948, no Palácio de Chaillot em Paris (França) que foi aprovada pelas Nações Unidas, a primeira **Declaração sobre Direitos Humanos**.

A histórica e paradigmática “Declaração Universal de Direitos do Homem”, foi o documento da era moderna que mais marcou a humanidade, sendo um dos principais documentos editados pelo homem em toda a sua história.

Contou com a participação de representantes de vários países, estando lá representadas, as várias matizes políticas da época, tais como Eleanor Roosevelt dos Estados Unidos da América do Norte, até Alexander Borgomolov e Alexei Pavlov da antiga União Soviética, passando por representantes do Chile, França, Líbano, Canadá e Reino Unido.

Logo em seu preâmbulo, esse documento histórico já demonstrava a grande preocupação com a necessidade do reconhecimento e respeito para com os direitos da pessoa humana, conforme se verifica⁶:

CONSIDERANDO que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, CONSIDERANDO que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade, e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade, CONSIDERANDO ser essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, CONSIDERANDO ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, CONSIDERANDO que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, CONSIDERANDO que os Estados Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades, CONSIDERANDO que uma compreensão comum desses

⁶ www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acesso em 10/10/2005.

direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

A Assembléia Geral das Nações Unidas proclama a presente "Declaração Universal dos Direitos do Homem" como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Composta de 30 (trinta) artigos, a Declaração resume em seu artigo 1º, toda a sua essência, toda a sua alma:

Artigo 1º : Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Após esse marco histórico, várias outras declarações, proclamações, pactos aconteceram sob a coordenação da ONU.

Eis as principais:

1. Em 21 de dezembro de 1965: Aprovação pela Assembléia geral, da Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial.
2. Em 16 de dezembro de 1966: Aprovação pela Assembléia Geral do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.
3. Em 7 de dezembro de 1967: Aprovação pela Assembléia Geral, da declaração sobre a eliminação da discriminação contra a mulher.
4. Em 13 de maio de 1968: Proclamação de Teerã.
5. Em 26 de novembro de 1968: Aprovação pela Assembléia geral, da Convenção sobre imprescritibilidade dos crimes de guerra e do crimes de lesa humanidade.

6. Em 30 de novembro de 1973: Aprovação pela Assembléia geral, da Convenção Internacional sobre a repressão e o castigo do crime de “Apartheid”.

7. Em 25 de junho de 1993: Aprovação da Declaração e Programa de ação de Viena, aprovados pela Conferência Mundial de Direitos Humanos.

8. Declaração do Milênio das Nações Unidas, no ano 2000.

Segundo Carlos Weis⁷, o artigo 68 da Carta da ONU já previa que o ECOSOC deveria estabelecer comissões para a promoção dos direitos humanos, decorrendo daí, a criação da Comissão de Direitos Humanos, aprovada pela Resolução 5 (I) de 16/2/46 e efetivada pela Resolução E/RES/9 (II) do ECOSOC, de 21/6/46, esta atribuindo-lhe a função de apresentar sugestões concernentes às vias e meios para a efetiva implementação dos direitos humanos e liberdades fundamentais⁸.

A Organização das Nações Unidas vem, através dos anos, se mantendo ativa na busca por melhorias da condição de vida da espécie humana, através de instituições regionais jurisdicionais de garantias dos direitos do homem.

1.3. Classificação dos Direitos Humanos.

1.3.1. Classificação segundo o Direito Internacional.

⁷ Carlos Weis, Direitos Humanos Contemporâneos. São Paulo: Malheiros. p.67

⁸ Em março de 2006, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou a criação do Conselho de Direitos Humanos, que entrará em funcionamento em junho de 2006, substituindo a Comissão.

Carlos Weis⁹ aborda o tema, referindo-se à divisão dos direitos humanos em "civis e políticos" de um lado, e "econômicos, sociais e culturais" de outro, agrupando em duas categorias os cinco tipos distintos. Os direitos civis e políticos correspondem aos direitos fundamentais de origem liberal, enquanto que os demais, têm suas origens nos movimentos sociais do século XIX.

Acontece que os tratados internacionais não costumam promover divisão interna, nem diferenciar os tipos de direito.

Weis na mesma obra discorre, que a doutrina tem buscado estabelecer certa especificação, havendo grande modificação de autor para autor, citando Jorge Miranda, para quem os direitos civis (segundo denominação do direito internacional) são aqueles direitos de liberdade que tem por objeto a expansão da personalidade sem interferência do Estado ou de terceiros. São os direitos que tem como objeto a proteção dos atributos que caracterizam a personalidade moral e física do indivíduo. Já os direitos políticos, são exercidos, como poderes da pessoa de tomar parte na vida política e na direção dos assuntos políticos do seu país.

Dentro desse raciocínio, assevera que os direitos civis são "liberdades-autonomia", e os políticos, "liberdade-participação".

Quanto aos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, Weis cita José Afonso da Silva para quem, "é difícil discerni-los com nitidez", pois os econômicos são baseados no poder estatal de regular o mercado, visando o interesse público; os sociais, como tutela pessoal, tendem a corrigir os desníveis sociais; os culturais cuidam dos bens físicos e espirituais.

Ocorre que os diversos países apresentam diferenças ideológicas e culturais, dificultando sobremaneira o entendimento e aplicação dos direitos humanos, tornando impossível a viabilização de um pacto internacional único de direitos humanos, como era o sonho da Carta das Nações Unidas.

⁹ Op. cit. p. 44/45

1.3.2. Classificação segundo as gerações dos direitos humanos.

Alguns autores entendem que os direitos humanos sofreram e sofrem ainda processo de evolução e nesse sentido os classificam em gerações, iniciando-se com os de 1ª geração, passando para os de 2ª, 3ª, e já se fala em direitos de 4ª geração.

1.3.2.1. Direitos humanos de 1ª geração.

Os direitos de 1ª geração tratam dos direitos civis e políticos, de titularidade dos indivíduos, são os primeiros e basilares da estrutura da pessoa humana. São na verdade, os que nascem no ventre da estrutura de uma sociedade civilizada, constituindo-se em direitos fundamentais da pessoa humana.

1.3.2.2. Direitos humanos de 2ª geração.

Tratam dos direitos sociais, econômicos e culturais; cuidam a exemplo da anterior, da titularidade dos indivíduos, porém, fazem parte da sua evolução, representam a seqüência das necessidades do ser humano.

1.3.2.3. Direitos Humanos de 3ª geração.

Estes fazem parte da titularidade coletiva, dos grupos humanos, da família, povo, nação, do conjunto da humanidade, fazem parte dos direitos difusos e coletivos.

Hoje, já se fala em direitos de 4ª geração, que tratam do patrimônio genético e estes estabelecem uma relação íntima com a bioética e o biodireito, que, aos poucos, amadurecem no mundo, e particularmente em nosso país.

Essa teoria, no entanto, não é unânime, existindo críticas pela falta de fundamento jurídico, conforme opinião exarada pelo Professor Cançado Trindade, na V Conferência Nacional de Direitos Humanos, realizada em 25 de maio de 2000 na Câmara dos Deputados, Brasília, DF.

Nesta conferência, o Professor Cançado Trindade verbalizou suas críticas, a Norberto Bobbio, que, no entender do eminente professor, não é o autor dessa teoria:

“Eu não aceito de forma alguma a concepção de Norberto Bobbio das teorias de Direito. Primeiro, porque não são dele. Quem formulou a tese das gerações de direito foi o Karel Vasak, em conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo.”

Suas críticas se estenderam também, à própria teoria das gerações dos direitos humanos:

“Sou isento para falar sobre o assunto. Sou amigo dele e não concordo com a tese que ele apresentou pela primeira vez em 1979, e que Norberto Bobbio copiou. “

Uma das principais críticas a essa teoria é a fragmentação dos direitos, entendendo que o próprio direito à vida é de primeira, segunda, terceira e de todas as gerações.

Para ele, a seqüência de evolução dos direitos individuais, econômicos e sociais e direitos da coletividade, se aplica à evolução do direito constitucional, vale dizer, no direito interno dos países, não no direito internacional.

No direito internacional, entende o professor, os primeiros direitos que surgiram foram os econômicos e sociais, visto que, as primeiras convenções da OIT datam das décadas de 20 e 30, anteriores à criação da ONU, sendo a segunda geração, correspondentes aos direitos individuais, com a Declaração Universal e a Americana de 1948.

E vaticina o mestre:

“Então, a expressão “gerações é falaciosa, porque não corresponde ao descompasso, que se pode comprovar; entre o direito interno e o direito internacional em matéria de direitos humanos. Esta é a primeira razão histórica. Trata-se de construção vazia de sentido e que não corresponde à realidade histórica. “

A construção da teoria das gerações dos direitos humanos, portanto, encontra forte resistência, não sendo consenso geral, principalmente quando se fala dos Direitos Humanos, no plano internacional.

1.4. Características dos Direitos Humanos¹⁰

Os direitos humanos possuem características próprias, tradicionais e inseparáveis pela sua própria concepção, tais como: inalienabilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade.

Ocorre que outras características também fazem parte da essência dos direitos humanos, a saber:

1. Inerência: é a noção de que os direitos humanos são inerentes a cada ser, pelo simples fato de existir, decorrendo esta característica do jusnaturalismo. Esta característica é contida no “preâmbulo” da Declaração dos Direitos Humanos que a reconhece: “a dignidade **inerente** a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Essa característica já era reconhecida no Século XVIII, conforme se traduz do texto da Declaração de Direitos da Virgínia de 16 de junho de 1776: “Todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos **inatos** que, quando entram no estado de sociedade, não podem, por nenhuma forma, privar ou despojar à sua posteridade, nomeadamente o gozo da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade e obter felicidade e segurança”. (grifei)

¹⁰ O item 1.4 segue Weis. Direitos Humanos Contemporâneos. p. 109/111/112/117/121

2. Universalidade: esta concepção decorre da idéia da inerência, significa dizer, que estes direitos pertencem a todos os membros da espécie humana, sem distinção.

Dentro desse princípio, funda-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma vez que, a internacionalização dos direitos humanos só será possível na medida em que se reconhece o caráter universal desse direito.

Essa foi a filosofia da Declaração dos Direitos do Homem de 1948 e, antes disso, da Carta das Nações Unidas de 1945.

3. Indivisibilidade e Interdependência: assim como não se admite a existência de direitos humanos fragmentados, divididos, também não se admite que atuem em separado.

Na medida em que são respeitados os direitos humanos, estes devem fazer parte de um conjunto uno, indivisível, na medida da existência de uma interdependência entre eles. Por exemplo, não se admite o exercício dos direitos civis e políticos, sem o mesmo exercício dos culturais, econômicos e sociais.

Os direitos humanos formam um conjunto homogêneo, fortemente ligados por laços que se comunicam e se juntam de maneira que, a se separar uma ponta, desatam-se as outras.

Vale dizer, que um direito não alcança a sua plena eficácia se não houver a realização dos outros.

Na medida em que os seres humanos formam uma só espécie, não haveria lógica a existência de direitos humanos fragmentados ou independentes.

Sobre a transnacionalidade, escreve Dalmo Dallari¹¹ “Os direitos fundamentais da pessoa humana são reconhecidos e protegidos em todos os Estados, embora existam algumas variações quanto à enumeração desses

¹¹Carlos Weis. Op. cit. p. 121

direitos, bem como quanto à forma de protegê-los. Esses direitos não dependem da nacionalidade ou da cidadania, sendo assegurados a qualquer pessoa”

É uma noção que deriva do jusnaturalismo, assim como a característica da inerência.

Tal característica protege o ser humano mesmo quando este não possui nacionalidade e, portanto, sem a proteção Estatal; de onde se denota, que os direitos humanos têm um alcance além da nacionalidade, além da origem, além da própria história.

1.5. Os Direitos Humanos e a prisão do depositário infiel

A vida é um direito inerente à pessoa humana.

De igual importância, na escala de valores, encontra-se o direito à liberdade que só pode ser suprimida, como medida punitiva a atos ilícitos penais, quando estes violem direitos indisponíveis, trazendo riscos à sociedade.

A prisão civil, no direito internacional, tem sido sistematicamente vedada, como medida de respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.

A exceção reside nos casos de inadimplemento de obrigação alimentar, quando esse tipo de prisão é tolerada; mas somente nesta situação.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 já previa tal proibição em seu artigo 11:

Art. 11 - Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.

No mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal.

7- Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplente de obrigação alimentar.

No direito brasileiro, a prisão civil tem sido vedada como regra, e só admitida excepcionalmente, nos casos de inadimplemento de obrigação alimentícia e nos casos de infidelidade do depositário, conforme previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, LXVII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

A principal diferença entre o direito brasileiro e o direito internacional, nesse aspecto, reside justamente nas exceções. Enquanto a Convenção Americana de Direitos Humanos só admite uma exceção (inadimplemento de obrigação alimentícia), a Constituição Federal alarga sua possibilidade incluindo a prisão civil nos casos de depositário infiel.

A prisão do depositário infiel é medida coercitiva que tem o escopo de obrigar o devedor a adimplir obrigação e não medida punitiva por ilícito penal, e nem mesmo procura garantir direitos indisponíveis.

Sem nenhuma dúvida, a prisão do depositário infiel representa verdadeiro desrespeito aos direitos humanos, na medida em que o indivíduo é privado da sua liberdade em nome dos interesses pecuniários de terceiros.

1.6. As Constituições brasileiras e os Direitos Humanos.

A Constituição de um País, é a lei máxima que norteia todos as suas ações, a partir das atividades estatais, passando pela sociedade, regulando as relações de governantes e governados, estabelecendo limites à atuação do Estado e regras de direitos e deveres a serem seguidas.

Neste sentido, a lição de Patrícia Ferreira Machado¹²:

A Constituição vem a ser o espelho do Estado e da sociedade; trata-se da estrutura estatal, da coluna dorsal do Estado e da sociedade e consiste no regramento geral para governantes e governados

Sendo a coluna mestra do direito positivado, a Constituição de um País expõe seus conceitos de direito e justiça, exhibe seus valores e traça as regras de convivência social.

É através da Constituição que visualizamos os valores incorporados ao seu regramento, incluindo-se, neste contexto, a importância que um País dedica aos direitos humanos.

Ainda Patrícia Ferreira Machado, na mesma obra¹³, em breve resumo do constitucionalismo brasileiro, traz interessante retrospectiva das diversas Constituições brasileiras, lembrando que sua história surgiu com a independência, com a necessidade de uma estrutura centralizada, vez que o Brasil deixava de ser colônia.

A primeira Assembléia Constituinte foi convocada por D. Pedro I em 1822, promulgada como texto legal em 1824, sendo reformada em 1834, vigorando por todo o tempo da Monarquia.

¹² Patrícia Ferreira Machado. A Constituição e os Tratados Internacionais. p. 3.

¹³ Ibidem pg. 7/8.

A segunda Constituição brasileira, a primeira da República, foi elaborada em 1890, logo após a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889, e promulgada em 1891, sofrendo revisão em 1926, vigendo até 1934.

A terceira Constituição brasileira, promulgada em 1934, veio na esteira dos anseios de brasileiros que por ela lutaram na revolução de 1930.

Em 1937, com o golpe de Estado, foi elaborada nova Constituição, a quarta da história do País, esta sem a participação de representantes do povo, representando, um golpe fatal para a democracia brasileira.

A quinta Constituição, promulgada em 1946, representou o marco da redemocratização do Brasil.

Em 1967, sob o comando do regime militar, tivemos nossa sexta Constituição, que trazia algumas das características da carta de 1937, talvez por ter sido elaborada também sob um regime de exceção.

Essa Constituição, logo no ano seguinte, em 1968 foi desfigurada sofrendo ações dos comandantes das três armas, culminando com a edição do Ato Institucional nº 5, que rompia com a ordem constitucional.

Em 1969, foi aprovada a emenda constitucional nº 1/69, que desfigurou e alterou a Constituição de acordo com os interesses do governo da época.

Por derradeiro, em 1988 foi promulgada a Constituição brasileira vigente, que na verdade já sofreu mais emendas do que as anteriores, porém mantendo os direitos e garantias individuais.

Não se nega que as Constituições brasileiras, desde o Império, até a última promulgada em 1988, incorporaram os direitos fundamentais da pessoa humana em seu corpo.

Embora nunca as tenham retirado do conjunto das suas normas, alguns governos de exceção editaram outras que, na prática, colidiam com os princípios basilares que regem os direitos humanos.

1.6.1. Constituição de 1824

A 1ª Constituição Federal brasileira, foi promulgada em 1824, ainda no Brasil Império, já prevendo o respeito aos direitos da pessoa humana, conforme expresso em seu Título 8º “*Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros*”:

Nela, já era garantida a inviolabilidade dos direitos civis, e políticos, trazendo em seu corpo, várias das garantias inerentes à pessoa humana, tais como¹⁴:

1. Liberdade de expressão;
2. de convicção religiosa;
3. inviolabilidade da casa;
4. proibição da prisão sem culpa formada;
5. o princípio do Juiz natural;
6. punição de autoridade que ordenasse prisão arbitrária, assim como, de quem a tivesse requerido;
7. princípio da legalidade;
8. independência do Poder Judiciário;
9. princípio da isonomia;
10. abolição dos açoites, torturas, marcas de ferro quente e demais penas cruéis;
11. proibição de transmissão da pena do delinqüente com proibição do confisco de bens e da transmissão da infâmia a parentes;
12. garantia de cadeias limpas e bem arejadas;

¹⁴ João Baptista Herkenhoff. Op. Cit. p. 71

13. direito de propriedade e de trabalho;
14. inviolabilidade do segredo das correspondências;
15. direito de petição e de queixa; instrução primária gratuita.

Não seria leviano afirmar, que a nossa primeira Constituição foi das mais justas e modernas, reconhecendo direitos que até hoje, em diversos momentos nos são negados.

1.6.2. Constituição de 1891.

A proclamação da República muda radicalmente o sistema político, mas a sua Constituição, a primeira da história da República, procurou manter as garantias e direitos individuais do homem, conforme expresso em seu texto.

Manteve a inviolabilidade do direito à liberdade; à segurança individual; à propriedade; o princípio da legalidade; da igualdade; da liberdade religiosa; o ensino laico; o direito de ir e vir; a inviolabilidade do lar; liberdade de expressão; proibição da prisão sem culpa formada; direito à ampla defesa; sigilo da correspondência; propriedade intelectual; princípio da legalidade tributária,

A primeira Constituição republicana inovou em alguns aspectos, pois separou a igreja do Estado; incrementou o princípio da ampla defesa; aboliu as penas de galés, banimento judicial, assim como, a pena de morte; criou o *habeas corpus* e instituiu as garantias da magistratura, se bem que, somente aos Juízes Federais.¹⁵

Não deixou de ser um avanço, na medida em que, mantendo as conquistas da anterior, ampliou certos direitos, contemplando os direitos civis, políticos e sociais.

¹⁵ Ibid pg. 73

Com a emenda Constitucional de 1926, foram estendidas para a magistratura estadual as garantias antes somente asseguradas à magistratura federal.

1.6.3. Constituição de 1934

A Constituição de 1934, promulgada após a evolução constitucionalista de 1932, manteve vários dos direitos previstos nas anteriores, tal como: direito à liberdade; à propriedade; o princípio da legalidade; liberdade de culto; de expressão; sigilo da correspondência; direito de ir e vir; inviolabilidade do lar; direito de propriedade (inclusive intelectual); ampla defesa; juiz natural.

Essa constituição, além de manter direitos, inovou, trazendo avanços importantes:

1. Reconheceu o direito adquirido e o ato jurídico perfeito;
2. reforçou o princípio da isonomia e igualdade;
3. determinou a comunicação imediata ao Juiz, de qualquer prisão ou detenção;
4. manteve o *habeas corpus*;
5. instituiu o mandado de segurança;
6. proibiu a pena de caráter perpétuo;
7. criou a assistência judiciária aos necessitados;
8. **proibiu a prisão por dívidas, multas ou custas**¹⁶. (grifei)

Foi a primeira Constituição brasileira a reconhecer o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

A Constituição de 1934 foi a primeira a consagrar a proibição da prisão civil.

¹⁶ Ibid pg. 75/76

Foi esta uma das Constituições brasileiras mais completas, não faltando as garantias asseguradas aos direitos culturais, ampliando sobremaneira o acesso à educação.

1.6.4. Constituição de 1937

Apesar do corpo da Constituição de 1937 prever os direitos e garantias individuais, esta Constituição, elaborada durante o chamado “Estado Novo”, foi na verdade, um verdadeiro retrocesso nas conquistas até então alcançadas, refletindo bem a ditadura de Getúlio Vargas, na medida em que fechou o Parlamento; concedeu ao Presidente da República o direito de governar através de decretos-leis; retirou as garantias da magistratura; decretou estado de emergência no país¹⁷.

Pode-se observar que o homem quando quer, usa o direito positivado em seu proveito, na medida em que faz constar no ordenamento jurídico normas que na verdade são dirigidas aos seus objetivos de poder.

Muitas vezes, em nome do direito coletivo, manipulam-se as normas direcionando-as aos interesses individuais de pequenos grupos.

Foi o que aconteceu na constituição de 1937, promulgada sob o comando e batuta da ditadura Vargas.

Essa Constituição, em nome do bem estar coletivo, fez constar em seu ordenamento, vários artigos que representaram verdadeiros atos de desrespeito e castração aos direitos até então conquistados.

Trazemos a título de ilustração do acima citado, alguns dos artigos, onde grifamos as violações e retrocessos que serviram aos propósitos ditatoriais:

DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

9º) a liberdade de associação, desde que os seus fins não sejam contrários à lei penal e aos bons costumes;

¹⁷ Ibid pg.78

10) todos têm direito de reunir-se pacificamente e sem armas. As reuniões a céu aberto podem ser submetidas à formalidade de declaração, podendo ser interditadas em caso de perigo imediato para a segurança pública

11) à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa;

15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.

A lei pode prescrever

a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;

Das Constituições republicanas, a de 1937 foi a única a não proibir expressamente a prisão por dívida.

A bem da verdade, e em nome do resgate da história, a constituição de 1937 foi elaborada sem a participação dos representantes do povo, bem ao estilo do governo de exceção que à época vigia.

Foram oito anos de escuridão para os direitos humanos no Brasil.

1.6.5. Constituição de 1946.

Em 1946, houve a redemocratização do país

Ainda sob forte influência do pós-guerra, foi promulgada em 18 de setembro de 1946, a nova constituição brasileira, que restaurou os direitos e garantias individuais suprimidas com a Constituição de 1937, ampliando-os se comparados com a de 1934.

Foram restaurados:

1. o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

2. o sigilo de correspondência;
3. a livre associação;
4. o mandado de segurança;
5. o hábeas corpus;
6. a ampla defesa;
7. o princípio da legalidade tributária;
8. a responsabilização da autoridade coatora em caso de prisão ilegal;
9. o direito de petição;

Foram abolidas:

1. a censura e a pena de morte.

Foi nesta Constituição que se estabeleceu:

1. a soberania do júri e a individualização da pena;
2. o livre acesso ao judiciário;
3. salário mínimo capaz de atender às necessidades básicas do trabalhador e sua família;
4. participação do trabalhador nos lucros da empresa;
5. criação do seguro contra acidentes do trabalho;
6. criação da Justiça do Trabalho e várias outras conquistas trabalhistas, além das conquistas culturais.¹⁸

¹⁸ Ibid pg. 79

A Constituição de 1946, em seu artigo 141, § 32, restabeleceu a proibição da prisão civil, excetuando, porém, pela primeira vez, os casos de inadimplemento de obrigação alimentar e do depositário infiel.

Ressalte-se que esta Constituição inaugurou a permissão da prisão civil do depositário infiel.

1.6.6. Constituição de 1967

Promulgada durante o regime militar que se instalou em março de 1964, a Constituição de 1967 retirou vários dos direitos individuais, na medida em que:

1. instituiu a censura;
2. limitou o direito às reuniões;
3. estabeleceu o foro militar para os civis;
4. criou a pena de suspensão dos direitos políticos, aplicando-a aos opositores ferrenhos;
5. restringiu a liberdade de expressão.

Curiosamente, a Constituição de 1967 inovou quando previu em suas normas o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário.

Foi uma Constituição que previu também, a punição ao preconceito racial.

Manteve o princípio do direito adquirido; da coisa julgada e o ato jurídico perfeito; da ampla defesa; o livre acesso ao judiciário; o hábeas corpus; mandado de segurança; a soberania do júri popular; a propriedade intelectual; livre associação; princípio da anterioridade tributária.

Também nessa Constituição, é proibida a prisão civil por dívidas, excetuando, os casos de inadimplemento de pensão alimentícia e do depositário infiel (artigo 150,§ 17), mantendo a exceção inaugurada na Constituição anterior.

Esse período da história brasileira foi marcado pelos atos institucionais, principalmente o AI 5, que foi o grande contra ponto aos direitos humanos no Brasil.

1.6.7. A Constituição brasileira de 1988

Direitos fundamentais.

A Constituição brasileira de 1988, a exemplo de todas as outras também prevê em seu corpo, a proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Apesar de inúmeras emendas, e tantas críticas, a nossa Constituição é das mais completas no que tange ao tema dos direitos fundamentais; aliás, conforme demonstrado, é da tradição constitucional no Brasil, a previsão de tais direitos.

A Constituição brasileira vigente, escreve em cinco capítulos, que formam seu Título II, os direitos e garantias fundamentais, abrangendo, os direitos individuais e coletivos; civis, sociais, culturais e políticos, como se verifica:

TÍTULO I
DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS
Art.1º (...)
I (...)
II (...)
III - da dignidade da pessoa humana

Art. 3º (...)

- I – construir uma sociedade livre, justa e solidária
- II (...)
- III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.
- IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

Art. 4º (...)

I (...)

II – prevalência dos direitos humanos

TÍTULO II

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Capítulo I

Neste momento, a Constituição traz em seu art. 5º , caput, e seus incisos, as garantias e direitos fundamentais, em uma estrutura voltada totalmente à proteção dos direitos da pessoa humana.

Na verdade, a nossa Constituição abraça os direitos humanos de maneira global, una, completa e eficaz.

A constituição de 1988, ampliou os direitos e garantias expressas em seu corpo, estendendo-os, pela primeira vez, aos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, conforme se verifica em seu § 2º do art. 5º :

§ 2º - 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.

Apesar de todos os avanços, a Constituição de 1988 manteve-se inalterada em relação à exceção da prisão civil do depositário infiel.

A Emenda Constitucional Nº 45 de 30 de dezembro de 2004 acrescentou o § 3º ao artigo 5º, equiparando hierarquicamente as normas dos tratados internacionais às normas constitucionais, desde que, aprovadas por três quintos dos votos de cada casa legislativa:

§ 3º 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

A Emenda Constitucional nº 45, que será abordada mais adiante, foi um grande avanço na direção da incorporação definitiva no Brasil, do direito internacional, e mais ainda, do direito internacional dos direitos humanos.

Sempre que se fala em direitos humanos, obrigatoriamente estaremos falando em direitos fundamentais da pessoa humana, o que nos remete a todos os direitos inerentes ao ser humano..

Difícil é estabelecer uma escala de valores para hierarquizar tais direitos, posto que todos são fundamentais.

O ser humano tem direito à vida, à saúde, e à liberdade, à dignidade.

Como se concebe a vida sem saúde, sem liberdade ou sem dignidade?

De toda forma, fácil é entender que a vida sem qualquer dos outros direitos não se torna completa, deixa de representar a existência plena que todo ser humano almeja.

A liberdade, porém, desponta indiscutivelmente como o mais importante direito do ser humano, depois do direito à vida, pois a sua ausência faz desaparecer o verdadeiro sentido da própria existência.

Sem a liberdade não há vida.

A privação da liberdade é ato extremo que só se justifica quando da proteção dos direitos fundamentais de outro ser humano, vale dizer, quando a vida, a liberdade, a saúde e a dignidade de terceiros estejam sendo ameaçadas.

Essa é a razão de existir do Código Penal, que capitula em seus artigos os crimes e suas punições.

A supressão da liberdade tem função de pena e proteção da sociedade contra aqueles que põem em risco os direitos de terceiros.

Quando se fala em prisão civil, onde a privação da liberdade se dá como medida coercitiva de obrigação de pagar, chegamos ao limite do razoável, onde é tênue a linha de separação entre o direito e a sua negação.

A Constituição de 1934 já proibia a prisão civil por dívidas, não estabelecendo exceções, o que representou incrível avanço e respeito aos direitos fundamentais do ser humano.

Nas demais Constituições seguintes, porém, tal proibição veio acompanhada de exceções, permitindo a prisão por dívidas nos casos de inadimplemento de pensão alimentícia e do depositário infiel.

A Constituição brasileira de 1988 manteve esta previsão em seu art. 5^a, inciso LXVII, o que será motivo de análise em capítulo à parte.

De toda sorte, podemos considerar que a Constituição de 1988, apesar da previsão de prisão por dívidas, forma uma legislação completa, direcionada no sentido do respeito ao ser humano, no plano individual e coletivo, como poucas vezes se assistiu no mundo.

Todas as Constituições republicanas brasileiras, com exceção da de 1937, expressaram em seu corpo, a proibição da prisão civil, excetuando porém, os casos de inadimplemento de obrigação alimentar e do depositário infiel.

1.7. Direitos Humanos Globais

O Direito Internacional dos Direitos Humanos

Os Direitos Humanos, para que representem verdadeiramente o seu conceito, devem estar contidos nas legislações internas dos países, mas também e principalmente, serem previstos, respeitados e irradiados no plano internacional.

A Declaração dos Direitos do Homem de 1948 foi o marco inicial do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A Organização das Nações Unidas nasceu justamente da necessidade da união dos seres humanos contra as atrocidades que o homem demonstrou ser capaz de perpetrar.

Enquanto o denominador comum for o homem, isso se repetirá.

A história é rica em exemplos de exploração do homem pelo homem e pelo próprio Estado totalitário que escraviza, tortura e mata.

A história é rica também em exemplos de invasões e dominações que remontam tempos mais remotos e se protraem até os nossos dias.

A simples previsão legislativa estatal interna não é suficiente para a proteção dos direitos da pessoa humana.

Os Direitos Humanos só se concretizarão quando sua internacionalização existir de fato e não só de direito.

Somente quando o ser humano tiver acesso a uma justiça no âmbito internacional, e quando essa justiça lançar suas luzes no direito interno dos países, poderemos acreditar na aplicabilidade dos direitos da pessoa humana.

É a chamada “Humanização do Direito Internacional” que Antonio Augusto Cançado Trindade defende e sonha um dia ver concretizado.

Em entrevista à revista CONSULEX¹⁹, Cançado Trindade defende com veemência o acesso direto do indivíduo à Justiça Internacional como condição de se atingir a humanização do direito internacional.

Perguntado dos avanços no acesso dos indivíduos à justiça no plano internacional, responde que houve grande avanço no próprio continente americano com a entrada em vigor em 1/6/2001, do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos que assegura a participação direta dos indivíduos demandantes em todas as etapas do procedimento contencioso perante a Corte Interamericana.

O mesmo autor, na obra Arquivo de Direitos Humanos reitera sua defesa: (verbis)²⁰

“Uma das prioridades da agenda contemporânea dos direitos humanos reside, a meu modo de ver, na garantia do acesso direto das supostas vítimas aos tribunais internacionais de direitos humanos”.

O reconhecimento pelo Brasil, da competência da Corte Internacional de Direitos Humanos, assim como, sua adesão ao estatuto do Tribunal Internacional Criminal Permanente, foi importante avanço na direção globalização dos direitos humanos.

Flávia Piovesan escreve interessante artigo onde demonstra que o processo de globalização dos direitos humanos leva inexoravelmente a uma revisão da noção tradicional de soberania, visto que a partir daí, são admitidos intervenções no plano nacional em prol dos direitos humanos²¹.

Não poderia ser de outra forma, pois para que se torne homogêneo, os direitos devem ser aplicados em seus critérios de rigor, mudando, alterando e introduzindo normas próprias onde anteriormente não existiam.

¹⁹ CONSULEX, ANO IX- Nº 203. pg. 7 a 10

²⁰ Antonio Augusto Cançado Trindade- Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional in Arquivo de Direitos Humanos. Celso D. de Albuquerque Mello/ Ricardo Lobo Torres (diretores). p. 7.

²¹ Flávia Piovesan- Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil in Arquivos de Direitos Humanos. p. 73 a 90.

Ainda segundo Flávia Piovesan, o processo de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos é consequência do processo de redemocratização iniciado em 1985; tendo como marco inicial do processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo Direito Brasileiro, a ratificação em 1989, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes²².

A partir de então, continua Piovesan, vários outros instrumentos internacionais foram incorporados pelo Direito Brasileiro, sob a égide da Constituição de 1988.

Sem desconsiderar outros de igual importância, ressalte-se o avanço dos Direitos Humanos no Brasil quando o Estado brasileiro reconhece a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, consagrada pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

A conclusão a que se chega, é que, somente com a efetiva aplicação do Direito Internacional aos Direitos Humanos, o homem terá verdadeiramente seus direitos fundamentais exercidos dentro da sua mais pura concepção.

Os Direitos Humanos são, como já dito, homogêneos, universais inseparáveis, inerentes, indivisíveis e transnacionais.

O ser humano é, do mesmo jeito, uno, inseparável, indivisível e universal.

Ambos formam uma estrutura monolítica homogênea, inseparável, indivisível e universal.

Não há que se falar portanto em Direitos Humanos fora da sua ótica global e universal, sob pena de, agindo assim, estarmos tentando fragmentar o infragmentável.

²² Ibid. p. 81.

2. TRATADOS INTERNACIONAIS

2.1. Conceito.

Interessa agora analisar o que são e como funcionam os tratados internacionais, na medida em que o conflito sobre a prisão do depositário infiel decorre da sua proibição por um tratado (Convenção Americana de Direitos Humanos), incorporado no nosso ordenamento jurídico em 1992, documento este, que o Brasil se comprometeu a cumprir.

Representando a principal fonte de direito internacional, os tratados são acordos entre Estados soberanos, visando produzir efeitos jurídicos que se refletirão no direito interno dos signatários.

Durante muito tempo, acordaram-se convenções e pactos não escritos de interesse comercial entre países, assim como, tratados de cooperação mútua e de proteção contra inimigos comuns.

Com a evolução, e frente às atrocidades das guerras, a destruição das cidades, a escravização do homem, a tortura, a fome, a desnutrição e as insanidades dos regimes totalitários, os países sentiram a necessidade de estabelecer acordos, pactos e convenções formais de ajuda que garantissem a paz, a saúde, o tratamento digno e o fim da exploração dos povos.

O fim da Segunda Guerra Mundial foi mais do que o fim de um conflito, foi um momento de reflexão para o mundo, que entendeu a necessidade de união e proteção mútua contra os regimes totalitários.

E mais do que isso, o mundo começava a pensar uma nova ordem econômica e social, onde houvesse trocas e compensações, encurtando-se as distâncias e promovendo o desenvolvimento social e econômico dos Estados.

Os regimes totalitários, ao mostrarem força e união, alertaram a humanidade para o perigo que representaram e que poderiam representar, caso outros surgissem no futuro.

Acontece que as diferenças entre os países era muito grande, quer no aspecto econômico, quer no aspecto cultural, isso tudo agravado pelas seqüelas deixadas pela guerra, em consequência da destruição e comprometimento das economias dos diversos membros envolvidos no conflito armado.

Assim nasceu primeira Organização Internacional do pós-guerra, a Organização das Nações Unidas (ONU), criada em 1945, sob a égide da união, integração, desenvolvimento e cooperação

A nova ordem econômica, política e social, exigia a união e cooperação entre as nações, por ser esta a mola mestra propulsora da materialização do novo sonho mundial.

Tais diferenças traziam o conseqüente desnivelamento na produção, com evidentes efeitos no comércio e na riqueza gerada, refletindo-se na qualidade de vida da população mundial.

Para equilibrar as relações entre os Estados, havia a necessidade da criação de organismos internacionais e de acordos, pactos, convenções, enfim, documentos que obrigassem os países a formalizarem regras e normas de convivência e desenvolvimento equilibrado.

Na realidade os tratados existiam de há muito, porém de maneira informal, regulados pelo direito consuetudinário, dentro do princípio do *pacta sunt servanda* e da boa fé.²³

Os tratados de direito internacional público tiveram como marco importante a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 23 de maio de 1969, cujo preâmbulo já mostra a alma, a essência e a razão dos tratados internacionais como instrumento de aproximação e cooperação pacífica, de fonte

²³ Patrícia Ferreira Machado, op.cit., p. 15

de direito internacional, de reafirmação dos usos e costumes, do princípio da boa-fé, da manutenção da liberdade, da justiça e dos princípios de direito internacional incorporados na Carta das Nações Unidas.

Seu preâmbulo diz:

Os Estados partes na presente Convenção,

Considerando o papel fundamental dos tratados na história das relações internacionais,

Reconhecendo a importância cada vez maior dos tratados como fonte do direito internacional e como meio de desenvolver a cooperação pacífica entre as nações, quaisquer que sejam seus regimes constitucionais e sociais,

Observando que os princípios do livre consentimento e da boa-fé e a regra *pacta sunt servanda* são universalmente reconhecidos,

Afirmando que as controvérsias relativas aos tratados, tais como as outras controvérsias internacionais, devem ser solucionadas por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional,

Recordando a determinação dos povos das Nações Unidas de criarem condições necessárias à manutenção da Justiça e do respeito das obrigações resultantes dos Tratados,

Conscientes dos princípios de direito internacional incorporados na Carta das Nações Unidas, tais como os princípios da igualdade de direitos e autodeterminação dos povos, da igualdade soberana e independência de todos os Estados, na não-ingerência nos assuntos internos dos Estados, da proibição da ameaça ou do emprego da força e do respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos,

Convencidos de que a codificação e o desenvolvimento progressivo do direito dos tratados, alcançados na presente Convenção, servirão aos propósitos das Nações Unidas enunciados na Carta, que consistem em manter a paz e a segurança internacionais, desenvolver relações amistosas e realizar a cooperação entre as nações,

Afirmando que as regras do direito internacional costumeiro continuarão a reger as questões que não forem reguladas nas disposições da presente Convenção,

Convencionaram o seguinte:

Com se vê, a Convenção de Viena marcou definitivamente a história dos tratados internacionais.

Patrícia Ferreira Machado²⁴ conceitua tratado como o instrumento formal, normalmente escrito, que concretiza um negócio jurídico no âmbito internacional.

Segundo Francisco Rezek²⁵, “Tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”.

Para Roberto Luiz Silva²⁶, a maioria dos autores prefere o conceito insculpido no art. 2º da Convenção de Viena:

Art. 2º:

Tratado é o acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, que conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular.

Os tratados internacionais são, em última análise, deveres e compromissos assumidos por duas entidades de direito internacional público, visando interesses recíprocos.

Note-se que a Convenção de Viena alargou o conceito de tratado ao aceitar como tal os acordos internacionais formais e escritos celebrados entre Estados e regidos pelo Direito Internacional.

Daí se infere que, apesar das diferenças de denominações, segundo a Convenção de Viena vários instrumentos jurídicos estão inseridos no conceito de tratados:²⁷

²⁴ Ibid p. 12

²⁵ Francisco Rezek, Direito Internacional Público, p. 14

²⁶ Roberto Luiz Silva, Direito Internacional Público, p. 40

²⁷ Ibid. p. 41-42.

Convenções, declarações, atos, **pactos**, estatutos, acordos, modus vivendi, concordata, protocolo conferência, protocolo acordo, compromisso, carta, convênio, arranjo pactum de negociando, pactum de contrahendo. (grifei).

Ainda o artigo 2º da Convenção de Viena traz todas as expressões empregadas em seu corpo, definindo exatamente o significado de cada uma, e seu conteúdo, conforme se verifica:

Artigo 2

Expressões Empregadas

1. Para os fins da presente Convenção:

- a) “tratado” significa um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular;
- b) “ratificação”, “aceitação”, “aprovação” e “adesão” significam, conforme o caso, o ato internacional assim denominado pelo qual um Estado estabelece no plano internacional seu consentimento em obrigar-se por um tratado;
- c) “plenos poderes” significa um documento expedido pela autoridade competente de um Estado, designando uma ou várias pessoas para representar o Estado na negociação, adoção ou autenticação do texto de um tratado, para manifestar o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado ou para praticar qualquer outro ato relativo a um tratado;
- d) “reserva” significa uma declaração unilateral, feita por um Estado, seja qual for o seu teor ou denominação, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito

jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado;

- e) “Estado negociador” significa um Estado que participou da elaboração e da adoção do texto do tratado;
 - f) “Estado contratante” significa um Estado que consentiu em se obrigar pelo tratado, esteja em vigor ou não;
 - g) “parte” significa um Estado que consentiu em se obrigar pelo tratado e em relação ao qual este se encontra em vigor;
 - h) “terceiro Estado” significa um Estado que não é parte no tratado;
 - i) “organização internacional” significa uma organização intergovernamental.
1. 2. As disposições do parágrafo 1.º relativas às expressões empregadas na presente Convenção não prejudicam o emprego dessas expressões, nem os significados que lhes possam ser dados na legislação interna de cada Estado.

2.2.Capacidade jurídica

A capacidade jurídica representa a faculdade das partes de celebrarem tratados, estando reservada aos sujeitos de Direito Internacional.

Têm capacidade jurídica para celebrar tratados²⁸:

1. Os Estados soberanos.
2. As Organizações Internacionais investidas de poderes para tanto.
3. Organizações ou movimentos de libertação, governos no exílio.
4. A Santa Sé.
5. Outros sujeitos de Direito Internacional, como por exemplo, Estados da Federação e municípios, desde que obedeçam à ordem legal interna do seu País no que concerne à autorização necessária.

2.3.Capacidade de Representação

Obviamente, para uma pessoa assinar um tratado, haverá necessidade de estar imbuída de poderes de representação outorgada pela parte.

O artigo 7 da Convenção de Viena delimita a representação de um Estado, exigindo que, para isso, o indivíduo possua plenos poderes outorgados pelo Estado parte ou algo que indique ser essa a intenção do Estado.

Estão habilitados também, independente da apresentação de plenos poderes, os chefes de Estado, chefes de governo e ministros das Relações Exteriores; além dos chefes de missão diplomática e os representantes acreditados pelos Estados perante uma conferência ou organização internacional ou um de seus órgãos, para a adoção do texto de um tratado em tal conferência, organização ou órgão.

²⁸ Ibid. p. 45-46

2.4. Validade dos tratados

Obedecendo ao exigido em todo e qualquer contrato ou acordo, os tratados devem, para sua efetiva validade, conter objeto lícito e possível, não podendo contrariar a moral internacional ou conter algo impossível de ser realizado.

Isso já vem implícito no próprio conceito de tratado, expresso no art. 2º da Convenção de Viena, uma vez que tal conceito exige a legalidade internacional, não se admitindo como válido o tratado que contenha cláusulas que versem sobre tortura, discriminação racial, escravização ou qualquer situação atentatória à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a Convenção de Viena, em sua Seção II, traz as condições de nulidades dos tratados, prevendo entre outras condições, a nulidade dos tratados em conflito com norma imperativa de Direito Internacional :

Seção II

Nulidade de Tratados

Artigo 53

Tratado em Conflito Com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral

(Jus Cogens)

É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por nova norma de direito internacional geral da mesma natureza.

O conceito *jus cogens* inclui a proibição do uso ou ameaça de força e agressão, prevenção e repressão do genocídio, pirataria, tráfico de escravos, discriminação racial, terrorismo ou tomada de reféns.²⁹

Ainda no corpo da Convenção de Viena a previsão de nulidades dos tratados em casos de erro, dolo, corrupção e coação.

2.5. Processo de elaboração dos tratados e sua introdução no Direito interno.

2.5.1. Monismo e dualismo

Antes de se adentrar no assunto propriamente dito, importante se faz a abordagem das teorias monistas e dualistas, tema que permeia toda e qualquer discussão a respeito de tratados internacionais e sua validade no direito interno de um país.

2.5.2. Teoria Dualista.

Entre os defensores dessa teoria, tivemos no século passado, Carl Heinrich Triepel na Alemanha, e Dionísio Anzilotti na Itália³⁰.

Para os dualistas, existe total independência entre o Direito Internacional e o Direito Interno, a ponto de não se confundirem nem mesmo se

²⁹ Roberto Luiz Silva, op. cit. p. 49

³⁰ Francisco Rezek, op. cit. p. 4-5.

condicionarem, havendo, para estes, exclusão total de normas, tendo em vista a diferença de sujeitos, objetos e diferença de vontades, visto que, no Direito Interno, a vontade é de um Estado, enquanto que no Direito Internacional, vige a vontade de vários Estados.³¹

Os dualistas, no entanto, entendem que as normas do Direito Internacional poderão operar seus efeitos no Direito Interno, desde que o Estado proceda sua entrada em sua legislação, através de um processo de internalização solene e formal.

2.5.3. Teoria Monista.

Para os monistas, não existe separação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, formando ambos, a mesma estrutura, um sistema único.

A teoria monista comporta ainda, duas vertentes:³²

1. Uma que sustenta a unicidade da ordem jurídica sob a primazia do Direito Internacional a quem se ajustariam as normas do Direito Interno. Esta corrente teve em Kelsen, seu principal defensor.
2. Outra sustenta a unicidade da ordem jurídica, sob o primado do Direito Interno de cada Estado soberano, que poderá como faculdade discricionária, adotar os preceitos do Direito Internacional.

³¹ André Lipp Pinto Basto Lupi. A Aplicação dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil a partir da Emenda Constitucional 45 in Estudos de Direito Internacional. vol.III. Wagner Menezes (coordenador). p. 145.

³² Francisco Rezek. op.cit. p. 4.

Na verdade, trata-se de discussão a respeito de, se o Direito Internacional e o direito Interno formam dois sistemas isolados (dualismo) ou um bloco único (monismo) e nesse caso, qual teria primazia, o Internacional ou o Interno.

Como tudo no direito, as correntes se dividem, havendo autores na defesa de ambas teorias, com fortes argumentos a embasarem suas posições doutrinárias.

2.5.4. Processo de elaboração dos tratados.

A elaboração de um Tratado Internacional obedece a basicamente, seis fases distintas:

1. Negociação.
2. Assinatura.
3. Ratificação.
4. Promulgação.
5. Publicação.
6. Registro.

Negociação

A fase de negociação representa todo o início do processo.

Nessa fase se estabelecem as condições, são discutidas as condições, o objeto e o conteúdo do documento.

É a fase de atuação dos plenipotenciários, que deverão ter poderes conferidos por seus Estados, para todos os momentos da negociação.

Os negociadores poderão estar acompanhados de peritos versados no assunto em discussão, para que possam conduzir o processo de maneira técnica e profissional, pois são os responsáveis perante seus representados por todos os atos constantes no documento a ser assinado.

A fase de negociação é nevrálgica e primordial visto que, a partir dela, todo o processo se inicia, em cujas bases se assentarão as normas que influirão nas condutas assumidas pelos Estados- membros, não podendo haver erros ou enganos, sob pena de se estabelecer desequilíbrio entre as partes contratantes, assim como a impossibilidade de cumprimento do tratado.

A fase de negociação se encerra com a redação final do documento, que será redigida em várias línguas, que serão as dos Estados contratantes.

Assinatura.

A fase de assinatura representa a aceitação pelos plenipotenciários, nas cláusulas constantes do documento.

Poderão, porém, nessa fase, ser introduzidas as chamadas “reservas”, conforme constante do art. 2º, “d” da Convenção de Viena.

Com as assinaturas, está encerrada e concluída a formalização do tratado pelos representantes dos Estados, restando, para a sua validade, a ratificação da autoridade competente de cada Estado membro.

Ratificação

A ratificação representa aceitação, do tratado, pelos Estados signatários, dentro do seu ordenamento interno.

No Brasil, há previsão constitucional que confere ao Presidente da República, a competência privativa de celebrar os tratados internacionais em que o País seja parte, conforme se observa no artigo 84 da Constituição Federal:

Art. 84: Compete privativamente ao Presidente da república:

...VIII- celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Como se observa, o inciso VIII expressa claramente a necessidade do referendo legislativo como condição de validade do Tratado Internacional.

Como assevera Patrícia Ferreira Machado³³, a aprovação legislativa é requisito obrigatório de validade, dos tratados internacionais, é quando o Legislativo autoriza o Executivo a ratificá-lo.

O Presidente da República poderá pedir autorização legislativa, antes da ratificação ou mesmo depois dela, mas nesta condição, deverá frisar a necessidade do referendo legislativo.

³³ Op cit. p.17

A aprovação se dá por decreto legislativo e retorna ao Presidente da República para promulgação e publicação.

A partir da promulgação e publicação no Diário Oficial da União, o tratado passa a integrar o direito positivo interno do País, gerando todos os seus efeitos.

Após a conclusão de todo o processo interno, o tratado passa a existir dentro do Estado signatário, devendo ser registrado na secretaria da ONU, para a devida publicidade, gerando seus efeitos no plano internacional.

2.6. Classificação dos Tratados

Extraída da obra de Roberto Luiz Silva³⁴, temos a classificação dos tratados em:

1. Tratados bilaterais: são os que envolvem somente duas partes.
2. Tratados multilaterais: envolvem três ou mais partes.
3. Tratados abertos: são os que possuem cláusula de adesão, onde outros sujeitos de Direito Internacional podem dele fazer parte.
4. Tratados fechados: não possuem cláusula de adesão, não se abrindo para outros sujeitos de Direito Internacional.
5. Tratados Lei: onde a vontade das partes contratantes tem conteúdo idêntico.
6. Tratados Contratos: a vontade das partes tem conteúdo diferentes.
7. Tratados Constituição: são os que criam organizações internacionais.

³⁴ op. cit. p. 52-53

A mesma obra refere ainda, a classificação proposta por Jorge Miranda:

1. solenes e não solenes;
2. perpétuos e temporários;
3. principais e acessórios;
4. públicos e secretos;
5. exeqüíveis por si mesmos e não exeqüíveis.

2.7. Extinção dos Tratados

A Convenção de Viena prevê na sua parte V, nos artigos 54 a 64, as condições de extinção dos tratados, que podem ocorrer nas seguintes situações:

1. Execução integral: com a execução total do tratado, o mesmo se esvazia, por perda do seu objeto.
2. Consentimento mútuo: quando, após consulta às partes, houver consentimento.
3. Cláusula que põe termo ao tratado: são aqueles tratados que vigem por tempo determinado
4. Violação de uma das partes: quando há violação de uma das partes, autoriza a outra a invocar a violação para a extinção do tratado.
5. Denúncia unilateral: representa a extinção do tratado por vontade de uma das partes. Tal denúncia pode ser prevista no corpo do tratado, e nestes casos, a parte denunciante deverá cumprir um decurso de prazo para que cessem os efeitos dos compromissos assumidos no pacto.

6. Mudanças circunstanciais: quando acontecem mudanças supervenientes, que impossibilitam o cumprimento do tratado, pelo desequilíbrio das condições. (cláusula *rebus sic stantibus*)

2.8. Previsão dos Tratados nas Constituições do Brasil

Os tratados internacionais estão previstos em todas as Constituições brasileiras, desde a do Império, conforme se demonstra:

Constituição de 1824.

Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado.

São suas principaes attribuições:

VIII. Fazer Tratados de Alliança offensiva, e defensiva, de Subsidio, e Commercio, levando-os depois de concluidos ao conhecimento da Assembléa Geral, quando o interesse, e segurança do Estado permittirem. Se os Tratados concluidos em tempo de paz envolverem cessão, ou troca de Torritorio do Imperio, ou de Possessões, a que o Imperio tenha direito, não serão ratificados, sem terem sido approvados pela Assembléa Geral.

Note-se que o Imperador, como autoridade máxima, não necessitava de aprovação legislativa, somente dava ciência à Assembléa após concretizado o tratado.

Constituição de 1891

Art.48 - Compete privativamente ao Presidente da República:

16) entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre ad referendum do Congresso, e aprovar os que os Estados, celebrarem na conformidade do art. 65, submetendo-os, quando cumprir, à autoridade do Congresso.

A primeira Constituição republicana já exigia o referendo do Poder Legislativo para a validade dos tratados internacionais.

Constituição de 1934

Essa Constituição mantém os poderes do Presidente da República em celebrar tratados:

Art.5º - Compete privativamente à União:

I - manter relações com os Estados estrangeiros, nomear os membros do corpo diplomático e consular, e celebrar tratados e convenções internacionais.

Mas confere competência exclusiva ao Poder legislativo a resolução de assuntos relativos aos tratados e convenções:

Art.40 - É da competência exclusiva do Poder Legislativo:

a) resolver definitivamente sobre tratados e convenções com as nações estrangeiras, celebrados pelo Presidente da República, inclusive os relativos à paz;

Mantém a necessidade de aprovação legislativa para a validade dos tratados:

Art.56 - Compete privativamente ao Presidente da República:

6º) celebrar convenções e tratados internacionais, ad referendum do Poder Legislativo;

Constituição de 1937.

Essa Constituição, repete em seu artigo 15, inciso I, as mesmas palavras do artigo 5º, inciso I da constituição de 1934, acrescentando em seu artigo 54, que cabia ao Poder legislativo, o início de qualquer discussão e votação dos projetos de lei sobre tratados internacionais.

Mais adiante, em seu artigo 74, letra “d”, a constituição conferia competência privativa ao Presidente da República para celebrar tratados internacionais, mas exigia o referendo do Poder legislativo.

Constituição de 1946

A exemplo de outras, a Constituição de 1946 conferia ao Presidente da República competência privativa para celebrar tratados internacionais, exigindo, porém, o referendo do Congresso Nacional, conforme se demonstra:

Art.87 - Compete privativamente ao Presidente da República:

VII - celebrar tratados e convenções internacionais ad referendum do Congresso Nacional.

E ainda, em seu artigo 66, conferia competência exclusiva ao Congresso Nacional, para resolver sobre os tratados e convenções celebrados pelo Presidente da República.

Constituição de 1967

Essa Constituição repete as outras, conferindo em seu artigo 47, ao Congresso Nacional, a competência exclusiva para resolver sobre tratados celebrados pelo Presidente da República, exigindo, porém, em seu § 1º, que o Poder Executivo, enviasse ao legislativo, no prazo de 15 (quinze) dias após a assinatura, os tratados celebrados pelo Presidente.

Em artigo seguinte (art. 83), a Constituição faz a previsão da necessidade do referendo legislativo para validar os tratados.

Constituição de 1988

A Constituição vigente, a exemplo das demais, prevê expressamente os tratados internacionais, reservando privativamente ao Presidente da República, a celebração, e ao Congresso Nacional, a resolução dos mesmos:

Art. 84 - Compete privativamente ao Presidente da República:

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Art. 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;

2.9. Hierarquia dos Tratados Internacionais de proteção dos Direitos Humanos.

A doutrina e a Jurisprudência caminham de maneira pacífica, no entendimento de que os tratados internacionais tradicionais têm hierarquia de norma infra constitucional, vale dizer, lei ordinária federal.

A própria Constituição federal de 1988, ao prever em seu art. 102, inciso III, letra “b”, ser de competência do Supremo Tribunal Federal “julgar mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”, está estabelecendo a hierarquia infra constitucional dos tratados internacionais convencionais.

Muitos dos doutrinadores entendem estarem os tratados internacionais em mesma hierarquia das leis ordinárias federais, não havendo supremacia destas sobre os tratados ou daqueles sobre as leis.

Segundo eles, uma norma jurídica votada por maioria simples (tratado internacional) não tem o condão de revogar norma constitucional que exige *quorum* privilegiado.

O entendimento da Jurisprudência, e particularmente do Supremo Tribunal Federal, é justamente no sentido da paridade hierárquica das normas dos tratados internacionais com as leis ordinárias federais, entendimento este já firmado antes da promulgação da carta de 1988,.

Neste sentido, o julgado da Suprema Corte, no Recurso Extraordinário nº 80.004/77³⁵ :

³⁵ Roberto Luiz Silva , op. cit. p. 68-69

“Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei nº 427/69, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título.

Sendo o aval um instituto de direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi aposto.

Recurso Extraordinário conhecido e provido” (grifo nosso)

No mesmo sentido, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN nº 1480) na liminar de seu relator³⁶ :

“(…) No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em conseqüência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política(…)

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficiência e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa(…)” (grifo nosso)

Embora se respeite o posicionamento jurisprudencial, não se pode negar que tal situação leva, inexoravelmente, ao entendimento de que os tratados podem ser revogados por leis ordinárias federais posteriores se forem estas, incompatíveis.

³⁶ Ibid. p. 70.

Acontece que, como bem assevera Flávia Piovesan (mesma obra), isso contraria o princípio da boa fé, além de afrontar a Convenção de Viena em seu artigo 27, segundo o qual, não cabe ao Estado invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado.

Francisco Rezek³⁷ aponta em sua obra exceção à regra de paridade, onde a norma internacional se sobrepõe à norma interna, ainda que aquela não seja a última palavra do legislador.

É o caso do Código Tributário Nacional quando diz em seu artigo nº 98 que “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”

Nessa situação, independente do momento em que a norma foi incorporada ao direito positivo, valerá a internacional.

Apesar de tudo, para a doutrina, como já dito anteriormente, a hierarquia das normas dos tratados internacionais convencionais não gera grandes discussões, sendo aceita, pela maioria, a paridade hierárquica com as leis ordinárias.

Grande discussão se trava no entanto, quando se volta para a hierarquia das normas dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.

Nesse aspecto, surgem três correntes distintas:

1. Hierarquia de norma supra-constitucional.
2. Hierarquia de norma infra-constitucional
3. Hierarquia de norma constitucional.

³⁷ Op. cit. p. 100

A primeira corrente é minoritária, havendo poucos doutrinadores em sua defesa.

A segunda corrente é majoritária, sendo defendida pela maioria da doutrina e da Jurisprudência.

A terceira corrente é defendida por parte da doutrina e, embora não majoritária, conta com juristas de expoência no direito internacional, tal como Cançado Trindade, Dalmo Dallari, Flávia Piovesan e outros.

Para a corrente “humanista”, os tratados internacionais têm hierarquia de norma constitucional por força do artigo 5º, § 2º da Constituição de 1988.

Neste sentido, a lição de Flávia Piovesan³⁸ :

“Em favor da natureza dos direitos enunciados em tratados internacionais, um outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. Este reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, parágrafo 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional ficaria sem sentido tal previsão”.

A discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito da hierarquia das normas dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos se encerrou com publicação em 31 de dezembro de 2004, da Emenda Constitucional nº 45, que inseriu o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, definindo a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no nosso direito positivo, equiparando-os a normas constitucionais, desde que aprovados por três quintos dos votos em cada casa do Congresso Nacional :

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois

³⁸ op. cit. p. 77-78

turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A emenda nº 45 não deixa dúvidas pois prevê, inclusive, *quorum* privilegiado para sua aprovação, equiparando também por este aspecto as normas dos tratados de proteção aos direitos humanos às emendas constitucionais.

A grande falha da emenda 45 reside na sua aplicação temporal, pois ela não retroage para irradiar seus efeitos sobre os tratados já em vigor. Vale dizer, a emenda 45 tem efeito *ex nunc*, quando deveria ser, *ex tunc*, o que resolveria definitivamente tal discussão.

Indubitavelmente, a emenda 45 representou enorme avanço na direção da proteção dos direitos humanos no Brasil mas há de se reconhecer que pecou pela lacuna deixada.

Já houve a primeira tentativa, após a promulgação da emenda 45, no sentido de se reconhecer a hierarquia constitucional da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

Trata-se de projeto do deputado federal por São Paulo, Dimas Ramalho (PDC 1595/2005), apresentado em 31/3/2005, cuja ementa transcrevemos:

Ementa: Faz equivaler à Emenda Constitucional a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

Explicação da Ementa: Aplicando dispositivos da Emenda Constitucional nº 45, de 2004 (artigo 5º, parágrafo 3º da Nova Constituição Federal).

Indexação: Equivalência, Emenda Constitucional, ato internacional, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovação, (OEA), adesão, País, Brasil, inclusão, texto, edição, impressão, Constituição Federal, Direitos e Garantias Fundamentais.

A mesa diretora da Câmara dos deputados, em 04/5/2005 deu o seguinte despacho:

4/5/2005 - Devolva-se ao Autor, por evidentemente inconstitucional (RICD, art. 137, § 1º, II, b). Pretende alterar a natureza jurídica de normas decorrentes de tratado multilateral assinado e ratificado pelo Presidente da República, na condição de Chefe do Estado brasileiro, após autorização do Congresso Nacional por meio de Decreto Legislativo nº 27/1992, já internalizadas no ordenamento jurídico pátrio mediante Decreto Executivo nº 678/1992, com status de Lei Ordinária, tudo na mais estrita conformidade com o regime constitucional vigente antes da promulgação e publicação da Emenda Constitucional nº 45/2004. A nova regra constitucional que permite a atribuição de caráter de Emenda Constitucional aos tratados sobre direitos humanos (CF, art. 5º, § 3º) somente se aplica aos acordos internacionais cuja ratificação pelo Presidente da República ainda não foi autorizada pelo Congresso Nacional e cujas normas ainda não ingressaram no ordenamento jurídico pátrio. Publique-se. Oficie-se DCD 03 05 05 PÁG 15831 COL 01.

Conforme se observa, o legislativo brasileiro assume o posicionamento já consagrado pela jurisprudência, entendendo que as normas dos tratados internacionais têm hierarquia de lei ordinária.

3. PRISÃO CIVIL

3.1. Conceito.

Prisão civil é aquela que não decorre da prática de ilícito definido na lei como delito, vale dizer, não capitulado como crime, não previsto na legislação como tal.

A prisão civil melhor se chamaria prisão por dívida, visto que, no nosso ordenamento jurídico, só é prevista em duas condições, ambas configurando inadimplemento, que é prisão do depositário infiel e a do inadimplente de obrigação alimentícia.

Claro está que a principal diferença entre a prisão civil e a prisão penal, é que esta se aplica como maneira de apenar o indivíduo por infração penal, enquanto aquela, aplica-se como maneira coercitiva de cumprimento de obrigação.

O que se deduz é que a prisão penal é fim, enquanto que a prisão civil é meio.

Ambas as situações são previstas na Constituição Federal vigente, em seu artigo 5º, LXVII: -não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

O inadimplente de obrigação alimentar é aquele que deixa de cumprir com suas obrigações junto a seu alimentando, descumprindo com uma obrigação que versa sobre direito indisponível, deixando a descoberto, pondo em risco a vida daquele a quem se obrigou atender e prover em suas necessidades.

Note-se que o texto legal condiciona a prisão ao inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentar, o que nos remete à conclusão de que o legislador tomou o cuidado de somente deixar prender aquele que,

voluntariamente e sem justificativa, deixou de cumprir com sua obrigação alimentar.

Tal modalidade de prisão civil, no entanto, não será motivo de discussão aqui.

Ao contrário da primeira situação, onde se exige o inadimplemento voluntário e inescusável, no caso do depositário infiel não há o mesmo rigor, bastando apenas a condição de depositário infiel e nada mais.

Não há justiça alguma nessa prisão, até porque, em situações mais graves, não é permitida a prisão do infrator.

A prisão do depositário infiel caracteriza maneira de, forçosamente, adimplir obrigação pecuniária que versa sobre direito disponível, cuja prisão representa verdadeira violência contra a lógica do próprio direito brasileiro.

São, portanto, duas situações absolutamente distintas, que merecem tratamentos diferentes.

Discutiremos aqui, a prisão do depositário infiel.

3.2. Depositário Infiel

Segundo Aurélio Buarque de Holanda³⁹, depositário é aquele que recebe em depósito.

O mesmo autor, em sua obra, à p. 764 conceitua infiel como “falta de fidelidade; desleal, traiçoeiro, pérfido e ainda: “que não cumpre aquilo a que se obrigou ou se obriga....”

³⁹ op. cit. p. 434

Depositário é a pessoa que se torna responsável por algo que lhe é entregue, assumindo a obrigação de guardá-la e conservá-la, devendo apresentar e restituir a coisa, assim que exigido pelo depositante, sob pena de ser considerado infiel, podendo nessa situação, ter sua prisão decretada.

3.3. Dos depósitos e sua previsão legal.

O contrato de depósito é aquele onde o depositário recebe um bem móvel para guardá-lo, com o compromisso de restituí-lo assim que exigido.

Foi previsto no Código Civil de 1916, em seu artigo 1265, e está no Código Civil vigente em seu artigo 627:

Art. 627- Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame.

O contrato de depósito é gratuito (art. 628 C.C.), podendo, no entanto, ser fixada uma remuneração:

Art. 628- O contrato de depósito é gratuito, exceto se houver convenção em contrário, se resultante de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão.

O depositante porém, deverá pagar ao depositário, as despesas feitas com a coisa ou os prejuízos que dela advirem. (art. 643 C.C.):

Art. 643- O depositante é obrigado a pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa, e os prejuízos que do depósito provierem.

Pode ainda o depositário reter a coisa, até que lhe seja paga a retribuição devida, assim como, o valor das despesas ou dos prejuízos suportados com a coisa, desde que provados. (art. 644 C.C.):

Art. 644- O depositário poderá reter o depósito até que lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas.

É também do contrato de depósito, a obrigação do depositário cuidar da coisa, conservá-la e devolvê-la com todos os seus frutos quando exigido pelo depositante (art. 629 C.C.):

Art. 629-O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la com todos os frutos e acrescidos quando o exija o depositante.

Portanto, entre as obrigações do depositário, está a de restituir a coisa no tempo combinado ou a qualquer tempo quando lhe for exigida, sob pena de, em não o fazendo, estar sujeito a prisão pelo tempo máximo de um ano, assim como, ressarcir os prejuízos.

Tal possibilidade de prisão, já era prevista no código Civil revogado, repetindo-se no atual Código Civil em seu artigo 652.

Art. 652-Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a 1 (um) ano, e ressarcir os prejuízos.

A prisão do depositário infiel é prevista também, no Código de Processo Civil, em seu artigo 902, parágrafo 1º.

Art. 902(...)

§ 1º- Do pedido poderá constar, ainda, cominação da pena de prisão até 1 (um) ano, que o juiz decretará na forma do art. 904, parágrafo único.

Art. 904(...)

Parágrafo único-Não sendo cumprido o mandado, o juiz decretará a prisão do depositário infiel.

A Constituição de 1988 também faz tal previsão de prisão, em seu artigo 5º, inciso LXVII.

Art. 5º (...)

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

3.4. Dos tipos de depósitos

Os depósitos podem ser:

1. Contratual é aquele que decorre de um contrato, vale dizer, de um acordo de vontades, obrigando o depositário a guardar a coisa, devendo restituí-la assim que exigido pelo depositante. O depósito contratual por sua vez subdivide-se em:

1.1. voluntário (art. 627 a 646 do Código Civil): quando existe em função da livre manifestação dos contratantes, onde o depositante escolhe o depositário da coisa.

1.2. necessário):⁴⁰ quando não depende da vontade dos contratantes, porque resulta de fatos não previstos, onde o depositante é obrigado a entregar a coisa a quem nem conhece, para que a mesma não pereça, subdividindo-se esta modalidade de depósito em:

1.2.1. legal: decorre em desempenho de obrigação de lei

1.2.2. miserável: quando efetuado durante uma calamidade (incêndios, enchentes, naufrágios, etc.)

1.2.3. depósito do hoteleiro ou do hospedeiro: resultante da entrega para guarda de bagagens dos viajantes, hóspedes e fregueses de estalagens, pensões e ainda, bens de pacientes de hospitais, alunos de escolas, internatos, etc.

O depósito necessário é previsto nos art. 647 a 652 do Código Civil vigente.

⁴⁰ Maria Helena Diniz. Curso de Direito Civil Brasileiro, p. 286- 288

2. Judicial: é o depósito determinado pelo Juiz, onde se entrega a coisa, objeto de um processo, a um depositário, com a finalidade de guarda e zelo, até decisão final da causa principal, preservando-se os direitos dos interessados.

Conforme a lição de Marcus Vinícius Rios Gonçalves⁴¹, o depositário contratual é possuidor direto da coisa e o depositante possuidor indireto, ao passo que o depositário judicial não tem a posse, “mas a mera detenção da coisa, que a mantém consigo em nome do Estado, e no exercício de um *munus*.”

Teremos aí a grande diferença entre os depositários, conforme será explanado mais adiante.

A ação de depósito será proposta, quando o depósito for contratual, pois quando judicial, não haverá necessidade de propositura de tal ação, visto que o Juiz poderá determinar a busca e apreensão do bem através de simples mandado.

É o que acontece nos processos de execução, onde o depositário judicial que não entregar o bem e não o apresentar ao Juiz quando ordenado, poderá ter sua prisão decretada nos próprios autos, sem a necessidade da propositura de ação própria de depósito.

A respeito dessa matéria diz a Súmula 619 do Supremo Tribunal Federal: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

⁴¹ Sinopses Jurídicas- Procedimentos Especiais. p. 26

De um jeito ou de outro, a não entrega do bem poderá ter como consequência a decretação da prisão do depositário visto que, nestas condições, passará à condição de infiel.

Existe ainda, a possibilidade de prisão do depositário infiel, nos casos dos depositários da Fazenda Pública, que são aqueles responsáveis pela retenção de tributos e posterior recolhimento aos cofres públicos.

Essa possibilidade está prevista na Lei 8866 de 11 de abril de 1994, conforme se observa:

LEI Nº 8.866, DE 11 DE ABRIL DE 1994.

Dispõe sobre o depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública e dá outras providências.

Art. 1º. É depositário da Fazenda Pública, observado o disposto nos arts. 1.282, I, e 1.283 do Código Civil, a pessoa a que a legislação tributária ou previdenciária imponha a obrigação de reter ou receber de terceiro, e recolher aos cofres públicos, impostos, taxas e contribuições, inclusive à Seguridade Social...

...Art. 3º. Caracterizada a situação de depositário infiel, o Secretário da Receita Federal comunicará ao representante judicial da Fazenda Nacional para que ajuíze ação civil a fim de exigir o recolhimento do valor do imposto, taxa ou contribuição descontado, com os correspondentes acréscimos legais...

...Art. 4º. Na petição inicial, instruída com a cópia autenticada, pela repartição, da prova literal do depósito de que trata o art. 2º., o representante judicial da Fazenda Nacional ou, conforme o caso, o representante judicial dos Estados, Distrito Federal ou do INSS requererá ao juízo a citação do depositário para, em dez dias:

...2º. Não recolhida nem depositada a importância, nos termos deste artigo, o juiz, nos quinze dias seguintes à citação, decretará a prisão do depositário infiel, por não superior a noventa dias...

Conforme demonstrado, poderá ser decretada a prisão civil do depositário infiel em duas situações:

1. Quando do depósito contratual, através da propositura de ação de depósito.
2. Quando do depósito judicial, sem necessidade de propositura de ação de depósito, como é o caso das execuções e do depositário da Fazenda Pública.

A ação de depósito, prevista do Código de Processo Civil, em seus artigos 901 a 906, prevê a prisão do depositário por até um ano, quando requerida pelo autor (art. 902, § 2º), nas situações em que não seja cumprido o mandado judicial para entrega do bem ou seu equivalente em dinheiro (art. 904, § único).

Conforme se verifica, a prisão do depositário infiel está condicionada a uma ação de depósito ou à situação de depositário judicial, não se alargando a legislação a outras situações.

3.5. DECRETO LEI 911/69.

A legislação permite o ajuizamento de ação de depósito em todas as modalidades de depósito contratual, com a finalidade de restituição do bem depositado (art. 901 do CPC)

Portanto, há necessidade de se configurar a situação de depositário, para que se legitime o direito do credor.

Sem a condição acima, não há que falar em ação de depósito, vale dizer, se não houver depositário, não haverá depósito.

A legislação, como já dito, não se alargou para permitir outra situação se não aquela prevista no ordenamento.

Na década de 60, com o escopo de se institucionalizar o mercado de capitais, foi promulgada a lei 4728/65.

Essa lei previu em seu artigo 66, o instituto da alienação fiduciária em garantia⁴²

Acontece que em 1º de outubro de 1969, fazendo uso do Ato Institucional nº 5 (AI 5), foi promulgado pelos então Ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, o Decreto-Lei 911/69⁴³, que alterou profundamente a relação jurídica antes existente na lei 4.728 de 14 de julho de 1965.⁴⁴

O Decreto-Lei 911/69, em seu artigo 1º alterou a redação do artigo 66 da lei 4.728/65:

Art. 1 - O artigo 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, passa a ter a seguinte redação:

Art. 66 - A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal. (grifo nosso)

Em seu artigo 4º, prevê a conversão, nos mesmos autos, do pedido de busca e apreensão em ação de depósito, remetendo aos artigos 901 a 906 do Código de Processo Civil.

Ao fazer tais alterações, criou a figura do depositário na alienação fiduciária e desta forma, a possibilidade da ação de depósito.

⁴² Segundo Maria Helena Diniz em sua obra "Curso de direito Civil Brasileiro", 4º vol. P. 481/482: "A alienação fiduciária em garantia consiste na transferência feita pelo devedor ao credor da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem infungível ou de um bem imóvel, como garantia, como garantia do seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o adimplemento da obrigação, ou melhor, com o pagamento da dívida garantida".

⁴³ Decreto-Lei 911/69- Altera a redação do art.66 da Lei 4.728,de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária,e dá outras providências.

⁴⁴ Lei 4.728 de 14 de julho de 1965- Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento.

Estava criada, portanto, a condição para a decretação da prisão civil do alienante fiduciário.

Essa ficção jurídica, transformou, através de um decreto-lei, uma relação de mútuo em relação de depósito.

E mais do que isso, tal legislação subverte totalmente a lógica do próprio Direito e da Justiça, na medida em que, desequilibra a relação entre as partes, em favorecimento do credor (art. 2º e parágrafos); interfere na livre iniciativa do juiz (art. 3º- parte final) e suprime direitos do devedor (§ único do artigo 5º).

Foi uma das maiores violências já perpetradas contra o ordenamento jurídico, conflitando diretamente com as doutrinas jurídicas.

Poucas vezes se viu uma lei colidir de maneira tão violenta com as estruturas jurídicas, alterando substancialmente:

1. O direito material, pois transforma relação de mútuo em relação de depósito.
2. O direito processual:
 - 2.1. dá à ação de busca e apreensão características de uma ação autônoma e não acessória.
 - 2.2. altera o disposto nos incisos VI e VII do art. 649 do Código de Processo Civil.

3. Equipara o devedor fiduciante em depositário infiel, o que representa verdadeiro absurdo na medida em que, na alienação fiduciária não há depósito do bem, mas somente o bem em garantia.

Nascido no berço do governo militar, esse decreto-lei veio com clara intenção de proteção às instituições financeiras, em flagrante desrespeito aos direitos de seus cidadãos, particularmente, o sagrado direito à ampla defesa e ao contraditório, conforme se verifica nos § 1º e 2º do artigo 3º do texto original:

§ 1º - Despachada a inicial e executada a liminar, o réu será citado para, em três dias, apresentar contestação ou, se já tiver pago 40% (quarenta por cento) do preço financiado, requerer a purgação da mora.

§ 2º. Na contestação só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais.

(grifos nossos)

Essa situação perdurou por 35 (trinta e cinco) anos.

Somente com a edição da lei 10931/04 foram alterados os parágrafos do artigo 3º do decreto-lei, restabelecendo alguns dos direitos suprimidos, conforme se verifica:

1. O parágrafo 2º, permite o pagamento integral da dívida.
2. O parágrafo 3º concede o prazo de quinze dias para a resposta do devedor.
3. O parágrafo 6º prevê a condenação do credor ao pagamento de multa em favor do devedor.

Embora alguns autores tentem associar o decreto-lei com o crescimento econômico, alegando que após sua edição, as instituições financeiras

passaram a aumentar sua confiança e investimentos no país, tal assertiva cai no vazio, a se considerar a força demolidora que tal decreto causou nas instituições jurídicas e no direito do cidadão brasileiro.

O decreto-lei 911/69 representou e ainda representa, uma verdadeira teratologia jurídica.

Houve proposta legislativa de alteração do caput do artigo 1º e revogação do artigo 4º do decreto-lei 911/69 de autoria do Deputado Paulo Delgado, através do Projeto de Lei 1747/99 apresentado na Câmara Federal em 23/9/1999.⁴⁵

Tal proposta obteve parecer favorável do relator da Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, Deputado Geraldo Magela que referindo-se ao decreto-lei, como “aberração jurídica”, socorre-se do magistério do eminente Álvaro Villaça Azevedo:

“A esse respeito, assim se posiciona o festejado Álvaro Villaça Azevedo (em Prisão Civil por Dívida, Ed. Revista dos Tribunais, 1993, pp. 107-109):

“(…)sendo o credor-fiduciário proprietário desse objeto, que foi transmitido, deveria correr os riscos normais do direito de propriedade, tal a perda do objeto, em mãos de outrem, sem culpa deste.

É o princípio de que a coisa perece para o dono, contido no Código Civil Brasileiro, principalmente nos arts. 865, 866, 869 e 871.

(…)Ora, o que ocorre é que tal princípio, consagrado por todo o sistema obrigacional do CC, não é observado na alienação fiduciária em garantia; pois, perdida a coisa fiduciada, sem culpa do devedor, o credor executa o contrato, com as outras garantias nele constantes (títulos de crédito avalizados, por exemplo).

Tenha-se presente que o Decreto-lei 911/69, sob comentários, concede ao fiduciário-credor, por seus arts. 3º, 4º e 5º, respectivamente, as ações de busca e apreensão do bem fiduciado, de depósito e executiva (estas duas últimas com

⁴⁵ www.camara.gov.br. Acesso em 20/02/2006

procedimentos previstos pelo CPC). O aludido art. 3º, referindo-se ao fiduciário-credor, como proprietário, admite a consolidação da propriedade e da posse plena e exclusiva, em suas mãos, da coisa fiduciada.

Resta clarividenciado o sistema de dois pesos e duas medidas dessa legislação; pois, ante a perda da coisa fiduciada, sem culpa do devedor-fiduciante, o credor não sofre as conseqüências desse perdimento, recebendo seu crédito, por outro meio. Todavia, sofre essa perda patrimonial o devedor-fiduciante, o que jamais poderia ocorrer, dado que essa esdrúxula legislação o considera como depositário do mesmo objeto.

Para executar sua garantia, portanto, o fiduciário-credor é proprietário; para sofrer a perda do bem fiduciado, sem culpa do devedor-fiduciante, é este quem sofre referida perda!!! Aliás, o que é verdadeiro absurdo, pois, sendo o fiduciante-devedor considerado depositário, jamais poderia sofrer essa perda patrimonial, aplicando-se o princípio de que a coisa perece para o dono.

(...)Essa flagrante contradição do legislador ocorreu no afã de reforçar, exageradamente, a garantia das empresas de financiamento, com a propriedade do bem fiduciado e com a eventual prisão do depositário.”

A última informação colhida a respeito do projeto de lei, é que o mesmo foi aprovado na Câmara dos Deputados, tendo sido encaminhado ao Senado Federal em 12/4/2002 através do Of. PS-GSE/163/02.

Sem dúvida nenhuma, foi uma louvável tentativa de resgate do direito suprimido do cidadão brasileiro, em épocas de exceção.

Ainda em relação ao devedor fiduciante, e corroborando com a tese esposada pelo o eminente Professor Villaça, tomo a liberdade de introduzir um adendo:

A se considerar o devedor fiduciante depositário, este poderia pleitear do depositante, as despesas feitas com a coisa, conforme

preceituado no artigo 643 do Código Civil e nessa condição, tais despesas poderiam ser deduzidas do débito, a título de compensação.

Como se vê, o devedor fiduciante nada tem de depositário.

3.6. Jurisprudência

A possibilidade da prisão do depositário infiel nas ações de depósito típicas tem sido aceita de maneira pacífica pela jurisprudência, principalmente nos casos de depositários judiciais, pois, nestes casos, a infidelidade se manifestaria contra o Estado que confiou o bem à guarda do devedor, que deverá prestar contas quando lhe for determinado.

Infundáveis porém, são as discussões travadas a respeito da possibilidade da prisão do depositário infiel da alienação fiduciária em garantia.

Até os dias de hoje, a jurisprudência não se pacificou quanto a isso, havendo posições antagônicas inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF).

3.6.1. Posição do Superior Tribunal de Justiça.

O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado de maneira uniforme contra a prisão civil do devedor fiduciante, por entender que este não é depositário.

Para o STJ, a alienação fiduciária em garantia não representa um contrato de depósito, não podendo o alienante ser equiparado a depositário infiel.

Esse argumento tem sido motivo de reiterados acórdãos emanados daquela Corte.

Neste sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Não cabe prisão civil do devedor que descumpre contrato por alienação fiduciária.

No caso de alienação fiduciária em garantia não se tem um contrato de depósito genuíno, portanto o alienante não deve ser equiparado ao depositário infiel”.

No Anexo 1 trazemos as ementas e outros detalhes dos vários julgados de lavra do Superior Tribunal de Justiça que citamos abaixo.⁴⁶

Processo

AgRg nos EREsp 489648 / GO ; AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL
2003/0185321-4

Processo

MS 6275 / SP ; MANDADO DE SEGURANÇA
1999/0026623-4

Processo

HC 36871 / DF ; HABEAS CORPUS
2004/0100890-6

Processo

HC 29284 / SP ; HABEAS CORPUS
2003/0125939-0

Processo

HC 38913 / DF ; HABEAS CORPUS
2004/0146713-5

Processo

REsp 120768 / RJ ; RECURSO ESPECIAL
1997/0012744-3

Processo

REsp 149518 / GO ; RECURSO ESPECIAL
1997/0067225-5

Processo

EREsp 149518 / GO ; EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL
1998/0063056-2

⁴⁶ www.stj.gov.br. acesso em 15/02/2006

3.6.2. Posição do Supremo Tribunal Federal

A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal posiciona-se de maneira contrária à do Superior Tribunal de Justiça com relação à prisão do devedor da alienação fiduciária.

Para o STF, tal prisão é constitucional, não havendo qualquer confronto com a Constituição.

Ao se cotejar as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) com a Constituição Federal, entende o STF que os tratados internacionais têm hierarquia de lei ordinária, não se equiparando às normas constitucionais. Por conta disso, a prisão civil do depositário infiel encontra guarida na Carta Magna.

Entende ainda o STF, que o devedor da alienação fiduciária é depositário necessário por força de dispositivo legal.

Em paradigmático acórdão proferido no julgamento do Habeas Corpus nº 72131 realizado em 23 de novembro de 1995 o Supremo Tribunal Federal cristalizou sua posição favorável à prisão civil do devedor da alienação fiduciária em garantia.⁴⁷

Participaram do julgamento os Ministros: Marco Aurélio Mello, Sepúlveda Pertence, Francisco Rezek, Carlos Velloso, Maurício Corrêa, Néri da Silveira, Octavio Gallotti, Ilmar Galvão, Sydney Sanches, Celso de Mello, Moreira Alves,

HC 72131 / RJ - RIO DE JANEIRO
HABEAS CORPUS
Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES

⁴⁷ www.stf.gov.br. acesso em 15/02/2006

Julgamento: 23/11/1995 **Órgão Julgador:** Tribunal Pleno
Publicação: DJ 01-08-2003 PP-00103 EMENT VOL-02117-40 PP-08650

Parte(s)

PACTE. : LAIRTON ALMAGRO VITORIANO DA CUNHA
IMPTE. : MARCELLO FERREIRA DE SOUZA GRANADO
COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO
INTDO. SATEPLAN CONSORCIOS LTDA
ADVDO. : VILMAR JOSÉ ARRABAL DE CARVALHO
ADVDS. : JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO

Ementa

EMENTA: "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida.

Observação

Votação: por maioria, vencido os Mins. Marco Aurélio, Francisco Resek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.
Resultado: indeferido o pedido e cassada a liminar.
Acórdãos citados: Rcl-314 (RTJ-136/1363), Pet-423-AgR (RTJ-136/1034) (grifos nossos)

Interessante ressaltar que nesse habeas corpus, a Procuradoria Geral da República manifesta-se contrária à prisão e pela concessão da ordem por não terem sido, segundo a Procuradoria, preservados os direitos do consumidor e por entender não ter havido o ânimo de não restituir o bem, embora entenda não haver incompatibilidade entre a ordem constitucional e a prisão do depositário infiel.

A seguir, os votos dos Ministros:

1. Ministro Marco Aurélio (relator).

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, faz longa explanação da matéria, destacando três pontos principais:

1. Contrato de alienação fiduciária não se confunde com contrato de depósito;
2. Não há possibilidade de prisão civil fora das hipóteses previstas no inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal que não contempla a situação da alienação fiduciária;
3. O Pacto de San José da Costa Rica derogou o decreto-lei 911/69 no que dispõe sobre a prisão civil.

Para o Ministro, enquanto no contrato de depósito o que se persegue é a devolução do bem, no segundo (alienação fiduciária) persegue-se o pagamento e liquidação das parcelas.

As exceções de prisão civil, diz o relator, não são passíveis de elástico visando a proteção de credores.

Em sua brilhante peça, o relator cita, entre vários autores, o eminente Professor Álvaro Villaça em defesa da inexistência de contrato de depósito na alienação fiduciária.

Destaca o Ministro que no caso em discussão, a empresa credora torna-se a um só tempo, alienante e adquirente, e nessa condição, também depositária, sob a proteção do decreto-lei 911/69.

Frente às diferenças das duas modalidades de contratos, não é contemplada na exceção do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal a prisão civil do devedor fiduciante.

Entende o Ministro que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que entrou para o ordenamento jurídico interno em 6 de novembro de 1992, portanto posteriormente ao decreto-lei 911/69, derogou este diploma legal no que dispõe sobre prisão civil.

Disse o Ministro:

"De qualquer forma, no magistério de Francisco Rezek, veiculado em Direito dos Tratados, uma vez promulgada, a convenção passa a integrar a ordem jurídica em patamar equivalente ao da legislação ordinária. Assim, a nova disciplina da matéria, ocorrida a partir de 06/11/92, implicou na derrogação do Dec.-Lei 911/69, no que se tinha como abrangente da prisão civil na hipótese de alienação fiduciária."

Com tais entendimentos e por essas razões, o relator firmou seu voto, concedendo a ordem no sentido de afastar a possibilidade de prisão do paciente.

2. Ministro Maurício Corrêa.

Posição diametralmente oposta tomou o voto do Ministro Maurício Correa, que julgou pela legalidade e constitucionalidade da prisão civil do devedor alienante, por entender que o contrato de alienação fiduciária se consolida no contrato de depósito, permitindo, dessa forma, a prisão do devedor:

"A alienação fiduciária, tal qual introduzida no nosso ordenamento jurídico, já se arraigou na cultura de nossos costumes comerciais. A alienação fiduciária se consolida no depósito e portanto na prisão. Excepcionada a prisão pelo não pagamento de prestação alimentar, que a Constituição ostensivamente autoriza, o depósito regulamentado no Código Civil também seria inconstitucional? Respondo que a prisão do depositário infiel, no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária, de igual forma está protegida por lei. Não vejo diferença nas duas situações. Pois tanto uma quanto a outra são produtos da construção do direito civil, com base na lei infraconstitucional, não atentatória ao enunciado no inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal, porque nele prevista a figura do depositário infiel."

Com esse entendimento, o Ministro Maurício Correa cristaliza sua posição de equiparar o devedor fiduciante ao depositário.

Além disso, o Ministro não enxerga a derrogação do decreto-lei 911/69 com a adesão do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos,

entendendo que, a adesão se deu de maneira harmônica com a Constituição e em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro.

Entende que, o artigo 7º, 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao dizer que ninguém será preso por dívidas, na verdade quer dizer, que ninguém será preso porque deixou de pagar uma obrigação contraída nas relações negociais comuns, o que não se aplica nas relações jurídicas especiais onde o devedor inadimplente se nega a devolver o bem, como o caso da alienação fiduciária em garantia.

Com esse entendimento, o Ministro indeferiu o habeas corpus.

3. Ministro Ilmar Galvão.

Entendeu o Ministro Galvão, que o devedor fiduciário é um depositário e portanto, sujeito à legislação pertinente, inclusive a prisão, se configurada sua infidelidade.

Entende não haver prisão por dívida, vez que esta poderá eventualmente ser decretada em função da negativa de entrega do bem e não a sua inadimplência.

Entende que o Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 7º, 7º, proíbe a prisão por dívida, o que não é o caso da alienação fiduciária, onde a prisão se dá, como dito acima, pela negativa da entrega do bem e não pelo inadimplemento.

Entende dessa forma, que a norma do pacto aplica-se à prisão por dívida (não pagamento), o que não se configura na situação do depositário infiel.

Ainda entendendo a hierarquia do pacto como lei ordinária infraconstitucional, não teriam suas normas o condão de revogar leis de natureza especial.

O que fica muito claro no voto do Ministro Galvão é a sua preocupação com as instituições de crédito, defendendo a manutenção das garantias a essas instituições que representam, segundo ele, “a mola propulsora da atividade econômica e portanto, do desenvolvimento”.

Essas foram as razões do seu indeferimento do habeas corpus.

4. Ministro Moreira Alves.

O Ministro Moreira Alves defendeu sua posição favorável à prisão civil do devedor fiduciante, por considerá-lo depositário, uma vez que entende haver depósito necessário na alienação fiduciária em garantia.

Entende ainda que a Convenção Americana de Direitos Humanos, entrando no nosso ordenamento jurídico como lei ordinária infraconstitucional, não pode restringir o alcance das exceções previstas no art. 5º, LXVII da Constituição Federal vigente.

Tais exceções estariam a proteger os credores da pensão alimentícia e também os credores de depósito convencional ou necessário.

E ainda, disserta que o artigo 7º, 7º da Convenção, por ser norma de caráter geral, não revoga dispositivos de legislação especial como a alienação fiduciária.

Termina seu voto, citando o § 2º do artigo 7º do Pacto de San José da Costa Rica que preceitua:

“ Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”.

Para o Ministro, o texto acima, justifica a aplicação das normas constitucionais e legislação infraconstitucional interna do Brasil.

Pelas razões acima, indefere o habeas corpus.

5. Ministro Octávio Gallotti.

Seu voto limitou-se a “acompanhar por seus próprios fundamentos o voto do eminente Ministro Moreira Alves” e reafirmar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até então firmada.

6. Ministro Néri da Silveira.

O Ministro Néri, em seu voto, reporta-se aos termos de seu voto no HC 70625-8/130 (SP) e, quanto à Convenção Americana de Direitos Humanos, entende que a mesma entrou para o direito interno como lei ordinária infraconstitucional, não revogando o decreto-lei 911/69.

Entendeu também que a Convenção como lei geral não revoga leis especiais que regulam a figura do depositário infiel.

7. Ministro Sydney Sanches.

O Ministro Sanches não inovou em seu voto, reportando-se ao ano de 1969, quando da entrada em vigência do decreto-lei 911/69. Na época, como Juiz de 1º grau em São Paulo, teve a oportunidade de julgar as primeiras ações a respeito dessa matéria, concluindo “que era perfeitamente compatível com a Constituição e com o Código Civil a assunção da condição de depositário, pelo alienante-fiduciante” sujeito, portanto, à prisão civil em caso de infidelidade.

Entendeu o Ministro que, com a promulgação da Constituição de 1988, nada mudou em relação a essa matéria e que o decreto-lei 911/69 foi recepcionado pela Constituição.

Quanto ao Pacto de San José da Costa Rica, entendeu que, como lei geral, não revogou lei especial.

E assim, valendo-se dos votos dos Ministros Ilmar Galvão, Moreira Alves, Maurício Corrêa, Celso de Mello e Otávio Gallotti, votou pelo indeferimento do habeas corpus.

8. Ministro Celso de Mello

Em longa dissertação a respeito da hierarquia das normas dos tratados internacionais, o Ministro em seu voto entendeu a submissão das normas dos tratados à Constituição que autoriza, excepcionalmente, a prisão civil do depositário infiel.

Discorre também a respeito da não condição de prisão por ilícito penal, sendo o depositário infiel protegido pela cela especial, longe dos criminosos comuns.

Por esses argumentos, acompanha o voto do Ministro Moreira Alves, indeferindo o habeas corpus.

9. Ministro Francisco Rezek.

O Ministro Rezek, em sua fundamentação, reporta-se à hierarquia infraconstitucional do Pacto de San José da Costa Rica, lembrando, porém, que a infração às normas dos tratados pode acarretar responsabilidade internacional por ato ilícito.

Entendeu em seu voto a inexistência de conflito entre a norma do pacto e a norma constitucional.

Para o Ministro, o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal representa apenas uma autorização de prisão do depositário infiel, que pode ser invalidada pela assunção de um tratado internacional com o qual se estabeleceu compromisso internacional de honrar.

O Pacto não derroga o instituto do depósito, mas sim, a faculdade de prisão civil do depositário infiel.

Traz a caracterização do depósito, apontando a não ocorrência deste instituto na alienação fiduciária, onde não se intenta a devolução do bem.

Relembra que a edição do decreto-lei 911/69 é da época em que o Brasil encontrava-se rompido com a ordem constitucional, decidindo também, com a moléstia do então Presidente Costa e Silva, romper com a ordem institucional, não dando posse ao vice-presidente, assumindo o controle da nação, a junta militar.

Foi essa junta militar que assinou o decreto-lei 911/69.

Ao encerrar sua fundamentação, defende que a hipótese da alienação fiduciária em garantia não se enquadra na exceção constitucional da prisão civil por dívida no caso do depositário infiel.

10. Ministro Carlos Velloso.

O ministro Velloso inicia sua fundamentação, referindo-se ao art. 66 da lei 4728/65, com a redação do art. 1º do decreto-lei 911/69 que, ao transferir ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel e tornando o devedor fiduciante em depositário, estabelece mera ficção.

Ao ser apartado pelo Ministro Moreira Alves, o Ministro Velloso estabeleceu as diferenças básicas entre o depositário, que tem somente a guarda do bem, o que não acontece na alienação fiduciária em garantia, onde há a transferência da propriedade da coisa móvel.

Interessante ressaltar, a locução veemente do Ministro afirmando que o credor fiduciário não tem a propriedade da coisa. Esta é do comprador; o que o credor detém é a posse indireta do bem móvel, que representa uma ficção: "...posse não é propriedade e posse indireta não é posse, é uma ficção".

Enumera, em seu voto, três ficções na alienação fiduciária em garantia:

1. a ficção que leva à falsa propriedade do credor fiduciário,

2. a ficção do contrato de depósito em que o devedor é equiparado à depositário,
3. a ficção da posse indireta.

E vaticina: “E a partir dessas ficções, fica o comprador-devedor, na alienação fiduciária, sujeito à prisão civil”

Defende que o texto constitucional só autoriza a prisão civil do depositário infiel, vale dizer, daquele que se tornou depositário através de um contrato de depósito, e não daquele que se tornou depositário através de uma ficção.

Apontou também, que o decreto-lei 911/69 não passou pela aprovação do Congresso Nacional, tendo sido editado por uma junta militar que serviu àqueles que tinham interesse econômico.

Entende ainda o Ministro que o Pacto de San José da Costa Rica não permite a prisão civil em equiparações com a finalidade de resolver obrigação civil mediante prisão.

E mais, o direito encerrado no art. 7º, 7º do Pacto, é um direito fundamental em pé de igualdade com os direitos fundamentais expressos na Constituição Federal.

E conclui seu voto, defendendo a revogação do decreto-lei 911/69 pelo Pacto de San José da Costa Rica, visto que, sendo ambas, leis infraconstitucionais, “lei posterior revoga lei anterior”.

Pela razões apresentadas, defere o habeas corpus, acompanhando os votos do Ministro relator e do Ministro Francisco Rezek.

11. Ministro Sepúlveda Pertence.

O Ministro Sepúlveda Pertence entende que a prisão civil do alienante fiduciante não encontra guarida nas exceções de prisão por dívidas insculpidas no inciso LXVII do artigo 5º da Constituição federal vigente.

Para o Ministro, o alienante fiduciário (devedor) é o verdadeiro proprietário do bem (embora limitado o seu domínio) e não seu depositário.

Com voto objetivo e pelas razões acima elencadas, deferiu o hábeas corpus.

Conforme se verificou, o Supremo Tribunal Federal negou, por maioria, o habeas corpus, entendendo pela constitucionalidade da prisão civil do devedor da alienação fiduciária, em caso de infidelidade.

Apesar de sua votação polêmica, com votos divergentes de vários de seus Ministros, tal acórdão tem balizado os demais julgamentos daquela Corte, representando verdadeiro paradigma jurisprudencial a nortear os julgamentos a respeito dessa matéria:

HABEAS CORPUS N° 75.306-0 - RJ
RELATOR: MINISTRO MOREIRA ALVES

EMENTA:HABEAS CORPUS.

Esta Corte, por seu Plenário (HC 72131), 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 artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel.

Habeas corpus indeferido.

Há fortes possibilidades de alterações na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, visto que houve substancial modificação dos membros daquela Corte com a aposentadoria de vários Ministros e a conseqüente assunção de outros.

A composição atual do Supremo Tribunal Federal é a seguinte:

1. Ministra Ellen Gracie.
2. Ministro Sepúlveda Pertence.
3. Ministro Celso de Mello.
4. Ministro Marco Aurélio.
5. Ministro Eros Grau.
6. Ministro Carlos Britto.
7. Ministro Joaquim Barbosa.
8. Ministro Gilmar Mendes.
9. Ministro Cezar Peluso.
10. Ministro Enrique Ricardo Lewandowski.
11. Ministro Nelson Jobim.

Ressalte-se que o Ministro Néelson Jobim encontra-se em vias de aposentadoria já anunciada, havendo nova alteração nos quadros do STF.

Dos onze Ministros que compunham o STF à época da votação do HC 72131, restam apenas três:

1. Ministro Sepúlveda Pertence (votou pele concessão do hábeas corpus)
2. Ministro Marco Aurélio (votou pela concessão do hábeas corpus)
3. Ministro Celso de Mello (votou pela não concessão do hábeas corpus)

Note-se que, dos três Ministros acima, dois manifestaram-se pela inconstitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciante.

A tendência é de acentuada mudança jurisprudencial, conforme se infere da recente liminar concedida pelo Ministro Joaquim Barbosa, no habeas corpus nº 88173, no sentido de suspender a ordem de prisão contra empresário acusado de depositário infiel.⁴⁸

⁴⁸ www.conjur.com.br - Revista Consultor Jurídico, 13 de março de 2006. acesso em 15/3/2006

4. PESQUISA DE CAMPO-

ENTREVISTAS

Neste capítulo, apresentamos depoimentos colhidos através de entrevistas realizadas com 10 (dez) Magistrados e 1 (um) empresário, este último vítima de decretação de sua prisão civil por depositário infiel.

4.1. Entrevistas com os Magistrados- método da pesquisa.

Os Magistrados foram escolhidos entre os que têm ou tiveram forte atuação em julgamentos que envolveram o tema da prisão civil do depositário infiel.

Dessa forma, foi realizada pesquisa qualitativa com o intuito de se apurar o posicionamento dos julgamentos desses Magistrados, na medida em que alguns, atuando em primeira instância, julgam e decidem os pedidos de prisão civil, enquanto outros, atuando em instância superior, julgam, ou julgaram recursos no mesmo sentido.

Foi entrevistado também um Magistrado que não atua na área cível, mas foi escolhido para entrevista por ser o Juiz corregedor dos presídios na Comarca de Santos, tendo portanto, profundos conhecimentos das condições carcerárias da nossa região e do Estado de maneira geral.

Foram entrevistados 10 (dez) Magistrados, estratificados por tempo de magistratura:

Três Magistrados com até 10 (dez) anos de Magistratura

Três Magistrados entre 10 (dez) e 20 (vinte) anos de Magistratura.

Quatro Magistrados acima de 20 (vinte) anos de magistratura (Desembargadores).

As entrevistas obedeceram a roteiro prévio, onde foram apresentadas as questões pertinentes à matéria, abrindo espaço para as considerações que os entrevistados julgaram importantes.

O roteiro das entrevistas foi baseado nas seguintes questões:

1. Qual a sua opinião a respeito da prisão civil do depositário infiel.
2. Como sentença (ou sentenciou)?
3. Por que? (justificativa)
4. Houve mudança em seu posicionamento ao longo dos anos?
5. O tema direito internacional é do seu interesse (estudos)?
6. Qual sua opinião a respeito da hierarquia das leis oriundas das convenções internacionais?

No Anexo 2, estão todos os detalhes desta pesquisa qualitativa.

4.2. Depoimentos dos Magistrados.

As entrevistas deixaram muito claro o posicionamento dos Magistrados no sentido de aceitar como legal e constitucional a prisão do depositário infiel, desde que preenchidos os requisitos da norma positivada.

Chamou a atenção o cuidado demonstrado pelos julgadores que, embora entendam como legal a prisão, fazem-no caso a caso, levando em consideração o grau de entendimento que o depositário detém sobre a sua obrigação, a boa fé e também, eventual má fé dos credores, como bem acentua o Magistrado Amable Lopez Soto em seu depoimento:

“Sempre é preciso analisar caso a caso, pois cada caso tem suas circunstâncias particulares que devem ser levadas em conta na hora do julgamento. O que há, às vezes, é má fé por parte do credor”

Como exemplo de má fé do credor aponta aquela situação em que financeiras alienam o bem sem pesquisar as condições do comprador, confiando que o mesmo vai fazer de tudo para adimplir com sua obrigação em função do risco da prisão.

Relativamente à boa fé do devedor, o Dr. Walter Theodósio relatou interessante caso em que concedeu habeas corpus a um gerente que, depositário dos bens da empresa que sofria execução, teve sua prisão decretada 10 (dez) anos depois quando já não mais era funcionário da empresa e tampouco se lembrava da sua condição de depositário.

Era o caso típico de boa fé.

Nos casos da alienação fiduciária em garantia caracterizada no decreto-lei 911/69, as posições dos Magistrados se dividem bastante, com opiniões divergentes, bem aos moldes dos Ministros do STJ e do STF, com tendência para a não aceitação da prisão nesta situação, havendo os que entendem cabível a prisão, por ser constitucional e os que a consideram descabida, por não enxergarem no devedor fiduciante, a condição de depositário, havendo ainda, os que entendem que o Pacto de San José da Costa Rica revogou o decreto-lei 911/69.

Um dos argumentos bastante interessante justificando a não caracterização do devedor fiduciante como depositário foi exarado pelo Desembargador Miguel Petroni Neto:

“O devedor fiduciante não está na situação jurídica de depositário. Também transfigurada ficou a milenar regra do *res perit domino suo* que remonta o Código de Hamurabi, pois na alienação fiduciária em garantia, se a coisa perecer sem culpa do devedor, o prejuízo é dele, e não do credor”.

Outra situação posta, foi a ampliação do conceito de depositário.

Em suas razões, os entrevistados, Dr. Raphael Silva Salvador e Dr. Márcio Kammer de Lima, fazem interessante crítica, considerando descabido o alargamento do conceito de depositário infiel instituído pelo decreto-lei 911/69 pois, ao se admitir tal situação, corre-se o risco de amanhã uma lei estabeleça que o inquilino inadimplente possa ser considerado depositário infiel.

O que ficou muito claro, é que as posições quanto à matéria são claras e definidas:

1. Os que entendem cabível a prisão do depositário infiel somente nos depósitos contratuais e judiciais.
2. Os que entendem cabível a prisão do depositário infiel nas situações acima e também, nos casos de alienação fiduciária.

Ficou muito clara também a preocupação dos Magistrados em pesquisar antes da decretação da prisão, a presença ou ausência de dolo do devedor.

Os Magistrados entendem ainda que aqueles depositários que o são por determinação judicial, quando infiéis, estão atentando contra a Justiça que lhes confiou a guarda do bem e não diretamente contra o credor, não sendo portanto esta uma prisão por dívida.

O Dr. Gustavo Pieroni Louzada, entende que no contrato de alienação fiduciária, não há depósito contratual do bem e por isso não decreta a prisão nestes casos, mas chamou atenção para a necessidade de se preservar as garantias dos credores de depósitos contratuais e judiciais, cujos direitos também devem ser respeitados.

Com relação à hierarquia dos tratados internacionais no nosso ordenamento jurídico, a questão é pacificada entre os entrevistados, entendendo os mesmos serem os tratados internacionais leis ordinárias infraconstitucionais. Um dos argumentos mais fortes apresentados a justificar tal posicionamento foi o

de que os tratados podem ser considerados inconstitucionais, enquanto que com as normas constitucionais isso não acontece.

Os Magistrados de maneira geral (não unânime) mantêm seus posicionamentos desde o início das suas carreiras, sentenciando com os mesmos convencimentos a respeito da matéria.

As mudanças quando aconteceram, foram em relação à decretação da prisão do depositário infiel na condição do decreto-lei 911/69, existindo os que no início da carreira decretavam tais prisões e hoje, revendo os conceitos, não mais a decretam.

A pesquisa apurou também, que o direito internacional, embora do interesse dos Magistrados, não faz parte dos seus estudos diários, limitando-se às situações em que tal matéria vem à tona nas causas que lhes chegam; demonstrando, porém, conhecimento da matéria e do Pacto de San José da Costa Rica em particular.

Quando perguntados se os direitos humanos representam matéria do seu interesse, responderam que sim.

Não deixou dúvida a preocupação dos entrevistados quanto aos direitos humanos, a começar pela seletividade demonstrada na decretação da prisão que era sempre precedida da investigação de ausência de dolo do devedor.

Em uma análise mais aprofundada a respeito do tema “prisão” o Dr. Amable entende que esta punição tende a ser uma opção cada vez mais afastada do mundo do direito.

Pondera o Magistrado, que a tendência da sociedade é de uma outra resposta ao infrator penal ou civil que não a prisão, colocando-se esta, como última alternativa possível.

Lembrou que, mesmo a prisão civil do devedor de alimentos tem diminuído seu alcance, na medida em que a interpretação jurisprudencial mais moderna, é no sentido de que não cabe a prisão no débito alimentar superior a três meses. É uma regra jurisprudencial e não legal.

O Dr. Gilberto Ferreira da Cruz, como profundo conhecedor das condições dos presídios, posicionou-se contrário à prisão do depositário infiel, assim como contrário à qualquer prisão por dívida.

Justifica seu posicionamento no fato de que as condições dos nossos presídios violam as garantias dos cidadãos inculpidas na Constituição Federal, desrespeitando o princípio da dignidade humana do artigo 1º, inciso II e também as garantias fundamentais do cidadão do artigo 5º, incisos XLVIII e XLIX.

Afirma que se os condenados pela prática de crimes não têm respeitadas suas garantias, menos ainda se pode manter nessas condições aqueles que não cometeram crimes.

Em seu depoimento, o Dr. Gilberto lembra que os presos por dívidas ficam em cela separada chamada “seguro” mas que não os protegem:

...“Não existe cela especial que venha a preservá-los do contato com outros presos; passam por momentos de aflição, por marcante e talvez indelével sofrimento mental”...

Lembrou ainda, que nas celas, junto com o depositário infiel, ficam detentos jurados de morte por facções criminosas, estupradores e outros.

Interessante notar que o depoimento do Juiz traduz muito do afirmado na entrevista do empresário preso por depositário infiel adiante transcrita.

Perguntado se, com o advento da lei 9099/95 a questão da prisão do depositário infiel teria ficado prejudicado, respondeu que sim, em razão do princípio fundamental da dignidade humana.

4.3. Depoimento do Empresário.

Trata-se de micro-empresário da área industrial, réu em ação de execução fiscal movida pela Fazenda Estadual.

Ao embargar a execução, ofereceu bens à penhora, consistentes em mercadorias da sua indústria, já em fase de encerramento de atividades.

Em momento de sua ausência e por falhas nas informações, o Oficial de Justiça relatou ao Juízo não ter encontrado o devedor, assim como, os bens penhorados.

Frente a isso o Juiz decretou a prisão civil do empresário por depositário infiel.

Poucos dias depois, o empresário foi abordado por dois policiais que, exibindo o mandado judicial, deram-lhe ordem de prisão.

Sem entender o que acabara de acontecer, confuso, assustado e envergonhado, pois tudo acontecia frente aos amigos e vizinhos, o empresário foi introduzido na viatura policial e levado à carceragem do 5º Distrito Policial de Santos.

Chegando ao Distrito Policial, foi despido, submetido à vistoria de rotina e depois trancafiado em cela dita “seguro”, que em nada se diferenciava das demais.

Junto com o até então cidadão prestativo, encontravam-se estupradores, pedófilos e outros.

Refere que naquele dia pôde testemunhar a chegada de delinqüentes que antes só conhecia das notícias de jornais, tais como assaltantes, seqüestradores, latrocidias, etc. que haviam sido presos em flagrante: “Não paravam de chegar bandidos e assaltantes trazidos pela polícia, aqueles caras que já conhecia dos jornais.”

Em certo momento de desespero, chegou a pensar em dar fim à sua vida:

“Em um determinado momento achei que poderia resolver tudo aquilo com aquela 45 que vi em cima da mesa do policial. Minha vida valia muito pouco”.

A sensação era um misto de medo, vergonha e revolta.

Medo por não saber o que poderia acontecer, até porque, a qualquer momento poderia haver uma rebelião e todos do “seguro” são vítimas em potencial.

“A primeira noite foi um pavor. Ouvia gritos, confusões, barulhos, e não conseguia dormir.”...

“Não sabia quando e se ia sair de lá, pois ouvia muito falar em rebeliões, fugas, mortes,etc.”

Vergonha porque nunca isso havia acontecido, e as lembranças da família, particularmente do pai que enquanto viveu, propugnou pela honestidade e ética, verbalizando o orgulho de seu filho trabalhador e cumpridor de suas obrigações e vergonha por sua mãe (que para visitá-lo era obrigada a se despir para revista realizada pelas agentes penitenciárias) e depois não queria mais ir embora:

“Minha mãe negava-se a sair da porta do D.P. enquanto eu estivesse lá e teve de ir arrancada”.

Revolta pelos devedores que de certa forma teriam contribuído para a situação em que se encontrava:

“Revoltava-me lembrar que eu era credor de tantos clientes que, deixando de me pagar levaram-me à insolvência e apesar disso estavam em liberdade”.

A revolta aumentava quando lembrava dos políticos acusados de enormes desvios de dinheiro público (verba de saúde, educação e alimentação dos necessitados) respondendo em liberdade e sem notícias de condenação de qualquer deles.

“Eu estava sendo violentado pelo sistema, pela vida, por mim mesmo, sei lá.”

Ao sair da prisão as cenas dos dias lá passados se repetiam, causando profundo trauma e marcas indeléveis:

“Durante muitos meses o trauma da prisão ficou em mim, viaturas de polícia me estarreciam de medo, imagens me apareciam e ainda hoje guardo uma profunda marca disso tudo.”

5. CONCLUSÃO.

5.1. Considerações

Conforme já dito em capítulo anterior, na escala de valores, a liberdade desponta logo após a vida.

O conceito de vida é bastante amplo, envolvendo um conjunto de atributos inseparáveis sem os quais a vida deixa de existir.

Na verdade, a liberdade equipara-se em valores à própria vida.

A vida sem liberdade nada significa, deixa de ser vida.

O ser humano sempre desejou ser livre e para isso sua luta, muitas vezes insana, para alcançar seu direito de liberdade.

Muitas guerras foram e são deflagradas em nome da liberdade de um povo e muitas lutas se travam em nome desse direito inalienável.

Beccaria⁴⁹ em sua magnífica obra, demonstra que os seres humanos, em face de seus inimigos, frente aos temores de perda da sua liberdade, abrem mão de parte dela no intuito de poder gozar do que lhe sobra, com segurança.

Essa é a razão do ser humano em sociedade, estabelecer regras e penalidades no intuito da manutenção de uma vida tranqüila e livre.

É o princípio do contrato social que estabelece as normas de convívio entre os homens.

Só se admite a supressão da liberdade de um ser, quando este põe em risco o bem estar geral.

Note-se que, ao me referir a um “ser”, não estabeleci exceções de forma já que aí se enquadram todos os seres vivos.

⁴⁹ Cesare Beccaria. Dos Delitos e das Penas. P. 25.

A liberdade do ser humano, portanto, deve ser preservada sempre, e somente como exceção deve ser suprimida.

Entre as punições, a perda da liberdade só se aplica em casos extremos, no intuito de se tutelar direitos de uma sociedade.

É inadmissível a supressão da liberdade como medida de coerção para manutenção de qualquer direito disponível, principalmente o direito pecuniário.

A prisão por dívida representa verdadeira aberração jurídica, retroagindo aos bárbaros tempos em que o devedor respondia com seu corpo ou sua vida.

Até o ano 326 a.C. o devedor, quando inadimplia, tinha decretada sua morte ou virava escravo do credor.

Foi a *Lex Poetelia Papiria* que suprimiu esse tipo de condenação e determinou que o devedor respondesse com seu patrimônio e não mais com sua vida ou sua liberdade.

Inadmissível é nos nossos dias a decretação da prisão civil por dívida, sob pena de voltarmos no tempo e recriarmos leis revogadas séculos antes de Cristo.

É o caso do depositário infiel, que paga com sua liberdade a inadimplência, bem à moda antiga.

Neste último capítulo, apresentamos as razões da não aplicação da pena de prisão do depositário infiel e o porquê da aplicação do direito internacional dos direitos humanos nessas situações.

A partir do momento em que decidimos e criamos regras de convivência pacífica entre os homens, decidimos também pela aplicação do direito e da justiça dentro dos princípios da igualdade, razoabilidade e proporcionalidade.

Toda e qualquer norma deve obedecer a tais princípios, sob pena de, em não o fazendo, ficarmos de costas a todos os valores mais sagrados da nossa existência.

O direito internacional dos direitos humanos preserva a dignidade da pessoa humana, mantém direitos fundamentais de todo e qualquer indivíduo, preserva, em última análise, o direito a uma vida digna.

A soberania de um Estado é violada quando se viola o direito de seus cidadãos.

Ao cotejarmos as normas do direito brasileiro com o direito internacional, deveremos observar e aplicar aquela que respeita e obedece aos princípios acima elencados, pois assim agindo, estaremos protegendo nossa gente, razão maior da formação de um Estado.

5.2. Depositário no Decreto-Lei 911/69.

Nem sempre as leis visam o bem comum, mais das vezes, são criadas para beneficiar uma minoria que detém o poder.

Neste sentido escreve Beccaria:⁵⁰

“Abramos a história, veremos que as leis, que deveriam ser convenções feitas livremente entre homens livres, não foram, o mais das vezes, senão o instrumento das paixões da minoria, ou o produto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido dirigir todas as ações da sociedade com este único fim: todo o bem estar possível para a maioria.”

A prisão civil do devedor fiduciante, traduz bem o trecho acima, pois foi resultado de uma ficção jurídica bárbara e cruel criada e editada por quem à época detinha o poder, em favor de interesses pecuniários de uma minoria, em detrimento da maioria.

⁵⁰ Op. cit. p. 22.

A alienação fiduciária em garantia regulamentada pelo decreto-lei 911/69, que equipara o devedor fiduciante a depositário, além de ser um instituto jurídico deturpado, peca em sua própria definição conforme se demonstrará.

Aurélio Buarque de Holanda⁵¹ define alienação, como “cessão de bens”.

O mesmo autor,⁵² à p. 625, define fidúcia, como “confiança, segurança”.

O que se conclui, é que a alienação fiduciária representa em sua origem, um contrato de confiança onde acontece a cessão do bem.

E peca também em suas origens:

Maria Helena Diniz⁵³ em sua obra, relembra que o direito romano já conhecia o negócio fiduciário, sob as figuras da:

1. *fidúcia cum amico*- que representava um contrato de confiança em que o fiduciante alienava seus bens a um amigo, com a condição de lhe serem restituídos quando cessassem as circunstâncias aleatórias como viagem, riscos de perda com as guerras, acontecimentos políticos, etc.
2. *fidúcia cum creditore*- de caráter assecuratório ou de garantia, onde o devedor vendia seus bens ao credor, sob a condição de recuperá-los se dentro de certo prazo efetuasse o pagamento do débito.

⁵¹ Op. Cit. p. 69.

⁵² Ibid.

⁵³ Op. Cit. p. 480.

Continua a autora, concluindo que, em ambas as espécies de fidúcia, havia a transferência da coisa ou do direito, com a obrigação do adquirente de restituí-la ao alienante depois de cumprido o objetivo que se pretendia.

O que se conclui, finalmente, é que a alienação fiduciária em garantia é, na verdade, um contrato de mútuo com garantia real, onde há a transferência da propriedade do bem ao devedor que poderá perdê-lo se inadimplir em sua obrigação.

A partir do momento em que há transferência do bem, o devedor fiduciante torna-se proprietário, não podendo dessa forma, ser depositário, pois depositário não detém a propriedade, mas tão somente a posse direta.

A equiparação do devedor fiduciante a depositário é, portanto, absurda e desmedida.

Dessa forma, não há que falar em prisão civil do devedor fiduciante, visto não ser este, depositário.

E mais, o Pacto de San José da Costa Rica revogou o decreto-lei 911/69, visto que, sendo ambas leis ordinárias infraconstitucionais, a lei posterior (Pacto) revoga lei anterior.

5.3. Depositário contratual e judicial

O depósito contratual ou o depósito judicial determinam os verdadeiros depositários, que têm a obrigação de cuidar, manter e guardar o bem até que lhe seja exigido.

Tais depositários existem em função de contrato de depósito ou como obrigação ordenada pelo juiz, podendo ambos, figurar como depositários infiéis.

É inegável que o não cumprimento da obrigação, isto é, a infidelidade, deverá gerar conseqüências legais e punições, posto que representam violações ao direito de terceiros, seja do proprietário do bem, do credor, ou ainda desobediência ao Estado que confiou ao depositário a guarda do bem.

O que se discute é justamente a punição, as conseqüência legais que tal ilícito possa acarretar.

Para que se possa punir, primeiro deve-se verificar se a pena obedece aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Razoável é tudo aquilo que respeita o racional, a razão, o equilíbrio.

Proporcional é aquilo que representa o “quantum” a ser reparado.

A aplicação da pena há de ser razoável, mas também proporcional ao delito.

Muitas vezes, o limite entre a razoabilidade e a proporcionalidade é bastante tênue e de difícil diferenciação.

Para alguns radicais que defendem a pena de morte, esta é proporcional, pois é o castigo àquele que retirou a vida de outro; mas os mesmos radicais sabem que não é razoável, posto que desobedece à própria razão, na medida em que o Estado estaria agindo no mesmo erro do apenado.

A prisão civil do depositário infiel não encontra guarida em qualquer dos dois princípios, posto que tal infração não tem poder ofensivo à sociedade, não tem o escopo de ressocializar o indivíduo, além de representar medida de extrema agressividade, desproporcional ao delito.

A prisão civil, por ser instrumento de coação para cumprimento de uma obrigação civil, é inaceitável dentro de uma sociedade moderna.

A evolução dos costumes faz com que a sociedade caminhe na direção de penas mais pedagógicas e ressocializantes e menos punitivas.

Bom exemplo disso, é a lei 9099 de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Tal legislação, já incorporada aos nossos costumes, estabelece as infrações de menor poder ofensivo, conforme se verifica em seu artigo 61:

Art. 61-consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

Posteriormente, com a edição da lei 10.259/01, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, foi alterado o conceito de delito de menor potencial ofensivo, abrangendo aqueles com pena máxima prevista de até 2 anos:

Art. 2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.

Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa (grifo nosso)

As infrações de pequeno potencial ofensivo são apenadas com multas ou penas restritivas de direitos, exceto nas hipóteses do § 2º do art. 76:

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Ora, se as infrações penais com pena máxima de até 2 (dois) anos não são suscetíveis de prisão, é absurdo, desproporcional e fora da razão se admitir a prisão civil, principalmente se esta prever pena máxima de 1 (um) ano, como é o caso do depositário infiel.

E mais.

Observe-se o crime de apropriação indébita capitulado no Código Penal:

Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Aumento de pena

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa:

I - em depósito necessário.

(grifo nosso)

Aplicando-se o aumento da pena do inciso I do § 1º, a pena chegaria, em caso de primariedade, a 16 (dezesesseis) meses, situação que não autoriza a decretação da prisão, por enquadrar-se no artigo 44 do Código Penal, conforme se demonstra:

Art. 44 - As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade inferior a 1 (um) ano ou se o crime for culposo;

II - o réu não for reincidente;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º - (VETADO)

§ 2º - Na condenação igual ou inferior a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a 1 (um) ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direito.

§ 3º - Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º - A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de 30 (trinta) dias de detenção ou reclusão.

§ 5º - Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

(grifo nosso)

Como se vê, a prisão do depositário infiel só se justificaria nas situações de enquadramento da infração no Código Penal e assim mesmo, nos casos de reincidência e quando **caracterizado o dolo**.

Por qualquer ângulo que se olhe, não se enxerga razoabilidade, nem mesmo proporcionalidade na aplicação da pena de prisão do depositário infiel.

5.4. Aplicação do Direito Internacional

Segundo o Professor André de Carvalho Ramos⁵⁴, o Direito Internacional dos Direitos Humanos representa “o conjunto de direitos e faculdades que garantem a dignidade da pessoa humana e beneficiam-se de garantias internacionais institucionalizadas”, de onde se conclui, que a internacionalização dos direitos humanos tem o escopo de garantir de maneira universal a dignidade da pessoa humana através da institucionalização das suas normas de maneira global.

Na mesma obra⁵⁵, o Professor André mostra as diferenças dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados; enquanto estes contém vantagens mútuas aos Estados, aqueles obrigam os Estados a cumprir e respeitar e garantir os direitos humanos.

A partir do momento em que um país introduz em seu ordenamento jurídico um tratado internacional, assume as responsabilidades de cumprimento das suas regras, sob pena de responsabilização, que é a característica essencial de um sistema jurídico⁵⁶ onde não faz exceção o sistema internacional.

Como toda regra não cumprida gera responsabilização da parte infratora, o mesmo se aplica aos Estados que descumprem as normas de tratados internacionais que se comprometeram a obedecer.

É regra inerente ao direito.

⁵⁴ Responsabilidade Internacional por violação de direitos Humanos. P. 29.

⁵⁵ Ibid. p. 36/40.

⁵⁶ Ibid. p. 67.

Não é diferente no Direito Internacional onde a responsabilidade do Estado é objetiva⁵⁷, bastando para sua caracterização, os elementos: dano, o ilícito e o nexa de causalidade que o vincule ao Estado⁵⁸.

Como responsabilidade objetiva, não há a necessidade de comprovação de culpa.

Independente da já discutida hierarquia das normas dos tratados internacionais de direitos humanos, o Brasil ao assinar, votar e ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) firmou o dever de cumpri-la em todos os seus artigos, sob pena de enquadramento nas sanções previstas.

Assumiu o Brasil obrigação de fazer (garantia aos direitos humanos) e obrigação de não fazer (respeito aos direitos humanos com a limitação do poder público)⁵⁹

O não cumprimento das normas da Convenção Internacional gera responsabilidade e, uma vez caracterizada a responsabilidade do Estado, nasce o dever de indenizar.

O Brasil reconheceu em dezembro de 1998, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que leva o país, a reconhecer a sua competência contenciosa⁶⁰.

Essa é uma das várias razões, da necessidade do cumprimento das normas do Pacto de San José da Costa Rica e a conseqüente proibição da prisão civil do depositário infiel, sob pena de responder perante a Corte, por desobediência aos direitos humanos que prometeu proteger.

Cai por terra o argumento do conflito de normas entre a Convenção Internacional de Direitos Humanos e a Constituição brasileira, uma vez que o

⁵⁷Existem correntes minoritárias que entendem ser a responsabilidade do Estado baseada na teoria subjetiva (da culpa), conforme nos ensina o Professor André de Carvalho Ramos em sua obra citada, à p. 94/96

⁵⁸ Ibid. p. 91.

⁵⁹ Ibid. p. 41.

⁶⁰ Flávia Piovesan. Op. cit. p. 269.

inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal apenas prevê a possibilidade da prisão civil do depositário infiel, **não** sendo norma **cogente** que obrigue a prisão nestes casos, **podendo a mesma ser decretada ou não** ao passo que, o Pacto de San José da Costa Rica, positivado em nosso direito interno, em seu art. 7, 7º exclui, de maneira cogente, qualquer possibilidade de prisão por dívida, excetuando a do inadimplemento da pensão alimentar.

Ainda que isso não bastasse, mesmo que se aceite conflito de normas, mesmo assim obrigatório seria a aplicação do pacto internacional por ser norma mais favorável.

E por derradeiro, conforme já demonstrado quando cotejadas com as normas penais, a prisão civil do depositário infiel fere de morte a coerência do nosso ordenamento jurídico e sangra os princípios basilares que sustentam os direitos humanos internacionais.

5.5. Dos Danos Morais e Psíquicos

O dano moral, segundo o psiquiatra forense Guido Arturo Palomba⁶¹ difere do dano psíquico pois, enquanto o primeiro representa a ofensa aos valores ético-morais do indivíduo capaz de causar dor moral, o segundo é o comprometimento da esfera psíquica.

O dano moral não significa psicopatologia mas pode causar distúrbios mentais, virando dessa forma, dano psíquico.⁶²

O que se conclui é que, embora se diferenciem, ambas as modalidades de danos podem se entrelaçar uma vez que o sofrimento, elemento causador do dano moral pode comprometer a esfera psiquiátrica.

⁶¹ Tratado de Psiquiatria Forense. p. 304/305.

⁶² Ibid. p. 305

Existem indivíduos que ao sofrerem traumas graves, desencadeiam patologias psiquiátricas que anteriormente, em estado latente não se manifestavam.

Existem também aquelas que embora não sejam portadoras de qualquer pré-disposição, ao vivenciarem situações de extrema tensão desenvolvem traumas psíquicos que deixam marcas definitivas em suas vidas.

É indiscutível que a prisão tem efeito devastador no ser humano, causando danos morais e psíquicos de difícil reparação.

Desnecessário dizer as conseqüências funestas que a prisão causa no depositário infiel. Mais das vezes estes nunca mais recuperam a saúde, com transtornos claros para si, sua família e toda a sociedade.

O depoimento do empresário relatado no capítulo anterior é o exemplo típico do acima afirmado, sendo a maior prova de verdade.

A prisão do depositário infiel não encontra embasamento jurídico ou lógico a justificar sua decretação.

E mais, se a prisão civil tem o escopo de coação para o adimplemento da obrigação, isso não se pode esperar do devedor que se encontra preso sem condições de produzir para honrar seus compromissos.

É inadmissível em uma sociedade moderna a existência da prisão civil, havendo alternativas viáveis de substituição desse método arcaico e ultrapassado que só é admitido em situações restritas e específicas.

A história avança e os horizontes se alargam.

O Código Civil vigente demonstra esse avanço. É mais finalista, alargou a visão do Direito e aumentou o alcance social das relações jurídicas.

A sociedade haverá de abolir em curto espaço de tempo a prisão do depositário infiel, por ser esta, antijurídica, anti-social, despropositada, desproporcional e acima de tudo, muito cruel.

PIOR DO QUE A AUSÊNCIA DO DIREITO, É A MÁ APLICAÇÃO DELE.

6. Bibliografia

ALVES, Vilson Rodrigues. Alienação Fiduciária em garantia. 1ª ed., Campinas./SP: Millenium.1998.

BECCARIA, Cesare, Marchesi di, 1738-1794. Dos delitos e das penas/C. Beccaria; prefácio de Evaristo de Moraes; tradução de Paulo M. Oliveira. 12ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

BUARQUE DE HOLANDA, Aurélio Ferreira. Novo Dicionário da Língua Portuguesa. 1ª ed. 15ª impressão, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, sem data.

CAHALI, Youssef Said. Código Civil, Código de Processo Civil, Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 3º volume. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 4º volume. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN Flávia (coordenadores). O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. Direito Processual Civil: procedimentos especiais, volume 13 (coleções sinopses jurídicas). São Paulo: Saraiva, 1999.

HERKENHOFF, João Baptista. Curso de Direitos Humanos volume I-Gênese dos Direitos Humanos. São Paulo: Acadêmica, 1994.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição. Belo Horizonte: Del Rey. 2005.

MACHADO, Patrícia Ferreira. A Constituição e os Tratados Internacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (diretores). Arquivos de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MENEZES, Wagner (coordenador). Estudos de Direito Internacional. Volume III. Anais do 3º Congresso Brasileiro de Direito Internacional: Juruá. 2005

MIRABETE, Júlio Fabrini. Código de Processo Penal Interpretado. 10ª ed., São Paulo: Atlas. 2003

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 13ª ed., São Paulo: Atlas. 2003

MORAES, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais. 2ª ed., São Paulo: Atlas. 1998.

NUNES Elpídio Donizetti. Curso didático de Direito Processual Civil. 6ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PALOMBA, Guido Arturo. Tratado de Psiquiatria Forense, Civil e Penal. São Paulo: Atheneu, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. Direitos Humanos em Juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e as sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público. 8ª ed., São Paulo: Saraiva.. 2000.

REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Roberto Luiz. Direito Internacional Público. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

VENOSA, Sílvio de Salvo (organizador). Novo Código Civil: texto comparado- Código Civil de 2002/Código Civil de 1916. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WEIS, Carlos. Direitos Humanos Contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 1994.

ZENAIDE, Maria Nazaré Tavares; DIAS, Lucia Lemos-org. Formação em Direitos Humanos na Universidade. João Pessoa: Ed. Universitária. 2001

Revista Jurídica- CONSULEX, ANO IX- Nº 203

www.camara.gov.br. Acesso em 20/02/2006

www.onu-brasil.org.br/documentos_carta.php. Acesso em 10/10/2005.

www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acesso em 10/10/2005.

www.senado.gov.br. Acesso em 20/02/2006

www.stf.gov.br. Acesso em 15/02/2006

www.stj.gov.br. Acesso em 15/02/2006

ANEXO I

Julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Processo

AgRg nos EREsp 489648 / GO ; AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL
2003/0185321-4

Relator(a)

Ministro ARI PARGENDLER (1104)

Órgão Julgador

CE - CORTE ESPECIAL

Data do Julgamento

17/11/2004

Data da Publicação/Fonte

DJ 06.12.2004 p. 185

Ementa

PRISÃO CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. A falta de devolução do bem alienado fiduciariamente não autoriza a prisão civil do devedor. Precedente da Corte Especial. Agravo regimental não provido.

Processo

MS 6275 / SP ; MANDADO DE SEGURANÇA
1999/0026623-4

Relator(a)

Ministro NILSON NAVES (361)

Órgão Julgador

S2 - SEGUNDA SEÇÃO

Data do Julgamento

09/08/1999

Data da Publicação/Fonte

DJ 25.10.1999 p. 34

Ementa

Alienação fiduciária em garantia (Lei nº 4.728/65 e Decreto-lei nº 911/69). Prisão civil. Recurso especial. Medida cautelar. Efeito suspensivo. 1. Segundo decisão da Corte Especial do STJ, é ilegítima, ou é ilegal a prisão civil do alienante ou devedor como depositário infiel (EREsp-149.518, sessão de 5.5). Ordem de habeas corpus expedida de ofício pela Turma, consoante o disposto no art. 654, § 2º do Cód. de Pr. Penal. 2. Mandado de segurança não

conhecido.

Processo

HC 36871 / DF ; HABEAS CORPUS
2004/0100890-6

Relator(a)

Ministro BARROS MONTEIRO (1089)

Órgão Julgador

T4 - QUARTA TURMA

Data do Julgamento

19/10/2004

Data da Publicação/Fonte

DJ 13.12.2004 p. 360

Ementa

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PRISÃO CIVIL. INADMISSIBILIDADE.

– Em princípio, descabe o uso de habeas corpus contra decisão indeferitória de liminar em outro writ impetrado no Tribunal de origem, ressalvada a hipótese de manifesta ilegalidade.

– “Não cabe a prisão civil de devedor que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária.” Orientação traçada pela egrégia Corte Especial (EREsp n. 149.518-GO).

Ordem concedida para revogar o decreto de prisão civil

Processo

HC 29284 / SP ; HABEAS CORPUS
2003/0125939-0

Relator(a)

Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098)

Órgão Julgador

T4 - QUARTA TURMA

Data do Julgamento

10/02/2004

Data da Publicação/Fonte

DJ 02.08.2004 p. 394

Ementa

HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEPÓSITO ACESSÓRIO À ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE CONTRATO DE MÚTUO. ORIENTAÇÃO DA CORTE ESPECIAL.

Incabível a prisão civil atrelada aos depósitos acessórios às garantias de alienação fiduciária prestadas em contrato de mútuo (Corte Especial: Embargos de Divergência em Recurso Especial n.

149.518-GO).
Ordem concedida.

Processo

HC 38913 / DF ; HABEAS CORPUS
2004/0146713-5

Relator(a)

Ministro JORGE SCARTEZZINI (1113)

Órgão Julgador

T4 - QUARTA TURMA

Data do Julgamento

16/12/2004

Data da Publicação/Fonte

DJ 28.02.2005 p. 324

Ementa

PROCESSO CIVIL - HABEAS CORPUS - LIMINAR - CABIMENTO DA IMPETRAÇÃO
- EXCEPCIONALIDADE - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - AUTOMÓVEL - CONVERSÃO
EM

DEPÓSITO - PRISÃO CIVIL - IMPOSSIBILIDADE - CONCESSÃO DA ORDEM.

1 - Na via da excepcionalidade, quando manifesta a ilegalidade da
decisão, tem-se admitido o processamento do writ, evitando,
destarte, a ocorrência ou manutenção da coação ilegal (v.g. HC nº
26.705/GO, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, DJU de 13.09.2004). Essa
é a hipótese vertente.

2 - Consoante pacificado pela Corte Especial deste Colegiado
Superior de Uniformização Infraconstitucional (ERESP nº 149518/GO,
Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, DJU de 28.02.2000), descabe
prisão civil em alienação fiduciária, por não se tratar de depósito
típico.

3 - Ordem concedida, para afastar a cominação de prisão do ora
paciente, expedindo-se o necessário salvo-conduto.

Processo

REsp 120768 / RJ ; RECURSO ESPECIAL
1997/0012744-3

Relator(a)

Ministro ANSELMO SANTIAGO (1100)

Órgão Julgador

T6 – SEXTA TURMA

Data do Julgamento

12/05/1998

Data da Publicação/Fonte

DJ 08.09.1998 p. 123

Ementa

RECURSO ESPECIAL - DESCUMPRIMENTO DE ACORDO EM EXECUÇÃO DE AÇÃO DE DEPÓSITO - PRISÃO CIVIL DECRETADA - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO - NOVAÇÃO E ILEGITIMIDADE DE PARTE - APELO RARO MANIFESTADO PELA CREDORA-FIDUCIÁRIA.

1. Se a intervenção da recorrente foi negada no grau de origem, sem recurso, não se lhe reconhece legitimidade para recorrer, à vista, ademais, na Súmula 208/STF.

2. Se no "decisum" recorrido se entendeu que houve novação, não é possível examinar tal entendimento, pois a tanto haver-se-ia de examinar fatos e provas, o que não se encaixa com os objetivos do apelo raro (Súmula nº 7/STJ).

3. Ademais, já ficou pacificada, nesta Corte, a impossibilidade da prisão civil, ação fiduciária, posto que não recepcionadas pela atual Carta Magna, as normas de regência.

4. Recurso não conhecido.

Note-se que o acórdão acima, proferido pela 6ª Turma do STJ colide com o acórdão abaixo, de lavra da mesma 6ª Turma.

Enquanto o primeiro posiciona-se contrário à prisão civil do devedor fiduciário, o segundo entende ser cabível essa prisão.

Processo

REsp 149518 / GO ; RECURSO ESPECIAL
1997/0067225-5

Relator(a)

Ministro ANSELMO SANTIAGO (1100)

Órgão Julgador

T6 – SEXTA TURMA

Data do Julgamento

02/06/1998

Data da Publicação/Fonte

DJ 17.08.1998 p. 99

Ementa

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE DEPÓSITO PROCEDENTE - RÉUS INTIMADOS A

DEPOSITAREM O BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE, OU O VALOR DO MÚTUO, SOB

PENA DE PRISÃO - "WRIT" PREVENTIVO CONCEDIDO NO TRIBUNAL LOCAL, SOB O ARGUMENTO DE NÃO SER POSSÍVEL A CUSTÓDIA EM TAIS CIRCUNSTÂNCIAS

-

PONTO DE VISTA SUPERADO POR ITERATIVA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE - REVISÃO DO ENTENDIMENTO DA TURMA.

1. Tendo a Suprema Corte, guardiã maior de nossa Constituição, admitido a prisão civil do devedor fiduciante em caso de descumprimento de contrato de alienação fiduciária, não há como se rebelar a tal orientação, que se funda, principalmente, em fundamentos de índole constitucional, por quem, justamente, cabe dar a última palavra em tal matéria.

2. Recurso conhecido e provido, com o envio dos autos ao juízo de primeiro grau, para deliberar o quê de direito.

Acórdão

Por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento.

Resumo Estruturado

CABIMENTO, PRISÃO CIVIL, DEVEDOR FIDUCIANTE, CONTRATO, ALIENAÇÃO FIDUCIARIA, DECORRENCIA, DESCUMPRIMENTO, ORDEM JUDICIAL, RESTITUIÇÃO, BEM, CARACTERIZAÇÃO, DEPOSITARIO INFIEL.

(grifos nossos)

Essas decisões conflitantes, suscitaram a interposição de embargos de divergência, onde a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento em decisão unânime proferida em 05/05/1999, após brilhante peça do seu relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

Processo

EREsp 149518 / GO ; EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL
1998/0063056-2

Relator(a)

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR (1102)

Órgão Julgador

CE - CORTE ESPECIAL

Data do Julgamento

05/05/1999

Data da Publicação/Fonte

DJ 28.02.2000 p. 29
RT vol. 777 p. 145

Ementa

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Prisão civil.

Não cabe a prisão civil do devedor que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária.

Embargos acolhidos e providos.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência e recebê-los, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vicente Leal, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Garcia Vieira, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Hélio Mosimann, Francisco Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira votaram com o Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Edson Vidigal, Luiz Vicente Cernicchiaro, Waldemar Zveiter e Cesar Asfor Rocha não participaram do julgamento (art. 162, § 2º, do RISTJ). Licenciado o Sr. Ministro William Patterson, sendo substituído pelo Sr. Ministro Felix Fischer.

Notas

Processo em que se firmou jurisprudência sobre o descabimento da prisão civil do devedor fiduciante.

Resumo Estruturado

DESCABIMENTO, PRISÃO CIVIL, DEVEDOR, ALIENAÇÃO FIDUCIARIA, IMPOSSIBILIDADE, EQUIPARAÇÃO, ALIENANTE, DEPOSITARIO INFIEL, NÃO CARACTERIZAÇÃO, CREDOR, PROPRIETARIO, BEM ALIENADO, INEXISTENCIA, DEPOSITO (CONTRATO).

DESCABIMENTO, PRISÃO CIVIL, DEVEDOR, ALIENAÇÃO FIDUCIARIA, DECORRENCIA, PROMULGAÇÃO, TRATADO INTERNACIONAL, LEI ORDINARIA, DERROGAÇÃO, NORMA GERAL, CODIGO CIVIL, REFERENCIA, PRISÃO, DEPOSITARIO INFIEL.

(VOTO VISTA) (MIN. NILSON NAVES)

RESSALVA, NÃO OCORRENCIA, DERROGAÇÃO, DISPOSITIVO LEGAL, CODIGO CIVIL, REFERENCIA, PRISÃO, DEPOSITARIO INFIEL

ANEXO 2

Entrevista com os Magistrados

Todas as entrevistas foram realizadas pelo autor da dissertação da seguinte forma:

1. Entrevistas gravadas e posteriormente transcritas.
2. Entrevista realizada por e-mail.
3. Entrevista realizada através de depoimento escrito.

Os Magistrados entrevistados foram:

A) Magistrados com até 10 (dez) anos de Magistratura:

1. Guilherme Ferreira da Cruz.

Ano de ingresso na Magistratura: 1995.

Juiz titular da 4ª vara Cível da Comarca de Santos/SP.

Entrevista gravada em 06/01/2006.

2. Gustavo Pierone Lousada.

Ano de ingresso na Magistratura: 1997.

Juiz titular da 3ª Vara Cível da Comarca de Santos/SP.

Entrevista gravada em 19/01/2006.

3. Leandro de Paula Martins Constant.

Juiz titular da 2ª Vara Cível da Comarca de São Vicente/SP.

Ano de ingresso na Magistratura: 1997

Diretor do Fórum da Comarca de São Vicente/SP.

Entrevista gravada em 28/01/2006.

B) Magistrados entre 10 (dez) e 20 (vinte) anos de Magistratura:

1. Márcio Kammer de Lima.

Juiz titular da 2ª Vara da Fazenda da Comarca de Santos/SP

Ano de ingresso na Magistratura: 1993.

Diretor do Fórum da Comarca de Santos/SP.

Entrevista gravada em 19/01/2006.

2. Amable Lopez Soto.

Juiz titular da 1ª Vara Cível do Foro Regional de Itaquera/SP.

Ano de ingresso na Magistratura: 1989.

Exerceu as funções de Promotor de Justiça nos anos de 1988/1989.

Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Entrevista gravada em 13/02/2006.

3. Gilberto Ferreira da Cruz.

Juiz titular da Vara do Júri e das Execuções Criminais da Comarca de Santos.

Juiz Corregedor dos Presídios da Comarca de Santos.

Ano de ingresso na Magistratura: 1989

Exerceu as funções de Promotor de Justiça no ano de 1988.

Entrevista gravada em 09/01/2006.

C) Magistrados com mais de 20 (vinte) anos de Magistratura.

1. Walter Theodósio.

Ano de ingresso na Magistratura: 1986 (Tribunal de Alçada Criminal)

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: 1994.

Exerceu as funções de Promotor de Justiça e Procurador de Justiça

Aposentado em 1998

Professor de Ciência Política/Teoria Geral do Estado na Faculdade Católica de Direito da UNISANTOS.

Entrevista gravada em 12/01/2006.

2. Antonio Raphael Silva Salvador.

Ano de ingresso na Magistratura (Tribunal de Alçada Civil) : 1983

Vice-Presidente do 1º Tribunal de Alçada Civil nos anos de 1991/1992.

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: 1994

Exerceu as funções de Promotor de Justiça e Procurador de Justiça.

Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da UNISANTOS.

Aposentado em 1996.

Entrevista gravada em 07/02/2006.

3. Gildo dos Santos.

Ano de ingresso na Magistratura: 1983

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo de 1991 a 2004.

Professor de Direito Processual Civil da Faculdade Católica de Direito da UNISANTOS.

Aposentado em 2004.

Entrevista em enviada através de depoimento pessoal escrito em março de 2006.

4. Miguel Petroni Neto.

Ano de ingresso na Magistratura: 1983

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desde o ano de 2005.

Entrevista enviada por e-mail em 06/3/2006.