

22/11/1995

HABEAS CORPUS 72.131-1 RIO DE JANEIRO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Como sabem os colegas, sou autor de uma das monografias que se escreveram a respeito da alienação fiduciária, razão por que, em face de certas afirmações feitas neste julgamento, gostaria de adiantar meu voto.

Sr. Presidente, esta questão da prisão civil na alienação fiduciária já foi discutida em face da Emenda Constitucional nº 1/69, quando, aliás, não se levou em consideração o que esta Corte já havia decidido, no tocante à prisão civil do depositário infiel, diante do artigo 113, nº 30, da Constituição de 1934, o qual preceituava nesse capítulo relativo aos direitos e garantias individuais: "Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas". Aparentemente, essa norma não admitia exceção, mas em monografia sobre a prisão civil, escrita por Mário Guimarães de Souza, filho do Professor Ercílio de Souza, um dos grandes civilistas da Faculdade de Direito de Recife, e publicada em 1938, seu autor, analisando os problemas dessa prisão - que, note-se, nada tem que ver com a prisão penal, nada mais sendo do que meio processual de coerção indireta para a execução da ação de depósito -, salienta que o Supremo Tribunal Federal, então, seguindo as pegadas de outras Cortes de

Justiça, como a do antigo Distrito Federal, considerava, para admiti-la com relação ao depositário infiel, que era preciso distinguir as dívidas em que o devedor, com parcela do seu patrimônio, deveria pagar ao credor, da decorrente do depósito quando houvesse infidelidade do depositário, uma vez que aqui se visava apenas à restituição da coisa depositada que era da propriedade do depositante, nada se exigindo do patrimônio do devedor-depositário. A hipótese, portanto, do depositário infiel foi, por interpretação constitucional, excluída da garantia desse dispositivo da Carta Magna então vigente.

Sob o império da Constituição de 1934, não houve problema a esse respeito, porquanto ele não tratou da prisão civil entre os princípios referentes aos direitos e garantias individuais.

Foi a Constituição de 1946 que, em seu artigo 141, § 32, dispôs que "Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar na forma da lei". A Carta Magna de 1967, no § 17 do artigo 150, com ligeira alteração de forma, manteve o mesmo princípio, que foi reproduzido no artigo 153, § 17, da Emenda Constitucional nº 1/69. Agora, a Constituição de 1988, no seu artigo 5º, LXVII, mantém esse preceito, dizendo: "Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".



Comentando o artigo 153, § 17, da Emenda Constitucional nº 1/69, Pontes de Miranda, depois de acentuar que "sempre que se trata de 'dívida', no sentido estrito, e não de entrega do bem alheio, a prisão por dívida é constitucionalmente proibida. Salvo se por dívida de alimentos", salienta que "o texto emprega a expressão 'depositário infiel', mas em sentido genérico. Portanto, não ofende a Constituição de 1967, art. 153, § 17, a regra jurídica sobre prisão civil por se recusar o depositário, extrajudicial ou judicial, a devolver o que recebeu, ou aquilo que lhe foi, por sucessão, às suas mãos; como também não a infringe a regra jurídica, que a crie ou mantenha, para aqueles casos em que o possuidor ou tenedor de coisa alheia responde como o depositário. Na técnica legislativa, responde como depositário que recusa entrega do bem alheio".

Essa lição permanece válida diante da redação do artigo 5º, LVII, da Constituição de 1988, porquanto a retirada, nele, da expressão "na forma da lei", nada alterou o princípio, uma vez que ela se referia, inequivocamente, à disciplina da prisão civil e não à conceituação do que fosse depositário infiel. E essa disciplina, com relação ao depositário infiel, já se encontra no artigo 1.287 do Código Civil, que reza: "Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a



fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano e a ressarcir os prejuízos (artigo 1.273)".

Por outro lado, a propriedade fiduciária, que resulta da conjugação do contrato de alienação fiduciária (que, como contrato de direito das coisas, é o título de aquisição) com seu arquivamento do Registro de Títulos e Documentos (que é o modo de aquisição), é uma nova garantia real que se caracteriza como uma modalidade de propriedade: propriedade resolúvel com escopo de garantia. Foi ela introduzida, com inspiração no trust receipt do direito anglo-saxão embora com ele não se confunda, em nosso ordenamento jurídico pelo artigo 66 da Lei 4.728, de 14 de julho de 1965, que, na redação dada pelo Decreto-Lei 911, de 1º de outubro de 1969, reza em seu "caput": "A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal". Decorreu sua criação da necessidade de se ter, com a transferência dessa propriedade do devedor para o credor, uma garantia real para a satisfação dos créditos resultantes de financiamento para a aquisição de coisas móveis que não fosse afastada, como o é a garantia tradicional do penhor, pelo privilégio dos créditos fiscais e tributários ainda que surgidos contra o



devedor posteriormente à constituição da garantia real. Antes dela, usava-se, por vezes, do negócio fiduciário do tipo romano (a transferência da propriedade plena sobre a coisa móvel do devedor para o credor conjugada com a celebração do pactum fiduciae), que apresentava para o devedor o grave defeito de que, se o credor, como proprietário pleno da coisa, a transferisse a terceiro antes de satisfeito seu crédito, o devedor, ainda que o satisfizesse, não poderia reavê-la do terceiro, tendo de contentar-se com as perdas e danos a obter do credor pelo inadimplemento do referido pacto. Por ela, utiliza-se da propriedade para atuar como garantia, razão pela qual se apresenta como propriedade resolúvel com escopo de garantia com desdobramento de posse: o credor se torna proprietário fiduciário com posse apenas indireta, ao passo que o devedor, que fica apenas com o direito expectativo de recuperar a propriedade plena se pagar o débito, enquanto isso não ocorre tem a posse direta sobre a coisa podendo dela utilizar-se, com a responsabilidade de depositário que tem, por lei, licença de fazê-lo. Por se tratar de propriedade resolúvel, o devedor, pago o débito, automaticamente recupera a propriedade plena quer essa se encontre na titularidade do credor que se ache, por transferência feita por este, na de terceiro, afastando-se, assim, em favor do devedor, o inconveniente do negócio fiduciário.



Essa garantia tem - como ocorre com os penhores sem desapossamento - a grande finalidade social de permitir que o devedor possa utilizar-se da coisa dada em garantia enquanto estiver satisfazendo o crédito (muitas vezes, inclusive, como instrumento de trabalho para a obtenção dos recursos necessários ao pagamento do débito), além de permitir-lhe dar ao credor uma garantia sem os ônus da fiança ou do seguro de crédito, e garantia que, por proteger o credor - o que não sucede com os referidos penhores - contra o privilégio dos créditos fiscais e trabalhistas que venham a ser contraídos posteriormente, lhe facilita, sem dúvida, a obtenção do crédito.

Que a propriedade da coisa móvel, na alienação fiduciária em garantia, se transfere, embora com as limitações da resolubilidade e do escopo de garantia, ao credor, deixando portanto o devedor de tê-la, não há dúvida, tanto assim que o § 8º do artigo 66 da Lei 4.728/65, na redação dada pelo Decreto-lei 911/69, que manteve a do § 10 da referida Lei, determina que "o devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, inciso I, do Código Penal", ou seja, comete o crime de estelionato na modalidade de "disposição de coisa alheia como própria". Aliás, não ocorresse essa transferência de propriedade, e essa nova garantia real perderia sua razão de ser.



E, de outra parte, dúvida também não há de que, para proteção do credor contra o desvio da coisa ou a sua ocultação por parte do devedor que se encontra na posse direta dela, tem este a obrigação legal de, não pagando o débito, restituir a posse direta da coisa ao credor para que este possa aliená-la, e para o desempenho dela nada impede que a lei o considere, sem qualquer anomalia, como depositário da coisa por depósito necessário, em consonância com o disposto no artigo 1.282, inciso I, do Código Civil que reza que é depósito necessário o que se faz em desempenho de obrigação legal, fazendo remissão ao artigo 1.283 que determina, em sua primeira parte, que "o depósito de que se trata no artigo antecedente, n° I, reger-se-á pela disposição da respectiva lei".

Havendo, pois, depósito necessário em que o depositário é o devedor do financiamento garantido pela propriedade fiduciária, e não fazendo o artigo 5°, LXVII, da Constituição distinção entre depósito convencional e depósito necessário (que é considerado necessário pela Lei e não simplesmente, como o convencional, pela vontade das partes), enquadra-se ele, normalmente, na figura do depositário infiel ali referida, para excepcioná-lo da vedação da prisão civil.

Por fim, nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária a Convenção de San José da Costa Rica, por estabelecer, no § 7° de seu artigo 7° que: "Ninguém deve

ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar". Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face de o artigo 105, III, da Constituição que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre com relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, pela ~~singela~~ razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado. Sendo, pois, mero dispositivo legal ordinário esse § 7º do artigo 7º da referida Convenção não pode restringir o alcance das exceções previstas no artigo 5º, LVII, da nossa atual Constituição (e note-se que essas exceções se sobrepõem ao direito fundamental do devedor em não ser suscetível de prisão civil, o que implica em verdadeiro direito fundamental dos credores de dívida alimentar e de depósito convencional ou necessário), até para o efeito de revogar, por interpretação inconstitucional de seu silêncio no sentido de não admitir o que a Constituição brasileira admite expressamente, as normas sobre a prisão civil do depositário intiel, e isso sem ainda



Deve levar em consideração que, sendo o artigo 7º, § 7º, dessa Convenção norma de caráter geral, não revoga ele o disposto, em legislação especial, como é a relativa à alienação fiduciária em garantia, no tocante à sua disciplina do devedor como depositário necessário, suscetível de prisão civil se se tornar depositário infiel. E a tudo o já dito se pode, também, acrescentar que esse § 7º deve ser interpretado com a prudente ressalva constante do § 2º do mesmo artigo 7º dessa Convenção que estabelece, sem distinguir prisão penal de prisão administrativa ou de prisão civil, que "ninguém pode ser privado de sua liberdade física, SALVO PELAS CAUSAS E NAS CONDIÇÕES PREVIAMENTE FIXADAS PELAS CONSTITUIÇÕES POLÍTICAS DOS ESTADOS-PARTES OU PELAS LEIS DE ACORDO COM ELAS PROMULGADAS".

Assim, Sr. Presidente, com a devida vênia do eminente Relator, indefiro o habeas corpus.

