

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

PRISÃO CIVIL À LUZ DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E
EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45

Chislainne Aparecida Oliveira

Presidente Prudente/SP

2008

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

PRISÃO CIVIL À LUZ DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E
EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45

Chislainne Aparecida Oliveira

Monografia apresentada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do grau
de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
Francisco José Dias Gomes.

Presidente Prudente/SP

2008

**PRISÃO CIVIL À LUZ DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E
EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45**

Chislainne Aparecida Oliveira

Trabalho de Monografia aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Francisco José Dias Gomes
orientador

Examinador1

Examinador2

Presidente Prudente, 13 de março de 2008.

“Não há melhor maneira de exercitar a imaginação do que estudar direito. Nenhum poeta jamais interpretou a natureza com tanta liberdade quanto um jurista interpreta a verdade”
(Jean Giraudox)

Dedico este trabalho aos meus amados pais, Beth e Ceará, por serem fonte de compreensão e meu porto seguro.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me iluminado durante todo o tempo em que fiz o presente trabalho.

Aos meus pais, por sempre estarem ao meu lado, me ajudando e dando-me forças, com todo o amor e dedicação, para seguir em frente.

À minha irmã, que me incentivou quanto ao tema e me serviu de exemplo a ser seguido no curso de direito. Ao meu irmão, que mesmo sem opinar no assunto, por não entender, me ajudou, ficando acordado me consolando, enquanto passava noites em claro.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Francisco, pela paciência, compreensão, pelas suas críticas e sugestões, por ser rígido e ao mesmo tempo bem humorado, com os seus e-mails tenebrosos, mas que confiou em mim e me aceitou como sua orientanda.

Aos examinadores por me darem o privilégio de estarem comigo neste momento tão importante da minha vida, me passando segurança.

Aos meus colegas de república pelo companheirismo, amizade e pela convivência pacífica ao longo deste quinquênio, por terem me ensinado a respeitar as peculiaridades de cada um, principalmente ao Willian, que me proporcionou diretamente acesso a diversas obras.

Enfim, a todos que direta ou indiretamente me auxiliaram para a realização desta monografia.

RESUMO

No presente trabalho a autora buscou, primordialmente, analisar as divergências relacionadas à possibilidade da prisão civil do depositário infiel, sob as luzes da Constituição Federal, e do Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, sem reservas. Analisou, também, a possibilidade da prisão civil no caso de inadimplemento decorrente da obrigação alimentar. Realizou abordagens acerca das espécies de prisões, de suas naturezas, fazendo comparação entre a prisão pena e a prisão civil. Estudou o contrato de depósito e suas espécies, assim como o da alienação fiduciária, cotejando as diferenças e abordando as polêmicas relacionadas a tentativa de equiparação desses institutos. Demonstrou, através das teorias monista e dualista, as hipóteses para solução dos conflitos entre a norma internacional e ordenamento jurídico interno. Discorreu sobre as teses que negam a possibilidade da prisão civil do depositário infiel e do devedor fiduciário, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor, que proíbe o constrangimento da pessoa para o cumprimento contratual, e na teoria da supralegalidade, que defende a idéia de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos têm uma posição privilegiada perante as demais normas ordinárias nacionais, modificando-as. E por fim, asseverou sobre a possibilidade de retroação do §3º, do artigo 5º da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional 45.

Palavras- chaves: prisão civil; obrigação alimentícia; depósito; alienação fiduciária em garantia; tratado internacional; Emenda Constitucional 45.

ABSTRACT

In this work the writer sought, primarily examine differences related to the possibility of infidel's depositary civil prison, under the lights of the Federal Constitution, and of the Pact of San Jose de Costa Rica, ratified by Brazil, without reservations. Analyzed, also, the possibility of civil prison in arising's case from the maintenance obligation. It made approaches about the kinds of prisons, their natures, making comparison between the arrest and civil prision. It studied the contract of deposit and their species, as well as the alienation of trust, show differences and addressing the controversy related to attempt to equate these institutes. Demonstrated through monist and dualist theories, the chances to solve the conflict between the international standard and legal procedure. Wroten on the thesis that deny the possibility of civil prison of the depositary infidel and the debtor's fiduciary, based on the Consumer Defense Code, which prohibits the embarrassment of the person to fulfil contractual, and the theory of supralegalty, which supports the idea of that the International Human Rights Treaties have a privileged position to the other ordinary national standards, modifying them. And finally, assured on the possibility of retroação of paragraph 3 of Article 5 of the Federal Constitution, by Constitutional Amendment 45.

Keywords: civil prison; obligation food; deposit; alienation trust in security; international treaty; Constitutional Amendment 45.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 PRISÃO EM GERAL	
2.1. Conceito.....	15
2.2 Espécies de Prisão:.....	15
2.2.1 Prisão penal.....	16
2.2.2 Prisão preventiva.....	16
2.2.3 Prisão em flagrante.....	17
2.3.4 Prisão temporária:	18
2.3.5 Prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível:.....	19
2.3.6 Prisão decorrente da decisão de pronúncia:.....	20
2.3.7 Prisão civil.....	20
2.3.8 Prisão administrativa.....	20
2.3.9 Prisão disciplinar.....	21
2.4 Princípios constitucionais sobre prisões:.....	21
2.5 Peculiaridades da prisão civil.....	23
2.5.1 Conceito de prisão civil.....	23
2.5.2 Natureza jurídica da prisão civil.....	23
2.5.3 Prisão Civil e Prisão Penal.....	24
2.5.4 Funções da prisão civil.....	26
2.6 Evolução da prisão.....	27
2.6.1 Evolução histórica da prisão civil.....	27
2.6.1.1 Civilização oriental-(Babilônia, Índia, Egito e Judéia).....	28
2.6.1.1.1 Código de Hamurabi- Babilônia.....	28
2.6.1.1.2 Código de Manú – Índia.....	28
2.6.1.1.3 Egito.....	29
2.6.2 Direito Romano.....	29
2.6.3 Da prisão civil no Direito Brasileiro.....	30
2.6.3.1 Evolução Constitucional.....	30
3 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR	
3.1 Conceito de alimentos.....	31
3.2 Natureza da Prisão Alimentar.....	32
3.3 Classificação da obrigação alimentar.....	33
3.3.1 Quanto à natureza.....	33
3.3.1.1 Naturais:	33
3.3.1.2 Civis	33
3.3.2 Quanto à causa Jurídica ou fonte da obrigação alimentar.....	34
3.3.2.1 Alimentos legítimos ou legais.....	34
3.3.2.2 Alimentos voluntários.....	34
3.3.2.3 Alimentos indenizativos (ou ressarcitórios).....	35
3.3.3 Quanto à finalidade.....	35
3.3.1.3.1 definitivos (ou regulares).....	35

3.3.1.3.2 Provisionais	36
3.3.1.3.3 Provisórios.....	36
3.3.1.4 Quanto ao momento da prestação.....	36
3.3.1.4.1 Futuros.....	36
3.3.1.4.2 Pretérita.....	37
3.4 Origens da obrigação alimentar.....	37
3.5 Evolução no Direito Brasileiro.....	38
3.6 Sujeitos da obrigação alimentar.....	39
3.6.1 Alimentos aos filhos menores.....	39
3.6.2 Alimentos aos filhos maiores.....	41
3.7 Possibilidade da prisão civil do devedor	41
3.7.1 Previsão legal.....	41
3.7.2 Alcance do artigo 733 do CPC.....	42
3.7.2.1 Prisão quanto aos alimentos indenizativos.....	43
3.7.2.2 Prisão quanto aos alimentos pretéritos.....	43
3.7.3 Requisitos da inicial para a prisão do devedor de alimentos.....	43
3.7.4 Prazo para pagamento da obrigação.....	44
3.7.5 Prazo da prisão civil.....	45
3.7.6 Cumprimento da prisão.....	45
3.7.7 Pagamento da dívida.....	46
3.7.8 Justificativas para o não cumprimento.....	46
3.7.9 Possibilidade da reiteração da prisão.....	47
3.7.10 Lugar do cumprimento da prisão.....	48
3.8 Fixação dos alimentos.....	48

4 DO DEPÓSITO

4.1 Conceito	50
4.1.2 Espécies.....	50
4.1.2.1 Voluntário ou Contratual.....	50
4.1.2.2 Necessário ou extracontratual.....	50
4.1.2.2.1 Depósito legal.....	51
4.1.2.2.2 Depósito miserável.....	51
4.1.2.2.3 Depósito do hoteleiro ou hospedeiro.....	51
4.1.2.3 Regular ou ordinário.....	53
4.1.2.4 Irregular.....	53
4.2 Depósito judicial.....	53
4.2.1 Arresto.....	54
4.2.2 Seqüestro.....	54
4.2.3 Penhora.....	55
4.3 Elementos do contrato de depósito.....	58
4.4 Características do contrato.....	60
4.5 Obrigações do depositário.....	61
4.6 Prisão Civil do depositário infiel.....	62
4.6.1. Conceito de depositário infiel.....	62
4.6.2 Da prisão do depositário infiel.....	62
4.6.2.1 Natureza jurídica da prisão.....	62
4.6.2.2 Da prisão por infidelidade depositária.....	63
4.6.2.2.1 Prazo da prisão.....	64
4.6.2.2.2 Regime para o cumprimento	65
4.6.2.2.3 Reiteração da prisão civil do infiel depositário.....	65

5 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

5.1 Propriedade resolúvel.....	67
5.2 Conceito.....	68
5.3 Requisitos legais para a sua constituição.....	69
5.4 Elementos do contrato.....	70
5.4.1 Sujeitos do contrato.....	70
5.4.1.1 Quanto a bens móveis.....	70
5.4.1.2 Quanto aos bens imóveis.....	71
5.4.2 Objeto do contrato.....	71
5.4.2.1 Bens móveis.....	71
5.4.2.2 Bens imóveis.....	72
5.5 Características do contrato de alienação.....	72
5.6 Classificação do contrato.....	72
5.7 Direitos e obrigações de devedor	73
5.8 Do não pagamento da dívida.....	74
5.8.1 Bens móveis.....	74
5.8.2 Bens imóveis.....	75
5.9 Venda extrajudicial.....	76
5.10 Ações judiciais previstas.....	77
5.10.1 Bens móveis.....	77
5.10.1.1 Busca e apreensão.....	77
5.10.1.2 Ação de depósito.....	78
5.10.1.3 Ação de execução.....	79

6 DA POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA

6.1 Do Decreto- lei 911/69	80
6.2 Do devedor fiduciante e do depositário infiel	81
6.3 Do devedor- fiduciante e o Código de Defesa do Consumidor	85
6.4 Tratados Internacionais e Art. 5º, § 2ºda Constituição Federal	87
6.4.1 Tratados Internacionais.....	87
6.4.1.1 Considerações gerais.....	88
6.4.2 Incorporação dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro.....	90
6.4.2.1 Tratados internacionais tradicionais.....	91
6.4.2.2 Tratado Internacional sobre Direitos Humanos.....	92
6.4.3 Pacto de São José da Costa Rica: e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a proibição da prisão civil.....	94
6.5 Interpretação do artigo 5º, §2º da Constituição Federal.....	96
6.6 Teorias sobre a compatibilização de conflitos entre tratados internacionais e leis internas.....	98
6.6.1 Teoria dualista.....	99
6.6.2 Teoria monista.....	100
6.7 A prevalência dos direitos humanos e a primazia da norma mais favorável às vítimas.....	102
6.8 Possibilidade dos tratados internacionais comuns serem revogados por “Lei Posterior” que com eles conflite.....	105
6.9 Artigo 5º, §3º da Constituição Federal.....	107
6.9.1 Interpretação do §3º. Art. 5º da Constituição Federal.....	108
6.9.2 Discussões jurisprudenciais.....	110

7 CONCLUSÃO.....	113
8 BIBLIOGRAFIA.....	115
9 ANEXOS.....	119

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscou elucidar a constitucionalidade da prisão civil, trazendo os argumentos que entendem ser ela constitucional e aqueles que se posicionam de maneira contrária, e ainda se há ou não equiparação entre o depositário infiel disciplinado pelo Código Civil e o devedor fiduciante regulamentado pelo Decreto-Lei 911/69.

O tema ora estudado, foi escolhido ante as inúmeras discussões sobre o assunto, mesmo após o advento do § 3º do artigo 5º da Constituição, que parecia ser a solução para a polêmica, mas que, todavia, só veio a aquecê-la ainda mais. O trabalho procurou trazer posições doutrinárias quanto à retroatividade do aludido dispositivo constitucional, estruturando a pesquisa foi dividida em 5 (cinco) capítulos.

O primeiro capítulo tratou da prisão de forma geral, fazendo uma análise da prisão tanto no âmbito penal como civil, fazendo uma comparação entre ambas, e distinguindo a natureza jurídica de cada uma, almejando demonstrar que a primeira tem natureza tem caráter retributivo, por se apresentar como uma sanção imposta pelo Estado, como retribuição ao agente, do mal causado à vítima da infração penal, e o caráter preventivo geral, pois intimida a sociedade, a fim de impedir que seus membros pratiquem crimes, e preventivo especial, ao retirar o autor do delito da sociedade, impedindo-o de delinquir novamente, enquanto que a última refere-se à uma técnica executória de caráter indireto, tratando-se de meio coercitivo que objetiva fazer com que o devedor cumpra sua obrigação por ato próprio, fazendo isso através da pressão psicológica.

Neste primeiro capítulo foi abordado também a evolução constitucional dessa constrição coercitiva, até chegarmos à Constituição Federal de 1988, que manteve a proibição como regra em seu artigo 5º, inciso LXVII, prevendo, porém, duas ressalvas permissivas, a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. Tal circunstância, como melhor abordada nos capítulos seguintes do trabalho, provoca severas discussões sobre a possibilidade de prisão no caso do depositário infiel pela incorporação ao direito brasileiro do Pacto de San José da Costa Rica.

O segundo capítulo se refere à possibilidade de prisão civil decorrente da obrigação alimentar, trazendo a discussão da natureza jurídica dessa prisão,

diante do previsto pelo artigo 733 do Código de Processo Civil, em que o legislador dispõe no seu § 2º: “O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas ou vincendas.”. Discutindo, ainda, o prazo da prisão, o pagamento da dívida, as justificativas para o não cumprimento da obrigação, dentre outros assuntos.

O terceiro capítulo abordou o contrato de depósito, o seu conceito; suas espécies, disciplinando sobre cada uma, e analisando com mais ênfase o depósito judicial; os seus elementos; as obrigações do depositário, o prazo da prisão; as medidas judiciais para reaver o bem, e, ao final, mostrou as possibilidades de respostas do réu.

O quarto capítulo abordou a alienação fiduciária tanto de bens móveis quanto dos imóveis; o seu conceito, os elementos dos contratos, os direitos e obrigações do devedor, a venda extrajudicial e as ações cabíveis neste contrato.

Por fim, no último capítulo trouxe a discussão sobre a possibilidade da prisão civil, fazendo uma abordagem ao Decreto-lei 911 de 1º de outubro de 1.969, analisando se é possível ou não haver a equiparação entre o devedor fiduciante e do depositário infiel; apresentando, dentre os argumentos contrários à prisão civil, as normas do Código de Defesa do Consumidor; disciplinando sobre os Tratados Internacionais e o artigo 5º, §2º da Constituição Federal, e, em especial, o Pacto de San José da Costa Rica; abordando a incorporação desse tratados no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo um aprofundamento sobre as teorias de compatibilização de conflitos entre tratados internacionais e leis internas, quais sejam, a teoria monista e a dualista; discutindo a questão da prevalência dos direitos humanos e a primazia da norma mais favorável às vítimas e a crítica sobre essa tese; foi analisado, ainda, o § 3º, do artigo 5º da Constituição Federal acrescentado pela Emenda Constitucional 45/04, e se há a possibilidade desse parágrafo retroagir para enquadrar os tratados ratificados anteriormente a ele, trazendo, por fim, a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Para realização desse trabalho acadêmico, foi necessário a análise das mais variadas áreas do conhecimento jurídico, como as matérias: 1) Penal, para disciplinar as espécies de prisão, e sua natureza jurídica; 2) Civil e Processual Civil, para a análise do Direito de Família e Direito das Obrigações; 3) Comercial, para o estudo da alienação fiduciária; 4) Internacional, para abordar a questão dos tratados internacionais, como a sua incorporação no ordenamento interno, e por fim, 5)

Constitucional, para discutir a soberania da Constituição sobre os tratados, e por consequência, a legalidade da prisão civil. Sendo utilizado para tanto, doutrinas, jurisprudências e a análise de processos em andamento.

Os métodos utilizados foram os: dedutivo, comparativo, histórico, mostrando as origens da prisão civil do devedor.

Enfim, essa pesquisa visou de maneira clara demonstrar as teses que aceitam e as que contrariam a possibilidade de prisão civil, suprimindo eventuais dúvidas a cerca da matéria.

2 PRISÃO EM GERAL

2.1. Conceito

A palavra prisão tem origem na palavra latina *prehensio, onis*, que significa cárcere, cadeia, sendo assim o aponderamento físico, em que o sujeito fica privado de sua liberdade e sob sujeição da autoridade legitimada à realização desse ato, no caso de prisão civil decretada pelo juiz.

A prisão será efetuada sem o respectivo mandado somente nos casos de prisão em flagrante, transgressão militar, durante estado de sítio e no caso de recaptura do evadido.

2.2 Espécies de Prisão:

No ordenamento brasileiro, há duas espécies de prisão, a prisão-pena (penal) e a prisão sem pena (processual penal, civil, administrativa e disciplinar). Outra classificação é:

- a) A prisão penal: tem finalidade repressiva, ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória que impôs a pena privativa de liberdade.
- b) A prisão processual chamada de prisão provisória, é a prisão cautelar, em sentido amplo, que incluem a prisão em flagrante (arts. 301/309 do CPP), a prisão preventiva (arts. 311/316 do CPP), a prisão resultante de pronúncia (art. 408, § 1º do CPP), a prisão resultante de sentença condenatória recorrível (arts. 393, I, e 594 do CPP; 9º da Lei 6034/95 e 2º da Lei 8072/90) e a prisão temporária (Lei 7960/89). É a prisão decretada no curso do processo. Como tem natureza cautelar, precisam estar presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para ser decretada.

2.2.1 Prisão penal

Está prevista na legislação criminal e é decretada pela prática (em alguns tipos pela tentativa) de um crime ou de uma contravenção. Tem cunho penal, não visa só a punição do sujeito, mas também educá-lo, recuperá-lo. Vigora o princípio jurídico que dispõe que não há pena, nem crime, sem lei que previamente o defina.

2.2.2 Prisão preventiva:

Prevista no artigo 311 do Código de Processo Penal, é medida cautelar, decretada pelo juiz (pode ser de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial), durante o inquérito policial ou instrução criminal, tanto nos casos de ação pública como nos casos de ação privada, quando há a presença dos pressupostos legais. Ela faz cessar a liberdade do indivíduo antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, tendo por objetivo a garantia da ordem pública, a preservação da instrução criminal e a fiel execução da pena. Pode ser requerida pelo Ministério Público (no inquérito e durante a instrução) e o querelante (durante a instrução, pois ele só existe após oferecer a queixa-crime).

Não se decreta essa prisão quando a conduta do praticada pelo agente se tratar de contravenção penal.

Tem como pressupostos a prova da existência do crime, e indícios suficientes de autoria (não bastando mera suspeita), e como fundamento a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. As condições de admissibilidade para a sua decretação estão descritas no artigo 312 do mesmo instituto penal.

Não tem cabimento tal medida quando há sérios indícios de ter o agente praticado o crime acobertado por causa de excludente de antijuricidade ou de uma dirimente.

Com novas provas, o juiz pode revogar a prisão decretada, mas poderá red decretá-la se reaparecerem os motivos ensejadores.

2.2.3 Prisão em flagrante:

Está prevista no artigo 301 e seguintes do Código de Processo Penal e também encontra amparo no artigo 5º da Constituição Federal. É ela um ato administrativo, uma medida cautelar de natureza processual que dispensa ordem escrita.

Tendo cabimento não só em relação à prática do crime, como de contravenção.

Segundo Mirabete (2006, p.735):

(...) a possibilidade de se prender alguém em flagrante delito é um sistema de autodefesa da sociedade, derivada da necessidade social de fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem, tendo também com sentido de salutar providencia acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria.

Essa modalidade de prisão se subdivide em flagrante próprio, impróprio, presumido, preparado, forjado e esperado.

- a) Flagrante próprio (real ou flagrante propriamente dito) está disciplinado no inciso II do artigo 302 do CPP, ocorre quando o agente é surpreendido no momento em que vai cometer o delito ou acabou de cometê-lo e é encontrado ainda no lugar do delito ou nas suas proximidades;
- b) Flagrante impróprio (quase-flagrante): ocorre quando o agente é perseguido, logo após a prática delitiva, em situação que faz presumir ser ele o autor da infração;
- c) Flagrante presumido (ou ficto): ocorre quando o autor do fato é encontrado, logo depois, com instrumento, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração. Não há a necessidade que haja

a perseguição, basta que o sujeito seja encontrado logo depois da prática do delito com tais coisas, que indicam indício de autoria ou a participação no crime;

- d) Flagrante preparado: também chamado de delito de ensaio. O agente é induzido ou instigado à prática da conduta penalmente ilícita, tomando o instigador as providências para que aquele seja “surpreendido na flagrância da execução”, frustrando-se ou impossibilitando-se a consumação da infração penal. Está sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, através da súmula 145 disciplina: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.”
- e) Flagrante forjado (maquinado, fabricado ou urdido): é o que se dá acerca de crime inexistente, no qual o particular, a autoridade policial ou seus agentes forjam provas falsas contra o suposto autor que, caso fossem verdadeiras, legitimaram a prisão e sua responsabilização criminal. Quem age assim pode responder por denúncia caluniosa, abuso de autoridade.
- f) Flagrante esperado: ocorre, via de regra, nos crimes permanentes. Obtida a informação de que o agente vai praticar ou este praticando um ilícito, a autoridade policial ou seus agentes postam-se estrategicamente e prendem-no no momento em que pratica os atos de execução. Nessa espécie, a iniciativa do crime é do agente.

2.3.4 Prisão temporária:

É uma espécie de prisão provisória regulamentada pela Lei 7960/89, ela só pode ser decretada pela autoridade judiciária, em decisão fundamentada e havendo necessidade de custódia para possibilitar a investigação, não se pode mais falar em “prisão para averiguação”.

Reveste-se de caráter de excepcionalidade, sendo necessário demonstrar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. É que é decretada durante o inquérito policial e, portanto, antes do trânsito em julgado da sentença e em face do princípio da inocência ou não culpabilidade (art. 5º, LVII da CF), a prisão temporária

somente pode existir na presença do binômio necessidade/ fundamentação, isto é, com a demonstração cabal dos requisitos ensejadores. Somente poderá ser requerida pelo Ministério Público ou da autoridade policial e decretada pela autoridade judiciária.

Tem duração determinada de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Caso se trate de crime hediondo ou assim considerado, o prazo será de 30 (trinta) dias e prorrogável pelo mesmo tempo.

Os requisitos para a sua decretação estão dispostos no artigo 1º da referida lei, e há discussões quanto a aplicação dos requisitos, se são alternativos ou cumulativos.

2.3.5 Prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível

Trata-se de prisão cautelar, decretada pela autoridade judiciária, na sentença, que condena o acusado, ao termino da instrução criminal, desde que presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva.

O art. 393, I, do CPP dispõe que um dos efeitos da sentença condenatória recorrível é ser o réu preso ou conservado na prisão, seja no caso de infrações inafiançáveis, seja nas afiançáveis, enquanto não prestar fiança. O art. 394 do CPP dispõe que o réu não poderá apelar sem estar recolhido à prisão ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto. Em virtude desses dispositivos, são requisitos dessa modalidade de prisão:

- condenação, por sentença condenatória recorrível, a pena privativa de liberdade não suspensa e não substituída (inexistência de sursis penal ou pena alternativa).
- ser o réu reincidente ou primário de maus antecedentes se for primário e de bons antecedentes poderá apelar em liberdade.
- ser a infração inafiançável ou, se afiançável, não tiver sido paga a fiança.

Quanto a sua natureza há divergências, para uns trata-se mesmo de prisão cautelar, visto que perdura até o trânsito em julgado da sentença, quando a

prisão passa a ser prisão-pena ou prisão-sanção, para outros, se trata de execução provisória de pena, uma vez que o juiz a decreta em face das provas colhidas e para que o réu inicie o cumprimento da reprimenda, tanto que pode ser expedida ao juízo das execuções penais, a carta de guia provisória ao juízo das execuções penais.

2.3.6 Prisão decorrente da decisão de pronúncia

A pronúncia é uma decisão meramente processual, de conteúdo declaratório, sem julgamento do mérito, tratando-se de mero juízo de admissibilidade da acusação e que apenas remete o réu a julgamento pelo Plenário Tribunal do Júri. Não condena o réu e, portanto, não lhe impõe pena. É proferida ao término da instrução nos procedimentos dos crimes dolosos contra a vida (arts. 406 a 408 do CPP).

O legislador no art. 408, § 1º, do Código de Processo Penal, permitiu que, ao pronunciar o réu e, portanto, encaminhá-lo para ser julgado pelo Tribunal do Júri, possa o juiz decretar sua prisão ou recomendá-lo na prisão onde se encontra. Dispõe o § 2º que se o réu for primário ou de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la caso já se encontre preso.

2.3.7 Prisão civil

Destina-se a compelir alguém a fazer algo, é decretada no caso de não cumprimento de uma obrigação, e será a matéria de estudo desse trabalho.

2.3.8 Prisão administrativa

Embora ainda prevista no ordenamento jurídico, com A Constituição Federal de 1988, a autoridade administrativa não pode mais aplicar a pena de prisão administrativa, sendo necessária a decretação pelo Poder Judiciário, respeitando-se o devido processo legal.

Está prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal e em leis especiais. Existia a prisão administrativa também nos casos da antiga Lei de Falência (DL 7661/45, artigos 35, 37, 60 e 69, §§ 5º e 7º), mas o STJ entende que foi revogada a prisão disposta no artigo 35 da referida lei, após a CF de 1998, tal entendimento foi sumulado:

Súmula 280 do STJ. O art. 35 do Decreto- Lei n.º 7661, de 1945, que estabelece a prisão administrativa, foi revogado pelos incisos LXI e LXVII, do art. 5º, da Constituição Federal.

Há um conceito amplo da prisão administrativa, como prisão extra penal, que se divide em prisão administrativa em sentido estrito e a prisão civil.

Em sentido estrito essa prisão é aquela decretada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, por motivos de ordem administrativa e com finalidade administrativa. Está prevista no artigo 319 do CPP.

O inciso I desse artigo refere-se à prisão daquele que retarda a entrega de bens e o que não faz sua entrega aos cofres públicos, chamado de alcance, e pode ser considerada uma espécie de peculato.

Na hipótese do inciso II, a prisão deverá ser solicitada ao juiz pelo cônsul do país a que pertença o navio.

2.3.9 Prisão disciplinar

É permitida pela Constituição Federal para as transgressões militares e para os crimes propriamente militares (artigos 5º, LXI e 142, § 2º da Constituição Federal, e artigo 18 da Lei n.1002/69), contra a qual não cabe a impetração de *habeas corpus*.

2.4 Princípios constitucionais sobre prisões

A Constituição Federal comporta vários princípios que se aplicam às prisões, dentre estes:

- direito à liberdade e igualdade (art. 3º, I e IV cominado com o art. 5º, *caput*, da CF)
- direito ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), vedando-se tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III);
- garantia da desconsideração prévia de culpabilidade (art. 5º, LVII);
- da inviolabilidade da imagem e da respectiva indenização (art. 5º, X);
- da integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX);
- do devido processo legal, cujo conceito abrange muitas dessas disposições (art. 5º, LIV);
- da legalidade, vedando-se o encarceramento arbitrário (art. 5º, II e LXV);
- do juiz natural, refutando-se o juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII e LIII);
- de que a prisão em flagrante será comunicada imediatamente para o juiz competente (art. 5º, LXII);
- de que, salvo a prisão em flagrante, qualquer outra dependerá de ordem fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI cominado com 93, IX);
- de que juiz ou tribunal superior aprecie a legalidade da prisão através de *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII);
- do direito ao silencio (art. 5º, LXIII);
- da ampla defesa (art. 5º, LV);
- da assistência, desde o momento da prisão, de advogado (incisos LV, LXII, última parte, LXIII, última parte e LXXIV do art. 5º cominados com o art. 133);
- do amparo à família (incisos LXII, LXIII do art. 5º cominados com o art. 226, *caput*);
- da identificação do responsável pela sua prisão (art. 5º, LXIV);
- de que não pode ser mantida a prisão de alguém quando couber liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI);
- de indenização por erro judiciário ou por manença da prisão por tempo superior fixado na sentença (art. 5º, LXXV).

2.5 Peculiaridades da prisão civil

2.5.1 Conceito de prisão civil

Como já abordado, prisão é a apreensão de alguém, no caso da prisão penal acusado ou condenado pela prática um crime ou contravenção penal.

A prisão civil foi muito bem conceituada por Joaquim Molitor, (2000, p.12) como sendo "a privação de liberdade de uma pessoa, com o escopo de constrangê-la ao inadimplemento de uma obrigação de natureza civil ou comercial, sem qualquer conotação ou punição."

A prisão civil desse modo seria a apreensão do indivíduo, que fica limitado em sua liberdade e sob sujeição de alguém com o objetivo de compelir o devedor, depositário ou de alimentos, a adimplir a sua obrigação. Tal prisão se realiza no âmbito do Direito Privado.

A prisão civil visa fazer com que o devedor realize determinada obrigação que não foi cumprida, objetivando assim, coagi-lo a fazer o que é de sua obrigação ou dever, não importando, pois, em condenação criminal, não sendo uma pena, e sim um instrumento de coercibilidade. Essa prisão é meio executivo de finalidade econômica.

2.5.2 Natureza jurídica da prisão civil

Como já mencionado, a prisão civil é uma técnica executória de caráter indireto, por se tratar de meio coercitivo que objetiva fazer com que o devedor cumpra sua obrigação por ato próprio, fazendo isso através de pressão psicológica. Esse encarceramento se realiza no âmbito do Direito Privado, e ocorre em razão de uma obrigação/dívida não cumprida, tendo caráter eminentemente econômico.

O Supremo Tribunal Federal entende que:

A prisão civil configura meio coercitivo para obter a execução da obrigação alimentar ou restituir o depósito, cessando de imediato sua eficácia tão logo o executado cumpra a obrigação imposta (RT 101/103), sendo certo que, por isso mesmo não pode ser confundida com a prisão penal. Ninguém discordará que a prisão civil e a criminal não poderiam, nunca produzir efeitos jurídicos iguais e de mesma natureza.(RT 101/182)

A maioria da doutrina não considera a prisão civil com pena, diferente da prisão criminal, que tem caráter penal, de punição.

Essa prisão é uma espécie de prisão administrativa em sentido amplo, é ela prisão extra penal, que por preceito constitucional só seria possível nos casos de inadimplemento voluntário e inescusável da pensão alimentícia ou no caso de depositário infiel, situação essa que será discutida em momento oportuno.

Embora o Código Civil se refira à pena, a prisão civil não possui tal natureza, pois o encarceramento visa apenas a sujeição do devedor, mediante coerção, para a obtenção da execução da obrigação, uma vez que, se o devedor cumpri-la não haverá cominação da prisão.

Apesar dessa espécie de prisão não visar diretamente a pena, ela tem certa característica de pena, uma vez que há a privação da liberdade como retribuição ao prejuízo tomado pelo credor.

R.A. Amaral Veiera **apud** Álvaro Villaça Azevedo, (2000, p. 52) dispõe:

(...) não objetiva a imputação de uma penalidade ou castigo, mas "a compelir o faltoso ou inadimplente a realizar determinada obrigação não observada, seja prestar alimentos devidos, devolver o depósito ou pagar a dívida rural. Em síntese, se impõe para coagir o faltoso ou omissor a fazer o que é obrigação ou dever, não importando, pois, em condenação criminal, uma vez que é tão-somente meio legal compulsório de obter o cumprimento de determinado dever. Não é pena."

Essa prisão não tem cunho satisfatório, então, mesmo com o cumprimento da prisão pelo devedor por todo o lapso temporal fixado pelo juiz, o sujeito não fica dispensado do cumprimento de seu dever obrigacional.

2.5.3 Prisão civil e prisão penal

A prisão penal tem caráter retributivo, ela se apresenta como uma sanção imposta pelo Estado, como retribuição ao agente, do mal causado à vítima

da infração penal. Possui também o caráter preventivo geral, pois intimida a sociedade, a fim de impedir que seus membros pratiquem crimes, e preventivo especial ao retirar o autor do delito da sociedade, impedindo-o de delinquir novamente. Já a prisão civil se caracteriza como meio coercitivo, assim, a natureza da prisão civil não é reeducar, como na criminal, mas compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação.

É inegável, que tanto a prisão civil como a prisão penal, estão carregadas de carga aflitiva, por constituírem em privação de liberdade.

Segundo César Augusto Rodrigues **apud** Valério Mazzuoli, (2002, pág.63):

A prisão civil traz muito mais prejuízos, posto não obedece a princípios que norteiam a privação de liberdade, como por exemplo, o da individualização executória da pena e o do regime de cumprimento, nem aponta para um limite máximo para a custódia pessoal”, além disso, “nas hipóteses de prisão por dívidas a lei estabelece um limite máximo pelo qual o juiz pode privar a liberdade do devedor, todavia ao deixar de fixar o mínimo circunscreve a defesa do devedor ao próprio débito, afastando ou ao menos dificultando a discussão a cerca da justiça na fixação do período da custódia, pois no campo penal, quão mais próximo da consumação do resultado e da realização integral do tipo penal, mais próximo também o máximo da pena em abstrato, valendo o raciocínio da pena mínima.

Há o entendimento de que as pessoas sujeitas a prisão civil não podem ser recolhidas a celas comuns em companhia de criminosos comuns, ressalta que o instituto da prisão civil não se confunde com a “custódia decorrente da condenação criminal”. Por sua vez, o STF, já decidiu que a prisão civil é incompatível com a prisão albergue e com a prisão domiciliar. Assim disciplinando:

O benefício da prisão domiciliar não se estende, em tese, à prisão civil, pois esta não é pena, mas simples coação admitida para o cumprimento da obrigação. Tratando-se de pessoa idosa, gravemente enferma, aliado ao fato de que a prisão está prestes a expirar, admite-se, excepcionalmente o seu cumprimento em regime domiciliar. Ordem concedida “(H.C. 74.381-PR, 1ª Turma, julg.26.08.97)

E ainda:

A prisão civil do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar pode ser cumprida em prisão especial ou em quartéis, na hipótese o devedor ser diplomado por escola superior da República (art.295, VII, do CPP), vedada, porém, a transformação da mencionada constrição em prisão domiciliar ou em liberdade vigiada, pois estas subtrairiam daquela

sua razão de ser : - meio coativo para compelir o devedor ao cumprimento de obrigação reconhecida na sentença como dentro de suas possibilidades” (RTJ 112/234)

A legislação penal dá mais benefícios aos seus infratores, uma vez que pode haver a aplicação das penas alternativas em substituição às penas privativas de liberdade, dando, assim, a um criminoso tratamento mais brando que a um devedor civil, que será levado a prisão em regime fechado.

Joaquim Molitor disciplinando a respeito (2000, pág. 56):

(..) não parece justo submeter pessoa que deixou de pagar dívida, ou de cumprir obrigação contratual, ao regime prisional fechado, que pela legislação repressiva é destinado aos criminosos portadores de maior periculosidade, pois à maioria dos delitos a lei prevê a aplicação de penas alternativas.

Nota-se assim, que a prisão civil importa tratamento mais rigoroso para com o devedor do que com o autor de infrações penais, uma vez que, o regime aberto e outros benefícios são previstos para este e não para aquele.

Valério Oliveira Mazuolli (2002, p. 65) entende haver a ocorrência de “bis in idem” quando o artigo 66 da Lei n.º 4728/65 em seu final dispõe que o alienante ou devedor se torna possuidor direto e depositário de todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal, havendo a possibilidade do individuo ser preso civilmente e preso em virtude da condenação por crime de apropriação indébita, prevista no artigo 168 do Código Penal.

A prisão, seja civil ou criminal, traduz restrições ou sacrifícios relevantes aos direitos fundamentais da pessoa humana, por ser meio de restrição à liberdade do individuo, devendo ela ser aplicada apenas em casos de extrema necessidade.

2.5.4 Funções da prisão civil

Pode-se entender que, à prisão civil é atribuída uma função genérica, que corresponde ao conceito geral de uso de força, pela lei, a constranger ao cumprimento obrigacional, em que se destacaram quatro funções específicas:

- a) Função satisfatória indireta ou auxiliar, que assegura ou facilita ao credor o exercício do direito de satisfazer-se, facilitando-lhe o uso dos meios procedimentais para tanto;
- b) Função satisfatória direta ou principal é uma espécie de servidão de débito. Só tem interesse histórico. Possibilita o credor satisfazer-se por meio da pessoa do devedor, de seu corpo, ou de seu trabalho, sobre sua produção econômica;
- c) Função coativa indireta, reativa ou repressiva ou penal, é a que ocasiona pena contra o inadimplemento obrigacional.
- d) Função coativa direta ou ativa é a que age como pressão sobre o devedor, para que cumpra a obrigação assumida, constrangendo-o com a perda de sua liberdade ao cumprimento obrigacional, proporcionando a realização de um interesse econômico.

2.6 Evolução da prisão

2.6.1 Evolução histórica da prisão civil

A prisão por dívida apresentou num primeiro momento o caráter de servidão humana, pois o devedor se tornava servo do credor, devendo para este trabalhar, com sua família até o pagamento do débito.

Depois, a prisão civil por dívida assumiu um caráter de aprisionamento, privado ou público, de pena imposta ao devedor pela quebra de promessa de pagamento. E por fim, esse arresto tornou-se simples experiência de solvabilidade do devedor.

2.6.1.1 Civilização oriental-(Babilônia, Índia, Egito e Judéia)

2.6.1.1.1 Código de Hamurabi- Babilônia

Esse código é uma das mais antigas recompilações de leis, escrito em caracteres cuneiformes, em língua babilônica, no ano aproximado de 1700 a.C.

A prisão por dívida estava prevista em seus parágrafos 115, 116 e 117, e previa que aquele que se tornasse credor de dinheiro, prata, grãos, sementes, etc., poderia tomar como garantia de seu crédito, a própria pessoa do devedor, ou de sua família, e caso se verificasse o inadimplemento da obrigação, o devedor poderia ser aprisionado e transformado em escravos, e coagidos a trabalhar para o credor, até o efetivo pagamento.

O § 117 dispunha que se uma pessoa tornou-se dependente de outra, em razão de dívida, e se esse devedor de dinheiro vendeu sua esposa, seu filho ou sua filha ou os deu em serviços, estes trabalharão durante três anos na casa do comprador ou do credor, devendo ser libertados no quarto ano.

2.6.1.1.2 Código de Manú – Índia

Esse código existiu no século XIII a. C dispunha a respeito da prisão civil, bem como do emprego de violência ao recebimento do crédito, previa a constrição corporal em decorrência do débito, exercida sobre a pessoa do devedor e também de seus familiares, como forma de pressão ao cumprimento da obrigação.

Caso o inadimplemento obrigacional fosse culposo, a falta de pagamento do débito era equiparada ao furto, ficando o credor investido de meios mais ou menos violentos contra o devedor, conforme a condição deste. Se de casta inferior, podia ser seqüestrado e acorrentado, bem como sua mulher, filhos e animais, para que trabalhassem até o completo pagamento da dívida.

2.6.1.13 Egito

Os primeiros resquícios de prisão civil surgiram entre os egípcios, que acreditavam que os deuses eram testemunhas do pactuado entre devedor e o credor e menosprezavam sua inadimplência.

Admitiu-se a escravidão por dívida do devedor, impossibilitado de adimplir o débito, submetia-se à servidão pessoal, sujeitando-se a trabalhar para o credor até o pagamento de quanto devesse. Os credores podiam vender seus devedores.

2.1.6.2 Direito Romano

No direito romano prevalecia o princípio da execução pessoal, o devedor podia ser vendido como escravo, para que com o produto arrecadado fosse efetuado o pagamento do credor, havendo o instituto da prisão por dívida em decorrência do *nexum* (uma espécie de escravidão) ante o descumprimento obrigacional. O devedor estabelece sua condição de *nexus*, pois, embora permanecesse livre, obrigava-se a trabalhar para o credor até que o débito fosse pago, ficando numa situação não muito diferente da de um escravo, caso confessasse seu débito perante o magistrado, era chamado de *addictus*, e tornava-se escravo de fato do credor.

A partir da “*Lex Potelia Paperia*”, por volta do séc. V a.C a execução pessoal começou a ser aos poucos substituída pela execução patrimonial, em que todos os bens do devedor eram vendidos em praça e o preço obtido entregue ao credor ou repartido entre os credores concorrentes.

A regra de proibição da prisão por dívida, ressalvada nas hipóteses do devedor de alimento e do depositário infiel serviu, de influência para o nosso ordenamento jurídico.

2.6.3 Da prisão civil no Direito Brasileiro

2.6.3.1 Evolução Constitucional

A Constituição Política do Império do Brasil de 1824, como também a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, nada previram a respeito da prisão civil.

Já a Constituição de 1934 previu expressamente a proibição da prisão civil por dívidas, dispondo em seu artigo 113 que: “não haverá prisão por dívidas, multas ou custas”, não ressaltando, assim, qualquer hipótese. Havendo o conflito entre a Carta Magna e o Código Civil e o Comercial que previam a cerca da prisão do depositário. A Constituição Federal de 1937 nada dispôs em seu texto sobre tal prisão, ficando a matéria por conta da legislação ordinária.

A Lei Maior de 1946 também proibiu expressamente tal forma de privação de liberdade, porém excepcionou duas situações, quais sejam, no caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar; A Constituição de 1967 seguiu essa mesma linha de entendimento.

Por fim, a Constituição de 1988 manteve a proibição como regra em seu artigo 5º, inciso LXVII, prevendo, porém, duas ressalvas permissivas, a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. Porém, como será abordado, há severas discussões sobre a possibilidade de prisão no caso do depositário infiel pela incorporação ao direito brasileiro do Pacto de San José da Costa Rica.

3 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

3.1 Conceito de alimentos

No nosso ordenamento jurídico, alimentos vêm a ser aqueles valores prestados em dinheiro ou em espécie, para assegurar a sobrevivência da pessoa. Consistindo assim, na prestação do necessário ao sustento de quem necessita.

Alimento, na terminologia jurídica, possui caráter mais abrangente do que na linguagem comum, incluindo tudo aquilo que for necessário para assegurar a dignidade do ser humano, compreendendo além dos gêneros alimentícios necessários, o vestuário, a educação, a habitação e a assistência médica. Os alimentos se conceituam em prestações periódicas fornecidas a alguém para suprir essas necessidades e assegurar a sua subsistência.

Para Sílvio Venosa (2003, pág. 372) o Código Civil, no capítulo específico (arts. 1.694 a 1.710; antigo, arts. 396 a 405), não se preocupou em definir o que se entende por alimentos. Porém, no art. 1.920 (antigo, 1.687) pode-se encontrar o conteúdo legal de alimentos quando a lei refere-se ao legado, ao dispor que: "O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor."

Segundo Araken de Assis, à palavra alimento, hoje em dia se acrescenta o lazer, fator essencial ao desenvolvimento e à sobrevivência sadia da pessoa humana.

Em síntese, alimentos são prestações para a satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las sozinho, tendo por finalidade fornecer a um parente, cônjuge ou companheiro o necessário a sua sobrevivência, abrangendo o indispensável ao sustento, vestuário, habitação, assistência médica e instrução.

3.2 Natureza da Prisão Alimentar

A prisão é medida extrema e excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a prisão civil é, para muitos, a única solução de se ver cumprida a prestação alimentar, pois tal medida quando imposta inibe o devedor de alimentos a cumprir sua obrigação, sendo ela decretada não com o fim de punir o executado por não ter pago a prestação alimentícia, mas sim com o fim de coagi-lo a pagar, visando apenas o pagamento por parte do devedor.

Para uma corrente minoritária, a prisão do devedor de alimentos embora apontada como medida de caráter coercitivo, onde, por meio do decreto da prisão, obriga o devedor a cumprir suas obrigações, hoje, em virtude dos diversos abusos que são cometidos contra o devedor de alimentos teria também um caráter penal, pois, a forma do cumprimento da prisão, as arbitrariedades das decisões judiciais e a interferência estatal em um ramo do Direito Privado, leva a crer que atualmente a prisão civil detenha linhas de caráter penal, e esse posicionamento tem como fundamento a interpretação literal do artigo 733 do código de Processo Civil, em que o legislador dispõe no seu § 2º: “O cumprimento da **pena** não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas ou vincendas.” (grifo do autor)

Essa discussão da questão se torna mais enigmática quando se vê quase que diariamente, que os devedores da pensão alimentícia, cumprem a medida denominada de “coerção”, em cadeias juntamente com os mais diversos criminosos, sendo constrangidos a todo tipo de humilhação. Sendo, assim, ilógico imaginar que em virtude dessa prisão, o vivenciado não configurasse uma sanção penal.

Assim, a prisão, ainda que seja de forma meramente coercitiva, implica em diversas conseqüências de ordem psicológica e legal, fazendo o devedor literalmente um réu sem crime.

Já Álvaro V. Azevedo (2000, p.53) tem entendimento de forma contrária, para ele a prisão por débito alimentar não é pena, mas meio coercitivo, para compelir o devedor ao pagamento da prestação de alimentos. Essa prisão não existe para punir o devedor, tanto que, pagando-se o débito, a prisão será levantada.

O Supremo Tribunal Federal se manifestou declarando que:

A prisão civil configura meio coercitivo para obter a execução da obrigação alimentar ou restituir o depósito, cessando de imediato sua eficácia tão logo o executado cumpra obrigação imposta (RTJ 101/103), sendo certo que, por isso mesmo não pode ser confundida com a prisão penal. Ninguém discordará que a prisão civil e a criminal não poderiam, nunca produzir efeitos jurídicos iguais e de mesma natureza.(RTJ 101/103).

A prisão decorrente da inadimplência da obrigação alimentar tem, sim, natureza coercitiva por se tratar de prisão civil, não devendo prevalecer à tese minoritária.

3.3 Classificação da obrigação alimentar

3.3.1 Quanto à natureza

3.3.1.1 Naturais ou necessários

Equivalem às necessidades básicas do ser humano, se situam nos limites do *necessarium vitae*. São aqueles que compreendem aquilo que é extremamente necessário para a subsistência de uma pessoa, compreendendo tão-somente a alimentação, a cura, o vestuário, a habitação. Assim, esses alimentos, abrangem o indispensável ao sustento do indivíduo.

3.3.1.2 Civis

Também chamados de cômmodos, expressão usada pelo autor venezuelana Lopes Herrera e mencionada no Código Chileno.

Situam-se no *necessarium personae*, esses alimentos se taxam segundo os haveres do alimentante e a qualidade de situação do alimentado. Eles compreendem as necessidades morais e intelectuais do ser humano, incluindo também o lazer. Destinam-se a manter a condição sócia, o *status* da família.

3.3.2 Quanto à causa Jurídica ou fonte da obrigação alimentar

3.3.2.1 Alimentos legítimos ou legais:

Eles são assim chamados, pois derivam da *ex dispositione iuris*. Encontram-se disciplinados no Direito de Família, porque de fonte parental ou matrimonial ou da livre convivência. Também decorre da própria Constituição Federal, que em seu artigo 229 prevê: "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de amparar os pais na velhice, carência e enfermidade".

Esse dispositivo regulamenta o dever mútuo de assistência de pais e filhos, segundo Alexandre de Moraes, a Constituição de 1988, repetindo norma tradicional de direito civil pátrio, previu que os pais têm o dever de assistência, criação e educação dos filhos menores; e, conseqüentemente têm o direito, na velhice, carência ou enfermidade, de serem ajudados e amparados pelos filhos maiores.

Observa-se que, a obrigação decorre da própria lei, ou seja, se referem aos alimentos devidos por força da própria norma legal, tanto por vínculo sanguíneo (*ex jure sanguinis*), por um vínculo de parentesco ou relação familiar ou em decorrência de matrimônio.

3.3.2.2 Alimentos voluntários:

Decorrem de uma declaração de vontade *inter vivos* (obrigacionais) ou *causa mortis* (testamentários). São resultantes da *ex dispotione hominis*, também chamados de prometidos ou deixados, prestam-se em razão de contrato ou disposição de última vontade.

Essa obrigação se encontra disciplinada no Direito das Obrigações ou ao Direito das Sucessões, onde se regulam os negócios jurídicos que lhes servem de fundamento.

Tais alimentos podem ter caráter oneroso, quando são estabelecidos em benefício do próprio sujeito da relação jurídica, como, por exemplo: no caso de separação amigável, em que o marido convencionou a pensão a ser paga para a mulher; ou assumir caráter gratuito, quando é estabelecida em benefício de terceiro.

3.3.2.3 Alimentos indenizativos (ou ressarcitórios)

Decorrem de atos ilícitos, encontram-se disciplinados dentro da responsabilidade civil. São resultantes da violação culposa ou dolosa da lei, que causa dano e impõe o dever de indenizar o prejuízo. Eles representam uma forma de indenização *ex delicto*.

Na indenização do ato ilícito estava sendo admitida ação revisional de alimentos, visando o reajuste de pensões a que foi condenado o causador do dano, e sendo considerada possível, nos termos do art. 602, §3º, do CPC, que foi revogado e substituído pelo art. 475-Q, §3º. Nesse sentido:

É inadmissível a ação de revisional de alimentos ou a desobrigação ao pagamento da pensão mensal fixada em decorrência de ato ilícito, ainda que a pensionada tenha condições de manter sua subsistência, pois tal verba possui caráter indenizatório e não alimentar (02.10.1997, RT 750/290).

3.3.3 Quanto à finalidade

3.3.3.1 Definitivos (ou regulares)

São aqueles que decorrem de acordo ou de ato decisório final do juiz, ou seja, os fixados na sentença, que possuem caráter permanente, ainda que sujeitos a eventual revisão e que substituirão os provisionais ou provisórios que eventualmente tenham sido deferidos anteriormente a sentença.

3.3.3.2 Provisionais

Esses alimentos visam atender as necessidades do alimentando durante a pendência do processo. Pertencem à categoria de alimentos antecipados, devido à fase procedimental em que ocorre seu deferimento pelo juiz, desde a postulação, sob forma liminar, e, sem audiência da parte contrária, sendo, assim, fixados em caráter de urgência. São concedidos para a manutenção do suplicante, ou de sua prole, na pendência do processo, compreendendo também o necessário para cobrir as despesas da lide.

3.3.3.3 Provisórios

Também pertencem à categoria dos alimentos antecipados, são fixados liminarmente no despacho inicial. Concedidos com base no artigo 4º, *caput*, da Lei 5.478/68 (Lei de Alimentos), são os definitivos, embora antecipados à fase postulatória da demanda.

Porém, diferentemente dos provisionais, esse alimentos dependem de prova pré-constituída do parentesco ou da obrigação alimentar, conforme artigo 2º da referida lei.

3.3.4 Quanto ao momento da prestação

3.3.4.1 Futuros

São aqueles devidos em virtude da sentença transitada em julgado e a partir da coisa julgada, ou em virtude de acordo e a partir deste. Assim, se prestam em virtude da decisão judicial ou de acordo, e a partir destes.

3.3.4.2 Pretérita

São aqueles anteriores àqueles momentos supra referidos.

3.4 Origens da obrigação alimentar

Não há precisão histórica para definir quando a noção alimentícia passou a ser conhecida.

Os romanos conheciam os alimentos como dever de piedade, de caridade (*officium pietatis*), sendo mero dever moral, que depois se desenvolveu com fundamento nos laços de parentesco, passando a ser um dever jurídico, regulamentado por lei.

O direito romano teria conhecido a obrigação alimentícia fundada em várias causas:

- a) na convenção;
- b) no testamento;
- c) na relação familiar;
- d) na relação patronato;
- e) na tutela.

Disciplina Yussef Said Cahali (2006, pág.39):

Não há determinação precisa do momento histórico a partir do qual essa estrutura foi se permeabilizando, no sentido do reconhecimento da obrigação alimentar no contexto da família.

Terá sido a partir do principado, em concomitância com a progressiva afirmação de um conceito de família em que o vínculo de sangue adquire uma importância maior, quando então se assiste a uma paulatina transformação do dever moral de socorro(...).

Na época do Justianismo já era conhecida uma obrigação alimentar recíproca entre ascendentes e descendentes em linha reta ao infinito, sendo reconhecida aos paternos e maternos na família legítima, entre ascendentes

maternos, pai e descendentes na família ilegítima, provavelmente entre irmãos e irmãs.

3.5 Evolução no Direito Brasileiro

- a) Código Civil de 1916: Tratou da obrigação familiar como sendo efeito jurídico do casamento, estipulando como deveres dos cônjuges a “mútua assistência”, ou o “sustento, guarda e educação dos filhos”, fazendo competir ao marido, como chefe da sociedade conjugal, “prover a manutenção da família”.
- b) Decreto - lei 3.200/41 (Lei de Proteção à Família) - Preconizou o desconto em folha da pensão alimentícia;
- c) Lei 883/49 dispõe sobre alimentos provisionais em favor do filho ilegítimo
- d) Lei 5.478/68: regulamenta sobre a ação de alimentos;
- e) Código de Processo Civil: disciplina a execução da prestação alimentícia nos seus artigos 732 a 735;
- f) Lei do Divórcio: introduziu modificações em matéria de alimentos, com alteração de diversos artigos da Lei 883/49;
- g) Lei 8.560/92: regulamenta a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, prevendo também, a concessão pela sentença de procedência da ação, de alimentos provisionais ou definitivos ao reconhecimento que deles necessitasse;
- h) Lei 8.648/93: estabeleceu, ao acrescentar parágrafo ao artigo 399 do CC de 1916, específico dever de ajuda e amparo em favor dos pais que, na velhice, carência ou enfermidade, ficarem sem condições de prover seu próprio sustento;
- i) Lei 8.971/94: regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão;
- j) Lei 9.278/96: trata da obrigação alimentar entre conviventes, regula o § 3º do artigo 226 da CF;

- k) Código Civil de 2002: equipara o cônjuge e o companheiro aos parentes, no direito de pedir alimentos; dispõe a cerca dos alimentos cômruos.

3.6 Sujeitos da obrigação alimentar

Dispõe o artigo 1.697 do CC/02:

Art.1.697. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Desse modo, o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns na falta de outros.

3.6.1 Alimentos aos filhos menores

O artigo 1.703 do CC/02 dispõe que, para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos. Nesse mesmo sentido disciplina a Lei do Divórcio, e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que declaram o dever dos pais com relação aos filhos menores.

Disciplina Yussef Said Cahali (2006, p.349):

Quanto aos filhos, sendo menores e submetidos ao poder familiar, não há um direito autônomo de alimentos, mas sim uma obrigação genérica e mais ampla de assistência paterna, representada pelo dever de criar e sustentar a prole;

O ECA em seu artigo 22 prima pelo interesse dos filhos, enquanto na esfera criminal se sujeita o genitor às sanções previstas no artigo 224 do CPP, na hipótese de abandono material, senão vejamos:

TARS: Abandono material- Incide na sanções do artigo 244 CP que desatende obrigação alimentar a filhos menores, abandonando por completo a família constituída, deixando a encargo da ex companheira e ao genitor dela. Condenação confirmada. Apelo improvido (TAERGS 105/157). (grifos do autor)

Nesse sentido:

TACRIMSP: A falta, sem justa causa, de assistência material ao cônjuge e aos filhos menores, privando-os da subsistência indispensável, é crime de abandono material, reprimido pelo art. 224 do CP (448/471).(grifos do autor)

E ainda:

Irrelevância da inexistência de ação de alimentos. Abandono material. Acusado que deixa de provar a subsistência da mulher e do filho menor. Desnecessidade de prévia ação de alimentos fixando pensão. Indivíduo vadio, embora válido para o trabalho. Condenação mantida. Inteligência do art.224 CP. O crime de abandono material caracteriza-se pela simples falta de proporcionamento dos meios de subsistência, haja ou não sentença no âmbito civil, mesmo porque os meios de subsistência, não se identificam com os alimentos.

É de se relevar que, o descumprimento contumaz do dever de alimentar pode até mesmo autorizar a suspensão ou perda do pátrio poder, porém isso não retira ao filho menor o direito de ser alimentado pelo genitor destituído ou suspenso do seu exercício.

Venosa entende ser possível a prestação alimentícia ao nascituro, sob o fundamento de que a lei ampara a concepção.

3.6.2 Alimentos aos filhos maiores

O fim da menoridade não retira do filho o direito de pedir alimentos a seus pais, esse direito, todavia, decorre da relação de parentesco em linha reta, e não do pátrio poder, o dever de sustento, surge, agora, como única e autônoma prestação legal de alimentos, condicionada ao estado de necessidade do filho e à possibilidade do genitor, com fundamento no artigo 1.696 do CC/02.

Disciplina Yussef Said Cahali (2006, p. 352):

A obrigação alimentícia que surge com a cessação de dever de sustento que resultou da maioridade é uma obrigação que pode durar por toda a vida do alimentário: “Esse direito do filho ao qual corresponde a obrigação dos pais perdura até a morte”.

Deve-se ter em mente que, não há dispositivo legal que determina que a cessação do dever de pagar alimentos aos filhos termina com a maioridade destes.

3.7 Possibilidade da prisão civil do devedor

3.7.1 Previsão legal

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXVII, prevê: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”.

Percebe-se que a própria Carta Magna excepcionou a proibição da prisão civil, possibilitando a ocorrência de tal privação de liberdade quanto ao débito da obrigação alimentícia.

E, por fim, o artigo 733 do Código de Processo Civil dispõe que na execução de alimentos da sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em três dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo, e o seu parágrafo

primeiro completa regulamentando que se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á prisão pelo prazo de 1 (um) há 3 três meses.

3.7.2 Alcance do artigo 733 do CPC

Este artigo regula o procedimento especial da execução de prestação alimentícia.

A entrada em vigor da Lei n. 11.232/2005 não interfere em nada na aplicação deste artigo, pois ele trata da execução especial e não comum.

Há autores, como Araken de Assis, que fazem uma interpretação extensiva, entendendo que nenhuma classe de alimentos, em princípio, exclui-se do âmbito desse dispositivo, inclusive os alimentos vencidos há mais de três meses.

Há autores com entendimento contrário, como Silvio Venosa e Carlos Roberto Gonçalves, que fazem uma interpretação restritiva, alegando que essa medida coercitiva só é cabível quanto aos alimentos provisionais. Nas palavras de Carlos Roberto (2005, p.132):

Somente os alimentos legais ou legítimos pertencem ao direito de família. Assim, a *prisão civil* pelo não pagamento de dívida de alimentos previstos nos arts. 1.566,III, e 1.694 e s. do Código Civil, que constituem direito de família, sendo inadmissível em caso de não pagamento dos alimentos indenizatórios (responsabilidade *ex delicto*) e dos voluntários (obrigacionais ou testamentários).

Como se nota, prevalece a idéia de que não se admite a prisão civil por alimentos senão os decorrentes da norma expressa, sendo apenas cabível nos casos dos artigos 1.566, III, e 1.694 do Código Civil, que constituem relação de Direito de Família, não sendo possível tal prisão no caso em que a prestação alimentícia decorre da ação de responsabilidade *ex delicto*.

Por outro lado, a jurisprudência de STF, e depois do STJ, no que é acompanhada pelos tribunais ordinários, firmou-se definitivamente no sentido de que, da composição dos textos do estatuto processual e da lei especial, resulta manifesto que a prisão civil do devedor tanto se legitima em caso de não pagamento de alimentos provisionais (ou provisórios) como em caso de não pagamento de

alimentos definitivos, sendo irrelevante tratar-se de ação de alimento ou pensão fixada em declaratória de oferta.

3.7.2.1 Prisão quanto aos alimentos indenizativos

Nos disseres de Araken de Assis (2001, p. 111):

Não há, todavia, motivo para dela afastar os alimentos indenizativos. Tornados definitivos, mercê da respectiva sentença condenatória - o critério da fonte, que inspira os indenizativos, não exclui o da finalidade, situado na base daqueles-, prestam-se, nesta última qualidade, a sujeitar o obrigado à ameaça psicológica da prisão.

Porém, segundo Yuseef Said Cahali (2006, pág. 25) há consenso no sentido de ser inadmissível a prisão civil por falta de pagamento de prestação alimentícia decorrente da ação de responsabilidade *ex delicto*; a prisão civil por dívida como meio coercitivo para o cumprimento da obrigação alimentar, é cabível somente no caso dos alimentos previstos no Direito de Família.

3.7.2.2 Prisão quanto aos alimentos pretéritos

Quando o devedor se revela relapso e contumaz, apenas as pretensões referentes às três últimas prestações vencidas são admissíveis na demanda executiva regulada pelo artigo 733 do Código de Processo Civil.

Mas vale lembrar que os alimentos não perdem esta característica com o decurso do tempo, de modo que o restante das pretensões vencidas pode ser exigido conforme o rito do artigo 732 do CPC que, no entanto, não prevê a prisão civil.

3.7.3 Requisitos da inicial para a prisão do devedor de alimentos:

Com a recente reforma do CPC, caso o título executivo seja judicial, não é necessário que a petição da execução obedeça ao previsto no artigo 282 do CPC. O credor – alimentário deve identificar a si e ao executado, transcrever o título exeqüendo; explicar o valor do crédito e dos seus eventuais consectários, o que consiste em informar o valor da causa; imputar o inadimplemento ao obrigado e pedir providência executiva correspondente ao rito, requerendo a citação do devedor. E ainda, o credor deve apresentar a memória de cálculo do seu crédito, conforme o artigo 614, III, do CPC, explicitando o principal, juros e correção monetária, de forma analítica e compreensível, para que citado, o devedor possa efetuar o pagamento.

Pela redação do parágrafo 1º do artigo 733 do Código de Processo Civil, pode-se fazer a equivocada interpretação de que se pode decretar a prisão de ofício, todavia já há o entendimento firmado de que o pedido dessa medida deve ser feito de forma expressa.

3.7.4 Prazo para pagamento da obrigação

Segundo o art. 733 do CPC, na execução da sentença ou da decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em três dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

Caso o executado deseje cumprir, tendo requerido a tempo, e sendo necessário calcular na dívida e os acessórios supervenientes, é preciso intimá-lo do cálculo, examinar e julgar as impugnações porventura efetivadas ao resultado da conta, como pressuposto do decreto da prisão.

Em regra, a prisão só é elidida com o pagamento integral da dívida, porém, por demonstrarem começo de prova de momentânea impossibilidade de satisfazer por inteiro a obrigação, os pagamentos parciais também podem inibir a prisão.

Para que haja a prisão deve ser rejeitada a justificativa do devedor pelo não pagamento ou houver a inércia do executado.

3.7.5 Prazo da prisão civil

O artigo 733, § 1º do Código de Processo Civil, fixa o prazo de 1 (um) a 3 (três) meses, já o artigo 19, *caput*, da Lei de Alimentos, prevê o prazo 60 (sessenta) dias, todavia esse prazo se refere à alimentos definitivos.

Athos Carneiro **apud** Yussef Said Cahali, (Pág.763, 2006) declara a crítica:

A permanência do lamentável descompasso entre a lei especial e o Código, no alusivo prazo da prisão. Enquanto a norma codificada o juiz decretará a prisão do devedor de alimentos provisionais “pelo prazo de três meses” (art. 733, § 1º), pela Lei 5.478, o “cumprimento do julgado ou do acordo” poderá ser garantido pela “decretação de prisão do devedor até sessenta dias” (art. 19, *caput*).

No caso de execução de alimentos provisionais o prazo da prisão será o estipulado pelo Código de Processo Civil.

Barbosa Moreira **apud** Araken de Assis (2001,146) esclarece que entende derogado, no particular, o artigo 19, *caput*, parte final da lei 5478/68.

Deve se ter em mente que, é inadmissível que o devedor seja condenado por tempo indeterminado, ou seja, até que pague a dívida.

3.7.6 Cumprimento da prisão

O cumprimento da “pena”, assim, com dispõe o art. 733, §2º do CPC, não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas, isto se justifica pela natureza coativa e não punitiva da obrigação alimentar.

Nada impede que ao sair da prisão, por ter permanecido o prazo fixado pelo juiz, o devedor sofra a execução comum por quantia certa, se possuir bens penhoráveis, ou mesmo um segundo pedido de prisão caso os motivos que amparam o primeiro decreto se repitam ou ocorra inadimplemento posterior na hipótese do §3º.

3.7.7 Pagamento da dívida

O pagamento da dívida implica a suspensão imediata da pena, conforme § 3 do artigo 733 do Código de Processo Civil.

Caso o devedor de alimentos, seja citado regularmente, para pagá-los, e permanece relapso, ser-lhe-á decretado a prisão contra ele, porém, em havendo justificação da impossibilidade de pagamento pelo devedor, em estado de real dificuldade, ou em fase de comprovação dessa impossibilidade, não caberá a prisão.

3.7.8 Justificativas para o não cumprimento

O mero desemprego, sem a prova da impossibilidade de pagamento, não é considerado justificativa para a falta de pagamento, sendo necessária a comprovação de ocorrência de força maior.

Vale salientar que o eventual desemprego ou dificuldades econômicas, não podem ser fundamentos para o não pagamento de pensão alimentícia acordada e em vigor. Isso porque, assumida a obrigação, deverá o devedor cumpri-la, retirando o numerário necessário para tanto de sua própria subsistência, e considerar os alimentos como parte dela, como se ainda vivessem sob o mesmo teto. A dissolução de sociedade conjugal, muitas vezes, é interpretada pelo alimentante como razão para, simplesmente, esquecer-se da existência de filhos menores e da necessidade de obtenção de recursos para sua sobrevivência como parte indissociável de seu orçamento. Enfim, o indivíduo não deixa de ser pai pelo fato de não ter a guarda de seus filhos. A atitude correta, no momento em que se torna impossível cumprir a obrigação alimentar, é ingressar com pedido revisional, e não deixar simplesmente de fornecer o necessário para a subsistência de sua prole.

Se não pagou, sujeitou-se à execução nos moldes em que ela é proposta, ou seja, expedindo-se mandado de prisão a fim de obrigá-lo a pagar o débito alimentar a seus filhos, que durante todo esse período de ausência, não deixou de comer, vestir, estudar, morar, e de apresentar as demais necessidades inerentes a sua idade.

A constituição de nova família não é fato que deva levar ao não pagamento de alimentos fixados anteriormente. Isso porque se trata de decisão livre e unilateral do alimentante, que evidentemente em nada poderá prejudicar os direitos do beneficiário dos alimentos. Antes de constituir nova família deverá o alimentante sopesar se possui efetivas condições de arcar com os ônus correspondentes. Veja o que dispõe a jurisprudência:

Se o alimentante se abalçou a contrair novo casamento e constituir nova família é porque quis assumir livremente os riscos dos novos encargos, não podendo tal circunstancia influir nas obrigações indeclináveis que aceitava como a de sustentar os filhos menores do primeiro casamento.” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação, 61647, apud Bertolo Mateus de Oliveira Filho, “Alimentos e Investigação de Paternidade”, Belo Horizonte, Del Rey, 3ª Ed. 1999, pág.114)

Desse modo, essa justificativa não tem o condão de afastar a expedição de mandado de prisão, que tem como fim coagi-lo ao pagamento do débito alimentar.

O decreto da prisão ocorre não só quando este deixa de se justificar, mas principalmente quando a sua justificativa é rejeitada por decisão interlocutória (art. 162, §2º). Essa rejeição exige expressa fundamentação, a qual se deve pautar no enfrentamento de todas as escusas apresentadas.

Somente os fatos objetivos e incontestes podem ser aceitos pelo juiz como justificativa, por exemplo: incapacidade física do alimentante, extinção da obrigação pelo casamento do alimentado, ou pela morte.

Caso as escusas se mostrem ponderáveis e verossímeis, de modo a exigirem maiores investigações da parte do juiz, a solução é a designação da audiência especial para a oitiva das partes a que alude o artigo 342 do CPC.

3.7.9 Possibilidade da reiteração da prisão

Como já mencionado, a prisão é reiterável tantas vezes quanto for necessário, no curso do mesmo processo ou em outro, sem embargo de o obrigado obter a liberdade através do cumprimento da obrigação. O juiz pode decretar-lhe novo mandado de prisão pelo não pagamento de novo débito alimentar, uma vez

que estas prestações têm caráter periódico. Se não fosse compreendida desta maneira, o cumprimento da prisão proporcionaria ao devedor uma verdadeira imunidade para que nunca mais cumprisse para com sua obrigação alimentar pelo resto de sua vida.

3.7.10 Lugar do cumprimento da prisão

A doutrina e jurisprudência têm entendido que por esta prisão ter caráter coercitivo, visando o cumprimento do dever alimentar, deve ser executada na forma regular, não podendo ser convertida para o regime – albergue, nem prisão domiciliar ou em liberdade vigiada.

3.8 Fixação dos alimentos

Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades dos requerentes e dos recursos da pessoa obrigada, conforme binômio possibilidade/necessidade. Nesse sentido, se posiciona a jurisprudência:

Alimentos-Fixação-A fixação dos alimentos deve ser feita observando-se o binômio necessidade-disponibilidade, de acordo com os elementos constantes dos autos, contudo sem pôr em risco a subsistência do alimentante e de sua família, mormente quando esta é formada por vários membros (TJRO- AC 100.001.2003.016348-9- 1ª C.Cív. Rel. Dês. Gabriel Marques Carvalho_J. 10.01.2006).

E ainda:

AÇÃO DE ALIMENTOS- FIXAÇÃO- VALOR PROVISÓRIO- CARÁTER EMERGENCIAL- PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE- BINÔMIO NECESSIDADE- POSSIBILIDADE- DILAÇÃO PROBATÓRIA- RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO- UNÂNIME- A contribuição alimentar deve ser prestada por ambos os pais, segundo as possibilidade de cada um e conforme a necessidade do alimentado (TJDF- AGI 200300200885493- DF- 3º T. Cív.- Rel. Des. Lécio Resende- DJU 10.02.2004- p. 142).

O pressuposto do binômio é confirmado pelo artigo 1.695 do CC. O princípio da proporcionalidade deve incidir na fixação desses alimentos no sentido de que a sua quantificação não pode gerar enriquecimento sem causa.

Cabe aos pais, cada qual e a ambos conjuntamente sustentar os filhos, fornecendo-lhes a subsistência material e moral, concedendo-lhe alimentação, vestuário, abrigo, medicamentos, educação, enfim tudo aquilo que se faça necessário à manutenção e sobrevivência.

4 DO DEPÓSITO

4.1 Conceito

O contrato de depósito está previsto no artigo 627 do Código Civil, que estabelece que depósito é o contrato pelo qual se entrega a alguém uma coisa para a guarda com o dever de restituí-la quando reclamado.

A guarda da coisa, nesse caso, não deve ser confundida com a guarda existente em algumas figuras contratuais, como no contrato de comodato, pois neste, o dever de guarda é finalidade acessória ou acidental, diferente do depósito em que a guarda é a finalidade principal.

4.1.2 Espécies

4.1.2.1 Voluntário ou Contratual:

Surge da vontade dos interessados espontaneamente, em que o depositante escolhe o depositário, confiando-lhe a guarda de uma coisa, vem regulado nos artigos 627 a 646 do Código Civil.

Esse depósito exerce função de índole privada, tendo por finalidade a obtenção de interesses particulares.

4.1.2.2 Necessário ou extracontratual:

Essa espécie independe da vontade dos interessados, realizando-se no desempenho de obrigação imposta por lei. Consiste naquele em que o depositante, não podendo escolher livremente a pessoa do depositário, é forçado pelas circunstâncias a efetuar o depósito com pessoas, cujas virtudes desconhece.

Esse depósito visa atender uma obrigação legal ou impedir a ruína da coisa depositada. Não há presunção de gratuidade, pois pode ocorrer a remuneração do depositário. Surge em razão de determinadas circunstâncias, se subdivide em legal, miserável e hoteleiro ou hospedeiro.

4.1.2.2.1 Depósito legal

Como se verifica pelo próprio nome, é aquele determinado pela lei, conforme artigo 647 do Código Civil. Esse depósito segue o que a lei prevê, ou, na omissão, seguirá as regras do depósito voluntário, em consonância com o artigo 648 do Código Civil. Desse modo o depósito resultante da penhora, será regulado pelo artigo 666 do Código de Processo Civil;

4.1.2.2.2 Depósito miserável

Ocorre em situações de calamidade, ou seja, em circunstâncias emergenciais ou de calamidade pública, como incêndio, inundação, naufrágio ou saque. Ex: móveis retirados de uma casa inundada, ou que está incendiando. O depositante entrega o que conseguiu salvar à primeira pessoa que aceitar guardar a coisa. Previsto artigo 647, II do Código Civil, todavia, enumeração desse artigo é apenas exemplificativa, conhecendo-se dentre outros casos a peste, o terremoto, a tempestade, a ruína ou o desmoronamento como causas para esse depósito.

4.1.2.2.3 Depósito do hoteleiro ou hospedeiro

Refere-se ao contrato que engloba dentre outras obrigações, prestação de serviços, locações de coisa, fornecimento de alimentos e de depósito, caracterizadas pelo aluguel do quarto ou apartamento e pelos trabalhos que são prestados pelo hoteleiro, através de prepostos e empregados. O hospedeiro responde pelas bagagens dos hóspedes como depositário, caso haja eventuais

furtos realizados no estabelecimento, conforme artigo 649, parágrafo único do Código Civil. O fundamento dessa responsabilidade se baseia no fato dos hospedeiros e estalajadeiros se oferecem à confiança do público, e pela falta de tempo ou de disponibilidade para verificar a idoneidade dos estabelecimentos. Equipara-se ao depósito necessário, também não se presume gratuito, já que o custo do depósito das bagagens está incluindo no preço da hospedagem, assim com dispõe o artigo 651, 2ª parte, do Código Civil. Pontes de Miranda **apud** Arnaldo Rizzardo (2006, p.662), estende o significado de hoteleiro:

O significado de hoteleiro se estende a quaisquer hospedeiros, inclusive hospitais, estabelecimentos balneários de estadia, ônibus com leitos, navios em que dorme, aeronaves e trens de leito(...) nada tem com restaurantes e outros estabelecimentos que somente fornecem comida e bebida (...) A responsabilidade dos empresários de teatros, cassinos, clubes, hotéis, pelas peças de vestuário, é de responsabilidade do depositário(...)"

A doutrina nos traz outras hipóteses em que podem ser tratadas como depósito, como no caso do oficial de justiça, ou outro auxiliar da justiça, enquanto a coisa não é entregue ao depósito público e permanece com ele, responde como depositário entre ele esse terceiro, assim como os bens guardados em cofre oferecidos aos hóspedes, pois o fornecimento deste está incluso na diária, e, caso ocorra o roubo, não será considerado força maior, pois quem fornece os cofres tem consciência do risco, sendo a segurança inerente ao serviço.

Arnaldo Rizzardo (2006, p.662) disciplina a matéria, e resume:

Em suma, se aplica a responsabilidade a todos os estabelecimentos ou donos de casa que recebem fregueses a troco de dinheiro, para estadia durante qualquer lapso de tempo, incluindo-se, na relação, ainda colégios, internatos e albergues, abrangendo a proteção quaisquer bens que são trazidos pelo hóspede, cuja guarda é entregue e confiada ao dono do estabelecimento.

Porém, deve se ressaltar que, restaurantes e cafés abertos, sem serviços de fichas para chapéus e outros pertences não são considerados depositários, assim como os escritórios de advogados e consultórios médicos quanto àqueles objetos se não tiverem serviços de guarda, como, por exemplo, recepcionistas.

E ainda, não são considerados eficazes os avisos colocados no interior dos hotéis ou quartos no sentido de excluir as responsabilidades caso essa exclusão seja ato unilateral, só surtindo o efeito previsto se for convencionada entre o estabelecimento e o hóspede. Todavia, os objetos amparados pela proteção legal são aqueles que habitualmente são considerados necessários e próprios para a viagem, como roupas, abrigos, coisas de uso pessoal, estando excluídas as quantias elevadas, as jóias, os títulos ao portador, salvo for estipulado contrato de depósito voluntário.

4.1.2.3 Regular ou ordinário

Refere-se às coisas infungíveis, não consumíveis, cabendo ao depositário restituir obrigatoriamente a coisa recebida.

4.1.2.4 Irregular

Ocorre quando a estipulação é firmada em restituir não aquela coisa recebida, e sim outra do mesmo gênero, qualidade e quantidade, assim como ocorre no depósito bancário. Essa classificação de depósito pode ser confundida com mútuo, que importa na transferência da propriedade.

Porém, o fim econômico é diferente, enquanto que no depósito irregular prevalece o interesse do depositante, prevalece no mútuo o do mutuário, e ainda, no depósito irregular, o depositante pode exigir a restituição da coisa em igual quantidade, em qualquer momento, mesmo que o contrato tenha sido estipulado por prazo determinado, o que não ocorre no mútuo, salvo se houver previsão expressa.

4.2 Depósito judicial

Refere-se ao depósito legal, incluindo-se na modalidade de depósito necessário, se refere ao depósito feito judicialmente por meio de arresto, seqüestro,

penhora e outras medidas, que tem como finalidade resguardar a incolumidade dos bens objetos da constrição judicial, até final destinação.

O depósito judicial exerce função de índole pública, uma vez que assume o *munus* na condição de órgão auxiliador da justiça, tendo como objetivo a efetividade e utilidade do processo.

Nessa espécie de depósito, o juiz nomeia um depositário, confiando-lhe a guarda e conservação de certos bens, conforme o artigo 148 do Código de Processo Civil, que dispõe: “A guarda e conservação de bens penhorados, arrestados, seqüestrados ou arrecadados serão confiadas a depositário, não dispondo a lei de outro modo”.

4.2.1 Arresto

Aprendem-se bens para a garantia de uma obrigação, sob o fundamento, dentre outros casos, de que o devedor está dissipando, “se desfazendo”, de seus bens. Trata-se de medida cautelar. Assim, essa medida tem entre suas funções o de resguardar a eficiência de um futuro processo de execução por quantia certa contra o devedor solvente, o que ela faz mediante a apreensão de bens que mais tarde se converterão em objeto ato executivo penhora, sendo, então, uma “certa” preparação da penhora.

Cessa o arresto, de acordo com o artigo 820 do CPC: pelo pagamento, novação e transação.

Segundo o artigo 821 do CPC: “Aplicam-se ao arresto as disposições referentes à penhora, não alteradas na presente Seção”.

4.2.2 Seqüestro

Aqui, a coisa é litigiosa, daí havendo incerteza subjetiva quanto a ela. Trata-se de medida cautelar; Costa Machado (2006, p.1.172) conceitua essa medida:

Seqüestro é a medida, a ação e o procedimento cautelar cuja finalidade é o resguardo da eficácia de futura execução que culmine na entrega de coisa

certa ao credor e que consiste na apreensão de bens determinados que são ou serão objeto de pendência judicial.

Reza o artigo 822 do CPC:

Art. 822. O juiz, a requerimento da parte, pode decretar o seqüestro:

- I) de bens móveis, semoventes ou imóveis, quando lhes for disputada a propriedade ou posse, havendo fundado receio de rixa ou danificações;
- II) dos frutos e rendimentos do imóvel reivindicando, se o réu, depois de condenado por sentença ainda sujeita a recurso, o dissipar;
- III) dos bens do casal, nas ações de separação judicial e de anulação de casamento, se o cônjuge os estiver dilapidando;
- IV) nos demais casos expressos em lei. (grifos do autor)

Pela redação do *caput* do artigo supracitado entende-se que não pode haver a concessão do seqüestro *ex officio*. Aplicar-se-á ao seqüestro, no que couber o que o CPC estatui acerca do arresto.

Incumbe, segundo o artigo 824 do CPC, ao juiz nomear o depositário dos bens seqüestrados, podendo também a escolha recair em pessoa indicada, de comum acordo, pelas partes ou em uma das partes, desde que ofereça maiores garantias e preste caução idônea. Deve-se ressaltar que, nada impede que na própria petição inicial do seqüestro já conste a indicação do possível depositário.

Dispõe o artigo 825 do CPC: “*A entrega dos bens ao depositário far-se-á logo depois que este assinar o compromisso*”.

Pois, somente com o aperfeiçoamento do compromisso é que a pessoa nomeada se vincula à relação processual como auxiliar da justiça, nesse caso eventual.

4.2.3 Penhora

Refere-se aos bens que são necessários para a satisfação de uma dívida.

Dispõe o artigo 659 do CPC: “*A penhora deverá incidir em tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios.*” Esse artigo recebeu nova redação com a reforma do processo de execução.

De acordo com Araken de Assis (2002, p.602), penhora é o ato executivo que afeta determinado bem à execução, permitindo sua ulterior expropriação, e torna os atos de disposição do seu proprietário ineficazes em face do processo.

Trata-se de ato jurídico processual executivo em que fixa a responsabilidade patrimonial do executado sobre um ou mais bens individualizados do seu acervo, proporcionando a sua apreensão e conservação pelo depósito, visando a satisfação efetiva do direito do credor.

O aperfeiçoamento formal da penhora depende, em regra, da lavratura, pelo oficial de justiça ou pelo escrivão, do respectivo auto ou termo de penhora, depósito e avaliação, seguindo os termos do artigo 665 do CPC. Esse aperfeiçoamento traz como conseqüência a criação de outros direitos processuais, como o direito de preferência, que se trata de um direito real, previsto no artigo 612 do CPC e o direito de seqüela, ou seja, direito de perseguir o bem penhorado onde quer que ele esteja não importando quem o detenha.

O parágrafo 1º do artigo 659 do CPC se refere à dimensão espacial do poder conferido ao oficial de justiça para realizar a penhora, obedecendo à competência territorial, ou seja, ao limite geográfico do poder jurisdicional do juiz que autorizou a penhora, a propriedade demonstrada inegavelmente do terceiro e por fim o limite representado pelo pequeno valor dos bens em comparação com o crédito, com fundamento no artigo 659, §2º do CPC que declara: “Não se levará a efeito a penhora, quando evidentemente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvida pelo pagamento das custas da execução”. Nota-se assim, que há a desproporção entre o valor do bem e o valor do crédito exeqüendo.

A lei 11.382/2006, a chamada Reforma da Execução acrescentou o § 6º ao artigo 659 do CPC, prevendo a possibilidade de averbações de penhoras de bens móveis e imóveis por meios eletrônicos, se obedecidas às normas de segurança que forem instituídas, sob critérios uniformes, pelos Tribunais. A Lei 11.419/2006 em seu artigo 1º, §2º conceitua meio eletrônico, dispondo que isso se refere a qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais.

Deve ressaltar também, o disposto no artigo 660 do CPC: “Se o devedor fechar as portas da casa, a fim de obstar a penhora dos bens, o oficial de justiça comunicará o fato ao juiz, solicitando-lhe ordem de arrombamento”. Assim, a prática desse ato de arrombamento depende de expressa autorização do juiz feita por mandado autorizando-o. Esse arrombamento poderá ser feito com ou se auxílio da polícia, por dois oficiais de justiça, nos moldes do artigo 661 também do CPC.

Segundo o artigo 664 do CPC será considerada realizada a penhora mediante a apreensão e o depósito dos bens, lavrando-se em um só auto se as diligências forem concluídas no mesmo dia, todavia, o parágrafo único do mesmo artigo dispõe que em havendo mais de uma penhora, lavrar-se-á para cada qual um auto. E o artigo 665 do mesmo diploma legal elenca o conteúdo desse auto.

Os bens penhorados, arrestados ou seqüestrados são entregues ao depositário, enquanto que os arrecadados ao administrador. Geralmente, o depositário dos bens penhorados e arrestados é o próprio devedor. A lei prevê no artigo 149, parágrafo único a possibilidade de o juiz nomear preposto por indicação do depositário ou do administrador.

O artigo 150 do CPC restringe-se aos prejuízos causados por ato doloso ou culposo do depositário ou do administrador, porém de qualquer modo, mesmo que seja responsabilizado, o gasto que teve com a guarda e a remuneração deve ser reembolsado para que não haja o enriquecimento indevido.

O artigo 666 do CPC foi completamente mudado com a reforma da execução, com o objetivo de eliminar, da ordem de preferência o executado, pois a antiga redação narrava: “Se o credor não concordar em que fique como depositário o devedor, depositar-se-ão: (...)”. Já a atual redação é clara ao dispor: “Os bens penhorados serão preferencialmente depositados:”. Hoje, os bens poderão ser depositados em poder do executado se houver a expressa anuência do exeqüente ou nos casos de difícil remoção, consoante o artigo 666, §1º do CPC. Nota-se, que com a reforma o artigo não mais fala de devedor, nem de concordância do credor.

Não se procede à segunda penhora segundo o artigo 667 do CPC, salvo se: a primeira for anulada; executados os bens, o produto da alienação não bastar para o pagamento do credor ou por fim, o credor desistir da primeira penhora, por serem litigiosos os bens, ou por estarem penhorados, arrestados ou onerados.

Dispõe o artigo 668 do CPC:

Art.668 CPC-O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias após intimado da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove cabalmente que a substituição não trará prejuízo algum ao exeqüente e será menos onerosa para ele devedor (art. 17, incs. IV e VI, e art. 620).

Essa substituição tem como fundamento a conveniência baseada na ausência de prejuízo e na menor onerosidade, só podendo ser requerida pelo executado, diverge da substituição prevista no artigo 656 do CPC, pois essa se baseia num impedimento jurídico à manutenção da penhora e pode ser requerida por qualquer das partes.

4.3 Elementos do contrato de depósito

Os elementos do contrato de depósito são os seguintes:

- a) entrega da coisa pelo depositante ao depositário, por ser contrato real, não há depósito sem a tradição. Não há necessidade de que ocorra o efetivo ato físico de entrega, pois o depositário pode já se encontrar na posse ou detenção do bem.
- b) geralmente o bem tem natureza móvel, pois há autores que sustentam que o depósito de coisa imóvel se refere à locação de serviços, argumentando que a atividade exigida de quem guarda o imóvel se refere à conservação, vigilância e administração.
- c) guarda do bem, o artigo 640 do CC/02 dispõe: “Sob pena de responder por perdas e danos, não poderá o depositário, sem licença expressa do depositante, servi-se da coisa depositada, nem a dar em depósito a outrem”.

Essa característica se refere ao interesse primário do depositante, pois mesmo permitindo o uso, a custódia é a principal finalidade. Desse modo, o contrato de depósito se conceitua como o contrato em que o uma pessoa confia ao a outra a guarda do bem, obrigando-se esse ultimo a restituí-lo, quando reclamado.

- d) restituição da coisa, o depositário está obrigado a devolver a coisa assim que reclamado ou exigir o depositante, a desobediência a esta

obrigação traz graves conseqüências penais e civis, pois o depositário pode ser considerado infiel e ter sua prisão civil decretada.

Carvalho Santos **apud** Arnaldo Rizzardo, (2006, p.654), que declara o fundamento para essa restituição:

A entrega que se faz da coisa não transfere nem a propriedade, nem a posse: o depositário adquire a simples detenção do objeto. *Est in possessione, sed non possedet*, como dizem os textos do direito romano, mostrando bem, por aí, que o depositário recebe a coisa para tê-la sob sua guarda e velar por ela. É um detentor precário que não pode tirar nenhuma vantagem de sua posse, visto como depositante continua o só proprietário, retendo todos os benefícios peculiares a esse título.

Porém, segundo os artigos 633 e 638 do CC/02, o depositário pode reter a coisa ou deixar de entregá-la quando o objeto for judicialmente embargado, quando sobre ele pender execução notificada ao depositário, se este tiver motivo razoável para suspeitar que a coisa foi furtada ou roubada, ou se o depósito se fundou noutro depósito.

e) em regra, o não uso da coisa, uma vez que a coisa é entregue para a guarda;

O uso da coisa pelo depositário ou o dar em depósito para outra pessoa poderia desfigurar o contrato de depósito, pois a guarda com autorização para o uso gratuito transformaria o contrato em comodato, e, se mediante retribuição, se referiria à locação. Todavia, não se proíbe o uso do bem se há expressa licença do depositante, diante do artigo 640 do Código Civil.

f) o objeto é coisa corpórea e em regra infungível, o próprio artigo 627 do Código Civil dispõe que pelo contrato de depósito recebe o depósito um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame.

Porém, o artigo 645 do mesmo diploma legal, traz uma exceção quanto à infungibilidade, o chamado depósito irregular, de interesse do depositante, neste a coisa depositada é fungível, e o depositante transmite ao depositário o próprio domínio. Assim, os bens fungíveis, que são aqueles substituíveis por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade, são suscetíveis de depósito, desde que especifiquem o respectivo tipo, o gênero, a quantidade e demais características;

g) disponibilidade, pois a coisa ficará na guarda do depositário até que seja requerida pelo depositante;

h) o prazo em benefício do depositante, isso se dá em decorrência do interesse primário ser do depositante.

O depositário não é autorizado a devolver a coisa a coisa antes do prazo previsto se no contrato foi estabelecido um período de duração. Porém, ao depositante é reconhecido o direito de não respeitar o prazo acordado.

4.4 Características do contrato:

O contrato de depósito é:

a) real, pois exige para a sua configuração a entrega da coisa, porém não necessita que ocorra a efetiva entrega, caso em que o depositário já se encontra na posse do bem;

b) sinalagmático imperfeito ou bilateral, pois impõe obrigações diretas somente ao depositário, salvo se tiver remuneração estipulada;

c) duração temporária, não há depósito sem limitação de prazo, pois poderia ocorrer a configuração de outro contrato, como o de doação, e ainda, um dos elementos do contrato de depósito é a restituição do bem quando solicitado.

d) em regra, gratuito por natureza, porém pode as partes estipular uma gratificação em favor do depositário, assim com dispõe o artigo 628 do Código Civil, em que há a presunção de gratuidade, desse modo, aquele que assume o compromisso de guardar um bem por conta de outra pessoa presume-se que o faz para prestar-lhe um favor, do contrário, há de vir estabelecido no contrato a remuneração.

Todavia, é comum a existência de práticas comerciais ou remuneradas de depósito, em que não é necessário que se estabeleça a obrigação do pagamento, pois a onerosidade decorre naturalmente, como é o caso dos armazéns-gerais, com a função de receber produtos, estocar mercadorias ou silos, e das instituições bancárias, que fazem os depósitos de dinheiros através da abertura de contas correntes e onde se lançam movimentações de débito e crédito. Em geral, a remuneração do depósito é previamente acordada, seja pelo consenso entre as

partes, seja pelos usos, porém, na ausência de ajuste de preço, o arbitramento, geralmente pela via judicial será o caminho.

e) *Intuitu persone*, ou seja, ele é celebrado em razão da pessoa, sendo que o depositante confia no depositário à guarda do bem.

4.5 Obrigações do depositário:

a) guarda: o artigo 629 do Código Civil dispõe acerca da tal obrigação, exige do depositário os mesmos cuidados que ele teria se a coisa fosse sua. Dessa obrigação decorrem outras duas.

Uma que consiste em conservar a coisa depositada, devendo-se manter o seu estado natural, sendo o depositário responsabilizado se permitir o perecimento ou deterioração da coisa.

Há de se levar em consideração que, qualquer violação ao dever de zelo, atenção e cuidado, decorrente de culpa ou dolo, resulta em responsabilidade civil, obrigando-se o depositário a indenizar o dano causado, e ainda, o menor grau de culpa, por imprudência, negligência ou imperícia, gera o dever de indenizar. O depositário não será responsabilizado nos casos de força maior ou caso fortuito, mas sob a condição do artigo 642 do CC. A prova incumbe ao que alega as justificativas. Todavia, se o depositário estiver em mora na restituição do objeto, em regra, incide a responsabilidade, mesmo se ocorreu caso fortuito ou força maior, salvo se as partes estipularam o contrário.

E a outra obrigação consiste em não usar a coisa nem repassar o depósito, sem expressa autorização, e caso haja prejuízo para o depositante, o depositário poderá responder por perdas e danos, não há previsão de sanção específica para o uso indevido.

b) restituir a coisa: devolver a coisa e seus acessórios. A própria natureza do depósito pressupõe a restituição da coisa, que abrangerá todos os frutos ou rendimentos e acréscidos, assim que o depositante requerer. Se for depósito irregular, por se tratar de coisa fungível, aplicam-se as regras do mútuo. Se for regular, deverá restituir a mesma coisa sempre que o depositante requeira ou no tempo convencionado.

4.6 Prisão Civil do depositário infiel

4.6.1. Conceito de depositário infiel

Nas palavras de Odete Queiroz (2004, pág.55):

É aquele que tendo a obrigação de restituir coisa alheia que recebeu para custódia não o fez, não cumpriu sua obrigação. E, ao colocar-se na posição de inadimplência, acaba por trair a confiança que nele depositou quem lhe entregou coisa para guardar, tornando-se com isso um devedor em mora.

4.6.2 Da prisão do depositário infiel

4.6.2.1 Natureza jurídica da prisão

É meio coercitivo, com a finalidade de compelir o depositário a cumprir sua obrigação, ou seja, é uma medida em que irá de certa forma “forçar” o infiel depositário a restituir a coisa recebida em depósito.

Nesse sentido Odete Novais, (2004, pág.56) leciona que tal prisão não é propriamente uma pena, mas uma medida compulsória de natureza civil ou administrativa, não se indagando de culpa ou dolo do depositário, devendo ser decretada no curso da ação de depósito, assegurada plena defesa ao devedor que não cumpriu com sua obrigação, diferente se dá quanto ao depósito judicial, matéria analisada em tópico próprio.

Na lição de Álvaro Villaça (2000, pág.88):

Pelos elementos da conceituação do instituto da prisão civil, essa medida não pode ser, genuinamente, considerada pena, mas “antes, enérgico e pronto meio para compelir o depositário a restituir o que tomou para guardar, a impedir que cometa apropriação indébita. Quer se considere a prisão do depositário pena ou simples meio coercitivo de obrigá-lo a cumprir a obrigação de restituir, a verdade é que tem caráter violento, conservando-se, nas legislações, como resquício da prática odiosa da prisão por dívida.

Joaquim Molitor (2000, p. 57) disciplina:

A prisão civil do depositário, como demonstrado, tem a natureza de meio de compulsão, para constranger ao adimplemento da obrigação de restituir, de forma que, satisfeita esta, mediante a devolução da coisa, ou de seu equivalente pecuniário, deve cessar, incontinenti, a privação de liberdade.

Assim, fica clara a natureza coercitiva da prisão do depositário, visando apenas a satisfação da obrigação, desse modo mesmo que o devedor cumpra o prazo fixado pelo juiz, isso não o exime do cumprimento de seu dever de restituir a coisa ou seu equivalente pecuniário.

4.6.2.2 Da prisão por infidelidade depositária:

Caso não haja o cumprimento da obrigação, qual seja, a guarda do bem e a sua conservação, tomando todas as medidas necessárias a fim de evitar a deterioração ou desaparecimento desse bem, poderá, a princípio, ocorrer a decretação da prisão do depositário por infidelidade depositária.

A decretação da prisão tem por finalidade assegurar o exato cumprimento da obrigação, ou seja, obrigar o depositário a devolver o bem depositado, pois não havendo essa devolução, o credor poderá pedir a decretação da prisão, com base nos artigos 902 e 904 do Código de Processo Civil. A prisão será possível após o trânsito em julgado da sentença, e desde que o réu não cumpra as providências necessárias que lhe foram ordenadas.

De acordo com os artigos 902, § 1º e 904 do Código de Processo Civil, transitada em julgado a sentença e sendo expedido o mandado para que o réu entregue a coisa em vinte e quatro horas ou seu valor equivalente em dinheiro, se este não tomar nenhuma das providências, o juiz decretará sua prisão, desde que tenha sido expressamente formulada na inicial, não podendo assim ser decretada *ex officio*.

Pontes Miranda **apud** Joaquim Molitor (2000, p.52) leciona a respeito, declarando: “Essa decretação depende, portanto, de ter o autor inserido na petição a

cominação da pena. Não mais tal pedido é elemento essencial da petição inicial. Se na petição inicial não foi feito, o juiz não pode decretar a prisão.”.

O que justifica a prisão do depositário não é a dívida e sim a sua infidelidade, pois deixa de restituir o bem cuja custódia lhe foi confiada.

Como a prisão não é pena e não tem caráter satisfativo, o cumprimento integral da prisão pelo depositário, não lhe retira a obrigação de restituição da coisa ou do pagamento do seu equivalente em dinheiro.

O artigo 666, §3º do CPC, no que tange a penhora, dispõe: “*A prisão de depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito*”. Quanto à prisão do depositário judicial ilegal, leciona Costa Machado (2006, p.914):

A disposição normativa que ora nos ocupa - outra novidade trazida pela Lei n.11.382/2006 que institui a Reforma da Execução Extrajudicial nada mais significa que a consagração em sede legislativa de uma orientação exegética que dominou a execução civil brasileira nestas últimas décadas, qual seja, a de que a decretação da prisão de depositário judicial infiel - prevista genericamente pelo art. 5º, LXVII, da CF, e pelos artigos 902, § 1º, e 904, parágrafo único, do CPC - não depende da propositura da ação, nem de instauração de processo autônomo.

Desse modo, o juiz da causa, incidentalmente no processo de execução ou na fase de cumprimento da sentença poderá decretar a prisão do depositário judicial infiel, sempre que for determinada a entrega da coisa a alguém e ele permanecer inerte ante a ordem judicial.

Porém, há discussões sobre a possibilidade ou não da prisão civil do depositário infiel, e essa matéria será mais bem analisada em tópico próprio.

4.6.2.2.1 Prazo da prisão

Nas palavras de Joaquim Molitor (p. 54, 2000):

Conquanto não tenha a natureza jurídica de pena criminal, é assente o entendimento de que o juiz deve fixar o prazo da prisão, dentro do parâmetro máximo fornecido pela lei material, levando em conta os critérios de individualização da pena.

O artigo 902, § 1º do Código de Processo Civil dispõe que o prazo de tal prisão será de até 1 (um) ano, e, caso a decisão que decreta essa prisão seja omissa quanto ao seu período de duração, poderá ser atacada por *habeas corpus*.

4.6.2.2.2 Regime para o cumprimento

José Amir Amaral **apud** Joaquim Molitor (2000, p.55) declara não ser contrário à concessão, por exemplo, da prisão domiciliar, ou mesmo da limitação de fins de semana, “posto que, embora não sendo pena a natureza da prisão civil, tal substituição, muitas vezes, se mostra bastante ou adequada, já que não importam em exasperar, mas sim beneficiar o devedor inadimplente”. Joaquim Molitor complementa (2000, p. 56):

Destarte, o posicionamento que deve preponderar, relativamente a essa questão, a despeito dos argumentos em contrário, é o de que conquanto não se cuide de prisão criminal, devem incidir as disposições relativas ao regime aberto, sempre que o réu preencha os requisitos estabelecidos para a obtenção do benefício. A denegação da benesse, implicaria tratamento mais severo para com o devedor, do que com dispensado pelo Estado ao criminoso, o que não se coaduna com os princípios de justiça.

Assim, para quem entende possível a concessão do benefício, caso o depositário infiel tenha a prisão decretada e preencha os requisitos legais para a concessão do regime aberto, será esse o correto para o cumprimento da medida coercitiva, principalmente quando na localidade não tiver estabelecimento adequado.

Todavia, é majoritário o entendimento de que não é possível a aplicação de regime aberto ou até mesmo semi – aberto às prisões civis, por esta medida ter caráter coercitivo e este “benefício” retiraria tal natureza.

4.6.2.2.3 Reiteração da prisão civil do infiel depositário

A prisão por infidelidade depositária tem cunho exaustivo, podendo, somente ser aplicada uma única vez, cabendo ao autor que não teve seu crédito satisfeito através da prisão de devedor, se utilizar dos meios dispostos nos artigos

905 e 906 do Código de Processo Civil, quais sejam: a busca e apreensão da coisa ou a execução por quantia certa do valor da coisa.

5 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

5.1 Propriedade resolúvel

Dispõe o artigo 1.359 do Código Civil:

Art. 1359 CC- Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode-se reivindicar a coisa do poder de que a possua ou detenha.

Assim, a propriedade resolúvel é temporária, a causa que a extingue deve ser estabelecida. O proprietário ao adquiri-la sabe que a perderá com o advento do termo ou da condição estipulada.

Luiz Rodrigues Wambier **apud** Marcelo Ribeiro de Oliveira (2000, pág. 31) disciplina:

Propriedade resolúvel é aquela que existe até que se implemente certa condição (no caso (do contrato de alienação fiduciária em garantia) o pagamento) depois do que se passa a caber a outrem, como se sempre a este, e não aquele, tivesse cabido. Adimplida a obrigação opera-se a condição e a propriedade é recobrada pelo devedor *ex tunc*.

O credor é proprietário fiduciário, no sentido de que seu domínio sobre a coisa adquirida fiduciariamente se extinguirá “*ex tunc*” quando cessar a causa adquirida, ou seja, quando se operar a condição resolutiva, com o cumprimento da obrigação principal do devedor. Solvido o débito devedor fiduciante torna-se, automaticamente, o proprietário.

5.2 Conceito

É um contrato formal e acessório, tendo como objetivo principal garantir o cumprimento de uma obrigação convencionada, sendo realizado entre um credor (fiduciário) e um devedor (fiduciante), o primeiro concedendo um crédito e o segundo recebendo-o.

Narra o artigo 1.361 do CC “Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.”

Nesse mesmo sentido, dispõe o artigo 66 da Lei 4.728/65:

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 em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

Há discussões quanto à possibilidade ou não de equiparação desse contrato com o depósito sob vários argumentos, todavia esses serão analisados em tópico próprio.

A alienação fiduciária em garantia representa para o credor a segurança de seu crédito, consiste na transferência do domínio, sob condição resolutiva, que lhe faz o devedor, do bem durável adquirido, em regra, por meio do financiamento.

Alienar significa ato de ceder, neste contrato, ceder a propriedade do bem ao credor fiduciário como garantia ao pagamento da dívida ajustada para a compra de determinado bem.

Bem disciplina Mazzuoli ao conceituar a alienação fiduciária (1999, p.34):

Em suma consiste a alienação fiduciária em garantia num engenhoso mecanismo através do qual o consumidor adquire um determinado bem, utilizando-se, para isso, de dinheiro tomado de uma instituição financeira. Em garantia ao adimplemento da obrigação, o devedor-fiduciante “aliena” a propriedade resolúvel da coisa adquirida ao credor (financiador), permanecendo com sua posse direta, sendo-lhe permitido o desfrute econômico do bem alienado. O financiador (credor) fica apenas com a posse indireta do bem (constituto possessório). Com o pagamento do

débito, resolve-se o negócio da alienação fiduciária, fazendo-se com que o domínio da coisa volte por inteiro ao adquirente, pois é resolúvel o domínio adquirido pelo credor (instituição financeira).

Assim, pode-se definir como aquele contrato em que o devedor aliena ao credor a propriedade do bem objeto do contrato, reconhecendo que caso não pague a integridade da dívida, este credor poderá alienar o bem para a satisfação de seu crédito, ou, se pagar o débito, o antigo devedor terá a propriedade restituída. É um negócio jurídico muito usado na compra de veículos automotores.

Ela foi criada para que se permita que o devedor fique na posse direta de seu bem, embora a propriedade fique com o credor, tão-somente para a garantia do cumprimento da dívida, Tem o fim especial de evitar que o devedor fiduciário possa vender o bem alienado, bem como, dá-lo em garantia a terceiros, sem autorização do credor fiduciário, sendo que, caso venha praticar tais atos, poderá ser enquadrado no artigo 171 do Código Penal.

Assim, nessa espécie de negócio fiduciário, o devedor fiduciante fica somente com a posse direta do bem adquirido, permanecendo o domínio com o credor fiduciário, até o integral pagamento da dívida negociada.

Esse instituto difere da reserva de domínio, pois na alienação fiduciária há a possibilidade da existência de uma terceira pessoa (instituição financeira) e na reserva de domínio há apenas a figura do vendedor e do comprador. Nas palavras de Orlando Gomes **apud** Francisco Eduardo Loureiro (2006, p. 1239):

Na venda com reserva de domínio a alienação é suspensa, conservando o vendedor a propriedade do bem, até que se realize a condição, enquanto na alienação fiduciária em garantia a transferência da propriedade é um dos pressupostos de sua perfeição”, embora em caráter resolúvel, voltando ao proprietário do transmitente, quando a dívida é paga.

5.3 Requisitos legais para a sua constituição

A prova far-se-á por escrito, deve ser constituída por um instrumento público ou privado, para se valer contra terceiros, o contrato constituído deverá ser levado a registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor fiduciário.

5.4 Elementos do contrato

5.4.1 Sujeitos do contrato

5.4.1.1 Quanto a bens móveis

Em regra, o alienante deve ser o consumidor final, que obteve o crédito numa financeira, porém há divergência quanto ao credor, pois, para José Carlos Moreira Alves **apud** Artur Oscar de Oliveira Deda (ano 2000, pág. 17) deve-se interpretar essa expressão “devedor” extensivamente, no sentido de englobar não somente o devedor, mas também terceiro que se disponha, alienando fiduciariamente coisa própria, a garantir o débito de outro, não se devendo fazer uma interpretação restritiva de tal expressão empregada no Decreto-Lei 911 e entende ainda, que não apenas as instituições financeiras em sentido estrito, mas em sentido amplo compreendem as entidades bancárias que não são entidades financeiras podem fazer uso desse instituto.

Nesse sentido:

É lícita a utilização da alienação fiduciária em operação de consórcio, uma vez que as administradoras funcionam mediante autorização e sob a fiscalização do Poder Público”(TJMS, 1ªT., AC, Classe B, XVIII, 45.461-5-Costa Rica, rel. Dês. Josué de Oliveira, j. 28-04-1998).

Há, porém forte corrente, em relação ao adquirente que se torna proprietário fiduciário, se posicionando no sentido de que somente são legitimadas para ser proprietário as sociedades financeiras devidamente registradas no Banco Central do Brasil.

Quanto à aplicabilidade da alienação fiduciária em garantia às relações civis, prevalece o entendimento de que somente uma financeira pode ser credora, fazendo uma interpretação restritiva da Lei 4.728/65.

5.4.1.2 Quanto aos bens imóveis

Lei 9.514/97 legitima qualquer pessoa, física ou jurídica, celebrar o contrato, não sendo privativo das entidades que operam no Sistema Financeiro Imobiliário, diferentemente do que prevê a Lei 4.728/65 e o Dec.–Lei 911/69, que prevêm apenas a legitimidade para integrar o pólo ativo as entidades financeiras ou entidades bancárias, como visto acima.

5.4.2 Objeto do contrato

5.4.2.1 Bens móveis

Segundo a Lei 4.728/65 e o Dec-lei 911/69, somente podem ser objetos desse contrato os bens móveis, surgindo assim, discussões sobre a possibilidade de se fazer a alienação fiduciária em garantia para navios e aeronaves, uma vez que, apesar de serem bens móveis e duráveis, para certos fins, são equiparados a imóveis. Essa discussão acerca da possibilidade de aplicação a esses bens, foi superada com a Lei 9.514/97, que prevê a alienação fiduciária em garantia de bens móveis.

É possível haver a alienação fiduciária em garantia do bem que já integrava o patrimônio do devedor, pois esse instituto foi criado para corresponder às necessidades do mercado financeiro de mobilizar recursos para o desenvolvimento da atividade comercial ou de produção. Nesse sentido, dispõe a Súmula 28 do STJ: *“O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor”*.

A coisa alienada pode ser fungível, pela própria redação legal, descrita no artigo 66, § da Lei 4.728/65, que declara:

Se a coisa alienada em garantia não se identifica por números, marcas e sinais indicados no instrumento da alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identidade dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.

Todavia, há entendimento no sentido de que é ilógica a possibilidade da aplicação desse contrato quanto ao bem fungível. Porém, deve prevalecer o posicionamento que admite a aplicação quanto ao bem fungível, desde que esse seja inconsumível.

5.4.2.2 Bens imóveis

A lei prevê 9.514/97 prevê a possibilidade de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, e pode, se tratar de imóvel concluído ou ainda em construção, sendo tanto rural com urbano, residencial ou não.

5.5 Características do contrato de alienação:

Tal contrato se caracteriza pelas qualidades da resolubilidade e transitoriedade, uma vez que a transferência da propriedade pelo devedor, em favor do financiador da compra de determinado bem de produção, ocorre até o momento em que a dívida assumida com a obtenção do financiamento é formalmente quitada.

5.6 Classificação do contrato:

a) *sinalgmático*: visto que, há direitos e deveres para ambos os contraentes, e as obrigações dele oriundas são as principais ou causais ou interdependentes.

A financeira tem o direito de receber seu crédito, podendo, em caso de *mora debitoris*, vender extrajudicialmente a coisa adquirida, e o devedor tem por exemplo, o direito ao resto do *quantum* apurado, depois da satisfação compulsória do credor

b) *oneroso - comutativo*: o caráter oneroso deriva da reciprocidade de ônus e vantagens para os contraentes, já a sua comutatividade resulta da equivalência das prestações.

c) *típico ou nominado*: o legislador deu-lhe denominação própria, previu-o expressamente e o regulou.

d) *Consensual*: é um contrato não solene, visto que a lei não exige forma especial.

A forma escrita é exigida para a prova e o necessário registro é para que possa valer contra terceiros. Há, entretanto, opiniões no sentido de que se a lei determinou que a alienação fiduciária somente se prova por escrito acabou por consequência impondo a forma escrita como pressuposto do contrato e da constituição da propriedade fiduciária.

e) *de adesão*: o consumidor final é mero aderente, não interferindo na predeterminação do conteúdo do contrato, pois uma das partes, o credor fiduciante, que preestabelece as condições do negócio.

f) *complexo*, pois envolve relações jurídicas distintas, direito de crédito e direto de propriedade.

É composto de duas relações jurídicas: uma *obrigacional*, que se expressa numa dívida, que é o nexa causal e a outra é *real*, que é o ato de alienação, desse modo, o contrato principal é o empréstimo, a alienação é o contrato secundário.

5.7 Direitos e obrigações de devedor

O artigo 1º do Decreto-lei 911/69, que previa que o devedor fiduciante era possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal, foi expressamente revogado pela Lei 10.931/04, sendo, agora, os deveres desse devedor somente regulados pelo artigo 1.363 do CC, que relata:

Art. 1363. Antes de vencida a dívida, o devedor, a suas expensas e risco, pode usar a coisa segundo sua destinação, sendo obrigado, como depositário:

I-a empregar na guarda da coisa a diligencia exigida por sua natureza;

II-a entregá-la ao credor, se a dívida não for paga no vencimento.

O artigo acima disciplina a respeito dos deveres do devedor fiduciário, dispondo que ele arcará com os custos e riscos da utilização do bem, pagando por todo o seu custeio de manutenção, inclusive sobre os impostos e taxas que incidem sobre o bem, um exemplo comum, é o pagamento do IPVA que recai sobre o automóvel. E ainda, esse devedor também irá sofrer os riscos de perecimento e deterioração da coisa, pois a coisa se perde para o devedor, não para o proprietário, com ou sem culpa, não ficando o devedor desonerado do pagamento de sua dívida.

Desse modo, o inciso I se refere ao dever de cuidado na guarda da coisa, dela zelando como se tivesse propriedade plena, não podendo usar a coisa para finalidade que contrarie sua natureza ou para fins vedados por cláusula negocial. O segundo dever, contido no inciso II, é o dever de restituição da posse direta da coisa ao credor fiduciário, se a dívida não for paga no vencimento ou se a coisa não for entregue ao credor, a posse que era direta e justa, converte-se em posse precária, configurando esbulho.

5.8 Do não pagamento da dívida

5.8.1 Bens móveis:

Dispõe o artigo 1.364 do CC:

Art. 1.364. Vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicialmente ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o salário, se houver, ao devedor.

Nesse mesmo sentido, dispõe o artigo 2º do Dec-lei 911/69:

No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrente e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver.

O artigo supracitado encontra-se em vigor para os contratos de alienação fiduciária em que a instituição financeira seja a parte credora. Há de se observar que, a lei não exige prévia avaliação do bem por perito ou por oficial de justiça, todavia, exige, que a venda seja por valor de mercado, levando, assim, em consideração a natureza e o estado de conservação da coisa. Alienado o bem, podem ocorrer três hipóteses: o valor da alienação pode superar o valor da dívida, devendo haver a restituição à vista do saldo apurado ao devedor, atualizado e acrescido de juros moratórios contados da data de alienação; igualar; ou ser inferior ao saldo devedor da obrigação garantida.

Caso não haja o adimplemento da dívida, a coisa não ficará com o credor fiduciário, uma vez que a sua venda tem natureza de excussão, servindo para satisfazer o crédito. Dispõe o artigo 1.365 do CC/02:

Art. 1.365. É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento. Parágrafo único. O devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta.

Essa vedação é imperativa, não tendo validade a cláusula de contratação que prevê que o credor ficará com o objeto da garantia se a dívida não for adimplida, pois a alienação do bem tem como fim a garantia ao pagamento de uma obrigação.

Caso a coisa seja vendida e o valor apurado não baste para o pagamento da dívida e das despesas de cobrança continuará o devedor obrigado pelo restante.

O Código Civil, em seu artigo 1.368, prevê a possibilidade da sub-rogação de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária de terceiro, interessado ou não, que pagar a dívida, já o artigo 6º do Decreto-lei 911/69 prevê a sub-rogação apenas ao terceiro interessado, ao fiador e ao avalista.

5.8.2 Bens imóveis:

Dispõe o artigo 26 da Lei 9.514/97:

Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

§1º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou o seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades, e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação. (grifos do autor).

O contrato estabelecerá o prazo do pagamento das prestações assumidas pelo devedor fiduciante. Não sendo adimplida no prazo acordado, o devedor ou de quem o representa, a requerimento do credor, será intimado pelo oficial do competente Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel, para satisfação do crédito. Essa intimação poderá ser feita pessoalmente, pelo correio (com aviso de recebimento), ou por edital, quando não se sabe o paradeiro do fiduciante ou da pessoa que o represente. Intimado, o devedor terá o prazo de quinze dias para satisfazer a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, inclusive os acessórios, assim com dispõe o § 1º, supracitado.

Caso o devedor fiduciante não pague o seu débito, por força da lei, haverá a consolidação da propriedade do imóvel em nome do credor. Apesar, do direito pátrio proibir o chamado pacto comissório, conforme dispõe o artigo 1.365 do CC, que prevê que será nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento, não há vício no artigo 26, *caput*, da Lei 9.514/97, pois a consolidação da propriedade do fiduciário, não quer dizer aquisição plena e definitiva do imóvel alienado ao credor, serve para conceder-lhe o poder, ou melhor, o dever de promover leilão público para a alienação do imóvel, ou seja, promover a venda judicial.

5.9 Venda extrajudicial

Por se deparar com tão criticada possibilidade de venda direta do bem apreendido, há entendimento de que seja inconstitucional a venda extrajudicial da coisa quer se refira a bem móvel ou imóvel, entendendo que o melhor é que se determine na sentença a venda judicial do bem, com o intuito de melhor

transparência dos atos decorrentes da prestação jurisdicional. Porém, a inconstitucionalidade não prevalece, pois o devedor pode recorrer à intervenção judicial, como intentar medida cautelar destinada a impedir o registro da consolidação da propriedade e a venda extrajudicial.

No que se refere aos bens imóveis segue a regra do artigo 27 e parágrafos da Lei 9.514/97, que dispõe que, uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, promoverá, no prazo de trinta dias, público leilão para alienação do bem. No primeiro leilão, o valor mínimor da arrematação corresponderá ao indicado no contrato, caso, o maior lance oferecido seja inferior a imóvel, será realizado, dentro de quinze dias, novo leilão. Neste segundo leilão será aceito o maior lance, desde que não inferior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e contribuições condominiais. E, caso, ocorra a hipótese do § 5º, ocorrendo no segundo leilão, a arrematação por preço inferior ao valor da dívida e dos respectivos acessórios, a dívida também será considerada extinta.

5.10 Ações judiciais previstas

5.10.1 Bens móveis:

5.10.1.1 Busca e apreensão

O artigo 3º do Decreto-lei 911/69, tem natureza diversa do prevista no CPC e traz a seguinte redação:

Artigo 3º: o proprietário fiduciário ou credor poderá requer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.

§ 6º A busca e apreensão prevista no presente artigo constitui processo autônomo e independente de qualquer provimento.

Na alienação fiduciária, a medida tem caráter satisfativa, tendo como objeto apenas bens que foram alienados ao devedor fiduciário. O artigo acima narrado autoriza o credor a propor essa ação pelo fato do vencimento do prazo para o pagamento, constituindo o devedor em mora. A inadimplência pode ser provada por notificação extrajudicial expedida pelo Cartório de Títulos e Documentos e endereçada ao devedor fiduciário, ou pelo protesto da nota promissória.

Proposta a ação e comprovada a mora, será concedida liminarmente a medida, conforme o *caput* do artigo. Apreendido o bem, o devedor, antes do advento da Lei 10.931/04, era citado para apresentar contestação, alegando e provando o pagamento do débito ou o cumprimento das obrigações contratuais, ou, poderia, requerer, no prazo de cinco dias exercer o direito de purgação da mora, desde que houvesse pago, ao menos, 40% (quarenta por cento) do valor financiado.. A purgação da mora vem a ser um ato jurídico concedido à parte faltosa a fim de que, por meio dele, evite os efeitos da mora em que incorreu, restabelecendo a obrigação violada. A lei 10.931/04 determina o pagamento integral da obrigação contratual, além dos demais encargos acessórios, cuja satisfação lhe propiciará a retomada do bem sem o ônus da propriedade fiduciária. Assim, apreendido o bem, o devedor somente retomará a sua posse, pagando as prestações vencidas mais todas as vincendas.

Caso não haja o cumprimento da obrigação, haverá a consolidação do domínio fiduciário, e o credor, de posse do bem em caráter definitivo, o venderá para terceiros.

Vale ressaltar o entendimento de Torres de Albuquerque (1998, p. 27), que entende que esta ação trata-se de uma medida coercitiva por visar tão somente a apreensão do bem, do que propriamente o recebimento do débito, pois é só após a apreensão do bem alienado que o devedor fiduciante será citado para responder a ação que lhe foi proposta.

5.10.1.2 Ação de depósito

Prevê o artigo 4º do Dec-lei 911/69:

Art.4º. Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado, ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do livro IV, do Código de Processo Civil.(grifos do autor)

Essa medida será cabível quando o bem não for encontrado ou caso esse bem não esteja em nome do devedor. Convertida a ação, será o réu citado para depositar em juízo, entregar o bem ou o seu equivalente em dinheiro, sob pena de prisão de até um ano, por infidelidade depositária. Porém, não há um entendimento homogêneo na doutrina quanto à possibilidade de equiparação do devedor alienante ao depositário.

5.10.1.3 Ação de execução

O artigo 5º do Dec-lei 911/69 traz a possibilidade de o credor ingressar com a ação executiva, caso desconsidere a garantia fiduciária ou caso considere que o preço que poderá obter na venda judicial será insuficiente para a liquidação da dívida. Serão penhorados, a critério do autor da ação, bens do devedor quantos bastem para assegurar a execução.

Não pode cumular as ações de depósito e a de execução, pois o próprio artigo dispõe o direito de o credor preferir a ação de execução.

6 DA POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA

6.1 Do Decreto- lei 911/69

O Decreto-lei n.º 911, de 1º de outubro de 1.969 (publicado no Diário Oficial da União de 03 de outubro de 1.969), ao entrar em vigor, promoveu uma substancial inovação no sistema de garantias vigente em nosso ordenamento.

Este Decreto-lei, que disciplinou a Lei 4.728/65, não foi objeto de discussão no Congresso Nacional, foi editado por uma Junta Militar, com base nos Atos Institucionais n. 05 e 12 de 1968 e 1969, levado a isso por pessoas interessadas economicamente na questão de resolver uma obrigação civil com o meio coercitivo da prisão. Assim, esse Decreto-lei foi o instrumento processual conferido pelos militares aos bancos em pleno regime da ditadura, visando a celeridade da prestação jurisdicional em caso de ruptura do contrato pelo devedor fiduciante. De acordo com esse Decreto, uma vez configurado a mora do devedor e demonstrado a sua notificação como requisito para comprovar aquela situação de morosidade, ao juiz caberia emitir a ordem de busca e apreensão do bem dado em garantia.

A Lei 4.728/65 promoveu a estruturação do Sistema Financeiro Nacional, criando o Banco Central, pois naquele momento histórico apontava um consumidor que não tinha dinheiro para eventuais compras e o produtor e/ou comerciante não tinha capital de giro suficiente para fazer o financiamento dos produtos. Foi criada a Sociedade de Crédito, Financiamento e Investimento, que tinha como finalidade o financiamento no varejo, estimulando a produção e para garantir o cumprimento da obrigação surgiu a necessidade de criação de um diploma legal que garantisse a dívida, daí o surgimento do Dec.-lei 911/69.

Esse decreto regulamenta a alienação fiduciária de bens móveis, e dispõe em seu artigo 1º que, alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada 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, e, ao “equiparar” o devedor fiduciário ao depositário, gerou margens para discussões doutrinárias e jurisprudenciais quanto à possibilidade de prisão.

Assim, a alienação fiduciária em garantia, como já conceituado no capítulo anterior, é aquele negócio jurídico em que alguém, recebendo financiamento para a aquisição de um bem, aliena esse mesmo bem ao agente financiador em garantia do pagamento da dívida contraída.

O art. 4º desse mesmo decreto dispõe:

Art. 4º -Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, da Título I, do livro IV, do Código de Processo Civil.(grifos nossos)

E como na Ação de Depósito é possível que ocorra a prisão civil do depositário infiel, consoante regula a Carta Magna de 1988, pode-se, em princípio, chegar à conclusão que o devedor no contrato de alienação fiduciária em garantia pode ser privado de sua liberdade, sendo compelido com a prisão, caso não cumpra devidamente com sua obrigação, surge, entretanto, discussões quanto à possibilidade dessa privação.

6.2 Do devedor fiduciante e do depositário infiel

O devedor fiduciante, para aqueles que não aceitam a equiparação, como Mazzuoli e Villaça, não é depositário, pois àquele devedor não foi dado o bem com dever de custódia, guarda e conservação e não há o dever de restituição quando exigido pelo credor fiduciário. Assim, o devedor fiduciante não pode ser considerado como verdadeiro depositário, mesmo que haja uma ficção legal, que o equipara ao depositário, ele não precisa devolver a coisa a ele entregue, e sim cumprir a condição imposta, qual seja, o pagamento da dívida, para permanecer com a coisa.

Odete Novais defende o entendimento de que há a equiparação entre a alienação fiduciária e o depósito, pois o artigo 1º do Dec- lei diz que o alienante é um depositário com as responsabilidades e encargos que lhe são atribuídos pela lei civil e penal, e o artigo 1.363 do CC/02 responsabiliza o devedor como depositário tanto

no que diz respeito a guarda e diligência como no dever de entregá-lo ao credor se não for quitado o débito.

No contrato de depósito, o depositário não pode, em regra, fazer uso da coisa que lhe foi confiada, já na alienação fiduciária o sujeito está na posse direta do bem para o seu uso e gozo. Na alienação fiduciária a restituição do bem se justifica para garantir um crédito caso esse não seja adimplido e não para preservar a propriedade do próprio bem. Haveria uma “equiparação” legal do devedor fiduciante ao depositário apenas formalmente para que aquele fique sob ameaça de prisão, caso não pague seu empréstimo junto ao credor fiduciário, pois o devedor fiduciante, como já dito, faz uso do bem, sem qualquer preocupação de custodiá-lo, desnaturando assim, a espécie de contrato de depósito.

O legislador teria, por ficção jurídica, transformado o credor fiduciário em proprietário da coisa e o devedor fiduciante em depositário, porém, não há propriedade por parte do credor, uma vez que, caso haja a inadimplência, o credor não poderá ficar com o bem agregado em seu patrimônio, devendo, por imposição legal, vendê-lo e deduzir na dívida o valor apurado, não havendo o dever do devedor fiduciante em restituir a coisa, pois o cumprimento da condição a ele imposta elimina essa “restituição”.

Na alienação fiduciária, o devedor fiduciante é o verdadeiro “dono” da coisa, ele apenas fez uso de um empréstimo, e como garantia deu a coisa ao cumprimento, permanecendo, com a posse direta e correndo todo o risco da perda da coisa desde o início do negócio, e sua propriedade também se justifica porque ele foi o último a adquirir a coisa. Segue o princípio de que a coisa perece para o dono. Caso haja a perda da coisa dada em garantia, mesmo que sem culpa do devedor fiduciante o seu credor não sofre as conseqüências, não terá prejuízos, pois poderá receber o seu crédito por outros meios. Desse modo, pela conclusão de Almachio Diniz **apud** Álvaro Villaça (2000, p.124) “não pode ser depositário o proprietário da coisa”. No contrato de depósito há a guarda de coisa alheia, e na alienação o devedor fica na posse de coisa que lhe pertence, sendo, portanto situações incompatíveis.

Para os contrários à prisão civil devedor fiduciante, esse não pode ser considerado depositário, pois não recebe a coisa pra guardar, e o credor também não a entrega para essa finalidade, reclamando-a quando não mais lhe interessa a custódia alheia, a qualquer tempo. Assim, o fiduciante tem o objeto não para

guardar, mas sim para usá-lo, e caso pague sua dívida, não precisa entregar para o credor, já no depósito deve-se ter a restituição, pois senão configurar-se-á outra espécie de contrato, como a doação. Nota-se assim, que o escopo contratual é a garantia e não a custódia do bem fiduciado. A lei, segundo Álvaro Villaça (2000, p. 110) equipara ao depositário para impor-lhe os encargos e responsabilidades inerentes ao exercício dessa função.

E ainda, segundo Valério Mazzuolli (2002, p.67), não seria possível dar a uma lei infraconstitucional um alcance tal que não lhe dá a própria Constituição, pois se o legislador, através de equiparação ao depositário, de quem, não tivesse características deste, pudesse estabelecer os casos de prisão civil, a norma constitucional estaria sendo violada sobremaneira pelo arbítrio de lei ordinária, o que de forma alguma pode ser concebido num sistema como o nosso.

Nesse sentido, caso o sujeito que esteja na posse de coisa que não lhe pertença, como bem objeto de locação e de comodato, se negue a entregar, estaria, também, sujeito à prisão civil, pois a recusa de restituição de coisa alheia também pode existir nessas espécies de contrato, e esses não podem ser equiparados a depositário, não podendo o legislador infraconstitucional manipulando os conceitos equipara-los às hipóteses da Constituição. Ao criar uma ficção jurídica, equiparando o devedor fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, o legislador criou uma figura atípica de depósito, excedendo os limites do conteúdo da expressão "depositário infiel" do art. 5º, LXVII da CF, desfigurando assim, o contrato de depósito previsto na Constituição, acarretando a violação ao princípio da reserva legal proporcional.

E ainda, para a corrente que nega a possibilidade de prisão civil do devedor fiduciante, caso não encontre o bem objeto do contrato, pode-se perfeitamente considerar a consumação do crime de apropriação indébita, previsto no art. 168 do Código Penal e nesta hipótese, poderá o réu nem sequer ser levado à prisão, podendo ser ele beneficiado com a suspensão condicional do processo, segundo art. 89 da lei 9.099/95, caso atenda aos requisitos, ou com a implementação de pena alternativa, pois a pena máxima imposta no crime de apropriação indébita não ultrapassa 4 (quatro) anos de reclusão.

Negam a possibilidade da prisão no caso de alienação fiduciária, com base na idéia de que o artigo 5º, LXVII da CF restringe as possibilidades de prisão civil, autorizando-as apenas nos casos de inadimplemento voluntário e inescusável

de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. E, por se tratar de norma proibitiva referente à proteção de direitos individuais, apenas admite interpretação restritiva, não podendo assim se estender ao devedor da alienação fiduciária. E ainda, negam a possibilidade de se fazer uma interpretação analógica extensiva, neste caso, pois haveria notável prejuízo ao devedor, privando-o de sua liberdade e um outro argumento é o de que a Constituição estaria se referindo ao depósito típico, previsto no Código Civil e não ao depósito atípico (que é o caso da alienação fiduciária) que nada mais é que uma equiparação àquele. Todavia, para os que entendem possível a prisão do devedor fiduciante, entende que este se trata de um depositário, e não de uma equiparação, como veremos.

As afirmações acima se referem, como se pode ver, às teses que negam a possibilidade de equiparação entre o devedor fiduciante e o depositário infiel, todavia essas conclusões são atacadas fortemente, como passaremos a observar.

Há o entendimento de que pode fazer a equiparação entre a alienação fiduciária e o depósito, com possibilidade de prisão tanto do devedor fiduciante como do depositário infiel, com o fundamento de que a índole dos institutos é a mesma, assim como a sua razão de existir, devendo haver em ambos os contratos o respeito à confiança e à boa-fé empenhada na guarda da coisa alheia.

E ainda, o Decreto-lei n.º 911/69 não teria equiparado o devedor fiduciante a um depositário comum, mas sim constituído-o de fato em um depositário, da mesma forma em que previu no Código Civil, que também diz respeito a norma ordinária.

Outra tese defensiva se refere à fonte do Direito, pois afirmam que em nosso sistema a lei é a fonte formal do Direito por excelência, sendo ela, portanto, que qualifica o que é e o que não é valioso ou adequado ao Direito, disciplinando o que é o contrato, e quais os contornos que possui. Desse modo, tendo a lei criado, pode também a mesma lei modificá-lo, e se não há um modelo ideal do contrato de depósito a ser necessariamente seguido, o legislador possui a liberdade de estabelecer legalmente o contrato segundo o seu particular juízo de conveniência política, limitado, todavia, pelas normas fundamentais do sistema de Direito, as quais compõem a constituição. Assim, constitui depósito aquilo que a lei diz que é depósito.

Partindo do pressuposto acima, Decreto-lei n.º 911/69 teria, apenas, ampliado o rol das hipóteses constitucionalmente previstas de prisão civil, enquadrando outra situação nas hipóteses já existente na CF.

A tese negativista, também é rebatida com o argumento de que a Constituição Federal prevê a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, sem explicitar, contudo, qualquer qualificação ao depósito no qual a infidelidade do paciente poderá acarretar na aplicação da medida constritiva. Não se refere positivamente a Carta Magna ao depositário infiel "nos contratos de depósito típicos ou próprios"; não excluindo a possibilidade de haver a sujeição do devedor faltoso à prisão civil nos depósitos atípicos. Refere-se somente ao depósito, podendo, assim se tratar de qualquer das modalidades desse contrato, podendo levar à efetivação da prisão civil. E ainda, sendo de eficácia contida a norma, o conceito constitucional de depositário infiel tem a elasticidade que lhe quiser conferir o legislador ordinário, o qual pode instituir, ao seu alvedrio, tantas modalidades de depósito quantas achar conveniente.

Apesar das demonstrações das teses que defendem e das que negam a equiparação, ainda há discussão quanto a possibilidade de prisão tanto do devedor fiduciário como do depositário infiel.

6.3 Do devedor- fiduciante e o Código de Defesa do Consumidor

A Constituição prevê, no seu artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal: *"O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor"*.

O Código de Defesa do Consumidor visa através de seus princípios, o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, conforme seu artigo 4º. Dentre esses princípios estão os da vulnerabilidade, da harmonia e do dever do Estado.

O princípio da vulnerabilidade traz a presunção de fragilidade do consumidor, pois há uma evidente desproporção entre sua força econômica e a das empresas, ficando aquele numa situação de inferioridade maior devido à dificuldade

de informações, inclusive, sobre como reivindicar seus direitos. Mesmo quando os reivindica, os meios de que dispõe são reduzidos em comparação aos dos produtores e fornecedores, então, frente a essa hipossuficiência econômica e jurídica, deve-se tratar os desiguais na medida de suas desigualdades.

Dispõe o artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor: *“Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”*. (grifos do autor).

O contrato de alienação fiduciária é um contrato de adesão, em que a credora que estipula as cláusulas, ficando assim, para que os fazem oposição à prisão do devedor fiduciante, ainda mais claro, a relação de consumo entre ela e o devedor fiduciário. Podendo ser aplicado nessa relação o CDC. Desse modo, como essa norma veda qualquer tipo de constrangimento, seria por conseqüência, proibido a prisão civil, uma vez que a sua natureza não é punitiva e sim coercitiva ao cumprimento da obrigação através de violência e pressão por parte do credor.

Os contrários à possibilidade de prisão do devedor fiduciante ainda sustentam a tese de que, o Código de Defesa do Consumidor (1990) é posterior a Constituição Federal (1988), confirmando ainda mais a impossibilidade de prisão para o cumprimento da dívida. Havendo, dessa forma, a revogação do Dec.-lei por esse Código, uma vez que aquele Decreto confere privilégios aos credores em detrimento do consumidor.

Porém, essa tese também é atacada com o argumento de que o Código em questão não se aplica para as relações bancárias, alegando que a lei de proteção ao consumidor só abrange as relações de consumo, nelas não se enquadrando a poupança e as operações que constituem o ciclo de produção, e, o dinheiro utilizado através da concessão do crédito bancário não é o elo final da cadeia produtiva; por conseguinte, o tomador do empréstimo não é o destinatário final fático do bem ou do serviço, não sendo assim considerado consumidor. E ainda, a intenção do legislador foi a de vedar o emprego de violência absoluta (grave ameaça) e a constrição física vedada se referiria ao emprego de força, de agressões físicas, como por exemplo, bater no devedor para que ele pague a sua dívida.

6.4 Tratados Internacionais e Art. 5º, § 2º da Constituição Federal

6.4.1 Tratados Internacionais

O Brasil é signatário de praticamente todos os documentos internacionais sobre direitos humanos. Na sua quase totalidade (Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio -1948-, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados -1951-, o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados -1966- o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos -1966-, o Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos -1966-, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais -1966-, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial -1965-, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher -1979-, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher -1999-, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes -1984-, a Convenção sobre os Direitos da Criança -1989- e ainda o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional -1998-, Convenção Americana sobre Direitos Humanos -1969-, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais -1988-, o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte -1990-, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura -1985-, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher -1994-, a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores -1994- e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência -1999-), foram ratificados e acham-se vigentes entre nós.

6.4.1.1 Considerações gerais

O artigo 2º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados definiu tratado como sendo o 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. Pode-se, então, ser compreendido como um ato jurídico em que dois ou mais Estados concordam sobre a criação, modificação ou extinção de algum direito.

Os tratados e convenções são atos solenes, devendo seguir quatro etapas até a sua conclusão: a) a das negociações preliminares; b) a da assinatura ou da adoção, pelo Executivo; c) a da aprovação parlamentar (*referendum*) por parte de cada Estado interessado em se tornar parte no tratado; e, por fim, d) a da ratificação ou adesão do texto convencional, concluída com a troca dos instrumentos que a consubstanciam.

Para que os tratados possam ter aplicabilidade e executoriedade interna, no Brasil, é preciso ainda que, após sua ratificação, seja ele promulgado por Decreto do Presidente da República, e publicado no Diário Oficial da União.

E, para que seja considerado válido, requer-se que as partes contratantes (Estados ou organizações internacionais) tenham capacidade para tanto, que os seus agentes signatários estejam legalmente habilitados (por meio de carta de plenos-poderes, assinada pelo Chefe do Executivo e referendada pelo Ministro das Relações Exteriores), que haja o mútuo consentimento (o livre direito de opção do Estado, manifestado em documento expresso) e que o seu objeto seja lícito e possível.

Deve-se ressaltar que, no País vigora o princípio da delegação de poderes aos Chefes de Missões Diplomáticas, passando a ser de responsabilidade do Ministro das Relações Exteriores as negociações diplomáticas brasileiras, desse modo, qualquer assunto que tenha, por qualquer aspecto, caráter internacional passa para a atribuição do Ministro das Relações Exteriores, pelo menos sob o aspecto político, internacional e formal.

O processo de formação dos tratados tem início, em regra, com os atos de negociação, conclusão e assinatura. Concluído o texto do instrumento

internacional, e estando as partes contratantes de acordo com o seu texto substancialmente e formalmente, assinarão o tratado, o que significa que o aceitaram precária e provisoriamente, não acarretando efeitos jurídicos vinculantes.

No Brasil, após ser assinado pelos plenipotenciários, deve ele ser submetido à apreciação e aprovação do Poder Legislativo, ou seja, uma vez aprovado pelo parlamento, o tratado retorna ao Poder Executivo para a sua *ratificação*, que nada mais é que um ato administrativo unilateral através do qual o Estado confirma a assinatura do acordo, aceitando definitivamente as obrigações internacionais que assumiu, irradiando, necessariamente, efeitos no plano internacional.

Deve-se também, ter em mente a possibilidade de reservas, regulamentada pelo artigo 2º, §1º, *d*, da convenção de Viena, que a define como sendo uma declaração unilateral, qualquer que seja o seu enunciado ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar os efeitos jurídicos de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado, consiste assim, na vontade do Estado eximir-se daquela obrigação mediante proposta de modificação das relações deste Estado com os outros Estados-partes, no que tange ao conteúdo objeto da reserva. Todavia, o direito que o Estado tem de formular essas reservas não é ilimitado, ficando sem efeito qualquer outra que seja fora das hipóteses que o mesmo formule ou que seja por esse tratado admitido.

As maneiras mais comuns de extinção dos tratados previstos são:

- a) execução integral do tratado;
- b) expiração do prazo convencionado;
- c) verificação de uma condição resolutória prevista expressamente;
- d) acordo mútuo entre as partes;
- e) renúncia unilateral, por parte do estado ao qual o tratado beneficia de modo exclusivo;
- f) impossibilidade de execução;
- g) denúncia, admitida expressa ou tacitamente pelo próprio tratado;
- h) inexecução do tratado, por uma das partes contratantes;
- i) guerra sobrevinda entre as partes contratantes;
- j) prescrição liberatória.

A denúncia refere-se a um ato unilateral pelo qual um Estado signatário em certo tratado internacional declara a sua vontade de deixar de ser parte no acordo anteriormente firmado, difere da ab-rogação, pois, como dito, a denúncia se trata de ato unilateral de determinada parte no tratado, e não da totalidade delas.

O País é signatário de dois importantes tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, quais sejam: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº. 226/91) e adotado na legislação interna por força do Decreto Presidencial nº. 592, de 06 de julho de 1992 e o outro é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, conhecido por nós como Pacto de San José da Costa Rica, ratificado, sem qualquer reserva, aprovado pelo Decreto Legislativo nº. 27/92, de 25 de setembro de 1992 e incorporada pelo ordenamento jurídico pelo Decreto Presidencial nº. 678 de 06 de novembro de 1992.

6.4.2 Incorporação dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro

O nosso ordenamento jurídico optou por um sistema diferenciado, combinando dois regimes jurídicos distintos, um aplicável aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais (ou comuns), e isso gera discussões quanto à retroatividade do parágrafo §3º do artigo 5º da Constituição Federal, matéria essa que será discutida em tópico específico.

Desse modo, enquanto que os tratados internacionais de direitos humanos, excepcionados pela Constituição além de terem natureza de norma constitucional, têm incorporação imediata no ordenamento jurídico interno, já os tratados tradicionais apresentam natureza infraconstitucional conforme o artigo 102, III, *b*, da Constituição e não são incorporados de forma automática pelo nosso ordenamento.

6.4.2.1 Tratados internacionais tradicionais:

Para que os tratados, acordos e convenções internacionais tradicionais sejam incorporados ao ordenamento interno é necessária prévia aprovação pelo Poder Legislativo, bem como da edição de decreto de execução que os materializa no âmbito interno, de acordo com artigos 49, I e 84, VIII ambos da Constituição Federal, que possuem as seguintes redações: Art.84- “Compete privativamente ao Presidente da República: (...); VIII- celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do congresso Nacional; (...)” e “Art. 49. é a competência exclusiva do Congresso Nacional: I- resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (...)”.

Ao interpretar tais artigos nota-se que a vontade do Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se aperfeiçoará enquanto a decisão do Congresso Nacional sobre a possibilidade de aprovar àquelas normas não for manifestada.

Concordando o Congresso com a assinatura do tratado internacional, por meio do decreto legislativo, dá-se “carta branca” ao Presidente da República para ratificar a assinatura já depositada, ou mesmo aderir se já não o tenha feito. Celebrado o tratado ou convenção por representante do poder Executivo, aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado pelo Presidente da República, com a publicação do texto, em português no órgão de imprensa oficial, tem-se como integrada a norma da convenção internacional no direito interno. Em outras palavras, aprovado o tratado pelo Congresso, e sendo este ratificado pelo Presidente da República, suas disposições normativas, com a publicação do texto, passam a ter plena vigência e eficácia internamente.

Feito isso ocorre a vinculação do Estado no que se refere à aplicação de suas normas, cabendo, agora, ao Legislativo aprovar as leis necessárias abstendo-se de votar as que lhe sejam contrárias; ao Executivo competirá fazer o possível para o cumprimento de sua fiel execução e, por fim, ao Judiciário, para os a favor do status constitucional do tratado internacional, cabe o papel preponderante

de aplicar os tratados internamente e as leis que o regulamentam, deixando de aplicar as leis nacionais que sejam divergentes em relação a estes.

Ao concordar com o conteúdo do tratado, o Congresso Nacional assume uma obrigação negativa, ou seja, reconhece que está impedido de editar normas posteriores que o contradigam.

Percebe-se que não é o Congresso Nacional que ratifica o tratado, somente autoriza o chefe do Executivo a fazê-lo, de forma que a aprovação dada pelo Poder Legislativo não torna um tratado obrigatório, pois o Executivo tem ainda a liberdade de ratificá-lo ou não, conforme julgar mais conveniente e que, o Congresso após aprovar o tratado tem o dever implícito de se abster nas edições de lei que o contrariem.

Assim, os tratados, vistos como toda e qualquer relação promovida entre um Estado soberano no plano exterior, são submetidos à restrita assinatura do Chefe do Poder Executivo e à ratificação pelo Poder Legislativo, tendo como única exceção os tratados cujas matérias se refiram a direitos e garantias fundamentais, que são de aplicabilidade imediata, como consta da previsão constitucional no §1º do art.5º da Constituição Federal. Segundo Marcelo Ribeiro (2000, p.60), os tratados se incorporam à ordem interna e não se perfilam tão-somente a ela, e excluindo-se cabalmente a teoria dualista e adotando a teoria monista que prima pela supremacia do direito interno, do direito estatal.

6.4.2.2 Tratado Internacional sobre Direitos Humanos

Dispõe o artigo 5º, §1º da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Basta a simples ratificação para que o tratado internacional que referente aos direitos da pessoa humana passe a produzir seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional, dispensando-se a edição de decreto executivo para tal.

O §2º do artigo 5º da Constituição Federal, diz que basta o Brasil ser parte em um tratado internacional, para que os direitos nele constante passem a

integrar o rol dos direitos constitucionalmente protegidos, para ser parte num tratado basta a simples ratificação do País.

Assim, no Brasil, aprovado pelo Congresso o texto do tratado e o Presidente a República o ratificando, as de proteção aos direitos humanos dele provenientes passam a imediatamente integrar o rol dos direitos constitucionalmente protegidos, sem a necessidade de o Presidente assinar no âmbito interno o decreto executivo, sem a necessidade de edição de decreto de execução para que os tratados ratificados irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional.

Pode-se dizer que ocorre a incorporação automática dos tratados de direito humanos no ordenamento constitucional brasileiro. O dispositivo acima descrito dá a aplicação imediata a todos os direitos e garantias fundamentais, sejam estes expressos no texto da Constituição ou sejam provenientes de tratados, vinculando-se todo o judiciário e o legislativo.

Há entendimentos, de que as proteções decorrentes dos tratados, por também serem normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, passam a ser cláusulas pétreas, não podendo, assim, conforme o art.60, §4º, IV, da Carta Magna, serem suprimidas, nem mesmo por emenda à Constituição.

Cláusulas pétreas são dispositivos da Constituição que não podem ser alterados nem mesmo por emenda constitucional, engloba-se o rol de direitos e garantias individuais previstos no art. 5º da CF e outros que são implícitos e decorrem do regime e dos princípios constitucionais e dos tratados internacionais. Essas cláusulas pétreas impõem, assim, limites materialmente explícitos de reforma constitucional. Essas limitações materiais explícitas impedem por via de emenda constitucional, qualquer proposta tendente a abolir esses direitos e garantias,

Em tópico específico, vamos analisar a aprovação do tratado de direitos humanos de acordo com o §3º do artigo 5º, acrescentado pela Emenda Constitucional 45.

6.4.3 Pacto de São José da Costa Rica: e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a proibição da prisão civil

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o chamado Pacto de São José da Costa Rica foi firmada no dia 22 de novembro de 1969, na cidade de São José, capital da Costa Rica e traz em sua essência um rol significativo de direitos humanos, quais sejam: direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, direito à vida, direito à integridade pessoal, proibição da escravidão e da servidão dentre outros, a serem observados e respeitados pelos Estados, em benefício de todos aqueles que estejam sob os seus respectivos domínios.

Ao tratar em seu artigo 7º do direito à "liberdade pessoal" o Pacto de San José da Costa Rica, prevê: "*Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.*"(grifos do autor)

E o artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos estipula: "Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual."

Com a ratificação pelo Brasil da Convenção, assim como do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, sem qualquer reserva, ambos no ano de 1992, iniciou-se um amplo debate sobre a possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, especificamente, da expressão "depositário infiel", e, por conseqüência, de toda a legislação infraconstitucional que nele possui fundamento direto ou indiretamente.

Assim sendo, uma das teses que negam a prisão civil do depositário infiel consiste na idéia de que a Convenção derogou o permissivo constitucional, sob o argumento de que o artigo 5º, § 2º da CF, quando dispõe que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte", dá a Constituição um "efeito aditivo", que permite a adição ao texto constitucional dos tratados internacionais sobre os direitos humanos,

com a mesma hierarquia constitucional, mas veremos adiante a posição contrária à argumento.

A outra tese defendida pelos contrários à prisão é a de que o Pacto revogaria as normas ordinárias que possibilitam a prisão de depositário, desse modo, não havendo regra para regulamentar a constrição a permissão constitucional se tornaria letra morta. Porém essa tese também foi rebatida sob o argumento de que o Pacto não tem aptidão para revogar as normas infraconstitucionais, por ter o um caráter de abstração geral, não podendo contrapor-se norma do Decreto-lei, dotada de um caráter específico.

Também é defendida a tese, pelos negativistas, de que não existe entre a norma constitucional e a factual qualquer incompatibilidade, pois para eles o que o artigo 5º, inciso LXVII CF fez foi, depois de vedar, em princípio, a prisão por dívidas, facultou, e não ordenou que o legislador ordinário estabelecesse a prisão civil nos casos indicados. Não havendo, assim, qualquer antítese entre a regra constitucional e aquela do artigo 7º, §7º do Pacto de San José, pois esta, enquanto norma ordinária, teria simplesmente renunciado à permissão constitucional de instituir a prisão para o depositário infiel, todavia essa tese também é contrariada sob o argumento de que o que a Constituição fez não foi permitir que o legislador ordinário, eventual e facultativamente, instituísse a prisão civil, a qual seria meramente tolerada pela Constituição Federal nas situações mencionadas, e, sim, instituir, direta e incondicionalmente a prisão nesses casos; a prisão, nesses moldes, não seria simplesmente aceita, mas desejada pela Constituição Federal para o devedor contumaz de alimentos e para o depositário infiel.

Contrariam aquela tese também, declarando que o artigo constitucional dispõe que haverá prisão civil em duas hipóteses, e não se refere quanto à necessidade de regulamentação infraconstitucional dessas, não podendo a legislação inferior permitir ou não em que hipótese que será permitida. E, esses que defendem a legalidade das duas hipóteses, defendem, ainda, a idéia, de que o artigo 7º, §7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos representa, ao reduzir a somente em uma as duas hipóteses de prisão civil previstas constitucionalmente, uma norma inconstitucional, não produzindo nenhum efeito válido.

6.5 Interpretação do artigo 5º, §2º da Constituição Federal

O artigo 5º, §2º da CF, traz a seguinte redação:

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.(grifos nossos)

Os negativistas alegam que a idéia de que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos “ingressam como lei ordinária” no nosso ordenamento interno, não prospera, pois a própria CF estabelece que os direitos e garantias nela previstos podem ser completados por outros provenientes de tratados, não podendo por isso, pretender que esses outros direitos e garantias tivessem grau hierárquico diferente da das normas constitucionais em vigor.

A crítica que se faz dessa alegação é de ser ele absolutamente arbitrária ao entendimento de que especialmente os tratados que versam sobre direitos humanos devem penetrar na ordem jurídica brasileira com o status de normas constitucionais. E, é nessa determinação de conceder-lhe status constitucional que está o equívoco, pois ela não decorre do nosso sistema de direito, faltando-lhe validade, não sendo possível extrair do ordenamento uma norma que determina que os tratados de direitos humanos devam integrar o corpo normativo constitucional, e desse modo a tese negativista derivaria de um “ideal político de justiça” e não do preceito jurídico positivo. E, o sentimento pessoal de justiça dos que defendem a tese não é e nem pode prevalecer sobre uma norma de direito.

Outro argumento dos negativistas deriva da interpretação da expressão: “não excluem”, assim, para esses, se a nossa Carta Magna dispõe que os direitos e garantias nela previstos “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte, é porque Ela própria está autorizando que esses direitos e garantias internacionais se incluam no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. Trata-se de uma questão de lógica, pois se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, a contrario sensu, os

incluem no rol de direitos protegidos, ampliando o núcleo mínimo dos direitos consagrados pela Constituição. Somente os tratados internacionais que versam sobre os direitos e garantias individuais é que estão amparados por essa cláusula, chamada por isso mesmo de cláusula aberta, cuja finalidade é exatamente a de incorporá-los ao rol dos direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Valério Mazzuolli (1999, p.108) disciplina a respeito:

O que ocorre, é que o §2º, do art. 5º da Constituição Federal, como se pode perceber sem muito esforço, tem um caráter eminentemente *aberto*, pois dá margem à entrada ao rol dos direitos e garantias consagrados na Constituição, de outros direitos e garantias provenientes de tratados, revelando o caráter não fechado e não taxativo de elenco constitucional dos direitos fundamentais. De forma que, a cláusula do §2º do artigo 5º da Carta da República, está a admitir (isto é bem visível) que tratados internacionais de direitos humanos ingressem no ordenamento jurídico interno brasileiro a nível constitucional, e não no âmbito jurídico interno brasileiro a nível constitucional, e não no âmbito da legislação ordinária, como quer a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal. Os tratados internacionais de direitos humanos, por isso, tem o que chamamos de efeito aditivo, pois adicionam direitos ao texto constitucional, através da cláusula do §2º, do art.5º da Constituição Federal.(grifos nossos)

Todavia, esse entendimento também encontra barreiras, sob a alegação de que a expressão "não excluir" não é o mesmo que "adicionar". Desse modo, quando a Carta Federal menciona que seus direitos e garantias fundamentais "não excluem" outros decorrentes de seu regime e de tratados internacionais, significa que o rol das prerrogativas essenciais inserta em seu texto não é exaustiva, isto é, ela é conciliável com a previsão futura de outros direitos, através de normas diversas. Assim, não se pode concluir que esses direitos e garantias são adicionados à Constituição, pois ela simplesmente não os afasta.

Aqueles que defendem a possibilidade da prisão rebatem o efeito aditivo, por haver a cláusula da compatibilidade expressa na partícula segundo a qual os direitos fundamentais do estatuto político não excluem os outros "decorrentes" de seu sistema, desse modo, os direitos por assim dizer suplementares ao corpo constitucional só podem ser por ele adicionado em havendo compatibilidade normativa, ou seja, em havendo a possibilidade de conciliação entre o teor da regra suplementar com a regra constitucional. E essa conciliação não se verifica no caso do artigo 5º, LXVII e 7º, § 7º do Pacto de San José da costa Rica, havendo sim, uma flagrante antinomia entre suas regras.

A tese que sustenta o argumento de que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico com hierarquia constitucional também encontra divergência, pois os defensores da possibilidade da prisão civil por dívidas argumentam que, no Brasil, as normas decorrentes da incorporação de pactos internacionais são inteiramente submissas à Constituição Federal, e isso ocorre por que as prerrogativas do legislador ordinário em seu exercício de aprovar tratados são tidas como completamente submissas à vontade soberana do poder constituinte originário. E ainda, o tratado se refere à lei ordinária, uma vez que está constatado por regra expressa da Constituição Federal, ao dispor em seu o artigo 102, inciso III, alínea "b", que o Supremo Tribunal Federal tem competência para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, e isso pode ocorrer, pois, segundo eles, os tratados são inferiores sob o espectro hierárquico em relação à CF, encontrando-se em par de igualdade com as leis ordinárias, subordinando-se à CF e devendo-lhe total obediência. E que, tanto na via difusa como na concentrada essas normas estão sujeitas ao controle de constitucionalidade.

6.6 Teorias sobre a compatibilização de conflitos entre tratados internacionais e leis internas

A questão envolvendo conflitos entre tratados internacionais e leis internas de estatura infraconstitucional pode ser resolvida no âmbito do Direito Internacional, em regra, por duas correntes, uma que dá prevalência aos tratados sobre o direito interno infraconstitucional, garantindo ao compromisso internacional plena vigência, sem embargo de lei posteriores que o contrariem e a outra, que entende que, os conflitos são resolvidos garantido-se aos tratados apenas tratamento paritário, tomando como paradigma leis nacionais e outros tratados equivalente.

6.6.1 Teoria dualista

A expressão “dualismo” foi dada por Alfred Von Verdross que, em 1914, e aceita por Triepel, em 1923. A teoria dualista teve Triepel como jurista de maior destaque, sendo visto como fundador desta. Fundamentava-se nas premissas de que o direito internacional e o direito interno regulam relações sociais diversas, pois enquanto o primeiro versa tão somente sobre as relações entre Estados Soberanos, o outro cuidaria das relações entre os indivíduos.

Para essa corrente, como se pode perceber, o direito interno de cada Estado e o internacional são dois sistemas independentes e distintos, embora igualmente válidos e por regularem matérias diferentes, entre eles não poderia haver conflito, pois um tratado internacional não poderia regular uma questão interna sem antes ter sido incorporado a este ordenamento por um procedimento receptivo que o transforme em lei nacional. Nesse sentido, Luis Ivani de Amorim Araújo **apud** Valério Mazzuoli (2002, p.74):

Para os dualistas as normas de Direito Internacional não têm força cogente no interior de um Estado senão por meio da *receptação*, isto é, em decorrência de um ato do seu Poder Legislativo que as converte em regras de Direito Interno, não sendo possível, por via de consequência, colisões entre as duas ordens jurídicas.

Desse modo, os tratados internacionais representam apenas compromissos exteriores do Estado, assumidos por Governos na sua representação, sem que isso possa intervir no ordenamento interno desse Estado, pois os direitos em questão se debruçam sobre ordens jurídicas diversas, tendo, por via de consequência, fontes distintas, sendo sistemas diversos que não se tangenciam, não se sobrepõem.

O tratamento das relações jurídicas dado pelo direito internacional recairia sobre uma relação de coordenação, de interação entre os diversos Estados que compõem a ordem internacional, ao passo que o direito interno seria a relação dos indivíduos subordinados ao monopólio do poder estatal.

6.6.2 Teoria monista

O monismo jurídico, por sua vez, vislumbra o direito como uma unidade, um sistema integrado pelas esferas do direito internacional do direito interno. Uma vez que a origem prepondera sobre a outra, estatal ou internacional.

Para os adeptos dessa teoria, se um Estado assina e ratifica um tratado internacional, é porque está se comprometendo juridicamente a assumir um compromisso e se esse compromisso envolve direitos e obrigações que podem ser exigidas no âmbito interno do Estado não se faz necessário, só por isso, a edição de um novo diploma materializando internamente aquele compromisso exterior. Os monistas dividem-se em duas correntes:

- a) monismo internacionalista, defendida por Hans Kelsen, sustenta a unicidade da ordem jurídica sob a primazia do direito internacional, a que se ajustariam todas as ordens internas. Há ainda, a subdivisão dessa teoria: uns não admitem que uma norma de direito interno vá de encontro a um preceito internacional, sob pena de nulidade, assim como Kelsen, e outros, os mais moderados, como Verdross, negam essa falta de validade, embora afirmem que essa lei constitui uma infração que o Estado lesado pode impugnar exigindo ou a sua derrogação ou a sua inaplicabilidade, responsabilizando o infrator a indenizar os prejuízos decursivos; Para os defensores da primazia do direito internacional em detrimento do direito interno, assim como Kelsen, há um conjunto de normas hierarquicamente dispostas na ordem estatal, remetendo-se à concepção de pirâmide normativa. No ápice da pirâmide, constituindo-se a norma fundamenta, a norma de direito internacional, que vincula os Estados signatários ou subordinados a ela: *pacta sunt servanda*.
- b) monismo nacionalista, defende a superioridade do direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja ótica a adoção dos preceitos do direito internacional aparece como uma faculdade discricionária. Aceitam a integração do tratado ao direito interno, mas não em grau hierárquico superior. Os defensores do predomínio da lei interna dão assim relevo especial à soberania de cada Estado e à descentralização da sociedade internacional.

Inclinam-se ao culto da constituição, entendendo que no seu texto, ao qual nenhum outro pode sobrepor-se há de encontrar-se notícia do exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras, vertente esta influenciada pela filosofia de Spinoza e de Hegel, defensor da soberania absoluta do Estado, seguida também por Wenzel e Chailley. Essa corrente defende a primazia do direito interno em detrimento do direito internacional, calcada na necessidade de existência de predisposição estatal, bem como a própria celebração de tratados. Em outras palavras, as normas constitucionais fundamentam, recepcionam as normas internacionais.

A conclusão que se chegou o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 800.004-SE (RTJ 83/809-Rel. Min. Cunha Peixoto, julgado em 1º/06/1977) foi a de que dentro do sistema jurídico brasileiro, onde tratados e convenções guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado, a normatividade dos tratados internacionais, permite, no que concerne à hierarquia das fontes, situá-los no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as nossas leis internas, consagrando o monismo moderado. Assim, a princípio esta foi a tese acolhida pelo STF, sem embargo de vozes atualíssimas a proclamar a supremacia dos tratados de direitos humanos, frente a Constituição Federal. Nas palavras de Valério Mazzuolli (2002, p. 72):

O Brasil, segundo o Supremo Tribunal Federal, enquadra-se nesse segundo sistema (monismo nacionalista). Há mais de vinte anos vigora na jurisprudência brasileira o sistema *paritário* onde o tratado, uma vez formalizado, passa a ter força de lei *ordinária* (v. RTJ 83/809 e ss.), podendo, por isso, revogar as disposições em contrário, ou ser revogado (*rectius*: perder eficácia) diante de lei posterior

Com relação aos tratados internacionais protetivos de direitos humanos foi adotado no Brasil o monismo internacionalista kelseniano, dispensando-se a sistemática da incorporação legislativa para a sua efetiva execução. Ao contrário, com relação aos tratados internacionais comuns, o Brasil passou a acolher a concepção dualista, que exige a edição de decreto de execução para que passem a irradiar seus efeitos no plano interno.

Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil, têm aplicação imediata no país, independentemente da edição

de diploma normativo com força de lei que os materialize, para que só assim irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional. Sendo desnecessário, portanto, a posterior edição, pelo Executivo, de decreto de execução ou decreto executivo. Basta a ratificação do tratado, para que sua incorporação ao direito interno se faça de imediato, é dizer, automaticamente. É o sistema adotado, dentre outros, pelos Estados Unidos, França, Suíça, Países Baixos, Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, Finlândia, Grécia, Itália, Luxemburgo, Portugal, Suécia, além de diversos países latino-americanos, o que reflete uma tendência mundial na adoção da teoria monista internacionalista. Nas palavras de Marcelo Ribeiro (2000, p. 59):

Não obstante a questão doutrinária, tem-se no Brasil o aspecto prático da previsão constitucional: todas as atividades, mesmo a inserção de tratados na ordem interna devem necessariamente obedecer à Constituição Federal. Em outras palavras, o modo pelo qual as relações externas são promovidas demanda a observância da previsão, do tratamento constitucional.

A norma externa não se confronta com a interna, mas deve se observar às determinações desta última prevalecendo assim, ordem interna sobre a externa.

Todavia, como já visto, o Supremo Tribunal Federal antes, estava estabelecendo um único regime para todas as espécies de tratados, não admitindo o reconhecimento de um regime diferenciado para os Tratados relativos aos direitos e garantias fundamentais.

6.7 A prevalência dos direitos humanos e a primazia da norma mais favorável às Vítimas

Outra tese defendida pelos que negam a possibilidade de prisão do depositário é a de que, um dos princípios constitucionais expressamente consagrados pela Carta Magna, o qual é um dos norteadores do Brasil, nas suas relações internacionais, é o princípio da prevalência dos direitos humanos, previsto no seu artigo 4º, II. E, sendo princípio constitucional a prevalência dos direitos humanos, a outro entendimento não poderia chegar, senão o de que todo tratado internacional de direitos humanos terá prevalência, no que for mais benéfico, às normas constitucionais em vigor.

Quando a Constituição Federal dispõe em seu artigo 4º, II, que a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, dentre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, está, ela própria, a autorizar a incorporação do produto normativo convencional mais benéfico, pela porta de entrada do seu art. 5º, §2º, que como já foi visto, tem o caráter de cláusula aberta à inclusão de novos direitos e garantias individuais provenientes de tratados.

Para os defensores desse princípio, o direito que o infiel depositário tem de não ser preso, é direito decorrente de um dos princípios constitucionais. Por isso, dessa forma, com base na própria Constituição, para eles, deve-se entender que, em se tratando de direitos humanos provenientes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, há de ser sempre aplicado, no caso de conflito entre o direito e garantia decorrentes do tratado e a Constituição Federal, o princípio da primazia da norma mais favorável às vítimas, princípio expressamente assegurado pelo art. 4º, II, da Constituição Federal.

Nas palavras de Odete Novaes (2004, p.109):

Os estudiosos dos direitos humanos têm-se manifestado no sentido de que deverá ser aplicada a norma mais benéfica ao cidadão, em caso de conflito entre um tratado e a norma interna do Estado de origem da pessoa envolvida. Isto porque as normas de direitos humanos visam a proteção do cidadão, estando em jogo direitos fundamentais-que são direitos indisponíveis, inerentes ao ser humano”.

A primazia, no caso, será a da norma que mais protege os direitos da pessoa humana. Se esta norma mais protetora for a própria Constituição, ela irá prevalecer sobre o direito e garantia do tratado. Se não for, não será ela aplicada nesta parte, sendo utilizada a norma mais favorável à pessoa humana, sujeito de direitos internacionais consagrados, o que leva à idéia do descabimento da prisão civil do infiel depositário. Assim, se a norma constitucional fosse mais benéfica que a internacional, aplicar-se-ia a norma constitucional, mesmo que os esses tratados tivessem hierarquia constitucional e tivessem sido ratificados após o advento da Constituição. As próprias regras interpretativas dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apontam nesta direção, quando afirmam que os tratados internacionais só se aplicam se ampliarem e estenderem o alcance da proteção nacional dos direitos humanos.

Nota-se que, ingressando os tratados internacionais no ordenamento jurídico interno com *status* de norma constitucional (CF, art. 5º, §2º), a aparente contradição entre essas “duas normas” conflitantes, como a que possibilitando a prisão do depositário infiel, deve ser solucionada, para os adeptos da aplicação deste princípio, dando sempre prevalência ao interesse (valor) maior, e que, no caso, é a liberdade do indivíduo e não a propriedade do bem.

Quando a norma proveniente de tratados internacionais contiver disposição de direito que favoreça o ser humano, esta norma, como tal, passa a ser considerada, por permissão expressa da própria Carta Magna, verdadeira “norma constitucional”. E, se por ventura, houver choque entre esta nova norma incorporada por um tratado e alguma disposição constitucional, ou seja, se houver conflito entre esta duas normas constitucionais, terá primazia a norma que der prevalência aos direitos humanos, consoante dispõe o art. 4º, da Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 previu como sendo possível a prisão do devedor de alimentos, explicitamente, adjectivação restrigente, e exigindo, por conseqüência, que este inadimplemento seja voluntário e inescusável. De forma que, neste ponto, a norma constitucional brasileira é mais benéfica do que o tratado, pois melhor protege a liberdade individual, devendo ela prevalecer sobre o tratado.

Por tudo isso, para os contrários à possibilidade de prisão do depositário infiel, pode-se dizer que, por autorização própria, a Constituição Federal de 1988 permite a derrogação (inaplicabilidade) de seu próprio texto quando uma norma decorrente do regime e dos princípios por ela adotados, ou inscrita nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte for, no que diz respeito aos *direitos e garantias* nela expressos, mais favorável ao ser humano, pois é princípio da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana (CF, art.1º, III), e a prevalência dos direitos humanos, este, a reger as relações do Estado brasileiro no âmbito internacional (CF, art. 4º,II). Trata-se do efeito derogatório. Ao contrário, se o estabelecido nos tratados pelo Brasil ratificados, for, em conflito com a Constituição, menos favorável ao ser humano, ou seja, se os tratados disciplinarem a mesma matéria, prevendo menos direitos e menos garantias do que os previstos pela norma constitucional, esta norma convencional, fruto do Direito Internacional, não terá, em nosso ordenamento interno, nenhum vigor, devendo prevalecer aquela norma constitucional. Assim, só terá efeito derogatório dos direitos e garantias fundamentais, quando a norma internacional trouxer consigo, mais direitos e mais

garantias do que aqueles previstos no texto constitucional, pois, a primazia é da norma mais favorável ao ser humano.

Todavia, essa tese cai à tona, pelo argumento de que ela afronta violentamente a noção de soberania estatal, que o País tem, e que, cujo primeiro fundamento é o princípio da soberania, disposto no artigo 1º, I da Constituição Federal, e, para o Estado soberano, a sua Constituição é a sede de determinação da estatura da norma jurídica convencional. E, também, argumentam a idéia de que não há nenhum dever jurídico que force as leis a criem, necessariamente, relações razoáveis ou equânimes e que, se fosse permitido rejeitar todas as normas que não podem ser qualificadas exatamente como igualitárias ou razoáveis, negar-se-ia a vigência de várias regras. A desigualdade e a irrazoabilidade eventualmente contidas em uma norma jurídica válida não pode servir de desculpas para o seu não-atendimento, uma vez que o cumprimento irrestrito e incondicional da ordem jurídica é um dos postulados elementares de nosso Estado de Direito, de acordo com o inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal que dispõe: “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei*”, no qual só o Poder legislativo tem legitimidade para levar em consideração os fatores políticos e filosóficos que permeiam o mundo normativo.

6.8 Possibilidade dos tratados internacionais comuns serem revogados por “Lei Posterior” que com eles conflite.

A suposta prevalência dos tratados internacionais sobre as normas internas não ocorre, a princípio, em virtude de sua posterioridade ou eventual especialidade, mas sim em decorrência de seu caráter supra legal, que impede que sejam revogados por lei posterior ou lei especial. Para fundamentar a teoria da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos pode-se invocar até mesmo a Convenção de Viana, que em seu artigo 27 dispõe: “Nenhum Estado pactuante pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

Desse modo, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, para os adeptos da teoria da supralegalidade, gozam de posição privilegiada perante as

demais normas ordinárias nacionais, estando acima delas, modificando-as, mas não podendo ser modificados por esta. Desse modo, esses tratados serão mais do que leis ordinárias e menos do que normas constitucionais originárias, mais do que leis ordinárias porque são normas constitucionais e menos do que normas constitucionais originárias porque se submetem ao controle de constitucionalidade como ocorre com as emendas constitucionais. Assim, ante a proibição de prisão no Pacto de San José da Costa Rica e mesmo não havendo revogação do dispositivo constitucional referente á prisão civil do depositário infiel, sua efetivação está suspensa, posto que não é possível fazer uso das leis infraconstitucionais que violem os tratados. Assim, para essa corrente não haveria embasamento legal para justificar tal prisão.

Os tratados internacionais têm sua forma própria de revogação, qual seja, a denúncia, só podendo ser alterados por outras normas de categoria igual ou superior, internacionais ou supranacionais, e não pela inferior, interna ou nacional. Para o direito internacional, os compromissos exteriores assumidos pelo Estado são superiores àquelas obrigações assumidas por este internamente, não sendo possível a alegação de que o eventual não – cumprimento dos tratados se daria em virtude de decisões judiciais sustentando a sua inconstitucionalidade.

Assim, querer que por meio de legislação interna superveniente se possa revogar tratados internacionais, significa admitir que um Estado, por si só, teria o poder de modificar o conteúdo de compromissos internacionalmente assumidos, sem o consentimento das demais partes contratantes, o que não é compreensível. Um Estado signatário do tratado não pode alegar disposições de seu direito interno a pretexto de descumprir uma obrigação assumida internacionalmente (Convenção de Viena, art. 27) mesmo a lei posterior fazendo menção expressa à revogação do tratado, ainda assim, não se admite que seja este revogado. Isto porque leis internas não denunciam tratados, pois a denúncia, como já visto, demanda procedimento próprio, de competência do Chefe do Poder Executivo.

Embora o artigo 98 do CTN disponha: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhe sobrevinha”, na verdade um tratado internacional não revoga nem modifica a legislação interna, até mesmo porque se for denunciado, a lei interna com ele incompatível estará restabelecida. Não se trata de revogação da lei interna, que continua válida e eficaz para as demais hipóteses que não forem

disciplinadas pelo tratado. Trata-se, apenas, de uma paralisação da eficácia da norma interna nas situações específicas e absolutamente delimitada, disciplinadas pela norma convencional.

Em se tratando de direitos humanos, nem mesmo a posterior denúncia do tratado no âmbito internacional, segundo Valério Mazzuolli (2002, p. 174) tem o poder de retirar a força obrigatória das normas já incorporadas ao ordenamento brasileiro, pois uma vez incorporados no ordenamento nacional aqueles direitos internacionais provenientes de tratados dos quais o Brasil foi signatário adquirem *status* de norma constitucional, mesmo com a ulterior denúncia do instrumento ratificado, não mais se tornaria possível a legação de ineficácia e inaplicabilidade daqueles mesmos direitos. E, segundo ele trata-se de um raciocínio lógico: se nem mesmo por via de Emenda à Constituição é possível a sua abolição, posto que passaram a ser cláusulas pétreas, muito menos, seria possível, em se tratando de simples ato de Poder Executivo, como é o caso da denúncia. Com o ato da denúncia, o Estado ratificante passa a não ter mais responsabilidade em responder pelo descumprimento do tratado tão-somente no âmbito internacional e não no interno. No que tange aos direitos humanos provenientes de tratados, eles, no Brasil, uma vez incorporados ao ordenamento nacional, não mais estão sujeitos a serem abolidos em face de eventual denúncia por ato privativo do Poder Executivo.

A tese da impossibilidade dos tratados serem revogados por lei posterior que com eles conflite, também é contrariada, com a idéia de que, o Pacto de São José da Costa Rica, se refere a uma norma infraconstitucional de caráter geral, podendo sim ser revogada por uma norma de caráter específico.

6.9 Artigo 5º, § 3º da Constituição Federal

Quanto à integração do tratado internacional ao direito interno nos Estados do Mercosul, leciona, Pedro Dallari ao declarar (2003, p. 40) que a atual Constituição brasileira, situa o País juntamente no rol dos Estados que não contemplam nas respectivas Cartas normas claras de integração dos tratados internacionais de direito interno e, muito menos, normas para assimilação de decisões de organizações internacionais. Diante, as discussões entre as teorias

dualistas e monistas no direito internacional, foi acrescentado o §3º ao art. 5º da CF, que dispõe:

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.

O entendimento dominante, anteriormente a esse dispositivo, era que os tratados e convenções internacionais ratificados teriam a mesma força de uma lei ordinária federal, ou seja, os primeiros poderiam ser revogados por lei federal posterior, porém havia entendimento no sentido de que, no tocante a direitos humanos, dever-se-ia manter a norma mais benéfica, e não obrigatoriamente a mais recente, como visto acima. Havia assim, a tese de que a Constituição Federal de 1988, votada por representantes do povo eleitos como assembléia constituinte, admite a prisão civil do depositário infiel, não podendo essa previsão ser derogada por mero pacto internacional, qual seja, a Convenção de San José de Costa Rica, art. 7º, § 7, que representa apenas a vontade política de alguns países, ingressando no regime jurídico nacional como lei comum após aprovação pelo Congresso, que age apenas na condição de parlamento.

Com o acréscimo do parágrafo acima narrado, se conferida a força de emenda constitucional aos tratados e convenções de direitos humanos, estes só poderão ser revogados pelo poder constituinte, embora exista também a posição doutrinária que coloque os direitos humanos acima da norma constitucional.

6.9.1 Interpretação do § 3º. Art. 5º da Constituição Federal

A Reforma do Poder Judiciário incluiu o §3º no art. 5º da Constituição Federal de 1988, que dispõe:

Art.5º, §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. (grifos nossos)

Quanto à possibilidade de retroação de tal dispositivo, há entendimentos de que somente os tratados e convenções posteriores à Emenda nº. 45/04 ingressarão no ordenamento nacional com força de emendas à Constituição e isso teria fundamento no princípio da segurança jurídica. Nessa linha de raciocínio, Capez (Acesso em 22 jan. 2008), entende que somente obedecidos os pressupostos previstos nesse parágrafo é que o tratado terá índole constitucional, podendo revogar norma constitucional anterior, desde que em benefício dos direitos humanos, e tornar-se imune a supressões ou reduções futuras, diante do que dispõe o art. 60, §4º, IV, da CF, e desse modo, os tratados anteriores sobre direitos humanos já ratificados, por não terem sido submetidos a esse quorum especial de votação, continuam valendo como mera legislação inferior, sem possibilidade de alterar a CF. É o que ocorre, por exemplo, com a prisão civil do devedor de alimentos e do depositário infiel, permitida expressamente pelo art. 5º, LXVII, da CF. O Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 25.09.1992, e promulgada pelo Decreto 678, de 06.11.1992), em seu art. 7º, § 7, vedou a prisão civil do depositário infiel, somente permitindo-a na hipótese de dívida alimentar. Se tivesse índole constitucional, teria revogado a redação original da CF, pois estaria ampliando a proteção aos direitos humanos, porém como referido tratado não foi submetido a nenhum quorum qualificado em sua aprovação, sua posição é subalterna no ordenamento jurídico, de modo que não pode prevalecer sobre norma constitucional expressa, permanecendo a possibilidade de prisão do depositário infiel. Desse modo, para os adeptos ao entendimento de que não há a retroatividade, qualquer tratado internacional, sem o preenchimento dos requisitos exigidos pela EC n. 45/04, não pode sobrepor-se a norma constitucional expressa. Não passa de legislação ordinária. E ademais, o dispositivo constitucional dispõe sobre os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos “que forem aprovados”, referindo-se, assim, a um tempo futuro.

Para a corrente que é contrária a retroação do referido §3º, não há, todavia, impedimento legal para apresentação de proposta de emenda constitucional tendo por conteúdo matéria hoje já regulada por tratado internacional internalizado pelo direito nacional com status de lei infraconstitucional, isso sendo possível mesmo quando se tratar de matéria relativa a direitos fundamentais, pois a vedação à reforma constitucional relativa a direitos e garantias fundamentais deve ser entendida

como estritamente voltada à modificações que subtraíam direitos, total ou parcialmente, mas não as que os ampliem.

Para a corrente que entende ser possível a retroatividade, em se tratando de normas de direitos humanos, prevalecerá o tratado, pois, deve-se optar pela interpretação que dê maior efetividade às normas e princípios fundamentais, não importa se foi a norma foi adotada antes ou depois do referido parágrafo, e ao fazer uma interpretação sistemática, os direitos humanos fundamentais são considerados "clausulas pétreas", devendo, portanto, sempre serem ampliados, e jamais restringidos ou abolidos. Coagir o cidadão com prisão civil por dívida, salvo o caso de alimentos, seria um total descompasso com os princípios norteadores dos direitos humanos fundamentais.

Há o entendimento de que, o Pacto de San José da Costa Rica não teria força para revogar a Constituição, no caso da prisão civil do depositário infiel, mas teria poder suficiente para revogar a artigo 652 do novo Código Civil, que regulamenta a prisão, assim, sem regulamentação, a prisão não seria admitida, porque se transformaria em previsão constitucional morta, todavia há a tese de que o inc. LXVII, do artigo 5º da CF, é inteiramente imodificável. Deste modo, mesmo que o tratado tivesse status de norma constitucional, sendo equiparado à Emenda, não poderia revogar tal dispositivo, sendo, portanto, inconstitucional qualquer tentativa de se abolir a prisão civil do depositário infiel.

6.9.2 Discussões jurisprudenciais

Inicialmente o Supremo Tribunal Federal se pronunciou pela possibilidade da prisão civil, enquanto o Superior Tribunal de Justiça considerava incabível a prisão do depositário infiel, tal como disposto no Decreto Lei 911/69.

Para os Ministros Gilmar Mendes, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio os tratados sobre direitos humanos não são considerados infraconstitucionais, mas supralegais. Sendo, como já dito, hierarquicamente inferiores à Constituição, mas superiores à legislação infraconstitucional. Desse modo, no recente informativo nº 449 do STF

consta que sete Ministros já votaram pela inconstitucionalidade da prisão civil nos casos de alienação fiduciária.

Atualmente, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) estão discutindo a legalidade da prisão civil de depositário infiel. A questão foi levada ao Plenário da Corte no dia 29 de agosto de 2007, por meio de um Habeas Corpus (HC 87585) de relatoria do ministro Marco Aurélio, mas o julgamento foi suspenso pelo pedido de vista do ministro Celso de Mello, que analisa outros dois processos sobre o mesmo assunto, esse Habeas Corpus em questão é de um agricultor do Tocantins que teve sua prisão decretada após se tornar depositário infiel em virtude de débito contraído com a Companhia Nacional de Abastecimento (Conab), empresa do governo federal encarregada de gerir as políticas agrícolas e de abastecimento. O acusado alega que tentou parcelar o débito, mas não conseguiu negociar com a Conab.

Em dezembro de 2003, o ministro Marco Aurélio concedeu liminar para o agricultor, cassando o decreto de prisão. Ao levar a matéria para julgamento final na Primeira Turma do STF, os ministros do colegiado decidiram que a questão deveria ser resolvida no Plenário, que reúne todos os ministros da Corte, aquele mesmo ministro confirmou sua decisão liminar, com o fundamento de que apesar de a Constituição Federal dispor sobre a prisão do depositário infiel (inciso LXVII do artigo 5º), o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica, um tratado internacional de proteção dos direitos humanos, que impede, como regra geral, a prisão por dívida e que a Emenda Constitucional nº 45/04 equiparou tratados e convenções internacionais aprovados pelo Congresso Nacional (por maioria qualificada) a emendas constitucionais.

Nota-se assim, que o Ministro Marco Aurélio defende que o preceito constitucional que determina a prisão do depositário infiel não é auto-aplicável, já que o Pacto de São José da Costa Rica invalidou as normas infraconstitucionais que regulamentam essa prisão.

E ainda, em parecer sobre o mesmo caso, o Ministério Público Federal (MPF) ressaltou que o depositário infiel não pode responder por uma dívida por meio de sua liberdade, por ser isso desproporcional.

Desse modo, mesmo após o acréscimo do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição, a discussão acerca da possibilidade ainda não foi solucionada, havendo ainda, como veremos nos anexos das jurisprudências ao final desse

trabalho, divergência entre os Tribunais, pois, por exemplo, o STF está há pouco tempo entendendo ser cabível a decretação da prisão civil, seja no caso do depositário infiel seja no caso do devedor de alimentos, diferente do que ocorre no STJ, que defende há tempos sua inaplicabilidade.

7 CONCLUSÃO

A prisão civil do depositário infiel e do devedor fiduciante é discutida pela doutrina e pelos Tribunais, por ser, a princípio, permitida na nossa legislação pátria, inclusive pela Constituição Federal de 1988, e proibida, expressamente, por dois Tratados Internacionais que o Brasil faz parte, quais sejam, Pacto de São José da Costa Rica e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. A discussão ganhou novos contornos com o acréscimo do §3º, ao artigo 5º da Constituição Federal, que passou a prever expressamente que os tratados e convenções internacionais serão equivalentes às emendas constitucionais, sendo necessário dois requisitos, quais sejam, que tratem de matéria relativa a direitos humanos e que sejam aprovados pelo Congresso Nacional, em dois turnos, pelo quorum de três quintos dos votos dos respectivos membros (duas votações em cada Casa do Parlamento, com três quintos de quorum em cada votação), observados esses requisitos, o tratado terá índole constitucional, podendo revogar norma constitucional anterior, desde que em benefício dos direitos humanos, e tornar-se imune a supressões ou reduções futuras, diante do que dispõe o art. 60, §4º, IV, da Constituição.

As teses contrárias à prisão no caso do depositário infiel, e por consequência do devedor fiduciante, se alicerçam em vários fundamentos, como, por de que essa prisão é inconstitucional por afrontar o princípio da proporcionalidade, uma vez que o direito à liberdade deve prevalecer ao direito ao patrimônio do indivíduo. No âmbito da alienação fiduciária, alguns entendem que o Decreto-lei n.º 911/69 não "equiparou" o devedor fiduciante ao depositário do contrato de depósito, e sim, constituiu legalmente o sujeito passivo da alienação fiduciária como depositário. Sendo depositário, e não equiparado a um, pois, por ter esse decreto o mesmo status hierárquico normativo do Código Civil brasileiro, poderia, também, criar novas modalidades de contratos de depósito. Os de opinião contrária defendem a tese de que o devedor não poderia ser considerado depositário, pois o bem não foi lhe foi entregue para guarda, e este seria o verdadeiro dono da coisa, havendo apenas uma ficção jurídica. Todavia, a prisão de ambos começou a ser questionada, devido aos tratados ratificados pelo Brasil.

O Supremo adotou, durante anos, o entendimento da corrente que defendia a idéia de que os tratados internacionais, que versassem ou não sobre direitos humanos, ingressariam em nosso ordenamento com o mesmo status das leis ordinárias. A discussão aumentou após a Emenda Constitucional n.º45, que declarou que os tratados que versassem sobre direitos humanos teria status de norma constitucional.

Com isso, a discussão passou a ser também se há ou não retroatividade do parágrafo 3º, do artigo 5º, da CF, uma vez que os tratados sobre direitos humanos ratificados anteriormente a Emenda, por não terem sido submetidos a esse quorum especial de votação, possuíam para o Supremo status de mera legislação inferior, sem a possibilidade de alterar a Constituição, e para aqueles que não aceitam a retroatividade, como os tratados não foram submetidos a nenhum quorum qualificado em sua aprovação, sua posição continua sendo inferior a Constituição, não podendo prevalecer sobre norma constitucional expressa, permanecendo a possibilidade da prisão do depositário infiel. Porém, há o entendimento de que os tratados sobre direitos humanos, mesmo antes dessa Emenda, já possuíam status constitucional, e que esse acréscimo só veio pacificar o entendimento.

Atualmente a questão está sendo discutida em um processo pelo STF, sendo que, por enquanto, sete Ministros já votaram pela inconstitucionalidade da prisão civil nos casos de alienação fiduciária., assim, a tendência é que seja acolhida a corrente que se filia à teoria da supra legalidade, em que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos possuem posição privilegiada perante as demais normas ordinárias nacionais, estando acima delas, modificando-as, mas não podendo ser modificados por elas, e estando hierarquicamente abaixo da Constituição Federal.

Enfim, a teoria da supralegalidade, pelo visto é o entendimento que irá prevalecer, e, por conseqüência, como o Pacto de San José é inferior à Constituição brasileira, mas é hierarquicamente superior à legislação infraconstitucional, não terá ele força para revogar a possibilidade de prisão civil para depositário infiel prevista constitucionalmente, todavia, terá força suficiente para revogar a lei que regulamenta essa previsão constitucional, e desse modo, possivelmente surgirão novas controvérsias sobre o tema.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, J.B.Torres de. **Da alienação fiduciária de bens móveis e imóveis.** São Paulo: AEA, 1998;

ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ARIOSI, Mariângela. **Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas: o Judiciário Brasileiro e a Nova Ordem Internacional.** Rio de Janeiro-São -Paulo: Renovar, 2000;

ASSIS, Araken de. **Manual de Processo de Execução.** 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Da execução de alimentos e prisão do devedor.** 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; S **Código Civil anotado e legislação complementar.** São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; VENOSA, Silvio de Salvo. **Prisão civil por dívida.** 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BORGES FILHO, Afonso. **Prisão Civil do devedor fiduciante e os tratados de direitos humanos fundamentais.** 2003.76 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acessado em 21 de dez. de 2007.

BRASIL. Superior tribunal de Justiça. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acessado em 19 de jan. 2008

CAPEZ, Fernando. Prisão civil. O Pacto de São José da Costa Rica e a Emenda Constitucional nº 45/2004. **Jus Navigandi**. Teresina, a. 10, n. 910. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7708>>. Acesso em: 22 jan. 2008.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. **Dicionário compacto do direito**. 3ª. Ed. Ver. e ampli. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLARI, Pedro B.A. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. **Alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Resumo de Direito Constitucional**. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **O Brasil e o sistema mundial de proteção dos direitos humanos fundamentais**. Disponível em: <http://www.iuspedia.com.br/article.php?story=20050711120643888>. Acesso em: 31 de ago. 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. v. 2, 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONZAGA, Vair. **Alienação fiduciária**. Campinas: Peritas, 1997.

LIMA, Frederico Henrique Viegas. **Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 6ª Ed. Ver. E atual.- Barueri, SP: Manole, 2007.

MARQUES, Alexandre Paiva. **Defesas do Devedor Alimentar**. Editora de Direito, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOLITOR, Joaquim. **Prisão Civil do Depositário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

OLIVEIRA, Daiany Elita. **Alienação fiduciária em garantia**, 2000. 84 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2000.

OLIVEIRA, Eduardo. **Política criminal e alternativas à prisão**, Rio de Janeiro: Forense, 1996.

OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. **Prisão civil na alienação fiduciária em garantia: uma visão constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2000;

PARIZATTO, João Roberto. **Alienação Fiduciária**, Ed. Edipa, 1998.

PEDROTTI, Irineu Antonio. **Arrendamento mercantil (*leasing*) e alienação fiduciária: anotações, exemplos, legislação e jurisprudência**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000;

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Prisão civil e os direitos humanos**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

RICARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, Luma Gomides de. **Da impossibilidade da prisão do depositário infiel**. Disponível em:
http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070404165208767&query=pris%C3%A3o%20civil. Acesso em 21.01.08.

Supremo analisa legalidade da prisão de depositário infiel. Disponível em:
<http://www.boletimjuridico.com.br/noticias/materia.asp?conteudo=1686>. Acesso em: 31 de ago.2007

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, Família**. v.5. São Paulo: Método, 2000.

TORELLI, Rodrigues Marques. **A prisão civil do devedor na alienação fiduciária em garantia**, 2005. 49 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2005.

VAZ, Ubirayr Ferreira. **Alienação fiduciária de coisa imóvel: reflexos da Lei n.º 9.514/97 no Registro de imóveis**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998;

VENOSA, Silvio de Salvo, **Direito Civil: direito de família**. 6ª Ed. São Paulo, Atlas, 2006.

ANEXOS Julgados selecionados

ANEXO A- Julgados do Supremo Tribunal Federal que contrariam a prisão civil do depositário infiel

EMENTA: Habeas Corpus. 1. No caso concreto foi ajuizada ação de execução sob o nº 612/2000 perante a 3ª Vara Cível de Santa Bárbara D'Oeste/SP em face do paciente. A credora requereu a entrega total dos bens sob pena de prisão. 2. A defesa alega a existência de constrangimento ilegal em face da iminência de expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente. Ademais, a inicial sustenta a ilegitimidade constitucional da prisão civil por dívida. 3. Reiterados alguns dos argumentos expendidos em meu voto, proferido em sessão do Plenário de 22.11.2006, no RE nº 466.343/SP: a legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, está em plena discussão no Plenário deste Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, que se iniciou na sessão de 22.11.2006, esta Corte, por maioria que já conta com sete votos, acenou para a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. 4. Superação da Súmula nº 691/STF em face da configuração de patente constrangimento ilegal, com deferimento do pedido de medida liminar, em ordem a assegurar, ao paciente, o direito de permanecer em liberdade até a apreciação do mérito do HC nº 68.584/SP pelo Superior Tribunal de Justiça. 5. Considerada a plausibilidade da orientação que está a se firmar perante o Plenário deste STF - a qual já conta com 7 votos - ordem deferida para que sejam mantidos os efeitos da medida liminar.(STF- HC 90172-SP, 2ª Turma, unânime, relator Min. Gilmar Mendes, julg. 05.06.2007) (grifos do autor)

Indexação

CABIMENTO, HÁBEAS CORPUS PREVENTIVO, INCONSTITUCIONALIDADE, DECRETAÇÃO, PRISÃO CIVIL DEVEDOR FIDUCIANTE, CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA, VIOLAÇÃO, PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INAPLICABILIDADE, LEGISLAÇÃO COMUM,

PRISÃO, DEPOSITÁRIO, POSTERIORIDADE, SUBSCRIÇÃO, BRASIL, PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA.

-FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. CEZAR PELUSO: AUSÊNCIA, CARACTERIZAÇÃO, CONTRATO DE DEPÓSITO, CONTRATO DE EMPRÉSTIMO, BEM FUNGÍVEL.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE. FUNDAMENTOS INFRACONSTITUCIONAL E CONSTITUCIONAL. SÚMULA 283 DO STF. I - O acórdão recorrido julgou incabível a prisão civil do devedor fiduciante com apoio em fundamentos infraconstitucional e constitucional. Manutenção do fundamento infraconstitucional. Incidência da Súmula 283 do STF. II - Agravo regimental improvido (STF- RE-AgR 482772-SP, 1ª Turma, A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausentes, justificadamente, os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto. Relator Min. Ricardo Lewandowski, julg. 13.12.2006). (grifos do autor)

Indexação

AUSÊNCIA, IMPUGNAÇÃO, FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL, POSSIBILIDADE, PRISÃO CIVIL, DEVEDOR FIDUCIANTE. PREVISÃO, CÓDIGO CIVIL, INSTITUTO, DEPÓSITO.

EMENTA: PRISÃO CIVIL. SEQÜESTRO. DEPOSITÁRIO. 1. A prisão civil, decretada pelo prazo de até um ano por infidelidade do depositário, há de estar devidamente fundamentada. Na hipótese, o paciente encontra-se custodiado há mais de noventa dias. O bem objeto do depósito foi alienado, não podendo mais ser entregue. A ação de execução já foi proposta. Não pode a medida constritiva transformar-se em punição. 2. Habeas corpus deferido para desconstituir a prisão. (STF- HC 87638 - MT, 2ª Turma. A Turma, à unanimidade, deferiu o habeas corpus, nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu, este julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 04.04.2006.) (grifos do autor)

Indexação

INOCORRÊNCIA, EXTINÇÃO, OBRIGAÇÃO, RESTITUIÇÃO, BEM, TÉRMINO, CONTRATO, OBJETO, GARANTIA, CÉDULA DE PRODUTO RURAL.- FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. GILMAR MENDES: INCONSTITUCIONALIDADE, PRISÃO CIVIL, DEPOSITÁRIO INFIEL, INCOMPATIBILIDADE, PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA, PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

ANEXO B- Julgado do Supremo Tribunal Federal que autorizam a prisão civil do depositário infiel

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL. FURTO DOS BENS PENHORADOS. DEPÓSITO NECESSÁRIO. SÚMULA 619 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFICÁCIA DA DECISÃO JUDICIAL. COAÇÃO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. I - O depósito judicial é obrigação legal que estabelece relação de direito público entre o juízo da execução e o depositário, permitindo a prisão civil no caso de infidelidade. II - A via eleita necessita de comprovação pré-constituída acerca dos elementos de convicção que, de forma inequívoca, comprove as alegações apresentadas. III - A substituição de bens penhorados, nos termos do art. 668 do Código de Processo Civil, depende da comprovação da impossibilidade de prejuízo para o exeqüente, o que não ocorre no caso em análise. IV - Recurso improvido. (STF-RHC 90759-MG, 1ª Turma, por maioria de votos, a Turma negou provimento ao recurso ordinário em habeas corpus; vencido o Ministro Marco Aurélio, que lhe dava provimento. Relator Min. Ricardo Lewandowski, julg. 15.05.2007).

Indexação

DEPÓSITO JUDICIAL, DEPOSITÁRIO, QUALIDADE, ÓRGÃO AUXILIAR, JUSTIÇA, GUARDA, BEM PENHORADO, RELAÇÃO, DIREITO PÚBLICO, NATUREZA PROCESSUAL, AUSÊNCIA, RELAÇÃO CONTRATUAL. DIFERENÇA, CASO, PRISÃO CIVIL, DEVEDOR FIDUCIÁRIO, ALIENAÇÃO

FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.- VOTO VENCIDO, MIN. MARCO AURÉLIO: PACTO SÃO JOSÉ DA COSTA RICA,AUSÊNCIA, DERROGAÇÃO, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESTRIÇÃO, POSSIBILIDADE, PRISÃO CIVIL, CASO, INADIMPLEMENTO, OBRIGAÇÃO, PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. Dec-lei nº 911, de 1969. I - Questão decidida nos termos em que posta no RE da ora agravada: alegação de ofensa ao art. 5º, LXVII, da CF/88. Inviabilidade de, em agravo regimental, introduzir-se debate acerca de questão não veiculada no recurso extraordinário. II - Agravo não provido. (STF- RE AgR- 458931-MG, 1ª Turma, A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausentes,justificadamente, o Ministro Marco Aurélio e a Ministra Cármen Lúcia. Rel.Ricardo Lewandowski. Julg. 19.09.2006)

ANEXO C- Julgados do Superior Tribunal de Justiça que entendem ser possível a prisão civil, nos respectivos casos:

Alimentos: EMENTA: I. Habeas corpus contra prisão civil por inadimplemento de obrigação alimentar: inadequação para rediscutir a necessidade do alimentado ou a possibilidade econômico-financeira do alimentante. II. Prisão civil por inadimplemento de obrigação alimentar: cabimento, dado que o acúmulo de parcelas não se deu por inércia do credor e não se comprovou o pagamento das prestações que venceram ao longo da ação de execução, que não podem ser consideradas pretéritas, de modo a perder o seu caráter alimentar. III. Habeas corpus indeferido.(STF- HC 87134 / SP, 1ª Turma. A Turma indeferiu o pedido de habeas corpus. Unânime, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg.08.08.2006).(grifos do autor)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL POR INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. NECESSIDADE DO ALIMENTANDO E IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA DO PACIENTE: EXAME

INVIÁVEL. I. - É inviável, na via estreita do habeas corpus, o exame das questões relativas à necessidade do alimentando e da impossibilidade financeira do paciente. II. - Não há falar em constrangimento ilegal, dado que registram as informações do eg. Superior Tribunal de Justiça que a recusa de pagamento compreende não só as parcelas pretéritas, mas também as parcelas que se venceram no curso da lide. II. HC indeferido.(STF- HC 86503-SP, 2ª Turma, A Turma, por votação unânime, indeferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 06.12.2005).

EMENTA: HABEAS CORPUS. DECRETAÇÃO DA PRISÃO DE DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL. MODALIDADE DE SEGREGAÇÃO DA LIBERDADE QUE NÃO DECORRE DE UMA RELAÇÃO CONTRATUAL, MAS, SIM, DO MUNUS PUBLICO ASSUMIDO PELO DEPOSITÁRIO. ALEGAÇÕES DE QUE PARTE DOS BENS PENHORADOS JÁ FOI DESENVOLVIDA E DE QUE O PACIENTE JÁ ESTAVA DESLIGADO DA PESSOA JURÍDICA EXECUTADA. AFIRMAÇÕES NÃO RESPALDADAS PELOS ELEMENTOS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DA MATÉRIA DE FATO. O depositário judicial assume o munus publico de órgão auxiliar da Justiça, pois a ele é confiada a guarda dos bens que garantirão a efetividade da decisão a ser proferida no processo judicial. É o vínculo funcional entre o Juízo e o depositário que permite, verificada a infidelidade, a decretação da prisão deste último. Não se trata, portanto, de hipótese de prisão contratual. É esta a natureza não-contratual do vínculo que faz com que a medida de constrição de liberdade individual se enquadre na ressalva constitucional do inciso LXVII do art. 5º da Constituição da República. As alegações de que parte dos bens já foi devolvida, bem assim de que o depositário judicial já se havia desligado de sua empresa, são contrariadas pelos documentos dos autos, sendo inviável o reexame aprofundado do acervo probatório em sede de habeas corpus. Ordem denegada.(STF- HC 84484 - SP , 2ª Turma, A Turma indeferiu o pedido de habeas corpus. Unânime. Presidiu o julgamento o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Sepúlveda Pertence. Rel. Min. Carlos Britto, julg.30.11.2004.

Indexação

- CONSTITUCIONALIDADE, PRISÃO CIVIL, DEPOSITÁRIO INFIEL, EXERCÍCIO,"MUNUS PUBLICO", AUXILIAR DA JUSTIÇA. DESNECESSIDADE, AÇÃO DE DEPÓSITO, DECRETAÇÃO, PRISÃO. DESCABIMENTO, REEXAME, PROVA, SEDE, HABEAS CORPUS.- (RESSALVA DE ENTENDIMENTO), (MIN.EROS GRAU), PRISÃO, DEPOSITÁRIO INFIEL, CONFIGURAÇÃO, EXPEDIENTE TORPE, OBTENÇÃO, CRÉDITO, AFRONTA, PRINCÍPIOS JURÍDICOS.

Depósito: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. DISPOSITIVOS SÓ AGORA TRAZIDOS À LIDE. NÃO CONHECIMENTO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. REQUERIMENTO DO AGRAVADO PARA CONVERSÃO DA BUSCA E APREENSÃO EM AÇÃO DE DEPÓSITO. CONFIRMAÇÃO. PRISÃO CIVIL. AUSÊNCIA DE QUALQUER PERIGO ATUAL OU IMINENTE DE SUA DECRETAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO, IMPROVIDO.

1. Quanto aos argumentos somente nesta oportunidade trazidos à lide, não se conhece do agravo regimental.

2. Inexiste obrigatoriedade do órgão julgador responder a todos os argumentos levantados pelas partes, máxime quando tenha razões suficientes para fundamentar a decisão.

3. O agravado requereu expressamente a conversão da ação de busca e apreensão em depósito, não havendo violação dos arts. 4º do Decreto-lei 911/69 e 2º do CPC.

4. Ausente qualquer perigo atual ou iminente da decretação da prisão do devedor, não há interesse em ser analisada a questão.

5. Agravo regimental parcialmente conhecido e, na extensão, improvido. (AgRg no Ag 898.686/MG, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 27.11.2007, DJ 10.12.2007 p. 384)

Alimentos: Embargos de declaração em Habeas Corpus. Prisão Civil. Alimentos. Pagamento parcial. Validade da justificativa para o não-pagamento. Necessidade de Exame de Provas. Ausência de citação. Nulidade.

- Considera-se suprida a ausência de intimação do alimentante para pagar, demonstrar ter pago, ou deduzir razões porque não efetuou o pagamento, quando este comparece em Juízo, e na sua defesa, além de apontar a nulidade por ausência de citação, justifica o não-pagamento.

- Não cabe na via estreita do recurso ordinário em habeas corpus examinar matéria de fatos e provas, empeco que inviabiliza a pretendida análise da justificativa apresentada para o não pagamento da pensão alimentícia.

- O pagamento parcial do débito não afasta a possibilidade de prisão civil do alimentante executado.

Embargos de declaração recebidos como agravo. Ordem denegada.(EDcl no HC 86.727/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13.11.2007, DJ 22.11.2007 p. 238) (grifos do autor).

Depósito: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO CIVIL. INAPLICAÇÃO DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA.

1. O Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo que "a prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária" (HC 73.044/SP, Rel. Min. Maurício Correia, DJU 20.09.96).

2. Constitui dever do depositário prover a guarda e a conservação do bem. A prisão civil, entretanto, somente se justifica quando há recusa do depositário de restituir o bem que está sob sua custódia.

3. Inaplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) mesmo após a edição da Emenda Constitucional nº 45/04, ante a falta de aprovação pelo quorum qualificado de três quintos, o que impede, nos exatos termos da norma do art. 5º, § 3º, da CF, que se o tenha por recepcionado pelo direito interno com status de emenda constitucional. 4. Recurso especial provido.(REsp 967.649/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18.10.2007, DJ 05.11.2007 p. 259) (grifos do autor)

Depósito: HABEAS CORPUS - DEPOSITÁRIO INFIEL - ALIENAÇÃO DO BEM CONSTRITO JUDICIALMENTE - INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DO EQUIVALENTE EM DINHEIRO - INÉRCIA - DECRETAÇÃO DA ORDEM DE

PRISÃO - LEGALIDADE - INAPLICABILIDADE DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA - FUNGIBILIDADE DOS BENS - IRRELEVÂNCIA AO SE TRATAR DE DEPÓSITO NÃO-CONTRATUAL - REEXAME DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA.

1. A prisão civil do depositário infiel, por tempo não superior a um ano, encontra amparo no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição da República, com vista a compelir o cliente a cumprir sua obrigação; previsão que também resta contemplada no novel Código Civil Brasileiro (artigo 652, C. Civil), e pode, inclusive, ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito (Súmula 619/STF).

2. O Juiz que determinou a prisão do paciente nada mais fez do que observar o rito do art. 904, caput e parágrafo único, do CPC. O paciente foi intimado a tempo e modo para entregar os bens depositados. No entanto deixou de fazê-lo no prazo legal e não prestou as informações/justificações para tanto. Antes, manteve-se inerte, segundo consta da documentação dos autos (fls. 179). Desse modo, a ordem de prisão é legal e cumpriu o rito procedimental visando dar maior eficácia à tutela estatal.

3. Embora seja verdade que o Pacto de São José da Costa Rica tenha restringido a possibilidade de prisão civil ao descumprimento de obrigação alimentar, é certo que o Supremo Tribunal Federal fixou a supremacia da norma inscrita no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, que autoriza a prisão civil também do depositário infiel, aí se incluindo o depositário judicial. (parecer do MPF; fls. 1579).

4. Inaplicável o Pacto de São José da Costa Rica na hipótese de depositário judicial, porquanto a prisão que sofre restrições é a decorrente de dívida oriunda de contrato. Precedentes do STJ. Ordem denegada. (HC 76.552/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 24.04.2007, DJ 09.05.2007 p. 227) (grifos do autor)

ANEXO D- Julgados do Tribunal Superior de Justiça contrários à prisão civil nos respectivos casos:

Depositário infiel: EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL. DECRETO DE PRISÃO. NÃO-OBSERVÂNCIA DE FORMA INDISPENSÁVEL À VALIDADE DO ATO. INSUBSISTÊNCIA. FORÇA MAIOR.

EXONERAÇÃO. 1. A ausência de indicação do valor equivalente dos bens móveis em dinheiro torna insubsistente o decreto de prisão. Desobediência à forma indispensável à validade do ato (CPC, artigo 904). 2. Alienação e furto de máquinas por empregados: fatos que caracterizam situação que se pode ter como expressiva de força maior, a afastar a responsabilidade da paciente pelo encargo de fiel depositária dos bens tornados indisponíveis. prisão civil admitida pelo artigo 5º, LXVII da Constituição do Brasil, que, no caso, não se justifica. Ordem concedida. (STF HC 86097 – SP, 2ª Turma. A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Rel. Min. Eros Grau, julg. 13.06.2006.) (grifos do autor)

Alienação fiduciária: EMENTA: CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PRISÃO CIVIL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE BASEOU EM FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. TRÂNSITO EM JULGADO. Havendo transitado em julgado a questão infraconstitucional suficiente, per se, para a manutenção do acórdão recorrido, torna-se intransponível o óbice da Súmula 283 desta Casa Maior da Justiça brasileira. Precedentes: RE 397.089-AgR e AI 373.994-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso; e AI 335.467-AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão. Agravo regimental desprovido.(STF- Re-AgR 413490-MG, 1ª Turma. A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário. Unânime. Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso.Não participaram deste julgamento os Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio.Rel. Min. Carlos Britto, julg. 31.08.2004.).

Indexação

- DESCABIMENTO, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, EXISTÊNCIA, FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL, SUFICIÊNCIA, MANUTENÇÃO, ACÓRDÃO, TRIBUNAL "AQUO"// OCORRÊNCIA, TRÂNSITO EM JULGADO, DECISÃO, (RESP), (STJ), QUESTÃO, POSSIBILIDADE, PRISÃO CIVIL, DEPOSITÁRIO INFIEL, CONTRATO, "LEASING".

Depósito: Recurso em Habeas Corpus. Ação de depósito. Coisa fungível.Possibilidade. Prisão civil. Entendimento do STF e do STJ.

- Em se tratando de contrato de depósito clássico, ainda que de bens fungíveis, é cabível a ação de depósito quando o ajuste não estiver vinculado a outro contrato como garantia de dívida. Precedente da Segunda Seção.

- De se manter o entendimento da Segunda Seção enquanto não há posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário. Recurso não provido. (RHC 22.609/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11.12.2007, DJ 19.12.2007 p. 1221) (grifos do autor).

Alimentos: CIVIL. HABEAS CORPUS. PENSÃO ALIMENTÍCIA. NECESSIDADE. QUITAÇÃO. INTEGRALIDADE. LEGALIDADE. PRISÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. AÇÃO DE EXONERAÇÃO NÃO TRANSITADA EM JULGADO. ALIMENTOS DEVIDOS.

1. Faz-se necessária a quitação integral das três últimas parcelas anteriores ao ajuizamento da execução, acrescidas das vincendas, para que seja afastada a aplicação do disposto no art. 733, § 1º, do CPC, providência não adotada na espécie. Precedentes.

2. Eventuais justificativas cifradas em aspectos de índole fático-probatória, como eventual incapacidade financeira do paciente, bem como existência de dívida da executada não saldada, não se submetem à augusta via do writ.

3. Até o trânsito em julgado da ação de exoneração, os alimentos são devidos.

4. Ordem denegada. (HC 87.036/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 06.12.2007, DJ 17.12.2007 p. 172)

Depósito: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. PENHORA DE FATURAMENTO. PLANO DE PAGAMENTO. DEPOSITÁRIO-ADMINISTRADOR. INADIMPLÊNCIA NA APRESENTAÇÃO. PRISÃO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

- A denominada "penhora sobre faturamento" de empresa somente torna-se eficaz após apresentação do plano de pagamento, pelo depositário-administrador. Antes de tal plano é impossível estabelecer o valor a ser gravado com penhora (CPC, Arts. 677 e 678).

- A omissão do depositário-administrador em apresentar o plano justifica destituição sumária - jamais sua prisão. (RHC 22.166/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 13.11.2007, DJ 28.11.2007 p. 213) (grifos do autor)

Depósito: 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. (HC 29.284/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 10.02.2004, DJ 02.08.2004 p. 394) (grifos do autor)