

## DA INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO DECRETO LEI Nº 911/69

**Magno Federici Gomes\***

### RESUMO

O presente trabalho, sem a pretensão de esgotar o tema, aborda a Ação de Depósito e a Alienação Fiduciária em Garantia. Ao contrapor suas peculiaridades, estabelece as marcantes distinções que levam à impossibilidade da prisão civil do depositário no contrato de Alienação Fiduciária, tudo sobre a égide da Constituição da República de 1988 e a interpretação restritiva do seu art. 5º, inciso LXVII. Trata-se de um artigo teórico-documental, mais precisamente jurídico-propositivo. Conclui-se, também, pela inconstitucionalidade do art. 4º, do Decreto-lei nº 911/69, tendo em vista o direito fundamental e inviolável à liberdade, sem prejuízo dos princípios constitucionais da igualdade, impessoalidade, proporcionalidade e razoabilidade.

### PALAVRAS-CHAVE

AÇÃO DE DEPÓSITO; ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA; DEPOSITÁRIO INFIEL; DESCABIMENTO DA PRISÃO CIVIL; INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO DECRETO-LEI Nº 911/69.

### RESUMEN

Este trabajo, sin la pretensión en agotar el tema, trata de la Acción brasileña de Depósito, en Alineación Fiduciaria en Garantía. Presenta sus características y establece sus distinciones que acaban por rechazar la posibilidad de la prisión civil del depositario, en el contrato de Alineación Fiduciaria, teniendo en cuenta la Constitución de la República brasileña y la interpretación restrictiva de su art. 5º, inciso LXVII. Es un artículo teórico-documental, más exactamente jurídico-propositivo. La conclusión demuestra la inconstitucionalidad del art. 4º, del Decreto-ley nº 911/69, ante el derecho fundamental e

---

\* Doutor em Direito pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestrando em Educação pela PUC Minas. Coordenador do Serviço de Assistência Judiciária da PUC Minas – unidade São Gabriel. Professor Adjunto da PUC Minas – unidade São Gabriel. Professor Titular da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen. Advogado Militante. Endereço eletrônico: federici@pucminas.br.

inviolable de la libertad, sin embargo de los principios constitucionales de la igualdad, proporcionalidad y otros.

### **PALABRAS-CLAVE**

ACCIÓN DE DEPÓSITO; ALINEACIÓN FIDUCIÁRIA EN GARANTÍA, DEPOSITARIO INFIEL; INADECUACIÓN DE LA PRISIÓN CIVIL; INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL DEL DECRETO-LEY N° 911/69.

### **INTRODUÇÃO**

Objetiva-se, com o presente trabalho, o estudo da prisão civil decorrente da alienação fiduciária em garantia de bens móveis, especificamente.

A delimitação se justifica pelos questionamentos que se têm feito sobre a existência ou não de depósito implícito na alienação fiduciária em garantia, tendo em vista as enormes diferenças apresentadas entre os dois tipos de depósito: o primeiro, chamado típico e constante do contrato de depósito, enquanto o segundo, denominado atípico e resultante da alienação fiduciária, uma figura totalmente díspar.

O tema abordado é de suma importância por afetar diretamente o direito fundamental de liberdade, estatuído no art. 5º, *caput*, da Constituição da República de 1988 (CR/88) e considerado como uma cláusula pétrea. Por vezes, não são observadas as hipóteses restritivas de prisão civil, taxativamente elencadas em na CR/88, caracterizando verdadeira afronta ao texto constitucional.

Trata-se de uma trabalho dogmático, isto é, teórico documental, em que são analisados a teoria e os conceitos doutrinários da matéria abordada, mais precisamente jurídico-propositivo, pois questiona uma lei vigente e avalia suas falhas.

### **1 – CONTRATO DE DEPÓSITO TÍPICO**

Depósito é o contrato pelo qual alguém (o depositário) recebe de outra pessoa uma coisa móvel, obrigando-se a guardá-la, temporária e gratuitamente, para restituí-la no prazo estipulado ou quando lhe for exigida pela outra parte (o depositante).

Nestes termos, vale transcrever o disposto pelo art. 627 do Código Civil (CC): “Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame” (BRASIL, 2002).

A exigência da entrega da coisa pelo depositante ao depositário confere ao depósito a natureza de contrato real. Para o aperfeiçoamento de tal contrato é indispensável que seja feita a tradição da coisa depositada. Assim assevera Monteiro:

O depósito é assim, antes de mais nada, contrato real, porque não pode existir sem a tradição da coisa depositada; sem o recebimento desta pelo depositário não se aperfeiçoa e não produz qualquer efeito<sup>1</sup>.

Por especificação legal, a coisa depositada deve ser móvel. Entretanto, admite-se o depósito de imóveis, em decorrência principalmente da propagação do depósito judicial, que, consoante art. 666, inciso II, do Código de Processo Civil (CPC), prevê tal modalidade.

A restituição da coisa é o elemento moral do contrato, cuja inobservância acarreta sanções civis e penais ao depositário. Pela temporariedade deste contrato, deve ser fixado prazo para a restituição e, não o sendo, a coisa deverá ser devolvida quando solicitada pelo depositante.

Acresça-se à exposição feita, a necessidade da forma escrita para que seja provado o contrato de depósito. Entretanto, tal formalismo não é essencial à sua validade, que pode se dar independentemente do instrumento contratual.

O depositário tem a obrigação de guardar e conservar a coisa, por estar na qualidade de possuidor imediato, bem como restituí-la, quando lhe for exigido.

Já o depositante é obrigado a pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa e os prejuízos que advierem do depósito, nos termos do art. 643 CC.

O depósito pode ser voluntário, judicial ou necessário.

O voluntário deriva do contrato, estando disciplinado nos arts. 627 a 646 CC. Resulta do acordo ou convenção das partes e trata-se de negócio fundado na confiança. Caracteriza-se como contrato real, por depender da entrega da coisa a ser depositada, e formal, por depender de prova por escrito.

---

<sup>1</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**. 34. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003, v. V, p.239.

Sua eficácia perante terceiros é alcançada apenas quando o contrato for registrado no Cartório de Registro de Títulos e Documentos, conforme preconiza o art. 129, § 2º, da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73).

Há também o depósito judicial, que tem categoria de ato processual, no qual o juiz nomeia o depositário para guardar a coisa litigiosa.

O depósito necessário, por sua vez, independe da vontade das partes. Não é fundado na confiança e sua existência admite qualquer meio de prova. Pode se dar em decorrência de imposição legal, nos termos do inciso I, do art. 647 CC (depósito legal) ou por ocasião de calamidade (depósito miserável), a exemplo das mencionadas no inciso II, do mesmo artigo.

Assim, nos termos da lei civil, só se caracteriza depósito quando alguém recebe um bem infungível para guardá-lo e restituí-lo na ocasião aprazada ou quando lhe for reclamado pelo depositante.

Sob esta ótica, o entendimento razoável se situa no sentido de que é vedado ao legislador ordinário a equiparação de determinados inadimplentes à qualificação, de todo imprópria, de depositário infiel, quando o contrato não é, efetivamente, de depósito.

Se o contrário comumente ocorrer, em vão será a enumeração taxativa trazida pela CR/88, em seu art. 5º, inciso LXVII, que limita a prisão civil por dívidas a duas hipóteses, quais sejam, a do inadimplente de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

## **2 – AÇÃO DE DEPÓSITO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

A ação de depósito tem como principal objetivo a efetiva restituição do bem ao depositante, somado aos acréscimos legais ou seu equivalente em dinheiro. Tratada como um procedimento especial de jurisdição contenciosa, a referida ação regula-se pelas disposições trazidas pelos arts. 901 a 906 CPC.

É adequada quando se trata de depósito que tenha por objeto coisa infungível. O depósito de coisa fungível como o dinheiro, por exemplo, regula-se pelas regras do mútuo e o seu pedido de devolução deverá ser feito por meio da ação de cobrança. Nesse mesmo sentido, Silva:

O contrato não perde a natureza de depósito quando tem por objeto dinheiro ou outras coisas fungíveis, mas a sua disciplina, neste caso, haverá de ser a

mesma do contrato de mútuo. A ação de que gozará o depositante não será a de depósito e sim uma ação condenatória de restituição<sup>2</sup>.

Nos termos do art. 902 CPC, a petição inicial deverá ser instruída com a prova literal do depósito e a estimativa do valor da coisa, se não constar do contrato. Nesta oportunidade, o autor pedirá a citação do réu para, no prazo de 05 (cinco) dias, entregar a coisa, depositá-la em Juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro ou, ainda, contestar a ação.

A peça de ingresso poderá conter também a cominação da pena coercitiva de prisão, em até 01 (um) ano, como depositário infiel. Entretanto, cumpre esclarecer que tal punição será proveniente apenas da sentença que, porventura, julgar procedente o pedido de depósito. Se ocorrer a interposição do recurso de apelação (arts. 513 e seguintes CPC), que no caso em tela terá duplo efeito (art. 520, *caput*, CPC), a execução da ordem somente se efetivará após o julgamento pelo órgão *ad quem*, na hipótese de confirmação da sentença monocrática.

Chamado a contestar, o depositário poderá se valer das defesas estatuídas pelas leis civis, material e instrumental, podendo alegar também a nulidade ou falsidade do título, bem como a extinção de suas obrigações. A peça contestatória deverá ser apresentada em 05 (cinco) dias, contados nos termos do art. 241 CPC, e sujeitará o prosseguimento do feito ao procedimento comum ordinário.

Na prolação da sentença, sendo procedente o pedido, o juiz determinará a entrega da coisa em 24 (vinte e quatro) horas ou o seu equivalente em dinheiro. Havendo descumprimento, o juiz decretará a prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese, já mencionada, da utilização da via recursal.

O depositante poderá, ainda, sem prejuízo do depósito ou da prisão civil, promover a busca e apreensão da coisa. Sendo frutífera, cessará a prisão civil, devolvendo-se o dinheiro, se depositado. Nestes mesmos termos, Pontes de Miranda:

Se se efetua a busca e apreensão da coisa, isto é, se a coisa foi encontrada e apreendida, ou se voluntariamente o réu a entregou, cessa a prisão, o que faz dever do juiz mandar, imediatamente, que seja solto o réu, e há a devolução do equivalente em dinheiro, se ocorrer<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**: dos procedimentos especiais, arts. 890 a 981. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 13, p.90.

<sup>3</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 796-889. Rio de Janeiro: Forense, 1976, tomo XIII, p.77.

No tocante à prisão civil, deve o juiz se ater ao pedido, formulado ou não, na petição inicial. Não pode decretá-la de ofício. A lei processual faculta a elaboração de tal pleito ao autor, quando dispõe no § 1º, do art. 902 CPC: “No pedido poderá constar, ainda, a cominação de pena de prisão [...]” (BRASIL, 1973).

Verifica-se que o verbo utilizado permite uma faculdade à parte autora na elaboração de tal pedido. É oportuna a lição trazida por Nery Júnior e Nery:

Não é a dívida, mas a infidelidade do depositário que justifica a prisão. Esta tem a finalidade de servir de coerção à devolução da coisa. Só pode ser decretada se pedida na inicial (CPC 902 §1º), e terá a duração máxima de um ano (CC 1287)<sup>4</sup>.

A prisão, se decretada, deve ter sua duração limitada à existência do inadimplemento da obrigação. Desta forma, se a coisa for restituída ou seu equivalente em dinheiro, a prisão deverá cessar de imediato, mesmo que o prazo fixado pelo juiz seja outro. Isso ocorre porque tal medida restritiva é apenas meio coercitivo para que a obrigação seja adimplida, não possuindo qualquer natureza ou pretensão punitiva.

Cumpra a abordagem, ainda, da prisão determinada *ex officio* do depositário judicial.

O depositário judicial é um auxiliar do juiz no processo, nomeado especificamente para esse fim, a teor do disposto no art. 148 CPC: “A guarda e a conservação de bens penhorados, arrestados, seqüestrados ou arrecadados serão confiadas a depositário ou a administrador, não dispondo a lei de outro modo” (BRASIL, 1973).

Em se tratando de um elemento da confiança do magistrado, nomeado como depositário de coisa litigiosa, sua prisão poderá ser decretada pelo próprio juiz, nos mesmos autos da cautelar ou da execução, caso ele não entregue o bem depositado/penhorado ou o seu equivalente em dinheiro. Tal procedimento isenta a parte prejudicada de propor ação de depósito, pleiteando a prisão civil de um depositário que não foi por ela nomeado. Não obstante à possibilidade de decretação de ofício por parte do magistrado, a parte prejudicada pode, por meio de mera petição incidental, sugerir a aplicação da sanção coercitiva, no feito em que se constituiu o depósito judicial.

---

<sup>4</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.121.

A Súmula nº 619, do Supremo Tribunal Federal (STF), reafirma tal posição, estabelecendo que “a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

Face o exposto, há que se concluir que, em se tratando de ação de depósito, o juiz não poderá decretar a prisão do depositário infiel *ex officio*. A decretação está condicionada ao pedido expresso do autor, manejado por petição inicial que cumpra todos os requisitos dos arts. 282 e 902 CPC. Contrariamente, no depósito judicial, o magistrado poderá decretá-la nos próprios autos, de ofício ou a requerimento incidental do interessado, por ser o depositário seu auxiliar na prestação jurisdicional.

### **3 - CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA**

A alienação fiduciária é um negócio jurídico no qual o devedor, chamado fiduciante, pretendendo garantir uma dívida, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa móvel infungível, em conformidade com os arts. 1.361 e seguintes CC.

Salienta-se que o contrato em questão, com o advento da Lei nº 9.514/97, também tornou-se aplicável aos bens imóveis, no âmbito dos financiamentos decorrentes do Sistema Financeiro Imobiliário. Contudo, os bens imóveis não serão analisados neste estudo, tendo em vista não serem objeto do presente e a regra geral de impossibilidade de ocultação dos mesmos.

O negócio é baseado na confiança, na medida em que o credor mantém a propriedade do bem, até que o devedor pague o total do seu débito.

A alienação fiduciária, mesmo sendo um contrato que, como os outros, decorre da mera vontade de contratar, possui uma característica peculiar, qual seja, o *animus* de dar um bem em garantia de uma dívida, constituindo-lhe um gravame. Em sentido equivalente, Rizzardo explicita que:

Trata-se de um negócio de garantia. Nestes moldes, ao invés de oferecer o bem em penhor, ou de caucionar títulos, o devedor transfere ao credor a propriedade dos produtos. Não adimplida a dívida, o credor fica autorizado a vender os bens e aplicar o resultado da venda no pagamento de seu crédito<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.465.

É bilateral por apresentar direitos e obrigações para ambas as partes. Sua onerosidade é vislumbrada através das vantagens visadas, tanto pelo credor como pelo devedor, com o negócio jurídico.

A alienação fiduciária é um contrato acessório, ligado ao principal que poderá ser uma compra e venda, um mútuo ou outra forma compatível à espécie.

Durante o adimplemento do devedor, o credor deve respeitar o uso regular da coisa, não tendo o objetivo de se apropriar dela.

Para se valer da busca e apreensão, o credor deve comprovar a mora ou o inadimplemento do devedor. Destaca-se que tal comprovação se dará por carta registrada expedida por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, a teor do disposto no art. 2º, § 2º do Decreto-lei nº 911/69.

Se houver o cumprimento integral das obrigações, pelo devedor fiduciante, o credor fiduciário deverá transferir a ele a propriedade do bem, sem ônus ou gravame.

No caso de inadimplemento, o credor se valerá da ação de busca e apreensão, podendo vender o bem a terceiro, independentemente de hasta pública, avaliação ou qualquer medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato. Havendo sobra, devolverá ao devedor. Entretanto, se o valor arrecadado for inferior ao débito, o credor poderá executar o devedor e seus avalistas pelo que restar, mediante o procedimento de execução por quantia certa.

Não encontrado o bem, a ação será convertida em depósito.

#### **4 – CONVERSÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO EM DEPÓSITO**

A conversão da ação de busca e apreensão em depósito está prevista no art. 4º, do Decreto-lei nº 911/69.

A ação de depósito constante do citado Decreto-lei está expressamente admitida como um dos meios judiciais de que se pode socorrer o credor para obter a satisfação do crédito.

Entretanto, a ação de depósito do Decreto-lei nº 911/69 não é considerada um instrumento hábil a ensejar a prisão civil do depositário infiel, pois este não tem a intenção de guardar a coisa para ser restituída posteriormente e, sim, de adquirir um bem determinado.

Neste mesmo sentido, assevera Alves:

O objeto deste negócio jurídico não é o depósito da coisa sobre a qual ele incide, e sim a transferência da propriedade com finalidade de garantia, na verdade a constituição de uma propriedade fiduciária, com fins de garantia. E, não obstante, segundo dispõe o art. 4º do Decreto-lei 911, de 1º de Outubro de 1969, não sendo encontrado o bem fiduciariamente alienado, ou não se achando ele na posse do devedor, a busca e apreensão converte-se em ação de depósito, apenas com a finalidade de sujeitar o demandado à ameaça<sup>6</sup>.

Deve-se levar em consideração que não se trata de um autêntico depositário por lhe faltar a obrigação e o dever de custódia, de guarda em relação à coisa.

É digna de registro tal circunstância porque, na figura da alienação fiduciária em garantia, o devedor não recebe a coisa alheia em depósito. Ele a adquiriu. Aliena a propriedade dela, mas em fidúcia. Detém a posse direta e transmite a posse indireta ao credor do financiamento e, por isso, não há depósito. No caso, nem se trata de coisa alheia, mas de coisa do próprio devedor.

Neste teor de idéias, existem julgados negando a prisão civil do depositário infiel sob o fundamento de que em contratos de alienação fiduciária não existe a figura do depósito típico. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PRISÃO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Consoante pacificado pela Corte Especial não se admite prisão civil decorrente de dívida oriunda de contrato de alienação fiduciária, dado que descabida, nesses casos, a equiparação do devedor à figura do depositário infiel.

2 - Recurso especial conhecido e provido. (STJ. 4ª Turma. RESP 659026/DF. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Julgamento: 16/11/2004).

Entretanto, fundados no mesmo Decreto-lei nº 911/69, tem havido por parte dos Tribunais entendimento diverso, possibilitando a decretação da prisão do fiduciante, equiparando-o ao depositário. Esta sempre foi a corrente defendida pelo Supremo Tribunal Federal.

Contudo, a tendência moderna é de que tal posicionamento seja aniquilado, principalmente após a recente decisão do STF que, no Recurso Extraordinário nº 466343/SP, o Relator Min. Cezar Peluso se manifestou no sentido da impossibilidade da

---

<sup>6</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Da Alienação Fiduciária em Garantia**. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p.45.

prisão civil nos contratos de alienação fiduciária em garantia. Tal decisão foi noticiada no Informativo nº 450/STF, que assim consignou:

O Tribunal iniciou julgamento de recurso extraordinário no qual se discute a constitucionalidade da prisão civil nos casos de alienação fiduciária em garantia (DL 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.'). O Min. Cezar Peluso, relator, negou provimento ao recurso, por entender que o art. 4º do DL 911/69 não pode ser aplicado em todo o seu alcance, por inconstitucionalidade manifesta. Afirmou, inicialmente, que entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia não há afinidade, conexão teórica entre dois modelos jurídicos, que permita sua equiparação. Asseverou, também, não ser cabível interpretação extensiva à norma do art. 153, § 17, da EC 1/69 — que exclui da vedação da prisão civil por dívida os casos de depositário infiel e do responsável por inadimplemento de obrigação alimentar — nem analogia, sob pena de se aniquilar o direito de liberdade que se ordena proteger sob o comando excepcional. Ressaltou que, à lei, só é possível equiparar pessoas ao depositário com o fim de lhes autorizar a prisão civil como meio de compeli-las ao adimplemento de obrigação, quando não se deforme nem deturpe, na situação equiparada, o arquétipo do depósito convencional, em que o sujeito contrai obrigação de custodiar e devolver (STF. RE 466343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, 22/11/2006).

Para reafirmar tudo o quanto aqui já foi registrado, a CR/88, em seu art. 5º, inciso LXVII, que estabelece a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e do depositário infiel, não reservou ao legislador infra-constitucional a faculdade de ampliar, por meio de lei federal, as restritivas hipóteses de prisão civil, vedando, por decorrência, a ampliação do instituto do depósito e o conseqüente constrangimento da liberdade. Assim, o devedor fiduciante não pode ser considerado depositário infiel, passível de sofrer constrição de sua liberdade, aliado ao fato de que bem sob garantia fiduciária, efetivamente, não pressupõe a figura do depósito.

## **5 – VISÃO CONSTITUCIONAL E A APLICABILIDADE DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA**

Com a modernidade, as dívidas contraídas pelos cidadãos deixaram de ter reflexo punitivo sobre seu próprio corpo e começaram a priorizar a restituição pecuniária ao credor.

Assim e atualmente, já não se admite a prisão civil do devedor inadimplente. Em seu lugar, é cabível a execução patrimonial daquele que é o responsável pela dívida.

Todavia, a CR/88, como já mencionado nos capítulos anteriores, excetua duas situações: é permitida a prisão civil pelo inadimplemento de obrigação alimentícia e nos casos de depositário infiel, consoante seu art. 5º, inciso LXVII.

Nessa oportunidade, a CR/88, em defesa ao direito fundamental à liberdade, de caráter inviolável e amplamente difundido, limitou taxativamente as hipóteses de prisão civil por dívidas, em rol *numerus clausus*.

É de natureza civil a prisão prevista constitucionalmente. Seu objetivo, portanto, não é a aplicação de uma sanção punitiva, mas tão somente a sujeição do devedor a um meio coercitivo que o leve a sanar o inadimplemento. É tão verdade que, restituído o bem depositado ou cumprida a obrigação, cessa automaticamente a aplicação da prisão.

No contrato típico de depósito, o bem vem às mãos do depositário em razão da grande confiabilidade a ele merecida. É esta a razão pela qual o texto constitucional abre uma exceção para tratar de maneira severa o depositário infiel: aquele que não devolve a coisa que possua nesta qualidade, embora reclamada pelo depositante.

Nestes termos, a lição trazida por Pereira:

A lei especial, quando equipara o alienante ao depositário, acrescenta que lhe assume este as responsabilidades e encargos, de acordo com a lei civil e a penal. Os deveres básicos do depositário consistem em conservar e restituir, e a sanção para este último reside na prisão até por um ano. A matéria não é pacífica, entendendo alguns autores, e vendo mesmo decisões judiciais, a dizer que o legislador aludiu às 'responsabilidades' do depositário, mas não foi expresso em atrair-lhe as sanções. Pensamos diversamente. Não caberia à lei reportar-se à lei civil e à penal, se tivesse o propósito de afastar precisamente o efeito mais grave e mais típico daquele contrato, que é a pena de prisão ao que recusa devolver, ou descaminha o depósito. É de crescer que a garantia efetiva para o credor está na cominação penal, pois que a coisa alienada ficando em poder do devedor, fácil lhe será desviá-la, frustrando a segurança, se não ficar sujeito a penalidade rigorosa<sup>7</sup>.

Em que pese o entendimento do renomado autor (1999), diversa é a idéia aqui adotada.

O art. 5º, inciso LXVII, CR/88, por afetar o valor liberdade, deve ser interpretado restritivamente, importando dizer que à lei é vedado atribuir exceção a um princípio natural do ser humano e elevado à categoria constitucional como direito fundamental do indivíduo, de caráter inviolável. Tal princípio é o maior bem da vida resguardado na atualidade.

---

<sup>7</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: direitos reais. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. IV, p.305.

Nesse mesmo sentido se pronuncia Mazzuoli:

[...] quando a Constituição fala em depositário infiel, está se referindo àquele do Código Civil (depósito clássico, *stricto sensu*), pois é o único diploma legal que disciplina o contrato de depósito, vedando assim, a ampliação dos casos em que cabe o constrangimento através da lei ordinária<sup>8</sup>.

Dessa maneira, o que não se concebe é que seja dado a uma lei infra-constitucional um alcance tal que não lhe dá a CR/88. Se o legislador, através da equiparação ao depositário, de quem, não tivesse as características deste, pudesse elastecer os casos de prisão civil, a norma constitucional estaria sendo sobremaneira violada pelo arbítrio da referida lei, o que de forma alguma pode ser concebido num sistema adotado pela "Constituição Cidadã".

Em consonância com este entendimento, o Brasil tornou-se signatário de um dos mais importantes tratados internacionais de Direitos Humanos.

Aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 27/92, de 25 de setembro de 1992, e incorporado pelo ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto Presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992, o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) dispõe, em seu art. 7º, 7: “ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (BRASIL, 1992).

Pretende-se, desta maneira, proteger o direito fundamental de primeira geração (civil e individual) à liberdade.

Contudo, as disposições do pacto adotado vão de encontro com o art. 5º, inciso LXVII, CR/88. A Emenda Constitucional nº 45, de 08 de Dezembro de 2004, que acrescentou o § 3º, ao art. 5º CR/88, ensejou antinomia ao dispor:

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 (BRASIL, 1988).

Dessa forma, para solucionar a contradição surgida com o advento da EC nº 45/2004, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos devem seguir a mesma

---

<sup>8</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Alienação Fiduciária em Garantia e a Prisão do Devedor Fiduciante**: uma visão crítica à luz dos direitos humanos. Campinas: Agá Juris Editora, 1999, p.54-55.

rigorosidade do processo de aprovação das Emendas Constitucionais, para valerem como tais.

Assim, para que o Pacto São José da Costa Rica possa ingressar como Emenda Constitucional, deveria ser levado a nova votação e ser aprovado, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos respectivos membros.

Sobre o assunto, mister mencionar os ensinamentos de Moraes:

Esse mesmo mecanismo foi adotado no Brasil pela EC nº 45/04, ao permitir no § 3º, do art. 5º, a aprovação pelo Congresso Nacional de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, ou seja, pelo mesmo *processo legislativo especial* das emendas à Constituição; quando, então, uma vez incorporados, serão equivalentes às emendas constitucionais<sup>9</sup>.

Contudo, na atualidade, não é essa a situação pré-existente. Apesar de recepcionado pelo ordenamento como norma infraconstitucional, o Pacto de São José da Costa Rica não tem força para modificar e/ou alterar o art. 5º, inciso LXVII, CR/88, devendo as controvérsias sobre a matéria serem extintas.

Em retorno ao tema objeto deste trabalho, a solução ao dilema da utilização da prisão civil ao devedor fiduciário reside na aplicação ou interpretação a ser dada ao art. 5º, inciso LXVII, CR/88.

Como se trata de norma que restringe direitos ou impõe danos/prejuízos aos jurisdicionados (em analogia à norma penal, apesar da diferença de pretensões), a interpretação a ser dada ao dispositivo constitucional também deveria ser restritiva, ou seja, considerar que a norma disse mais do que deveria.

Sobre a matéria dispõe Maximiliano:

As leis *especiais* limitadoras da liberdade, e do domínio sobre as coisas, [...], e as punitivas bem como as disposições de Direito Privado, porém de ordem pública e imperativas ou proibitivas, interpretam-se *estritivamente*<sup>10</sup>.

Portanto, caso a lei constitucional quisesse considerar como depositário infiel o devedor fiduciário (em contrato atípico) deveria ter, expressamente, indicado em seu texto tal fato, o que não ocorreu.

O Direito vai além da vigência. Reclama, então, eficácia material. Também a

<sup>9</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.628.

<sup>10</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Heremênutica e Aplicação do Direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.224.

CR/88 precisa ajustar-se a valores. Estes valores se norteiam, principalmente, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, norma programática constante no art. 1º, inciso III, CR/88. Apesar da referida classificação quanto a sua eficácia, a hoje Ministra do STF esclarece que:

Toda norma constitucional tem eficácia plena. Quero dizer, toda norma constitucional tem que ser formulada e interpretada de molde tal a permitir que a função constitucional para a qual foi formulada se cumpra. Não tivesse eficácia plena a norma constitucional e, com certeza, não seria norma, muito menos constitucional, no sentido de fundamental, de norma básica, superior e necessária do Direito.

O conceito mesmo de Constituição parece-me contrário à idéia de norma constitucional sem a plenitude de sua eficácia, o que corresponderia à inoperância do conceito e à inutilidade da existência jurídica caracterizada – como se faz na atualidade – da natureza específica da norma constitucional. Constituição sem eficácia é antinomia, ou, pior, engodo jurídico em detrimento da sociedade e burla perversa ao ideal de Justiça material por ela buscado e em função do qual se concede e se luta pelo Direito<sup>11</sup>.

Desse modo, por ser a alienação fiduciária equiparada a um depósito atípico, deve sempre prevalecer a interpretação restritiva do art. 5º, inciso LXVII, CR/88, que está em consonância com a norma constitucional que tutela o bem maior, que é o direito à liberdade.

Incabível, portanto, a prisão civil do devedor fiduciário.

## **6 – DECRETO-LEI Nº 911 X AÇÃO DE DEPÓSITO: NÃO CABIMENTO DA PRISÃO CIVIL**

Consoante disposição trazida pelo art. 4º, do Decreto-lei nº 911/69, se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá ajuizar ação de depósito, na forma prevista no Título XII, Livro IV, CPC.

A ação de depósito constante no citado Decreto-lei está expressamente admitida como um dos meios judiciais de que pode se socorrer o credor para obter a satisfação de seu crédito.

Entretanto, a ação de depósito do Decreto-lei nº 911/69 não é considerada como instrumento hábil a ensejar a prisão civil do depositário infiel. Neste sentido, assevera Gomes:

---

<sup>11</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e Constitucionalidade**. Belo Horizonte: Ed. Lê, 1991, p.39

A ação de depósito do DL 911/69 e a prisão civil que dela decorre por sua finalidade, não é idônea a proporcioná-la, visto que se destina à recuperação da coisa depositada, e na alienação fiduciária em garantia, esse propósito não tem a significação própria apenas expressa na ação em que a pretensão do depositante se funda no contrato de depósito. O devedor-fiduciante não é, a rigor, depositário, pois não recebe a coisa para guardar, nem o credor-fiduciário a entrega para esse fim, reclamando-o quando não mais lhe interesse a custódia alheia. A lei o equipara ao depositário para lhe impor os encargos e responsabilidades inerentes ao exercício dessa função<sup>12</sup>.

Conclui-se, então, da lição do festejado civilista, que existe uma equiparação legal do fiduciante ao depositário, tão somente para que lhe sejam impostos os encargos e as responsabilidades do exercício da função.

Resta acrescentar, ainda, que o fiduciante utiliza-se do bem fiduciado como se dele fosse dono, sem qualquer preocupação de custodiá-lo, o que desnatura a espécie contratual do depósito. Para que exista depósito, é necessário que tenha sido entregue a coisa à guarda do depositário.

Portanto, entende-se que o adquirente de um bem fiduciário não é um autêntico depositário. Ele adquiriu a coisa. Alienou sua propriedade, mas em fidúcia. Detém a posse direta e transmite a posse indireta ao credor do financiamento. Por isso não há depósito. No caso, não se trata de coisa alheia, mas de coisa dele próprio.

Várias críticas vêm surgindo no que tange à forma com que foi disciplinada a alienação fiduciária. A propósito, vale transcrever o entendimento do Juiz gaúcho Amilton Bueno de Carvalho, que integra a corrente da magistratura que busca introduzir nova mentalidade na hermenêutica jurídica brasileira:

O instituto em pauta, criado no auge da ditadura militar (Decreto-lei 911/69), tem sido duramente criticado pelos benefícios que coleta em favor exclusivo das instituições de crédito (hoje extensivos aos consórcios). CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA e eu denunciámos na "Revista Ajuris 33/81 e 39/134: o Decreto-lei 911/69 repugna a consciência jurídica".

[...]

Assim, no momento em que a sociedade busca democratizar-se, não se pode admitir que as instituições financeiras tenham benefício quando se o negam ao resto da população.

Então, um número considerável de juízes gaúchos tem indeferido liminares de busca e apreensão com base no Decreto-lei 911/69, determinando que as financeiras busquem o arsenal jurídico colocado no dispor de todo o povo.

Entende, forte em TUCCI e TUCCI (Constituição de 1988 e Processo, Ed. Saraiva, 1989, p. 57), que há "manifesta violação do regramento de igualdade perante a lei, e reflexivamente, do atinente à isonomia processual". Assim, as

---

<sup>12</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.130.

financeiras não podem usufruir de benefícios inconstitucionais que a ordem jurídica rejeitada se lhes outorgou.  
(CARVALHO, Amilton Bueno de. *apud* TAMG. 2ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento 395715-9. Rel. Des. Alberto Aluizio Pacheco de Andrade. Julgamento: 17/12/2002).

De maneira que fornecer instrumento processual privilegiado às instituições de crédito, como, por exemplo, a conversão da ação de busca e apreensão fiduciária em depósito, presumindo a existência de infidelidade em contrato atípico, importa em contrariedade manifesta ao princípio constitucional da isonomia, ou seja, da paridade simétrica ou igualdade, bem como aos da impessoalidade (estabelece prerrogativa que se traduz em privilégio inaceitável), proporcionalidade e razoabilidade, constantes do art.5º, *caput*, CR/88 (norma constitucional de eficácia plena), sendo, portanto, inconstitucional o art. 4º, do Decreto-lei nº 911/69.

Por estas e outras razões, é necessário que, ao julgar, o juiz tenha em mente o que dispõe o art. 5º, da Lei de Introdução do Código Civil (LICC): "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum" (BRASIL, 1942). Tal postura pode, de alguma forma, atenuar os rigores da letra fria da lei, sem que se caminhe para uma ditadura do Poder Judiciário. Vale mencionar que as leis brasileiras, por um ou outro motivo, sempre deixam lacunas e imprecisões, gerando a possibilidade de o juiz emprestar um cunho social à sua interpretação.

Vale acrescentar que a alienação fiduciária traz em seu bojo toda a sorte de constrições ao devedor, promovendo um processo sumário, em que há uma busca e apreensão violenta do bem gravado. Além disso, quase não tinha oportunidade de defesa, o que foi alterado pela Lei nº 10.931/04, ante a discutível constitucionalidade do antigo art. 3º, § 2º, Decreto-lei nº 911/69. Existe, ainda, a possibilidade de sua conversão em ação de depósito, como meio de viabilização da prisão civil do devedor (a pretexto de compeli-lo a entregar o bem alienado fiduciariamente, face à condição de depositário infiel). Possível também o enquadramento do devedor no crime de estelionato, no caso de este oferecer em garantia o bem alienado fiduciariamente. Até mesmo a prova da mora que enseja a busca e apreensão é falha e extremamente protecionista aos grupos financeiros, pois a simples expedição (e não o recebimento pessoal pelo devedor) de carta registrada pelo Cartório de Títulos e Documentos constitui prova da notificação que habilita a busca e apreensão.

Em resumo, não se caracteriza como infidelidade do depositário o desvio ou simples recusa de entrega do bem financiado, descabendo assim, sua prisão civil.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Uma Constituição Democrática é uma fonte inesgotável de argumentos que podem ser utilizados com o escopo de democratizar o Direito, inclusive, se for o caso, para o fim de negar aplicação à lei federal que viole valor protegido pela CR/88, qual seja, o direito fundamental e inviolável à liberdade, sem prejuízo dos princípios constitucionais da igualdade, impessoalidade, proporcionalidade e razoabilidade, todos constantes em norma constitucional de eficácia plena.

Tem-se, dessa forma, que o contrato de alienação fiduciária não é um contrato típico de depósito e, se eventualmente a ele for convertido, incabível será a prisão civil do devedor.

Deve-se ressaltar, ainda, que a CR/88 definiu entre os princípios fundamentais a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e entre os objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Com essas alegações, dá-se por encerrado este singelo trabalho, reafirmando, nesta oportunidade, o quão inviável e injusta é a prisão civil do devedor, salvo as restritivas hipóteses em que o constituinte previu na CR/88.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALVES, José Carlos Moreira. **Da Alienação Fiduciária em Garantia**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.237-533.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.585-795.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração

de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.1-235.

BRASIL. Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do art. 66 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária, e dá outras providências. In: PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Códigos Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.811-813.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. In: PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Códigos Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.251-254.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 619. A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito. In: PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Códigos Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.1.558.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Alienação Fiduciária em Garantia e a Prisão do Devedor Fiduciante**: uma visão crítica à luz dos direitos humanos. Campinas: Agá Juris Editora, 1999.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 796-889. Rio de Janeiro: Forense, 1976, tomo XIII.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: direito das obrigações. 34. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003. v. V.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: direitos reais. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. IV.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e Constitucionalidade**. Belo Horizonte: Ed. Lê, 1991.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**: dos procedimentos especiais, arts. 890 a 981. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 13.