

NERILDE VANZELLA

ELEMENTOS HISTÓRICOS E CONTORNOS ATUAIS DA PRISÃO CIVIL NO  
CONTRATO DE DEPÓSITO E NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharela em Direito. Departamento de Direito Privado e Social, Curso de Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientador: Paulo Marcondes Brincas

Co-orientadora: Jeanine Nicolazzi Philippi

FLORIANÓPOLIS (SC)

1997

Ao Vitor e aos meus pais,  
com carinho.

O poder de nossa sensibilidade e de nossa inteligência,  
não podemos desenvolvê-lo senão em nós mesmos, nas  
profundezas de nossa vida espiritual.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> PROUST, Marcel. Sobre a Leitura. Trad. Carlos Vogt. São Paulo : Pontes, 1989. p. 46.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRISÃO POR DÍVIDA .....</b>	<b>5</b>
<b>1. O DIREITO NA ANTIGÜIDADE .....</b>	<b>5</b>
1.1 DIREITO EGÍPCIO.....	5
1.2 CÓDIGO DE HAMURABI .....	7
1.3 HEBREUS .....	9
1.4 CÓDIGO DE MANU.....	10
<b>2. DIREITO ROMANO .....</b>	<b>12</b>
2.1 DIREITO ROMANO ANTIGO .....	13
2.2 DIREITO ROMANO CLÁSSICO, DIREITO DO BAIXO IMPÉRIO E DIREITO BIZANTINO .....	14
<b>3. DIREITO MEDIEVAL .....</b>	<b>15</b>
<b>4. O DIREITO NA ÉPOCA MODERNA.....</b>	<b>18</b>
<b>5. O DIREITO NA ÉPOCA CONTEMPORÂNEA .....</b>	<b>22</b>
5.1 AS DECLARAÇÕES DO DIREITO DO HOMEM E AS CONSTITUIÇÕES .....	24
5.2 Os CÓDIGOS .....	25
<b>6. O DIREITO NACIONAL .....</b>	<b>26</b>
6.1 EVOLUÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO .....	26
6.2 A PRISÃO POR DÍVIDA NA EVOLUÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO .....	28
6.3 A PRISÃO CIVIL E AS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS BRASILEIRAS.....	32

<b>O DEPÓSITO NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>34</b>
<b>1. O QUE É DEPÓSITO? .....</b>	<b>34</b>
1.1 CONCEITO .....	34
1.2 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO CONTRATO DE DEPÓSITO .....	35
1.3 REQUISITOS DO DEPÓSITO .....	37
1.4 DIVERGÊNCIAS CONCEITUAIS .....	37
<b>2. ESPÉCIES DE DEPÓSITO .....</b>	<b>38</b>
2.1 VOLUNTÁRIO .....	38
2.2 NECESSÁRIO .....	39
2.3 OUTRAS CLASSIFICAÇÕES .....	41
2.3.1 Depósito regular e irregular.....	41
2.3.2 Depósito judicial ou seqüestro.....	42
<b>3. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS .....</b>	<b>42</b>
3.1 DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO DEPOSITÁRIO .....	42
3.2 DIREITOS E DEVERES DO DEPOSITANTE.....	44
<b>4. AÇÃO DE DEPÓSITO E PRISÃO DO DEPOSITÁRIO .....</b>	<b>45</b>
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	45
4.2 PROCEDIMENTO .....	46
<b>5. EXTINÇÃO DO DEPÓSITO.....</b>	<b>48</b>
<b>6. DEPOSITÁRIO INFIEL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA .....</b>	<b>49</b>
6.1 NEGÓCIO FIDUCIÁRIO .....	49
6.1.1 A fidúcia no Direito Romano .....	49
6.1.2 Negócio fiduciário no Direito brasileiro.....	51
6.2 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA, AÇÃO DE DEPÓSITO E PRISÃO DO DEPOSITÁRIO .....	52

<b>CRÍTICAS À PRISÃO POR DÍVIDAS .....</b>	<b>55</b>
1. A PRISÃO POR DÍVIDAS E OS DIREITOS DO HOMEM.....	55
2. PRISÃO CIVIL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.....	57
3. OS TRATADOS RATIFICADOS PELO BRASIL.....	64
4. A PRISÃO POR DÍVIDAS SOB O PONTO DE VISTA UTILITARISTA .....	70
4.1 CESARE BECCARIA .....	71
4.2 JEREMY BENTHAM.....	73
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>77</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>80</b>
<b>JURISPRUDÊNCIA.....</b>	<b>85</b>

## INTRODUÇÃO

O objetivo desta monografia é questionar a prisão por dívidas, especialmente a do depositário infiel.<sup>1</sup> Iniciaremos com a exposição dos aspectos históricos e jurídicos, para, a partir disto, apresentarmos as críticas.

A prisão civil<sup>2</sup> decorrente do contrato de depósito e da alienação fiduciária, constitui o objeto de nosso estudo. Trataremos, especificamente, da prisão civil decorrente destes tipos de contratos. Assim, não entraremos, por exemplo, na seara da prisão civil por dívida alimentar, que, por guardar relação com a necessidade de sobrevivência, consideramos legítima, já que o direito à vida é o primeiro dentre todos e condição elementar dos demais direitos.

No primeiro capítulo trataremos da evolução histórica da prisão por dívida. Iniciaremos com as sociedades antigas, nas quais, eram intercalados períodos onde o devedor respondia com seu próprio corpo pelas dívidas e períodos em que havia uma redução das penas. Via de regra, as sanções eram reduzidas no sentido de minimizar a utilização do corpo do devedor em decorrência de dívidas. Com a evolução do direito romano surgiram novos

---

<sup>1</sup> Depositário infiel “é a pessoa a quem foram confiados bens ou valores para guardá-los e conservá-los e que se nega a restituí-los ante mandado judicial”. ENCICLOPÉDIA SARAIVA DE DIREITO. v. 23. São Paulo : Saraiva, [19\_\_] . p. 385.

<sup>2</sup> [...] diz-se prisão civil a que se decreta contra certas pessoas como sanção à falta de cumprimento de seu dever, fundada em norma ou regra jurídica civil. A prisão civil, pois, não tem a finalidade de cumprimento de pena, mas a de compelir o faltoso a devolver a coisa em seu poder ou o equivalente, ou a cumprir o que é seu dever. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. v. III e IV. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996. p. 449.

institutos, sendo que um dos mais importantes foi o da fraude contra credores que abre caminho à execução patrimonial do devedor.<sup>3</sup>

No período medieval existiu em diversos países a execução pessoal por dívida.<sup>4</sup> Mas, nas idades moderna e contemporânea, tal como na época clássica do direito romano, consolidou-se a execução patrimonial por dívida, em substituição à pessoal.<sup>5</sup>

As Ordenações Portuguesas, aplicadas no Brasil Colônia e, posteriormente, no Brasil Império, permitiam a prisão civil por dívidas. Também, com exceção da Constituição de 1934, na tradição constitucionalista brasileira, teve ensejo a prisão civil por dívidas. A Constituição atual está entre as que fazem referência à prisão civil, admitindo-a de forma excepcional.<sup>6</sup>

No segundo capítulo trataremos do instituto do depósito e da alienação fiduciária. O depósito é o “contrato pelo qual uma pessoa - *depositário* - recebe, para guardar, um objeto móvel alheio, com a obrigação de restituí-lo quando o *depositante* o reclamar”<sup>7</sup>. A alienação fiduciária em garantia é o “negócio jurídico pelo qual o devedor, para garantir o pagamento da dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, retendo-lhe a posse direta, sob a condição resolutiva de saldá-la”<sup>8</sup>.

A lei considera como depositário infiel aquele que não restitui aquilo que lhe foi confiado em depósito. A não restituição é o ato de infidelidade que enseja a prisão civil. Na

---

<sup>3</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão civil por dívida*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. p. 24

<sup>4</sup> *Id.*, p. 30.

<sup>5</sup> “O CC Francês, que é de 1804, deixou patente em seu texto essa conquista do Direito Moderno, que deita raízes no Direito Romano, referindo expressamente, em seu art. 2093, dentre outras coisas, que ‘os bens do devedor são a garantia comum de seus credores’ [...]”. *Ibid.*, p. 33.

<sup>6</sup> “Art. 5º [...] LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília : Senado Federal, 1996. p. 9.

<sup>7</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil : dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. v. 3. 24. ed., São Paulo : Saraiva, 1997. p. 257.

<sup>8</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995. p. 459.

alienação fiduciária o devedor fiduciante é equiparado ao depositário e, segundo grande parte da doutrina e jurisprudência, sobre ele pode recair a prisão civil.<sup>9</sup>

No terceiro capítulo abordaremos as críticas à prisão civil. No mundo moderno a evolução dos direitos humanos não deixa margem à execução pessoal por dívidas, pois a liberdade é bem supremo, insuscetível de qualquer negócio.<sup>10</sup> A coerção pessoal imposta ao devedor não é compatível com a justiça e com a dignidade da pessoa humana.

Na alienação fiduciária o devedor fiduciante é equiparado ao depositário, em virtude de legislação ordinária, porém, demonstraremos que tal equiparação é inconstitucional porque a legislação ordinária não pode restringir direitos constitucionais.

Soma-se a isso o fato do Brasil ter ratificado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos onde está escrito que não haverá prisão por dívidas decorrentes de contrato.

Sob o ponto de vista utilitarista também apontaremos a crítica à prisão por dívida, isso porque, analisando autores como Jeremy BENTHAM<sup>11</sup> e Cesare BECCARIA<sup>12</sup> podemos concluir que a prisão civil não é útil nem necessária, já que tal prisão não tem o intuito de preservar a ordem na sociedade. Também, entre a punição e o descumprimento obrigacional não há proporcionalidade já que o prejuízo pessoal que pode causar ao devedor é muito maior

---

<sup>9</sup> Vide Capítulo II, Títulos 4 e 6.

<sup>10</sup> O pressuposto filosófico do Estado Liberal é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola de direito natural (jusnaturalistas): doutrina segundo a qual todos os homens, independentemente de vontade própria, possuem “certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade”, direitos que o Estado deve respeitar e ao mesmo tempo proteger. BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 2. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo : Brasiliense, 1988. p. 11.

<sup>11</sup> “O objetivo geral que caracteriza todas as leis - ou que deveria caracterizá-las - consiste em aumentar a felicidade global da coletividade; portanto, visam elas em primeiro lugar a excluir, na medida do possível, tudo que tende a diminuir tal felicidade, ou seja, tudo o que é pernicioso. [...] uma punição só pode ser admitida na medida em que abre chances no sentido de evitar um mal maior”. BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. **Pensadores**. 3. ed. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo : Abril Cultural, 1984. p. 59.

<sup>12</sup> Cesare BECCARIA afirma, que as penas que vão além da necessidade de manter a ordem social “são injustas por sua própria natureza”. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo : Hemus, 1983. p. 15.

que o prejuízo material que talvez sofra o credor. Além disso, normalmente a dívida já é garantida por bens, por fiadores ou mesmo por título de crédito.

Por último, a título de considerações finais, consideraremos que a prisão por dívidas é inútil e excessivamente dispendiosa, porque o prejuízo que causa ao devedor é maior que o mal que visa coibir, ou seja, é maior que o não pagamento da dívida. Trata-se, como mostraremos, de instrumento ilegítimo e anti-ético, exprimindo a paixão de uma minoria.

## A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRISÃO POR DÍVIDA

### 1. O DIREITO NA ANTIGÜIDADE

Os documentos escritos, mais antigos, de natureza jurídica, são dos povos egípcios e mesopotâmicos, datando dos finais do quarto e começo do quinto milênio antes de nossa era. No segundo milênio a. C., outros países marcam a história do direito, entre estes, os Hititas, a Fenícia, Israel, Creta e a Grécia. No primeiro milênio, a. C., Grécia e Roma desenvolvem muito os seus sistemas jurídicos. Também, esse período, marca o direito dos povos da Índia e China.<sup>13</sup>

O principal caráter do direito nas sociedades antigas era a fusão dos universos moral, jurídico e religioso, que formavam um conjunto compacto de regras, indistintos.<sup>14</sup>

#### 1.1 Direito Egípcio

Até onde podemos pesquisar, pois podem surgir novos documentos, antes da consolidação do Império Romano, os povos da antigüidade não conseguiram produzir um

---

<sup>13</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1995., p. 51.

<sup>14</sup> “Entre os antigos alemães nós vamos achar uma aliança do Direito e da Religião, análoga àquela que encontramos nos tempos primitivos do povo indiano e na velha Roma”. AHRENS, H. *apud* MARTINS JÚNIOR. *História do direito nacional*. 3. ed. Brasília : Imprensa Nacional, 1979. p. 26.

sistema jurídico coerente. Entretanto, nesse quadro histórico, o Egito “foi a primeira civilização na história da humanidade que desenvolveu um sistema jurídico que pode chamar-se individualista”.<sup>15</sup>

O sistema individualista egípcio era praticamente tão evoluído e individualista quanto o próprio direito romano clássico. A história do Egito faraônico compreende três grandes épocas, tradicionalmente chamadas de “Antigo Império” (sécs. XXVIII-XXIII a.C.), “Médio Império” (primeiro quarto do II milênio a.C.) e “Novo Império” (sécs. VII a VI a.C.).<sup>16</sup>

A queda do “Antigo Império” se dá com o fim da V dinastia, ocorrendo uma evolução rápida para um regime senhorial, com oligarquia social baseada na nobreza sacerdotal, assim instala-se no Egito uma espécie de feudalismo, que perdura até o segundo e terceiro períodos (“Médio Império” e “Novo Império”).<sup>17</sup>

Com o “Médio Império” renasce a centralização do poder, assim como do direito individualista. O sistema jurídico assemelha-se ao “Antigo Império”, quer no direito público, quer no privado. Isso perdura até o século XII a.C., quando ressurge a influência do clero e o desenvolvimento de um segundo período senhorial, ocorre uma mudança na legislação, com abrandamento das penas e proibição da prisão civil por dívidas. Posteriormente é retomada a escravidão e prisão, sendo novamente suprimidas pelo reformador social, Rei Amasis, entre 568 e 526 a.C.. Com a ocupação persa e mais tarde, a romana, o direito privado individualista

---

<sup>15</sup> GILISSEN, op. cit., p. 51.

<sup>16</sup> No Antigo Império o individualismo está bem caracterizado, isto é, o indivíduo aparece isolado em face do poder, sem grupos nem hierarquias intermediárias, possui uma liberdade real para dispor da sua pessoa e dos seus bens, não havendo sinais de solidariedade clânica. Nesse período todo o poder pertence ao rei, desaparecendo a nobreza feudal. É o rei que organiza os tribunais e governa com seus funcionários. Id., p. 51-56.

<sup>17</sup> Com o fim da quinta dinastia ocorre uma evolução do direito público, (como direito público, neste contexto, entende-se a forma de organização da administração local, não um direito sistematizado) correspondendo, paralelamente, a uma evolução do direito privado, com o reforço do poder paternal e marital, a desigualdade entre filhos e privilégios de masculinidade. Ibid., p. 55-56.

e o “sistema jurídico egípcio” deixarão de subsistir parcialmente, porém, esse sistema irá exercer influência considerável sobre o desenvolvimento dos direitos helenísticos<sup>18</sup> e romanos.

A afirmação do direito individualista, a influência do clero e o desenvolvimento de um segundo período senhorial egípcio, concorreram para que a escravidão por dívidas fosse suprimida. Nos ensina John GILISSEN que:

É neste momento que começa aquilo que Jacques Pirenne designou por terceiro “ciclo” ascendente da evolução do direito egípcio. Encontra-se uma primeira manifestação duma renovação no “código” de Bocóris, rei da cidade marítima de Saïs, cerca de 720: as tenências desaparecem, a escravidão por dívidas é suprimida, a mulher adquire a completa capacidade jurídica, a igualdade dos filhos e das filhas é assegurada em matéria de sucessão. Mas este sistema jurídico é ainda limitado a algumas cidades do Delta.<sup>19</sup> (grifo nosso)

Na antigüidade, quando caracterizado o direito privado individualista, observamos a tendência de redução das penas, conseqüentemente, era regra nessas sociedades atenuar as formas de execução pessoal do devedor ou abolir a prisão civil por dívidas.

## 1.2 Código de Hamurabi

Hamurabi foi o reunificador da Mesopotâmia e fundador do Primeiro Império Babilônico. Exerceu o poder de forma despótica, tornando a Babilônia um estado centralizado administrativa, religiosa, lingüística e juridicamente.<sup>20</sup> No seu reinado, de 1728 a 1686 a.C.,

---

<sup>18</sup> Como período helenístico entende-se o período histórico que vai das conquistas de Alexandre até a conquista romana.

<sup>19</sup> GILISSEN, op. cit., p. 56.

<sup>20</sup> DIREITO ANTIGO. Codificação. Código de Hamurabi, código de Manu, lei das XII tábuas. Superv. Jair Lot Vieira. São Paulo : Edipro, 1994. p. 9.

elaborou-se o Código de Hamurabi, monumento jurídico mais importante da antigüidade antes de Roma.<sup>21</sup>

No domínio do direito privado, o Código de Hamurabi é um sistema jurídico desenvolvido, principalmente na seara dos contratos, inclusive, praticavam o contrato de depósito. Foi este povo que criou a técnica dos contratos, posteriormente herdada e sistematizada pelos romanos.<sup>22</sup>

Contudo, subsistem, ainda, reminiscências do período anterior à codificação de Hamurabi, “por exemplo, na medida em que o poder paternal é mais extenso do que no Egipto (o pai insolvente podia entregar a sua mulher ou os seus filhos ao credor para que eles trabalhassem ao seu serviço), [...]”.<sup>23</sup>

O próprio Código de Hamurabi previa a prisão por dívida nos artigos 115, 116 e 117:

Art. 115. Se um homem tem exigências de grão ou de prata sobre um outro e tomou sua garantia e a garantia morreu de morte natural, na casa de seu credor, este caso não terá processo.

Art. 116. Se a garantia morreu na casa de seu credor por pancada ou mau-trato, o dono da garantia comprovará contra seu mercador. Se a garantia foi o filho, matarão o filho; se foi um escravo, ele pesará 1/3 de mina de prata e além disso perderá tudo que tiver emprestado.

Art. 117. Se uma dívida pesa sobre um homem e ele vendeu a esposa, seu filho ou sua filha ou entregou-se em serviço da dívida: trabalharão durante três anos na casa de seu comprador ou daquele que os tem em sujeição. No quarto ano será feita a sua libertação.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 13.

<sup>22</sup> GILISSEN, op. cit., p. 63.

<sup>23</sup> Id., p. 63.

<sup>24</sup> DIREITO ANTIGO, op. cit., p. 25.

As constantes invasões após a morte de Hamurabi, desagregaram a sociedade mesopotâmica, “quer seja por absorção, ou por feudalização”. Porém, a cidade da Babilônia continua sendo, por vários séculos, o centro de uma civilização desenvolvida e transmitirá isso a vários povos, entre eles, os gregos e os romanos.<sup>25</sup>

### 1.3 Hebreus

O direito hebraico é um direito religioso. Podemos mesmo dizer que confundido essencialmente com a religião. Da religião hebraica, monoteísta por excelência, vai derivar o cristianismo, que como sabemos, exerceu grande influência sobre a civilização ocidental. Para os hebreus, o direito é “dado” por Deus ao seu povo. É revelado. Inicialmente o Direito Hebraico era composto por regras consuetudinárias orais, que posteriormente foram escritas, sendo parte da Bíblia, nos Livros de Moisés, especificamente no Êxodo Cap. 20:2-17 (Decálogo do Monte Sinai), Cap. 22:22 a 23:33 (Código da Aliança); e Deuteronômio, que traz o Segundo Livro da Lei, uma nova versão do Código da Aliança (caps. 12 a 26).<sup>26</sup>

Os livros de Moisés falam da escravidão por dívida, porém limitam um tempo de servidão ao credor. É notável estabelecer relações entre a influência da religião, principalmente de uma religião monoteísta, com um abrandamento das penas que recaem sobre a liberdade do indivíduo. Assim, no Deuteronômio, Cap. 15:1-2: “ao fim de cada sete anos debes fazer uma

---

<sup>25</sup> GILISSEN, op. cit., p. 64.

<sup>26</sup> A idéia cristalizada por esse direito é a da imutabilidade, visto que era Deus quem revelava as leis. As Leis Hebraicas regulavam o Direito de Família, o respeito aos pais e a Deus. Nelas não havia oposição fundamental entre livres e escravos, pois estes faziam parte da família, inclusive respeitando os dias santos. Id., p. 66-70.

remissão. E esta é a maneira da remissão: haverá remissão, da parte de cada credor, da dívida em que porventura deixou seu próximo incorrer [...]”.<sup>27</sup>

Numerosas instituições hebraicas, na visão de John GILISSEN, sobreviveram no direito medieval e moderno, através do direito canônico, pois este, tem a mesma fonte do direito hebraico, os livros do Antigo Testamento.<sup>28</sup>

#### 1.4 Código de Manu

Dentro dos grandes sistemas jurídicos não europeus da antigüidade, encontramos o direito hindu, ou o direito da comunidade hinduísta, direito religioso e tradicional.<sup>29</sup>

Ensina John GILISSEN, que os hindus não conheciam a palavra direito, pelo menos no sentido que os ocidentais lhe atribuem. O correspondente hindu à noção de direito é o *dharma*, que pode ser traduzido como “dever”. O *dharma* era um conjunto de regras, reveladas pelas divindades, que o homem deveria seguir em razão da sua condição na sociedade, regras que, segundo a ótica atual, poderiam ser consideradas morais, jurídicas, religiosas ou civis. O direito hindu consagrava a desigualdade social. Havia uma hierarquia social que condicionava o agir do homem, consoante à casta a que pertencia.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> BÍBLIA. Português. Tradução do novo mundo das Escrituras Sagradas. Trad. Centro Bíblico Católico. Brazilian Edition. New York : WATCHTOWER BIBLE, 1967. p. 223.

<sup>28</sup> GILISSEN, op. cit., p. 67.

<sup>29</sup> O hinduísmo ou bramismo é uma religião politeísta e sem sacerdotes. O budismo deriva do bramismo. Id., p. 101.

<sup>30</sup> Ibid., p. 102.

Uma das fontes do *dharma* era a tradição. Para mantê-la os hindus escreveram livros de “direito”, o mais célebre é o *Manusmṛti*, ou Memória de Manu, conhecido também como Código de Manu.<sup>31</sup>

O Código de Manu acolheu a prisão civil por dívida e o emprego da violência na cobrança do crédito. O Livro V tratava dos depósitos e previa:

Art. 178. Qualquer que seja o objeto e de qualquer maneira que ele seja depositado nas mãos de uma pessoa, deve se reaver esse objeto da mesma maneira; assim depositado, assim restituído. [...]

Art. 182. Mas, se ele não entrega a esses agentes o ouro confiado, assim como convém, que ele seja preso e forçado a restituir os dois depósitos: assim ordena a lei.<sup>32</sup>

Neste Código, o caso fortuito e a força maior excluía a obrigação do devedor, mas, o inadimplemento culposos era equiparado ao furto, ficando o credor investido do direito de empregar meios mais ou menos violentos, conforme a condição do devedor, quer dizer, conforme sua casta social.<sup>33</sup>

Aqui podemos, tal qual fizemos com o direito hebraico, relacionar as regras que orientam as condutas com a religião. O politeísmo reproduz no mundo diversos tipos de homens, por isso as castas. E as castas, se sustentam enquanto tal, pelo uso da força.

---

<sup>31</sup> Manu é um personagem mítico, nascido de Brama, que teria aprendido a conhecer “a verdadeira natureza e o fim da ordem universal”. Foi altamente honrado, não somente como sumo legislador, mas também excelente em outras áreas, abrangendo todo o gênero da literatura indiana. Nas lendas esse personagem assume a figura de antigo sábio, de rei, ou até, como o único sobrevivente após a catástrofe do dilúvio. GILISSEN, op. cit., p. 103.

<sup>32</sup> DIREITO ANTIGO, op. cit., p. 70-71.

<sup>33</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 15.

## 2. DIREITO ROMANO

A evolução do direito romano foi posterior a do direito egípcio e grego, pois Roma ainda estava na forma clânica, quando no Egito e na Grécia, o direito já tinha atingido uma forma individualista. A história do direito romano inicia no século VII a.C. e vai até o século VI d.C., a chamada era de Justiniano, depois prolongada até o final do século XIV, com o Império Bizantino. Foi principalmente no direito privado que os romanos se destacaram, sendo que, muitos dos institutos por eles criados permanecem, até a atualidade, incorporados por diversos países, em suas leis e códigos.<sup>34</sup>

De acordo com a classificação seguida por John GILISSEN, a história do império romano divide-se em três períodos, correspondendo a três regimes politicamente diferentes: a realza (até 509 a.C.), a república (509-27) e o império, que por sua vez, divide-se em Alto Império (até a época de Diocleciano, em 284) e Baixo Império (até a época de Justiniano, morto em 566), ao qual sucedeu o Império Bizantino.<sup>35</sup>

O direito romano também é dividido em três épocas, que não correspondem à divisão baseada na forma de governo. Na primeira, “direito romano antigo”, o direito era arcaico, primitivo e a sociedade baseada na solidariedade clânica. Na segunda época, “direito romano clássico”, o direito é de sociedade evoluída, individualista, existindo ciência jurídica coerente e racional. A terceira é a época do “Baixo Império”, um direito que nasce da crise política, econômica e religiosa do século III, direito este, dominado pelo absolutismo imperial, pela atividade legislativa dos imperadores e pelo cristianismo.

---

<sup>34</sup> GILISSEN, op. cit., p. 80.

<sup>35</sup> Id., p. 81.

## 2.1 Direito Romano Antigo

Nos séculos VIII e III a.C., Roma era constituída pela organização clânica, onde a autoridade do chefe de família era quase ilimitada. A união dos membros da *gens* era fruto da solidariedade e da necessidade. Nessa época o direito era essencialmente consuetudinário e não se diferenciava da religião. Em regra não era escrito, porém, a Lei das XII Tábuas, escrita, foi o traço marcante desse período.<sup>36</sup>

Os próprios romanos, no dizer de José CRETELLA JÚNIOR aceitando a observação do historiador Tito Lívio, consideravam essa lei a fonte de todo o direito público e privado.<sup>37</sup>

Quanto à responsabilidade pessoal do devedor por dívidas, a Tábua Terceira, que tratava dos direitos de crédito, rezava, nas leis IV e seguintes:

IV - Aquele que confessa dívida perante o magistrado ou é condenado, terá 30 dias para pagar; V - Esgotados os 30 dias e não tendo pago, que seja agarrado e levado à presença do magistrado; VI - Se não paga e ninguém se apresenta como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso até no máximo de 15 libras; ou menos, se assim quiser o credor; VII - O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério; VIII - Se não há conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em 3 dias de feira ao *comitium*, onde se proclamará, em altas vozes, o valor da dívida; IX - Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo de credor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> A Lei das XII Tábuas, segundo a tradição lendária, foi completada em 449 a.C. e sua importância é incontestável. O texto original gravado nas tábuas perdeu-se, mas, pode ser parcialmente reconstituído por citações de Cícero e Aulo Gélio e por comentários, escritos por Labeo e Gaio, recolhidos no Digesto. Foi um dos fundamentos do *ius civile*, e, embora sem a força inicial, permaneceu em vigor até a época de Justiniano, isto é, até o Baixo Império. GILISSEN, op. cit., p. 86.

<sup>37</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. 19. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1195. p. 43.

<sup>38</sup> MEIRA, Sílvio A.B. *apud* AZEVEDO, op. cit., p. 18-19.

## 2.2 Direito Romano Clássico, Direito do Baixo Império e Direito Bizantino

Nos séculos II a.C., até o fim do século III d.C, a sociedade romana vivia o momento das grandes conquistas e do progresso econômico. Nesse clima o direito se desenvolveu muito, resultando na época clássica para o direito romano.<sup>39</sup> Na era clássica, Roma abre-se às influências externas, sobretudo a do direito grego e egípcio, produzindo numerosos institutos, como o da fraude contra credores, onde a execução patrimonial substituiu a pessoal. Este foi um dos passos mais importantes na evolução dos direitos individuais e, por conseguinte, da eliminação da execução pessoal por dívidas.<sup>40</sup>

A evolução do Direito Romano levou à execução aos bens, deixando de lado a pessoa do devedor. Isso se verifica com o surgimento, no ano 326 a.C., da “*Lex Poetelia Papiria*”, onde a execução patrimonial abre caminho para o surgimento do instituto da fraude contra credores, que apesar da distância temporal, subsiste, com modificações, até nossos dias. Sobre essa Lei, Tito LÍVIO, informa que “*pecuniae creditae bona debitoris non corpus abnxium esse*”, ou seja, nos créditos pecuniários deveriam ser executados os bens do devedor, não o seu corpo.<sup>41</sup>

Nos períodos do Baixo Império e do Direito Bizantino o império romano passou por grandes transformações. Não há referências sobre a execução pessoal por dívidas.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> GILISSEN, op. cit., p. 87.

<sup>40</sup> Muitos são os escritos de direito nessa época. Os juristas romanos construíram um sistema jurídico para o direito das coisas e obrigações, sistema completo e coerente. Embora as fontes do direito romano clássico continuem a ser as leis e os costumes, aquelas desempenham papel cada vez mais importante, com tendência a suplantar estes. AZEVEDO, op. cit., p. 24.

<sup>41</sup> LÍVIO, Tito *apud* AZEVEDO, op. cit., p. 24

<sup>42</sup> O *baixo império* compreende o período histórico que vai da morte de Diocleciano até a morte de Justiniano (284 d.C. a 565 d.C.). Foi um período de decadência política, intelectual e de regressão econômica. Com a morte do imperador Teodósio I, o Império Romano divide-se em dois blocos: Império Romano do Oriente e Império Romano do Ocidente. Gradativamente o centro do Império Romano passa de Roma a Constantinopla. Em 476 cai o Império do Ocidente, enquanto o Império Romano do Oriente subsiste até a tomada de Constantinopla pelos turcos, em 1453. De acordo com John GILISSEN, o direito romano do Baixo Império sofre a influência do cristianismo, que transforma numerosos princípios do direito privado. Instituições novas que anunciam o feudalismo começam a aparecer. Porém, o direito romano clássico

### 3. DIREITO MEDIEVAL

No século I, nasceu em Roma, uma nova religião, pregada por Cristo e seus discípulos: o cristianismo. Esta religião impõe-se como oficial apenas no século IV, tornando, então, o Império Romano cristão. O cristianismo gera um sistema jurídico próprio, chamado de direito canônico, que se desenvolve à margem do direito romano, sem o absorver, nem por ele sendo absorvido. Com isso, subsiste um sistema dualista - direito laico e direito religioso - mantendo-se até o século XX, especialmente no ocidente.<sup>43</sup>

O Império Bizantino foi expandido pelo Imperador Justiniano, porém sofreu, seguidamente, assaltos dos povos eslavos no norte e dos Muçulmanos no sul. Nos territórios do antigo Império Romano do Ocidente formam-se os reinos de origem germânica, os Visigodos, Burgúndios, Francos, Ostrogodos, Lombardos, entre outros. O direito romano continua vivo com esses povos, mas era aplicado para às populações de origem romana, enquanto os invasores viviam com seu direito de origem germânica. A combinação destes direitos ocorreu lentamente do século V ao VIII.<sup>44</sup>

---

sobrevive na obra dos juriconsultos e nas constituições imperiais, mas opõe-se ao direito vivo, que nasce dos novos costumes e que por vezes é fixado pelos próprios legisladores. A fonte do direito nesse período foram as legislações, obras dos Imperadores. A codificação tem seu início. A primeira recolha oficial gerou o Código Teodosiano, redigido no Oriente por Teodósio II. No Ocidente esse código sobrevive até a queda desse império. No Oriente destacou-se o Imperador Justiniano, que deu vida a um novo código, mais tarde chamado de *Corpus Juris Civilis*. GILISSEN, op. cit., p. 91-92. O *período bizantino* é o espaço de tempo que vai desde a morte de Justiniano (565) até a queda de Constantinopla (1453). Enquanto a Europa Ocidental acentuava sua ruralização e a descentralização do poder, no oriente, “o Império Bizantino se caracterizava pelo desenvolvimento de suas cidades, pela grandeza do seu comércio e pela existência de um poder altamente centralizado”. PEDRO, Antônio; CÁCERES, Florival. *História geral*. 2. ed. São Paulo : Moderna, 1982, p. 97. Nesse período o *Corpus Juris Civilis*, embora tenha sofrido modificações gerais para adaptá-lo à vida dos povos do novo império e para simplificá-lo, continuou sendo a base do direito até o século XII, a partir deste século, os *Basilicos* o suplantaram. GILISSEN, op. cit., p. 93. Consoante o entendimento de José CRETELLA JÚNIOR, posteriormente novas compilações oficiais foram redigidas. Assim surgem a *Egloga legum compendiaría*, a *Lex Rhodia*, e o *Prochiron legum*. CRETELLA JÚNIOR, *Curso de direito romano ...*, op. cit., p. 78.

<sup>43</sup> GILISSEN, op. cit., p. 127.

<sup>44</sup> Id., p. 128.

Outros direitos germânicos mantiveram-se fora da influência do direito romano, ou seja, os direitos dos Anglos, dos Saxões, dos povos escandinavos e eslavos.

Nos séculos VI a IX, segundo John GILISSEN, o reino dos Francos se desenvolve muito e sob o reinado de Carlos Magno, tornou-se um império. A partir de Carlos Magno, vários soberanos tentaram unificar o direito, todavia, sem sucesso. Vítima da pressão interna, o império enfraquece, mercê do crescente poder dos senhores locais, fazendo com que o poder do rei diminua consideravelmente. Desta nova configuração política, deriva o feudalismo<sup>45</sup>, que nos séculos IX ao XII domina a Europa Ocidental.<sup>46</sup>

A partir do século XII, ocorre o inverso. Os reis e alguns senhores feudais conseguem reforçar seus poderes, tendendo para o absolutismo, enfraquecendo o feudalismo. Paralelamente, cada reino ou grande senhorio, desenvolve um sistema jurídico próprio, baseado nos costumes e leis locais e nas decisões reais ou senhoriais. Assim, formaram-se, progressivamente, os direitos dos Estados modernos: direito francês, inglês, espanhol, etc..<sup>47</sup>

Em decorrência de fatores políticos, econômicos e religiosos de cada povo, a evolução dos sistemas jurídicos não foi uniforme. O renascimento do direito romano, a partir do século XII, influenciou toda a Europa, com maior ou menor intensidade, devido às características particulares de cada Estado. Na Inglaterra, por exemplo, onde o direito consuetudinário foi fator decisivo na construção do seu sistema jurídico, que se chamou *common law*, a influência romana foi mínima.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> “O feudalismo é caracterizado por um conjunto de instituições das quais as principais são a vassalagem e o feudo. Nas relações feudo-vassálicas, a vassalagem é o elemento pessoal: o vassalo é um homem livre comprometido para com o seu senhor por um contrato solene pelo qual se submete ao seu poder e se obriga a ser-lhe fiel e a dar-lhe ajuda e conselho, enquanto o senhor lhe deve proteção e manutenção. [...] No plano econômico, o pequeno senhorio (que ultrapassam seus próprios vassalos e tendem para a autonomia) forma freqüentemente um domínio agrícola, explorado pelo senhor com a ajuda de seus servos. [...] O direito fica assim restringido às relações feudo-vassálicas e às relações dos senhores com os servos dos seus domínios, ou seja, a laços de dependência de homem para homem”. GILISSEN, op. cit., p. 189-190.

<sup>46</sup> Id., p. 128.

<sup>47</sup> Ibid., 130.

<sup>48</sup> Ibid., p. 130-131.

No começo da Idade Média os sistemas jurídicos que dominavam a Europa eram o direito romano, que sobreviveu como direito bizantino, os direitos germânicos, o direito canônico ou da igreja e os direitos eslavo e celta.<sup>49</sup>

O direito canônico, assim como o direito hebraico, o hindu e o muçulmano, retirava suas regras dos preceitos divinos. Durante quase toda a idade média teve grande influência, atingindo esferas do direito privado e se impondo mesmo para os laicos. Os tribunais eclesiásticos julgavam os leigos, especialmente nas questões de família, usura, e infrações contra a religião, tais como, heresia, sacrilégio e feitiçaria.<sup>50</sup> Isto quase sempre gerava uma atmosfera de incerteza e insegurança, verdadeiro terror, pois a liberdade e a vida das pessoas estavam consignadas a alguns indivíduos “iluminados”. A justificativa para as injustiças era Deus. A tortura era institucionalizada e aplicada contra os heréticos.

Assim, no período medieval, subsistem dois poderes: o do império romano-germânico, especialmente com Carlos Magno, (ou dos senhores feudais, quando do enfraquecimento do poder do rei) e o poder da igreja.

No início da idade média, o direito é marcadamente consuetudinário, entretanto, nos finais do século XII, com a criação das Universidades de Direito, como a de Bolonha, Montpellier, Toulouse, Orleães e mais tarde as universidades ibéricas e alemãs, coexistiram o ensino canônico e o romano.<sup>51</sup> Disto decorre que o monopólio da produção do direito, começa, gradativamente, a ser transferido, o saber jurídico deixa de ser monopólio estatal e o direito escrito ganha maior importância.

Álvaro Villaça AZEVEDO ensina que com a queda do império romano “voltou a existir palco para a execução pessoal por dívida”. A invasão dos bárbaros fez ressurgir a

---

<sup>49</sup> GILISSEN, op. cit., p. 128.

<sup>50</sup> Id., p. 134, 135, 140, 141.

<sup>51</sup> Ibid., p. 149.

execução pessoal do devedor. O devedor estava sujeito a pagar suas dívidas com a vida ou com sua liberdade. “Esse estado de servidão humana, entre os bárbaros, podia ocorrer em razão de um contrato especial, do devedor de submeter-se ao credor, caso se tornasse inadimplente, ou em virtude de condenação judicial, cujo descumprimento poderia ocasionar a pena de morte do devedor”.<sup>52</sup>

#### 4. O DIREITO NA ÉPOCA MODERNA

A partir do século XV inicia o período histórico que se convencionou chamar de Idade Moderna. A principal característica deste período, foi a transformação da estrutura da sociedade europeia ocidental. Trata-se de um período de transição, onde foram criadas as condições para o advento do sistema capitalista.<sup>53</sup>

Conforme John GILISSEN, “a maior parte dos aspectos característicos do direito durante a Época Moderna, aparecem já no século XIV, digamos até o século XIII; desenvolveram-se progressivamente nos séculos XV e XVI e estabilizam-se nos séculos XVII e XVIII”.<sup>54</sup>

A partir do século XII, modifica-se a estrutura da sociedade medieval. A concentração do poder nas mãos de um número limitado de pessoas fez surgir uma nova organização administrativa do Estado, diferente da hierarquia feudal. Surgiram as grandes cidades, centros de comércio e indústria. Simultaneamente, a lei reaparece como fonte de direito, embora a atividade legislativa seja ainda reduzida às legislações e decisões reais. O

---

<sup>52</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 31.

<sup>53</sup> AQUINO, Rubim Santos Leão et al. **História das sociedades** : das sociedades modernas às sociedades atuais. 2. ed. Rio de Janeiro : Livro Técnico, 1983. p. 7.

<sup>54</sup> GILISSEN, op. cit., p. 244.

direito canônico que atingiu seu apogeu nos séculos XII e XIII, começa a decair no século XIV. Paralelamente, o direito romano renasce, primeiro como objeto de estudo e posteriormente com aplicação prática.<sup>55</sup>

O século XIV marca o início do Renascimento Cultural, que começa na Itália, estendendo-se, posteriormente, a outros países europeus. O Renascimento Cultural foi o “desenvolvimento de uma cultura humanista, leiga e antropocêntrica, a partir da Baixa Idade Média”.<sup>56</sup>

Ao lado do Renascimento Cultural, a Reforma Protestante<sup>57</sup> contribuiu para a caracterização da nova era. Nos séculos XIV e XV, a degeneração da igreja ficou evidente. Pregadores da humildade viviam em ambientes luxuosos, em razão disso, muitas pessoas se convenciam que a igreja se afastara da doutrina de Cristo, sendo necessário fazê-la retornar ao ponto de partida. A Reforma Protestante, apesar de ter sido um movimento predominantemente de transformação religiosa, teve implicações econômicas, políticas e sociais, na medida que refletiu as lutas de classe entre a nobreza, burguesia, artesãos e camponeses do início da Idade Moderna.<sup>58</sup>

Em antítese à Reforma, surge a Contra-Reforma, ou seja, a reorganização moral, econômica e política da Igreja, visando conter a expansão do protestantismo.

No século XVI o direito canônico começa seu declínio como fonte de direito. A Reforma faz a religião católica decrescer em grande parte da Europa e mesmo nos países que permaneceram católicos, como as províncias belgas, as matérias de direito civil escapam “aos tribunais eclesiásticos para entrarem nos domínios regidos pela legislação real.”<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> GILISSEN, op. cit., p. 239-241.

<sup>56</sup> PEDRO & CÁCERES, op. cit., p. 139.

<sup>57</sup> A Reforma e a Contra-Reforma são movimentos importantes no contexto desta monografia porque contribuíram para o declínio do direito canônico como fonte de direito privado. Vide Título 3, p. 16-17.

<sup>58</sup> PEDRO & CÁCERES, op. cit., p. 146.

<sup>59</sup> GILISSEN, op. cit., p. 249.

No dizer de André CORVISIER, o homem do século XVII é bem diferente do homem do século XVI, “a busca da salvação eterna tende a tornar-se um assunto privado, a ‘busca da felicidade’, o objetivo da sociedade”.<sup>60</sup>

No campo da ciência do direito, nos séculos XVII e XVIII, o domínio é da escola de direito natural, porém, com as influências do racionalismo, que liga a concepção do direito natural à razão humana, independentemente dos preceitos religiosos.<sup>61</sup> Nessa época destacam-se grandes juristas a âmbito internacional, especificamente, o holandês Grotius (Hugo de GROOT, 1583-1645) que em 1625 escreve o livro “De iure belli ac pacis” (Do direito da guerra e da paz), sendo conhecido como o “pai do direito natural”.<sup>62</sup>

A influência dos séculos XVII e XVIII, este conhecido como “Século das Luzes”, marcou o pensamento político e jurídico dos séculos XIX e XX. Ensina John GILISSEN:

O *Bill of Rights* em Inglaterra em 1689, as constituições dos Estados americanos em 1776-1777, a constituição federal dos Estados Unidos em 1787, a Declaração francesa dos Direitos do Homem e as constituições da época da Revolução (1791, 1793, 1795), actos legislativos ainda hoje em vigor directa ou indirectamente, transpuseram estas ideias políticas e filosóficas para a realidade jurídica.<sup>63</sup>

O italiano Cesare BECCARIA (1738-1794) teve grande influência na modernização do direito penal, com seu livro *Dei delitti e delle pene* (Dos delitos e das penas), escrito em 1764, BECCARIA imagina um “sistema jurídico no qual cada um deve ceder uma parcela da sua liberdade ao soberano, em troca da manutenção da ordem por este último”. O soberano,

---

<sup>60</sup> CORVISIER, André. *História moderna*. Trad. Rolando Roque da Silva e Carmen Olívia de Castro Amaral. 3. ed. São Paulo : Difel, [19--]. p. 421.

<sup>61</sup> “Este direito natural laico é um direito racionalista que domina todas as relações entre os homens, seja qual for a sua raça e qualquer que seja a sua posição social. Os próprios reis não podiam subtrair-se às leis naturais, fundamentais, universais, permanentes, imutáveis, que decorrem da natureza humana; assim podia ser combatida a tendência para o absolutismo real, baseada no direito divino [...]”. GILISSEN, op. cit., p. 364.

<sup>62</sup> *Id.*, p. 364-365.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 367.

por sua vez, não pode abusar do direito de punir; consagra-se, especialmente para o Direito Penal, o princípio da legalidade, pelo qual *nullum crimen, nulla pena, sine lege* (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal). A pena deve ser proporcional ao mal que busca reprimir, a tortura e a pena de morte não podem ser toleradas.<sup>64</sup>

A maior parte das idéias de Cesare BECCARIA encontram-se na Declaração dos Direitos do Homem, de 1789 e nos Códigos Penais, desde sua época até os atuais.<sup>65</sup>

John GILISSEN, tratando do consensualismo e da autonomia de vontade, afirma que desde o final do séc. XIX, o pobre, tornou-se um homem contra o qual nada podia ser feito, caso não cumprisse suas obrigações. Isso porque:

O antigo direito conhecia o constrangimento do corpo, que se concretizava na privação da liberdade do devedor inadimplente, para o forçar a pagar as suas dívidas. Em França, esta instituição foi suprimida, no âmbito civil e comercial, no ano de 1867 e, no de 1879, foi-o na Bélgica; aqui, uma lei de 1980 revogou a de 1870 e fez assim desaparecer completamente o constrangimento pelo corpo, mesmo em matéria penal. Na verdade, aquele que nada tem pouco pode ser constrangido pela prisão a pagar as suas dívidas.<sup>66</sup>

A evolução romana dos institutos conduziu à execução patrimonial em substituição à pessoal, somente interrompida no período medieval, pois, segundo Álvaro Villaça AZEVEDO:

O CC Francês, que é de 1804, deixou patente em seu texto essa conquista do Direito Moderno, que deita raízes no Direito Romano, referindo, expressamente, em seu art. 2093, dentre outras coisas, que ‘os bens do devedor são a garantia comum de seus credores’ (*Les biens du débiteur sont le gage comum de ses creanciers*).<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> GILISSEN, op. cit., p. 368.

<sup>65</sup> O Código Penal brasileiro, sob influência BECCARIA, consagrou o princípio da legalidade, quando no art. 1º dispõe que: “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. BRASIL. Código Penal. 33. ed. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 43.

<sup>66</sup> GILISSEN op. cit., p. 739-740.

<sup>67</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 33.

## 5. O DIREITO NA ÉPOCA CONTEMPORÂNEA

Dentre as Revoluções Liberais, resultantes de causas estruturais e conjunturais da época moderna, temos a *Revolução Americana* (1775-1783) e a *Revolução Francesa* (1789-1815). Esta, de alcance internacional, pois extrapolou os territórios franceses, repercutindo na Europa Ocidental e América, marcando o início da era contemporânea. As *revoltas anticoloniais*, ocorridas nas áreas periféricas da Europa e expressadas na emancipação política da América Espanhola e do Brasil (1810-1825) e as *Revoluções de 1820, 1830 e 1848*, em vários países europeus, mas com repercussão nas sociedades latino-americanas, são efeitos daquelas revoluções.<sup>68</sup>

A Revolução Francesa deu origem a um direito individualista, sublinhando a importância do indivíduo em relação ao estado, isto é, destacando a parte, frente ao todo. Os grandes códigos napoleônicos cristalizaram o sistema individualista durante cem anos. Mas, a partir do final do século XIX, a liberdade individual conhece restrições cada vez maiores, pois, o estado passa a intervir na vida dos indivíduos, buscando a igualdade econômica e social destes.<sup>69</sup>

Nos países que seguem a tradição romanista a lei se tornou a principal fonte do direito no século XIX. Segundo a teoria do positivismo legalista, a lei é a única fonte do direito positivo. Para o positivismo, somente o Estado pode fixar e formular normas obrigatórias sob a forma de leis. A lei constituiria todo o direito. Não haveria outro direito senão a lei.<sup>70</sup>

A concepção positivista legalista dominou a França e os países de direito romanista, no século XIX. Mas, no século XX, começa a ser combatida, ou seja, numerosos juristas

---

<sup>68</sup> AQUINO, op. cit., p. 125.

<sup>69</sup> GILISSEN, op. cit., p. 413.

<sup>70</sup> Id., p. 417.

admitem a autoridade jurídica do costume, da jurisprudência, da doutrina, da equidade, dos princípios gerais do direito. Mesmo assim a lei invadiu domínios que antes eram ditados pelos costumes, “por exemplo os direitos infra-estatais, tais como os direitos profissionais e disciplinares”.<sup>71</sup>

Nos países socialistas, o legalismo impôs-se como dogma do sistema jurídico. A lei é a única fonte do direito porque somente ela constitui a expressão direta da vontade popular. A China foi a única exceção, pois conheceu evolução própria, diferente do legalismo inspirado pela União Soviética. Nos sistemas jurídicos socialistas há certa influência do direito romano, no entanto, as diferenças com os outros sistemas estão basicamente na finalidade e no conteúdo do direito, quer dizer, a doutrina marxista-leninista confere ao sistema jurídico de tendência comunista, algumas características comuns e originais, como exemplo, a edificação de uma sociedade sem classes e o monopólio do poder pelo partido único.<sup>72</sup>

Na época contemporânea, também conhecida como segundo período da era moderna, o *common law* rege os países anglo-saxões, ou seja, a Grã Bretanha; além dos Estados Unidos da América, com exceção da Luisiana; o Canadá, com exceção do Quebec; a Nova Zelândia; Austrália; Jamaica e outras ilhas da América Central que foram colonizadas pelos ingleses. Por sua vez, a influência romano-germânica aparece na Europa Continental; América Latina; estado da Luisiana (USA) e do Quebec (Canadá); Colônias Africanas e Asiáticas; Espanha; Portugal e Holanda.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> GILISSEN, op. cit., p. 417.

<sup>72</sup> Id., p. 417, 418, 227.

<sup>73</sup> Ibid., p. 216-217.

## 5.1 As Declarações do Direito do Homem e as Constituições

Os dois precedentes das numerosas declarações que influenciaram os séculos XIX e XX foram: o “*Bill of Rights* das Constituições Americanas de 1776 (e anos seguintes) e a sua generalização nas dez primeiras emendas da constituição federal dos Estados Unidos”; e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França de 1789.<sup>74</sup>

A Escola do Direito Natural, do século XVII e a Filosofia das Luzes, do século XVIII estão na origem das declarações dos direitos do séc. XVIII. As idéias são tiradas das obras de LOCKE, ROUSSEAU, VOLTAIRE, MONTESQUIEU, GROTIUS, dentre outros. As constituições européias e americanas do século XIX copiaram as disposições das declarações francesa e americana.<sup>75</sup>

Uma modificação nas liberdades públicas transcritas nessas constituições ocorre com a influência do marxismo. Os países socialistas seguiram a tradição romanista, porém, a concepção marxista introduziu os direitos sociais e econômicos nas listas das liberdades públicas e, por outro lado, “o Estado deixa de ser neutro e passa a ter o dever de intervir positivamente para criar condições concretas nas quais os direitos e liberdades de cada cidadão possam efectivamente ser exercidos”. Essa é a concepção das disposições relativas aos direitos fundamentais, às liberdades e aos deveres dos cidadãos nas constituições da U.R.S.S. de 1936 e 1937, assim como nas constituições dos outros países socialistas. Tal influência segue nas constituições recentes da maioria dos países, onde são enunciados os direitos econômicos e

---

<sup>74</sup> Conforme John GILISSEN, nem a França, nem a América inventaram o *Bill of Rights*, cuja tradição é inglesa, com a Magna Carta que limita o poder do soberano em benefício de certos grupos de governados. Porém, esta limitação de poder do soberano já se evidenciava nos privilégios concedidos a cidades, desde o século XII, na Itália, Espanha, Sul da França, nas regiões alemãs e suíças, nos principados Belgas, que contém afirmações das liberdades concedidas aos habitantes e a enunciação de certos direitos individuais, como o direito de ser julgado segundo “direito e sentença”, o direito de não ser subtraído ao julgamento do seu juiz natural, o direito de não ser preso salvo flagrante delito, a proibição do confisco, etc.. GILISSEN, op. cit., p. 424.

<sup>75</sup> Id., p. 426.

sociais, como por exemplo, o direito ao trabalho, à liberdade sindical, à segurança social, ao lazer.<sup>76</sup>

## 5.2 Os Códigos

A codificação dos sécs. XIX e XX “desempenhou um importante papel na fixação do direito, na sua unificação em cada Estado, na sua difusão para fora do território nacional pela influência de certos códigos”.<sup>77</sup>

Dentre esses, o *Código Civil Napoleônico*, que, conforme Rubim Santos Leão de AQUINO, depois do Direito Romano é a maior fonte do Direito da civilização ocidental capitalista. O Código Civil teve a atuação direta de Napoleão, embora houvesse uma comissão de quatro membros para elaborá-lo. Traduzia, concretamente, os princípios da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: liberdade individual, liberdade de trabalho, liberdade de consciência, Estado leigo, igualdade de todos perante a lei, conquanto protegesse a fortuna adquirida, mantivesse e defendesse a propriedade privada.<sup>78</sup>

Jeremy BENTHAM, filósofo e teórico inglês da codificação, afirma que, raramente o conjunto de governados se beneficia de um melhor conhecimento do direito graças à codificação, pois as leis e os códigos continuam a ser difíceis de serem compreendidos pelos leigos. Insiste sobre o caráter completo de todos os códigos, pois é seu entendimento que não se deve prever direito supletivo para preencher eventuais lacunas.

---

<sup>76</sup> GILISSEN, op. cit., p. 424, 426-427.

<sup>77</sup> Id., p. 418.

<sup>78</sup> Assim, no Código Civil, “pouca importância era dada ao trabalho assalariado, colocando-o em posição de inferioridade perante os patrões e impedindo que se fizessem coalizões operárias. Subordinava a mulher ao homem, ainda que mantivesse o divórcio. Sob a alegação de que era imprescindível para explorar as colônias, restabeleceu a escravidão”. AQUINO *et al.*, op. cit., p. 137.

Na obra *Traité de législation civile et pénale*, t. III, Paris 1820, p. 352, diz:

Redacção completa, eis, portanto, a primeira regra. *Tudo aquilo que não estiver no corpo das leis não será lei.* É necessário que não haja remissões, nem para o uso, nem para leis estrangeiras, nem para um pretense direito natural, nem para um alegado direito das gentes. O legislador que adopta, por exemplo, o direito romano, saberá o que faz? Pode sabê-lo? Não se trata de um campo de disputas eternas? Não será, com uma só palavra, entregar ao arbítrio tudo aquilo que se lhe pretendia justamente subtrair?<sup>79</sup>

Quanto à prisão civil por dívida, no dizer de Álvaro Villaça AZEVEDO, os Códigos, as Constituições e as Declarações dos Direitos do Homem tenderam, a partir da época moderna, a firmarem a execução patrimonial em detrimento da execução pessoal do devedor.<sup>80</sup>

Consolidando assim, definitivamente, a evolução do princípio, já traduzido no Direito Romano Clássico, onde o patrimônio responde pelas dívidas. Atualmente na França, Itália e Portugal não há prisão por dívidas e no México, a Constituição, no art. 17, dispõe que “Nadie puede ser aprisionado por deudas de caracter puramente civil”.<sup>81</sup>

## 6. O DIREITO NACIONAL

### 6.1 Evolução do Direito Brasileiro

Em virtude do chamado “ciclo das navegações”, na época do descobrimento do Brasil, séc. XV, o mundo ocidental era, principalmente, disputado por espanhóis e

<sup>79</sup> BENTHAM *apud* GILISSEN, op. cit., p. 449.

<sup>80</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 32-33.

<sup>81</sup> RABELLO, José Geraldo de Jacobina. *Alienação fiduciária em garantia e prisão civil do devedor*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1987. p. 108.

portugueses. Quando chegou ao Brasil o português impôs às novas terras e às novas gentes o seu direito. “Transferiu, com o sangue, os costumes, as leis e as configurações jurídicas”.<sup>82</sup>

Conforme Isidoro MARTINS JÚNIOR, na primeira fase da colonização a função judiciária emanava do senhor do feudo, que era, ao mesmo tempo, administrador, chefe militar e juiz.<sup>83</sup>

As cartas de doação, datadas de 1534, traziam matérias de direito público, referentes à estrutura e administração das Capitanias; estabeleciam normas sobre cobranças do dízimo e vintenatas, entrando no campo do Direito Tributário. Tratavam, também, das sucessões e da exploração econômica das terras correspondentes à Capitania. Como a maioria das Capitanias ficaram abandonadas, fez-se necessário a unificação do governo. Assim, a Coroa Portuguesa tomou para si a administração da colônia, através dos Governadores Gerais. Nesta época, quem passa a declarar o direito entre os indivíduos e a resguardar os interesses do Estado são os ouvidores e provedores.<sup>84</sup>

Em 1587, diante da necessidade de um tribunal de 2ª Instância, foi criada a *Relação*,<sup>85</sup> que após muitos recuos da Coroa Portuguesa, passa a vigorar como 2ª Instância na Colônia. A 3ª e última Instância era a *Casa da Suplicação*, com sede em Portugal.<sup>86</sup>

A chegada da família real portuguesa ao Brasil, em 1808, foi fato marcante, porque organiza-se aqui um corpo político e o Brasil é elevado à categoria de Reino. Também fruto dessa época foi o esboço de emancipação comercial traduzido pela abertura dos portos. A legislação de D. João foi importante para o Brasil, especialmente no campo do Direito Público, pois, no privado, as Ordenações continuavam a orientar as condutas da época. Esse é um

---

<sup>82</sup> MEIRA, Sílvio. *O direito vivo*. Goiânia : UFG, 1984. p. 16.

<sup>83</sup> MARTINS JÚNIOR, op. cit., p. 125.

<sup>84</sup> MEIRA, op. cit., p. 22-26.

<sup>85</sup> A *Relação* foi o Tribunal de Segunda Instância criado nos fins do século XVI, para suprir a necessidade de um tribunal que facilitasse e assegurasse os recursos no Brasil Colônia. MARTINS JÚNIOR, op. cit., p. 127-128.

<sup>86</sup> *Id.*, p. 127-129.

período de tratados e convenções internacionais, principalmente os que se referiam ao comércio, à navegação e à abolição da escravatura.

Com a independência, os Decretos de D. Pedro I e a Constituição de 1824 são os atos legislativos mais importantes. Por força de lei, continuam a vigorar as Ordenações e Leis portuguesas.<sup>87</sup>

## 6.2 A Prisão Por Dívida na Evolução do Direito Brasileiro

Como vimos até aqui, a primeira garantia às dívidas foi o próprio corpo do devedor. Assim foi no direito romano antigo, tendo passado pelas fontes jurídicas visigóticas, estabelecendo-se, no séc. XV, no direito português, conforme se verifica nas Ordenações Afonsinas, Título IV, 67, de 1446 - A Prisão Por Dívidas:

[...] 1. Item. Os Juizes condapnam alguas pessoas em certas formas de dinheiros por cousas civiis, e pero elles sejam abastantes pera pagar as ditas somas per seus bees, fazem-nos reter como presos nas audiencias ataa que paguem, posto que sejam honrados, e arreiguados na terra em as ditas somas: Praza aa Vossa Mercee de lhes defenderdes sob certa pena, que tal cousa nom façam.

A este artigo diz El Rey, que por effeitos civiis nom prendam nenhuu, se tiver per honde pagar, salvo se for por feitos maliciosos, em que per a Hordenaçom do Regno devam ser presos, e pagar da Cadea: e este Corregedor, ou Juiz, que o contrario fazer, pague por cada vez mil reis brancos, dos quaaes a meetade seja pera quem ho acusar, e a outra meetade seja pera as obras do Concelho daquelle lugar, honde esto acontecer.

2. E visto per Nós o dito artigo com a resposta a elle dada, adendo e declarando em elle Dizemos, que por a divida privada, que decenda de feito civil, assi como d'alguu contrauto ou casi contrauto sem alguã malicia, nom deve alguu homem seer preso,

---

<sup>87</sup> MARTINS JÚNIOR, op. cit., p. 145-155.

ainda que non tenha per honde pagar, atee que seja condapnado per sentença, que passe em cousa julgada; ca entom se deve fazer eixecuçom em seus bees, e nom lhe achando tantos, que abastem pera a dita condapnaçon, em tal caso deve seer preso o devedor ataa que pague da cadea: pero dando lugar aos bees em forma de direito, logo deve seer solto, segundo mais compridamente avemos dito no Título, *Das que dam lugar aos bees*. [...]

4 E se a divida fosse Nossa, ainda que decenda de feito civil, assi como contrauto, ou casi contrauto, em tal caso pode o devedor geeralmente seer preso por essa divida, ataa que pague da cadea, porque esto he assi outorgado aos Reix per seu privilegio especial, e nom poderá em tal caso seer solto, por dar lugar aos bees.<sup>88</sup>

Em 1521, foram editadas as Ordenações Manuelinas, que, conforme assevera Álvaro Villaça AZEVEDO, não trouxeram inovação na matéria da prisão civil.<sup>89</sup>

As Ordenações Filipinas, IV, 76, de 1603, também traziam a execução pessoal, nos moldes das Ordenações Afonsinas, ou seja, estabelecia que a prisão devia ser precedida pela excussão dos bens do devedor, da condenação judicial transitada em julgado e da execução patrimonial. O devedor poderia livrar-se da prisão oferecendo aos credores todos os seus bens, mas isso não valia no caso de dívidas para com a Coroa. Dessa forma, a prisão civil por dívidas subsistiu no direito brasileiro.<sup>90</sup>

A tendência do Direito Português, “sob a influência das idéias libertárias individualistas e do cristianismo, foi de ir restringindo as hipóteses de prisão civil por dívida”.<sup>91</sup>

As Ordenações vigem no Brasil Colônia e no Brasil Império; neste, por força da Lei de 20.10.1823, que determinou a continuidade da aplicação no Brasil das Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções, portuguesas. Quando, no Brasil, foi promulgado o Código Criminal do Império (1830), começaram a surgir divergências entre os doutrinadores

<sup>88</sup> GILISSEN, op. cit., p. 762-763.

<sup>89</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 51.

<sup>90</sup> GILISSEN, op. cit., p. 760.

<sup>91</sup> SOUZA, Mário Guimarães de. *apud* AZEVEDO, op. cit., p. 52-53.

e aplicadores do direito com respeito à continuidade da vigência das Ordenações Filipinas que tratavam da prisão civil.<sup>92</sup>

Para dirimir a controvérsia, o STJ manifestou-se, em acórdão datado de 1885, acentuando que:

O depositário infiel está sujeito, pela Ord. liv. 4, tít. 76, § 5, à prisão, na falta de cumprimento da obrigação da entrega do depósito. A citada Ord. não está, como se supõe, implicitamente revogada pelas disposições do Código Criminal, arts. 146, 147 e 310; pois que a prisão, autorizada pela Ordenação, não é propriamente pena, mas um meio compulsório, compreendido na exceção do citado art. 310, e destinado a forçar o depositário remisso a entregar o objeto confiado à sua guarda.<sup>93</sup>

Com a Proclamação da República, em 1889, o Governo Provisório expede o Decreto 763, de 19/09/1890, mandando aplicar disposições do Regulamento 737, de 1850, que antes somente regia o processo comercial, ao processo civil. Com isso gera nova controvérsia quanto à prisão civil, porque, nos moldes do Regulamento 737, o depositário somente seria preso se fosse condenado e em 48 horas não restituísse o bem depositado ou seu equivalente em dinheiro.<sup>94</sup>

O Código Penal de 1890 também gerou dúvidas quanto à existência ou não da prisão civil.

Para resolver estas divergências o STJ novamente se manifestou. Em acórdão datado de 1906, entendeu que “a prisão civil independe da apuração da responsabilidade criminal, destinando-se não a punir o delinqüente, mas a compelir o responsável a entrar com o valor do alcance”.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 56.

<sup>93</sup> Id., p. 57.

<sup>94</sup> Ibid., p. 57.

<sup>95</sup> REVISTA DE DIREITO *apud* AZEVEDO, op. cit., p. 59.

Com a atribuição dos estados membros de legislar em matéria processual, a Lei Paraense nº 1.380, de 22.06.1905 e a Lei nº 65, do estado do Rio Grande do Sul, de 1908, aboliram a prisão civil por dívidas nas causas cíveis e comerciais. A Bahia, por sua vez, aboliu a prisão civil por dívidas através da Lei nº 1.121, de 21.08.1915.<sup>96</sup>

As Constituições brasileiras de 1824 e 1891 foram omissas quanto à prisão por dívidas, com isto, o legislador ordinário definia os casos de aplicação da pena de prisão.

A partir da era moderna, a execução por dívida tendeu ao patrimônio e não à pessoa do devedor, isso porque, não se justifica a servidão humana como forma de realização do direito. A execução pessoal por dívida é incompatível com o direito, porque nega as bases da Ciência Jurídica, bases essas “que repousam sobre a liberdade controlada e o respeito à pessoa humana”.<sup>97</sup>

Levando em consideração os princípios de liberdade e respeito à pessoa humana, no mundo moderno começa a integração dos países, reforçada na era contemporânea pelas normas internacionais escritas. No entanto, no Brasil continuou a existir a prisão civil por dívidas, que recentemente recomeça a ser palco das discussões jurídicas, em virtude do Brasil ter ratificado o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 1991, que prevê no art. 11: “ninguém poderá ser preso apenas por não cumprir com uma obrigação contratual”,<sup>98</sup> e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 1992, que dispõe no art. 7, inciso 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”.<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> SOUZA *apud* AZEVEDO, op. cit., p. 59.

<sup>97</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 33-34.

<sup>98</sup> BRASIL. Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991. Aprova os textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados, junto com o Protocolo Facultativo relativo a esse último Pacto, na XXI Sessão (1966) da Assembléia Geral das Nações Unidas. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, p. 9341, 14 dez. 1991.

<sup>99</sup> BRASIL. Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992. Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969,

Tais normas, conforme J. F. REZEK, são bilaterais, assentadas sobre o consentimento e o princípio do *pacta sunt servanda* (pactos são feitos para serem cumpridos) e se expressam através dos tratados ou convenções internacionais.<sup>100</sup>

Entretanto, apesar desses tratados recentemente ratificados, a Constituição de 1988, em caráter excepcional, viabiliza a prisão civil. Esse aspecto trataremos com maior propriedade no capítulo três deste trabalho.

### 6.3 A prisão civil e as constituições federais brasileiras

A Constituição do Império, de 1824, a Constituição da República, de 1891, bem como a Constituição de 1937, foram omissas quanto ao tratamento da prisão civil por dívida e conforme Pontes de MIRANDA, essas Constituições não proibiam a prisão por dívida, por isso o legislador ordinário da época poderia instituí-la.<sup>101</sup>

Por sua vez, a Constituição de 1934, estabelecia no seu art. 113, inciso 30: “não haverá prisão por dívidas, multas ou custas”.<sup>102</sup>

As Constituições de 1946, 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, não seguiram as Constituições anteriores ao estabelecerem com redação idêntica, respectivamente, no art. 141, § 32; 150, §17 e 153, §17: “não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei”.<sup>103</sup>

---

por ocasião da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. *Diário do Congresso Nacional*, p. 95, 28 maio 1992.

<sup>100</sup> REZEK, J. F.. *Direito internacional público*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 3.

<sup>101</sup> MIRANDA *apud* AZEVEDO, op. cit., p. 62.

<sup>102</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 62.

<sup>103</sup> *Id.*, p. 62-63.

Repetindo essas últimas disposições constitucionais a Constituição Federal de 1988 estabelece no artigo 5º, LXVII que: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.<sup>104</sup>

Conforme Celso Ribeiro BASTOS e Ives Gandra MARTINS, a natureza civil desta prisão, “não visa a aplicação de uma pena, mas tão-somente a sujeição do devedor a um meio extremamente violento de coerção, diante do qual, é de se presumir, cedam resistências do inadimplente. É por isso que, paga a pensão, ou restituído o bem depositado, automaticamente cessa a prisão”. Então, pode-se dizer que esta prisão tem o caráter suasório, não apenatório.<sup>105</sup>

Comentando o inciso LXVII da atual Carta Magna, J. CRETELLA JÚNIOR, afirma que esta prisão não é tida como “instrumento para impelir à entrega aquele que tem a posse imediata de algum bem e se recusa a entregá-lo, mas sim como castigo pelo inadimplemento de dívida, tão-só”.<sup>106</sup>

Percebemos que as Constituições Brasileiras têm permitido a prisão por dívidas, mesmo que de forma excepcional, fato este objeto de inúmeras discussões, sendo que, uma destas diz respeito aos tratados ratificados pela União, que retomaremos no terceiro capítulo.

No próximo capítulo analisaremos o contrato de depósito, sob o prisma da legislação e jurisprudência. A partir disso, faremos, no terceiro capítulo, as críticas à prisão civil no contrato de depósito e na alienação fiduciária.

---

<sup>104</sup> BRASIL, *Constituição da República Federativa ...*, p. 9.

<sup>105</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 306, 310.

<sup>106</sup> CRETELLA JÚNIOR. J. *Comentários à Constituição 1988*. v.1. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1988. p. 561.

## O DEPÓSITO NO DIREITO BRASILEIRO

No primeiro capítulo analisamos a prisão civil do depositário sob a ótica da evolução histórica e das constituições brasileiras. Neste capítulo, analisaremos o instituto do depósito, ensejador do pedido de prisão civil do depositário infiel.

### 1. O QUE É DEPÓSITO?

#### 1.1 Conceito

A palavra depósito deriva do latim *depositum*, que significa confiança pela qual alguém coloca uma coisa sob o poder de *outrem*.<sup>107</sup> Desde o direito romano se confere duplo sentido à palavra depósito, que ora significa o próprio contrato, ora a coisa depositada. “*Depositum est quo custodiendum alicui datum est. Dictum ex eo, quod ponitur: praespositio enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei commissum quod ad custodiam rei pertinet (ULPIANO, L. 1, princ. Dig. Deposit. 16,3)*”.<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. v. 3. São Paulo : Saraiva, 1993. p.193.

<sup>108</sup> SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista dos tribunais: direito das obrigações*. 10. ed. v. XVIII. Rio de Janeiro : Freitas Bastos. 1984. p. 5-6.

O Código Civil Brasileiro, em seu art. 1.265 dispõe: “pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame. Parágrafo Único. Este contrato é gratuito, mas as partes podem estipular que o depositário seja gratificado”.<sup>109</sup>

Quem recebe o objeto será denominado depositário e quem dá em depósito, depositante.<sup>110</sup>

## 1.2 Elementos Caracterizadores do Contrato de Depósito<sup>111</sup>

1º) **Natureza contratual:** o contrato de depósito exige o consentimento das partes. Tal consentimento é expressado por contrato, possuindo as seguintes especificações:

a) *Unilateral*, também chamado de *sinalagmático imperfeito*, já que somente impõe obrigações diretas ao depositário, embora, eventualmente, por fato posterior ao contrato, por exemplo no decorrer da execução, obrigue o depositante a restituir o valor gasto na conservação do bem;

b) *Real*, pois só se aperfeiçoa pela tradição do objeto, isto é, pela efetiva entrega;

c) *“Intuitu personae”*, na medida em que se sustenta nas qualidades pessoais do depositário, que somente entrega o bem a quem lhe inspire confiança. Atualmente este caráter não prevalece na prática, pois as pessoas, no intuito do lucro, confiam a guarda do bem a depositário que mal conhecem.

---

<sup>109</sup> NEGRÃO. Theotônio. *Código civil e legislação civil em vigor*. 14. ed. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 209-210.

<sup>110</sup> DINIZ, op. cit., p. 193.

<sup>111</sup> Id., p. 193-195.

2º) **Recebe o depositário objeto móvel, corpóreo:** como possui natureza real, é imprescindível que a coisa depositada seja móvel e suscetível de ser guardada, portanto, corpórea, pois a incorpórea não tem consistência, não podendo ser transportada nem guardada. Quanto às coisas fungíveis, os tribunais e doutrinadores pátrios tem perfilhado o entendimento que podem ser dadas em depósito, desde que identificadas a quantidade, qualidade e gênero. Se assim não se proceder, será considerado empréstimo.

3º) **Obrigação de guardar a coisa, até que o depositante a reclame:** “a guarda da coisa alheia é corolário essencial e a principal obrigação do depositário”. Se isto for alterado, pode degenerar o tipo do contrato, ou seja, se for confiado o bem para utilização, ou para dar-lhe emprego, será locação ou empréstimo. Ante o exposto, é necessário verificar a intenção das partes quando da efetivação do contrato. Assim, se o objeto do contrato, ou o seu fim direto e principal, não se transforma, isto é, continua a ser a guarda e conservação do objeto alheio, e o uso for meramente acidental, estamos diante do contrato de depósito.<sup>112</sup>

4º) **Restituição da coisa pelo depositário na ocasião acordada, ou quando reclamada:** esta é uma obrigação direta e fundamental do depositário, que, não cumprindo, pode ser compelido a fazê-lo pela via judicial, mediante prisão. Reza o artigo 1.287 do Código Civil: “seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário que não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos (art. 1.273)”.<sup>113</sup>

5º) **O contrato de depósito é gratuito:** o depósito foi instituído no direito romano baseado na amizade, na confiança e possuía, de fato, esta característica. Ocorre que, atualmente, a regra é a que o Código Civil prevê em seu artigo 1.265, § 1º: “este contrato é

---

<sup>112</sup> DINIZ, op. cit., p. 194.

<sup>113</sup> NEGRÃO, Código civil ..., p. 212.

gratuito, mas as partes podem estipular que o depósito seja gratificado”.<sup>114</sup> A palavra gratificação difere de remuneração, normalmente aquela indica *quantum* menor que esta.

### 1.3 Requisitos do Depósito<sup>115</sup>

a) **Subjetivos:** as partes devem ter capacidade genérica para praticar atos da vida civil e capacidade especial, da parte do depositante, para dar consentimento inequívoco de entregar a coisa em depósito e por parte do depositário, de aceitar o depósito;

b) **Objetivos:** pode ser objeto deste contrato o bem móvel infungível. Porém, excepcionalmente, bens fungíveis e imóveis. O próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 666, admite bens imóveis;<sup>116</sup>

c) **Formais:** sua forma é livre, entretanto, a lei reclama documento escrito para provar o depósito voluntário.

### 1.4 Divergências Conceituais

J. M. Carvalho SANTOS define depósito como “um ato pelo qual se dá alguma coisa a uma pessoa para guardar, com a obrigação de restituí-la”. Isto é, diz que depósito é ato, por entender que nem sempre resulta de contrato, pois quanto às espécies o depósito pode ser

---

<sup>114</sup> NEGRÃO, Código civil ..., p. 210.

<sup>115</sup> PEREIRA, Caio Mário S. *apud* DINIZ, op. cit., p. 196.

<sup>116</sup> “Art. 666. Se o credor não concordar em que fique como depositário o devedor, depositar-se-ão: [...] II - em poder do depositário judicial, os móveis e os imóveis urbanos; [...]”. NEGRÃO, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 25. ed. São Paulo : Malheiros, 1994. p. 482-483.

*necessário*, e como tal derivar da lei, ou feito em obediência à determinação da lei, isto é, não de acordo com a vontade dos contratantes.<sup>117</sup>

Sílvio RODRIGUES define depósito como o “contrato pelo qual uma pessoa - *depositário* - recebe, para guardar, um objeto móvel alheio, com a obrigação de restituí-lo quando o *depositante* o reclamar”.<sup>118</sup> Maria Helena DINIZ também comunga desse entendimento.<sup>119</sup>

No presente trabalho adotamos a definição proposta por Sílvio RODRIGUES, ou seja, faremos referência ao depósito como contrato.

## 2. ESPÉCIES DE DEPÓSITO

O legislador distingue duas espécies de depósito, o voluntário, que está previsto no Código Civil, artigos 1.265 a 1.281 e o necessário, previsto nos artigos 1.282 a 1.287 do mesmo Código.<sup>120</sup>

### 2.1 Voluntário

É também chamado de *convencional*, por resultar de convenção entre as partes, pois o depositante escolhe voluntariamente o depositário, sem interferência exterior, confiando-lhe

---

<sup>117</sup> SANTOS, op. cit., p. 5.

<sup>118</sup> RODRIGUES, Sílvio. op. cit., p. 257.

<sup>119</sup> DINIZ, op. cit., p. 193.

<sup>120</sup> NEGRÃO, Código civil ..., p. 209-212.

a guarda do objeto, utilizando para isso de contrato escrito, feito por instrumento público ou particular. Conforme Sílvio RODRIGUES o legislador reclama a prova por escrito para impedir a prova eminentemente testemunhal, “capaz de conduzir às maiores iniquidades”.<sup>121</sup>

## 2.2 Necessário

O depósito necessário é aquele em que o depositante não pode escolher livremente a pessoa do depositário. Esse tipo de contrato admite, subsidiariamente, as regras do depósito voluntário. É também chamado de *depósito obrigatório*, sendo que, esta espécie de depósito não depende da vontade das partes, pois se realiza em consequência de circunstâncias que o impõe, onde o depositante entrega a guarda de um objeto à pessoa que desconhece, com o objetivo de subtraí-lo de uma ruína imediata. Não se presume gratuito, já que o depositário não é livremente escolhido pelo depositante.<sup>122</sup> O depósito necessário subdivide-se em:

a) *Depósito legal*: efetuado em desempenho de obrigação prescrita em lei, por exemplo, o feito pelo administrador dos bens do depositário que tenha se tornado incapaz (art. 1.276 CC); ou ainda, o constante do artigo 793 do Código Civil, ou seja, o credor pignoratício que recebe soma excedente ao seu crédito é responsável pelo excesso como depositário. Este tipo de depósito necessário está previsto no art. 1.282, do Código Civil.<sup>123</sup>

b) *Depósito miserável*: é o depósito necessário propriamente dito, efetuado em razão de uma calamidade, tais como incêndio, inundação, saque, etc.. Em virtude de tal circunstância, o depositante é obrigado a deixar seus bens sob a guarda de desconhecido, que

---

<sup>121</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 260.

<sup>122</sup> GOMES, op. cit., p. 339.

<sup>123</sup> NEGRÃO, Código civil ..., p. 211.

aceita o encargo em consequência da situação excepcional. Este tipo de depósito dispensa prova escrita.<sup>124</sup> Também está previsto no art. 1.282, inciso II, do Código Civil.<sup>125</sup>

c) *Depósito hoteleiro ou do hospedeiro*: previsto no Código Civil, art. 1.284, onde é equiparado ao depósito necessário.<sup>126</sup> Trata do depósito das bagagens dos hóspedes, que os hotéis, colégios, hospitais, etc., são responsáveis, contra furtos, roubos, que porventura ocorram. Como prova da responsabilidade do hoteleiro, basta o fato da bagagem do cliente, ou hóspede, ter ingressado no hotel. É o risco do negócio, em que, os proprietários de hotéis e estalagens se oferecem à confiança do público, que não tem como verificar a idoneidade dos estabelecimentos utilizados. A remuneração deste depósito deve estar incluída no preço da hospedagem.

O artigo 1.285, do Código Civil, prevê os casos em que os hoteleiros ou estalajadeiros se eximem da responsabilidade: “[...] I - Se provarem que os fatos prejudiciais aos hóspedes, viajantes ou fregueses não podiam ter sido evitados. II - Se ocorrer força maior, como nas hipóteses de escalada, invasão da casa, roubo à mão armada, ou violências semelhantes”<sup>127</sup>

---

<sup>124</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 267.

<sup>125</sup> “Art. 1.282. É depósito necessário: I - O que se faz em desempenho de obrigação legal (art. 1.283). II - O que se efetua por ocasião de alguma calamidade, como o incêndio, a inundação, o naufrágio, ou o saque”. NEGRÃO, *Código civil ...*, p. 211.

<sup>126</sup> “Art. 1.284. A esses depósitos é equiparado o das bagagens dos viajantes, hóspedes ou fregueses, nas hospedarias, estalagens ou casas de pensão, onde eles estiverem”. Id., p. 211-212.

<sup>127</sup> Ibid., p. 212.

## 2.3 Outras Classificações<sup>128</sup>

### 2.3.1 Depósito regular e irregular

*Regular*: também chamado de *ordinário*, é aquele em que o objeto é individuado, não consumível e que, findo o prazo, é restituído.<sup>129</sup>

*Irregular*: este depósito recai sobre bem fungível, consumível, em que o depositário se compromete a restituir por outro do mesmo gênero, qualidade e quantidade especificados no contrato. Dispõe o artigo 1.280, do Código Civil, que este tipo de depósito deve reger-se pelo disposto acerca do mútuo, ou seja, seguirá os arts. 1.256 a 1.264, do Código Civil.<sup>130</sup> A diferença com relação ao mútuo é que o depósito irregular tem sempre em vista o interesse do depositante, que pode exigir a restituição do bem a qualquer momento. O caso mais típico é o do depósito bancário, mas também, como exemplo, o depósito de mercadorias nos armazéns gerais e de armazenagens nos portos, onde a empresa depositária recebe a mercadoria, guarda, conserva e emite o certificado de depósito e de garantia, respectivamente, *conhecimento de depósito* e *warrant*, que são transmissíveis por endosso (Código Comercial, Decreto nº 1.102/1903).

---

<sup>128</sup> DINIZ, op. cit., p. 200-202.

<sup>129</sup> Id., p. 200.

<sup>130</sup> NEGRÃO, Código civil ..., p. 211.

### 2.3.2 Depósito judicial ou seqüestro

Resulta de ato processual, normalmente feito por mandado judicial, que entrega a terceiro coisa litigiosa, móvel ou imóvel, com intuito de evitar prejuízo e conservar a coisa até que exista sentença com trânsito em julgado. Este depósito é remunerado, além de conferir poderes de administração com vistas à preservação do bem (art. 234 e 507 CC).

O seqüestro é considerado por alguns doutrinadores como categoria autônoma, em vista das suas particularidades.<sup>131</sup>

## 3. CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS

### 3.1 Direitos e Obrigações do Depositário

Conforme Maria Helena DINIZ, o contrato de depósito gera ao depositário o direito de receber do depositante as despesas feitas com a coisa e os prejuízos que do depósito provierem (art. 1.278 CC). O direito de reter o depósito até que se lhe pague o valor das despesas, ou dos prejuízos acima expostos e de exigir caução quando não seja líquida e certa a dívida do depositante ou, na falta desta, requerer a remoção da coisa para depósito público até que se liquidem o valor das despesas ou dos prejuízos (art. 1.279 CC).<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> GOMES, op. cit., p. 340.

<sup>132</sup> “Art. 1.278. O depositante é obrigado a pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa, e os prejuízos que do depósito provierem.  
Art. 1.279. O depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos, a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas. Parágrafo Único. Se essas despesas ou prejuízos não forem provados suficientemente, ou forem ilíquidos, o depositário poderá exigir caução idônea do depositante ou, na falta desta, a remoção da coisa para o depósito público, até que se liquidem”. NEGRÃO, *Código Civil ...*, p. 211.

Se for o caso de remoção para depósito público, após a liquidação, a coisa volta ao poder do depositário, que pode exercer seu direito de retenção, e, mesmo assim, se o depositante não pagar será feita a venda judicial. O direito de exigir a remuneração pactuada; requerer o depósito judicial da coisa quando não puder guardar por motivo plausível e o depositante não queira receber (art. 1.270 e 1.276 CC) e efetuar a compensação com outro depósito (art. 1.273).<sup>133</sup>

Mas, ao lado dos direitos gera também obrigações, quais sejam: guardar a coisa depositada, obrigação inerente ao depósito (art. 1.270 CC); zelar pela coisa depositada para devolvê-la no estado em que recebeu. O código civil impõe a obrigação de zelar pela coisa com a diligência normal de um pai de família, ou seja, o depositário responde por dolo ou falta grave.<sup>134</sup> A lei presume *juris tantum* a culpa do depositário. Este, para se eximir da responsabilidade, precisa provar a ocorrência de caso fortuito ou força maior (art. 1.277 CC). Também, existe a obrigação de não se utilizar da coisa sem a autorização expressa do depositante, pois o depósito visa a guarda e não a utilização da coisa (art. 1.275 CC); e a de restituir a coisa quando decorrer o prazo ou quando reclamada, cujo descumprimento pode levar à consequência mais séria, que é a prisão civil (art. 1.287 CC). A obrigação de restituir passa ao herdeiro do depositário, mas, se este, de boa fé, vendeu a coisa depositada, é obrigado a restituir ao comprador o preço recebido (art. 1.272 CC).<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> “Art. 1.270. Ao depositário será facultado, outrossim, requerer depósito judicial da coisa, quando, por motivo plausível, a não possa guardar, e o depositante não lha queira receber. [...]”

Art. 1.273. Salvo os casos previstos nos arts. 1.268 e 1.269, não poderá o depositário furtar-se à restituição do depósito, alegando não pertencer a coisa ao depositante, ou opondo compensação, exceto se noutro depósito se fundar (art. 1.287). [...]”

Art. 1.276. Se o depositário se tornar incapaz, a pessoa que lhe assumir a administração dos bens, diligenciará imediatamente restituir a coisa depositada, e, não querendo ou não podendo o depositante recebê-la, recolhe-la-á ao depósito público, ou promoverá a nomeação de outro depositário”. NEGRÃO, *Código Civil ...*, p. 210-211.

<sup>134</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 262.

<sup>135</sup> “Art. 1.272. O herdeiro do depositário, que de boa-fé vendeu a coisa depositada, é obrigado a assistir o depositante na reivindicação, e a restituir ao comprador o preço recebido. [...]”

A devolução da coisa depositada deve ir acompanhada dos frutos e acrescidos. Pois, da mesma forma que o depositante, na condição de proprietário, sofre os prejuízos decorrentes da força maior, a ele pertencem os frutos por ela produzidos, durante o depósito. Por este mesmo argumento se justifica a regra do art. 1271, do Código Civil.<sup>136</sup>

O depositário não responde pelo perecimento da coisa, resultante de caso fortuito. Mas, se houver recebido outra em substituição à primeira, é obrigado a entregar esta última ao depositante, bem como a ceder-lhe as ações que no caso tiver contra terceiro, responsável por aquele perecimento (art. 1.271, CC).<sup>137</sup>

### 3.2 Direitos e Deveres do Depositante

O depositante terá o direito de exigir que lhe seja restituída a coisa depositada, com seus acessórios, a qualquer tempo, mesmo antes do vencimento do prazo estipulado. Também, pode impedir que o depositário use a coisa depositada se não autorizou ou exigir que o depositário conserve a coisa no estado que a entregou.<sup>138</sup>

Porém, tem como dever ou obrigação pagar a remuneração que foi convencionada ao depositário, assim como, deve reembolsar as despesas feitas pelo depositário na guarda da

Art. 1.275. Sob pena de responder por perdas e danos, não poderá o depositário, sem licença expressa do depositante, servir-se da coisa depositada. [...]

Art. 1.277. O depositário não responde pelos casos fortuitos nem de força maior, mas, para que lhe valha a escusa, tem de prová-los. [...]

Art. 1287. 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 (art. 1.273)". NEGRÃO, *Código civil* ..., p. 210 a 212.

<sup>136</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 264.

<sup>137</sup> "Art. 1.271. O depositário que por força maior houver perdido a coisa depositada e recebido outra em seu lugar, é obrigado a entregar a segunda ao depositante, e ceder-lhe as ações, que no caso tiver contra o terceiro responsável pela restituição da primeira". NEGRÃO, *Código Civil* ..., p. 210.

<sup>138</sup> DINIZ, op. cit., p. 205.

coisa, como por exemplo no caso de animais, os gastos efetuados com sua manutenção e deve indenizar o depositário pelos prejuízos que do depósito provierem, como por exemplo, o dano decorrente de um defeito oculto da coisa, que provocou deteriorações em bens de propriedade do depositário, ou dar caução idônea exigida pelo artigo 1.279, do Código Civil.<sup>139</sup>

## 4. AÇÃO DE DEPÓSITO E PRISÃO DO DEPOSITÁRIO

### 4.1 Considerações Iniciais

Depositário infiel “é a pessoa a quem foram confiados bens ou valores para guardá-los e conservá-los e que se nega a restituí-los ante mandado judicial”.<sup>140</sup>

Quando o depositário se recusar a restituir a coisa depositada, ou seus frutos e acrescidos, é lícito ao depositante exigí-la por ação própria, prevista nos artigos 901 a 906 do Código de Processo Civil.<sup>141</sup>

A ação de depósito segue procedimento especial, sendo considerada condenatória, pois já contém em si o caráter executório, tendo como sanção a prisão civil do depositário inadimplente.

Terá legitimidade ativa para o ingresso em juízo, a pessoa que deu em depósito, que não é necessariamente o proprietário, ou seus sucessores, pois podem o administrador ou

---

<sup>139</sup> DINIZ, op. cit., p. 205.

<sup>140</sup> ENCICLOPÉDIA SARAIVA DE DIREITO, op. cit., p. 385.

<sup>141</sup> NEGRÃO, Código de processo civil ..., p. 573 a 576.

procurador dar em depósito. E como legitimado passivo, o depositário infiel ou seus herdeiros e sucessores.<sup>142</sup>

## 4.2 Procedimento

Dispõe o art. 904 do CPC que “julgada procedente a ação, ordenará o juiz a expedição de mandado para a entrega, em vinte e quatro (24) horas, da coisa ou do equivalente em dinheiro. Parágrafo único. Não sendo cumprido o mandado, o juiz decretará a prisão do depositário infiel”.<sup>143</sup>

O art. 1.287 do Código Civil, sustenta que, tanto no depósito voluntário ou convencional, quanto no necessário ou judicial, cabe a prisão civil.<sup>144</sup> Existe uma corrente jurisprudencial que distingue o depósito necessário do voluntário, defendendo que naquele descabe a ação de depósito para a aplicação da pena de prisão, sustentando então, que ao juiz da execução é dado, independentemente do ajuizamento da ação de depósito, decretar a prisão civil do auxiliar infiel do juízo.<sup>145</sup>

Porém, Humberto THEODORO JÚNIOR não comunga desse entendimento, afirmando que, a prisão civil do depositário não está prevista em nenhum outro lugar do CPC, “a não ser na regulamentação do procedimento especial da ação de depósito”, logo, como a prisão civil deve seguir o “devido processo legal”, fora da ação de depósito não há como se impor tão grave sanção.<sup>146</sup>

---

<sup>142</sup> DINIZ, op. cit., p. 207.

<sup>143</sup> NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil ...*, p. 574-576.

<sup>144</sup> NEGRÃO, *Código Civil ...*, p. 212

<sup>145</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. v. 3. 12. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995. p. 73.

<sup>146</sup> Id., p. 73-74.

A petição inicial da ação de depósito deve conter os requisitos do artigo 282, do Código de Processo Civil, e ser instruída com a prova do depósito a estimativa do valor da coisa, o pedido de citação do réu e a cominação da prisão, que não é requisito essencial, mas faculdade do autor.<sup>147</sup>

Entretanto, se o pedido de prisão não for feito na inicial, não pode mais sê-lo, pois esta omissão será considerada como renúncia.<sup>148</sup>

A partir da citação, o réu tem 5 (cinco) dias para entregar a coisa, depositá-la judicialmente ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro, sob pena de prisão civil. Pode, ainda, contestar a ação, alegando a nulidade ou falsidade do título, a extinção das obrigações, força maior ou caso fortuito e demais defesas previstas na lei civil (art. 902, § 2º, CPC).<sup>149</sup>

Após a contestação, o processo segue o rito ordinário. A sentença será condenatória, com efeito executivo e será expedido mandado para a entrega, em 24 (vinte e quatro) horas, da coisa ou do equivalente em dinheiro. Se o mandado não for cumprido o juiz decreta a prisão do depositário infiel (art. 904 CPC).

Embora existam argumentos em contrário, Adroaldo Furtado FABRÍCIO sustenta que o mandado de entrega da coisa, com ou sem a cominação de prisão, só poderá ser expedido após o trânsito em julgado da sentença.<sup>150</sup>

A prisão não excederá o prazo de 1 (um) ano, conforme dispõe o art. 902, § 1º, Código de Processo Civil e cabe ao juiz, ao prolatar a sentença, fixar a duração desta. Este tipo de prisão não recebe os benefícios da suspensão da pena ou prisão domiciliar, isto ocorre

---

<sup>147</sup> DINIZ, op. cit., p. 207-208.

<sup>148</sup> Id., p. 208.

<sup>149</sup> NEGRÃO, Código de processo civil ... , p. 573-575.

<sup>150</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Comentários ao código de processo civil. v. 8, t. 3. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1992. p. 161.

devido ao seu caráter coercitivo, ou seja, visa forçar o devedor a entregar o bem, portanto não tem caráter punitivo, como é caso da pena no Direito Penal.<sup>151</sup>

Reza o artigo 905, do Código de Processo Civil, que “sem prejuízo do depósito ou da prisão do réu, é lícito ao autor promover a busca e apreensão da coisa. Se esta for encontrada ou entregue voluntariamente pelo réu, cessará a prisão e será devolvido o equivalente em dinheiro”.<sup>152</sup>

Da decisão que decretar a prisão cabe agravo, enquanto a apelação, com efeito suspensivo, é o recurso cabível contra a sentença que a impõe. Por via de mandado de segurança se pode imprimir ao agravo o efeito suspensivo, caso o juiz não considere a apelação somente com efeito devolutivo. O *habeas corpus* é o remédio constitucional que poderá ser impetrado para atacar a legitimidade da prisão civil do depositário.<sup>153</sup>

## 5. EXTINÇÃO DO DEPÓSITO

O depósito extingue-se por manifestação unilateral da vontade do depositante, a qualquer tempo, ainda que com prazo estipulado. Já o depositário não pode por sua vontade extinguir o contrato, mas pode exonerar-se de suas obrigações, apresentando motivo plausível, isto está disposto no art. 1.270 do Código Civil.<sup>154</sup>

Também faz cessar o depósito: o vencimento do prazo; a exigência da entrega do bem pelo depositante; o perecimento da coisa em razão de caso fortuito ou força maior, sem existir

---

<sup>151</sup> DINIZ, op. cit., p. 208.

<sup>152</sup> NEGRÃO, Código de processo civil ... , p. 576.

<sup>153</sup> RABELLO, op. cit., p. 156.

<sup>154</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 269-270.

sub-rogação em outro bem; a morte ou incapacidade do depositário se o depósito for “*intuitu personae*”; conforme dispõe a Lei nº 2.313/54, mais tarde regulamentada pelo Decreto nº 40.395/56, também extingue o depósito o decurso do prazo de vinte e cinco anos, sem ser o bem reclamado pelo depositante e, “uma vez extintos os contratos, os bens depositados devem ser recolhidos ao Tesouro Nacional em nome dos proprietários, onde permanecerão durante cinco anos, incorporando-se, a seguir, ao patrimônio nacional, se nesse prazo por aqueles não forem reclamados”<sup>155</sup>

## 6. DEPOSITÁRIO INFIEL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

### 6.1 Negócio Fiduciário

#### 6.1.1 A fidúcia no Direito Romano

*Fidúcia*, palavra latina, com significado de confiança, segurança, fiúza, atrevimento, audácia, prosápia.<sup>156</sup>

A fidúcia do Direito Romano existe até hoje e embora tenha se afeiçoado às exigências modernas, guarda características básicas. Historicamente existiram dois tipos de fidúcia:

a) *fiducia cum amico*: baseada na confiança, uma pessoa transferia um bem a um amigo, em virtude de uma causa, como exemplo, uma viagem. Este tipo aplicava-se em

---

<sup>155</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 270.

<sup>156</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 80.

contratos de comodato, administração, depósito, arrendamento, doação por imposta pessoa ou *mortis causa*, manumissão, etc..<sup>157</sup>

b) *fiducia cum creditore*: também era realizada entre amigos, porém pressupunha um crédito, quer dizer, era dada como garantia real a um credor. Segundo José Carlos Moreira ALVES, a garantia resultante da *fiducia cum creditore*, por conceder ao credor a propriedade sobre a coisa e não somente direito real limitado, é a forma mais vigorosa que se pode imaginar e se adapta às características de rigorismo para com o devedor, característica que é própria do direito primitivo.<sup>158</sup>

Vários romanistas conceituaram fidúcia. Dentre eles, destaca-se Pietro BONAFANTE, que a entende como “uma convenção pela qual uma das partes (fiduciário), recebendo da outra (fiduciante) uma coisa, na forma de *mancipatio* ou de *iure in cessio*, assume a obrigação de usá-la para um fim determinado e, em regra, pelo menos, restituí-la ao cabo desse fim”.<sup>159</sup>

Por sua vez, Caio Mário da Silva PEREIRA, define a alienação fiduciária como “a transferência, ao credor, do domínio e posse indireta de uma coisa, independentemente de sua tradição efetiva, em garantia do pagamento de obrigação a que acede, resolvendo-se o direito do adquirente com a solução da dívida garantida”.<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 83.

<sup>158</sup> ALVES, José Carlos Moreira. Da fidúcia romana à Alienação Fiduciária em garantia no direito brasileiro. *Contratos nominados: Doutrina e Jurisprudência*. Coord. Yussef Said Cahali, Jurispr. Francisco José Cahali e Yussef Said Cahali. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 23.

<sup>159</sup> BONAFANTE *apud* AZEVEDO, op. cit., p. 81-82.

<sup>160</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 4. 12. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996. p. 300.

### 6.1.2 Negócio fiduciário no Direito brasileiro

Tendo em vista os elementos analisados, que persistem desde o Direito Romano, aponta Álvaro Villaça AZEVEDO:

[...] o negócio fiduciário é o vínculo jurídico de natureza real, que se estabelece entre o fiduciante (*tradens*) e o fiduciário (*accipiens*), pelo qual o primeiro, que confia no segundo, transmite a este um direito ou um bem jurídico, cumpridas as formalidades da *mancipatio* ou da *in iure cessio*, seja para garantir o pagamento de uma dívida ou para obter o favor da administração ou guarda de um patrimônio, tudo para que faça certo uso desse objeto fiduciário, dê a ele certo destino, e o restitua ao final de um prazo (advento do termo) ou ao verificar-se uma condição (implemento da condição), sob pena de, descumprida essa obrigação, indenizar os prejuízos causados.<sup>161</sup>

De acordo com a Lei 4.728/65, posteriormente alterada pelo Decreto Lei 911/69, são objeto de alienação fiduciária bens móveis infungíveis. Já existiu entendimento na doutrina de que bens móveis fungíveis e consumíveis poderiam ser objeto de alienação fiduciária, porém, o entendimento do STJ vem em conformidade com o abaixo exposto:<sup>162</sup>

**Alienação fiduciária - Bens fungíveis e consumíveis - Posicionamento do STJ - Entendimento majoritário no sentido da inadmissibilidade da garantia.** A segunda Seção do STJ, competente no tema, por maioria uniformiza seu entendimento proclamando a inadmissibilidade da alienação fiduciária de bens fungíveis e consumíveis (comerciáveis). (2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, 28.10.92, maioria, JSTJ, 46:219). No mesmo sentido, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, 29.06.90, Revista STJ, 15:366; 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, 11.06.91, maioria, Revista do STJ, 28:427.<sup>163</sup>

---

<sup>161</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 84.

<sup>162</sup> Id., p. 89.

<sup>163</sup> ALVES, op. cit., p. 21.

A alienação fiduciária é um negócio jurídico bilateral, em que o objetivo é a transferência da propriedade de uma coisa ao credor, com a finalidade de garantir um pagamento. Caracteriza-se por duas relações jurídicas, quais sejam: relação obrigacional, representada pelo débito; relação real, manifestada pela garantia, isto é, o credor somente quer assegurar seu crédito. Também por isso que a alienação é temporária, transitória.

Quanto às conseqüências da alienação fiduciária, o artigo 66 da Lei 4.728/65, alterado pelo Decreto-Lei nº 911/69, dispõe:

Art. 1º O art. 66, da Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965, passa a ter a seguinte redação: “Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal [...]”<sup>164</sup>

## 6.2 Alienação Fiduciária, Ação de Depósito e Prisão do Depositário

Comentando a Constituição brasileira de 1967, José Geraldo de Jacobina RABELLO, conclui que:

[...] é aceitável a afirmação segundo a qual a alienação fiduciária romana teria servido de fonte para a alienação fiduciária brasileira. Mas, na primeira, o depósito entrava em linha de consideração de modo concreto e definido, e era a causa da alienação, enquanto no Direito brasileiro o objetivo visado com a transferência da coisa para o credor é garantir o financiamento concedido ao devedor, que se torna

---

<sup>164</sup> NEGRÃO, Código civil ..., p. 300-301.

dela depositário apenas em caráter accidental, isto é, até que pague o mútuo, caso em que voltará a ter a propriedade do bem, ou até que este seja passado à posse direta do fiduciário, em não podendo solver a dívida.<sup>165</sup>

Cumprе lembrar que a Constituição brasileira de 1988 repetiu a impossibilidade da prisão civil por dívidas, ressaltados os casos do depositário infiel e do devedor de pensão alimentícia. Então, na opinião de José Geraldo de Jacobina RABELLO, à luz da Constituição da República é correto afirmar que, somente ao próprio poder constituinte cabe alterar para pior os direitos fundamentais do homem, então a equiparação do devedor da alienação fiduciária ao depositário é indevida.<sup>166</sup>

Na alienação fiduciária não existe a figura do depositário, o que ocorre é a equiparação do devedor fiduciante ao depositário, ou seja, atribui-se a “responsabilidade de depositário a quem não o é”.<sup>167</sup> Atualmente, a maior incidência estatística das ações de depósito, “decorre da equiparação do alienante financiado ao depositário, nos contratos de abertura de crédito com garantia de alienação fiduciária”.<sup>168</sup>

O que se admite, por muitos doutrinadores e por boa parte da jurisprudência, é a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito. Então, existe na prática uma ação de cobrança com ameaça de prisão, o que atesta o poder das empresas que comerciam com dinheiro. Em relação à equiparação do devedor fiduciante ao depositário, bem lembra Adroaldo Furtado FABRÍCIO: “os males que daí advieram e ainda advirão, como consequência do abuso do poder econômico, possivelmente forçarão, em futuro próximo, o reexame da constitucionalidade” de tal medida.<sup>169</sup>

---

<sup>165</sup> RABELLO, op. cit., p. 154-155.

<sup>166</sup> Id., p. 155.

<sup>167</sup> FABRÍCIO, op. cit., p. 121.

<sup>168</sup> Id., p. 134.

<sup>169</sup> Ibid., p. 136.

Demonstraremos no terceiro capítulo que, como não há depósito na alienação fiduciária, ou seja, o devedor fiduciante é tornado depositário por ficção legal, as decisões dos tribunais brasileiros divergem. Existem decisões que admitem a equiparação e outras tendem à abolição da prisão civil por dívida, mesmo em sua forma excepcional.

Estas últimas levam em conta que o devedor fiduciário não é depositário e que a prisão civil do depositário infiel, do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, só pode ser aquela tradicional, porque, o direito à liberdade, sob a égide da vigente Carta Constitucional, não pode sofrer limitações em razão de dívidas, exceto em situações restritivas e bem definidas.

Mesmo porque, o Brasil ratificou dois tratados internacionais: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de San José, e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que dispõem que ninguém será preso por dívidas.

No capítulo seguinte analisaremos às críticas feitas por juízes, desembargadores, juristas e filósofos à prisão civil do depositário infiel. Especificamente, as críticas do ponto de vista dos direitos do homem, da alienação fiduciária em garantia, dos tratados ratificados pelo Brasil e do utilitarismo de Jeremy BENTHAM e Cesare BECCARIA.

## CRÍTICAS À PRISÃO POR DÍVIDAS

### 1. A PRISÃO POR DÍVIDAS E OS DIREITOS DO HOMEM

“Os sistemas jurídicos modernos baniram, por odioso, o instituto da prisão por dívidas, fazendo aplicação do princípio segundo o qual por estas responde o patrimônio”,<sup>170</sup> isto porque, o direito moderno pauta-se nos princípios de liberdade e respeito à pessoa humana, estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e repetidos nas Constituições modernas de diversos países. A liberdade, pois, é considerada como bem supremo, insuscetível de qualquer negócio.

Foi justamente na era moderna que muitos pensadores se opuseram às severas penas impostas aos condenados. Cesare BECCARIA, com o livro “Dos delitos e das penas”, baseado no critério utilitarista questionou e se opôs à pena de morte, por não ser nem útil nem necessária. Afirma: “a pena de morte, pois, não se apóia em nenhum *direito*. É Guerra que se declara a um cidadão pelo país, que considera necessária ou útil a eliminação desse cidadão. Se eu provar, contudo, que a morte nada tem de útil ou de necessária, ganharei a causa da humanidade”.<sup>171</sup>

---

<sup>170</sup> FABRÍCIO, op. cit., p. 120.

<sup>171</sup> BECCARIA, Cesare. op. cit., p. 45.

Com a evolução dos institutos, como o da fraude contra credores, que iniciou no direito romano clássico, as penalidades ou sanções por dívidas, que antes recaiam sobre a pessoa do devedor, passam a incidir sobre o patrimônio.<sup>172</sup>

Porém, a Constituição brasileira manteve duas exceções, permitindo a prisão civil. Uma das exceções é a do depositário infiel. Isso acarreta que, de acordo com a legislação vigente no país, os credores dos contratos de depósito, que são normalmente instituições financeiras, não possuem apenas garantias patrimoniais, mas, passam a ter garantias pessoais sobre os devedores, isto é, no Brasil o não cumprimento de um contrato pode dar ensejo à pena corporal. Tal disposição da pessoa humana, fere a Declaração dos Direitos do Homem, ainda da época da Revolução Francesa, que dispõe:

Art. 1º - Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. [...]

Art. 3º - Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. [...]

Art. 9º - Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.<sup>173</sup>

A liberdade de ir e vir é decorrência do próprio direito da pessoa e não pode ser violada por “questões meramente patrimoniais, sem qualquer interesse público”.<sup>174</sup>

As restrições à liberdade de ir e vir são aceitas pela população apenas quando necessárias à segurança pessoal, à necessidade de sobrevivência, ou da ordem pública, o que não justifica a prisão do depositário infiel, porque, neste caso, se restringe a liberdade em decorrência de um contrato, de uma obrigação privada, patrimonial.<sup>175</sup>

---

<sup>172</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 11.

<sup>173</sup> ALTAVILA, Jaime de. *Origem dos direitos dos povos*. 5. ed. São Paulo : Ícone, 1989. p. 253.

<sup>174</sup> PODESTÁ, Fábio Henrique. *A prisão civil do depositário infiel decorrente da alienação fiduciária em garantia após a CF de 1988*. FMU : Internet, 18 abr. 1997. p. 5.

<sup>175</sup> RABELLO, op. cit., p. 108.

A prisão civil, embora intimide o devedor, não é a solução para dívidas decorrentes de contratos serem cumpridas. Atualmente as prisões são insuficientes até para conter, condignamente, indivíduos considerados “perigosos” para a sociedade. Não há capacidade física (em termos de sistema carcerário) para conter contratantes inadimplentes. Argumento de menor importância do ponto de vista do direito tem enorme relevância quando o analisamos desde um ponto prático. “O dano moral ao devedor, causado por essa prisão arrasta-o à desmoralização e à quebra de direitos de sua personalidade, nutrindo coerção sem pena [...]”.<sup>176</sup>

Esse tipo de constrangimento pessoal não guarda compatibilidade com a dignidade da pessoa humana e com a justiça, que devem pautar toda legislação e que são fundamento e objetivo da República Federativa do Brasil.<sup>177</sup>

## 2. PRISÃO CIVIL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Na alienação fiduciária não há contrato de depósito, mas a maior incidência de ações de depósito transitando na justiça, atualmente, decorrem da alienação fiduciária.<sup>178</sup> Isto porque, com base no art. 1º, do Decreto-Lei 911/69, os Tribunais tem aceito a conversão da ação de busca e apreensão do bem em ação de depósito, equiparando o devedor ou possuidor direto ao depositário, importando, em virtude de legislação ordinária, nas sanções impostas a este.

Desse modo, como não há depósito na alienação fiduciária, o devedor fiduciante é tornado depositário através de uma ficção legal; por este motivo a jurisprudência não é

---

<sup>176</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 159-160.

<sup>177</sup> BRASIL, Constituição ..., op. cit., p. 3.

<sup>178</sup> Conforme consulta de jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, do ano de 1988 ao de 1996, volumes relacionados após a bibliografia.

uniforme em relação à prisão deste devedor, nem poderia ser, trata-se de aceitar uma ficção e uma inconstitucionalidade. Muitas sentenças são prolatadas no sentido de equiparar o devedor do contrato de alienação fiduciária ao de depósito e com base no artigo 4º, do Decreto Lei 911/69, os Tribunais tem ratificado a prisão do fiduciante, caso o bem alienado fiduciariamente não seja encontrado:

**Prisão civil - Depositário infiel - Alienação fiduciária - Busca e apreensão - Conversão em depósito - Inexistência da entrega do bem ou equivalente em dinheiro - Arts. 904, parágrafo único, do CPC e 5º, LXVII, da CF - Legitimidade da prisão.** De outra parte, sem embargo da corrente minoritária que entende inadmissível, na espécie, a aplicação do art. 904, parágrafo único, do CPC, o certo é que prepondera o entendimento da legitimidade da prisão do depositário do bem alienado fiduciariamente, a exemplo do depositário infiel. Aliás, o art. 5º, inciso LXVII, da CF de 1988 veio a fortalecer o cabimento dessa medida ao determinar: “não haverá prisão civil por dívida, *salvo* a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do *depositário infiel*. (3ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Apelação 421.978-0, 23.4.90, AASP, 1.666:292)<sup>179</sup>

**PRISÃO CIVIL - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - DEPÓSITO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO DE PRISÃO DO DEVEDOR FIDUCIANTE - HIPÓTESE NÃO ACOLHIDA.** Nos casos de ação de depósito fundada no Decreto-Lei 911/69, é iterativa a jurisprudência no sentido de que a prisão do devedor fiduciante não afronta o texto constitucional. (1º TACSP - Ap. Cív. 386.529 - Relator Juiz GUIMARÃES E SOUZA - 2/5/88)<sup>180</sup>

**Alienação fiduciária - Busca e Apreensão - Conversão em ação de depósito - Admissibilidade - Petição - Requisitos legais não observados.** O pedido de busca e apreensão pode ser convertido em ação de depósito. Mas a petição para esse fim

<sup>179</sup> ALVES, op. cit., p. 41.

<sup>180</sup> BRASIL. *Jurisprudência brasileira cível e comércio : prisão civil*. v. 151. Curitiba : Juruá, 1989. p. 117.

deve satisfazer aos requisitos do art. 902 do CPC (3ª Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, 15.6.76, RT, 490:164).<sup>181</sup>

Porém, outras decisões demonstram tendência à abolição da prisão civil por dívida, quando se tratar de devedor em alienação fiduciária:

**Habeas corpus - Alienação fiduciária - Ação de depósito com sentença transitada em julgado - Prisão civil - Ordem concedida para impedir o custodiamento físico do paciente.**

1. *“A liberdade é o maior bem da vida, que por isso mesmo sobrepassa o interesse pecuniário de qualquer credor. Só em último caso deve-se prender um cidadão comum, que confia sua própria liberdade ao credor, fortalecido pela lei para explorar atividade econômica considerada útil ao desenvolvimento do País”* (Des. Cristiano Graef Júnior, in RJTJRGS, volume 77, pág. 143).

2. *“O instituto da alienação fiduciária em garantia traduz-se em uma verdadeira aberratio legis: o credor fiduciário não é proprietário; o devedor fiduciante não é depositário. A prisão civil por dívida do depositário infiel do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, só pode ser aquela tradicional (CC - art. 1.265)”* (Verbete n. 70.836, in ADV Jurisp., 1995, pág. 588). (Habeas corpus n. 12.689, de Taió - Relator Des. ORLI RODRIGUES, JC 1995, v. 75 - 22/02/96)<sup>182</sup>

**Habeas Corpus - Prisão civil - Depositário infiel - Alienação fiduciária em garantia - Inconstitucionalidade - Ordem concedida - Violação do inciso LXVII do art. 5º da Carta Política - Precedente do STJ.**

A Carta Magna não autoriza “prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

A equiparação do depositário infiel (Dec.-lei nº 911/69, art. 4º), criando nova hipótese de prisão por dívida, por restringir a garantia do inciso LXVII do artigo 5º da Carta Política, incide em inconstitucionalidade, ensejando habeas corpus.

A alienação fiduciária, à guisa de proteger o mercado de capitais, sacrifica o princípio segundo o qual apenas o patrimônio do devedor deve responder por

<sup>181</sup> ALVES, op. cit., p. 39.

<sup>182</sup> SANTA CATARINA. Jurisprudência catarinense. v. 75. Florianópolis: TJSC, 1996. p. 523-524.

suas dívidas, elevando o interesse econômico acima da liberdade. (grifo nosso - Habeas corpus n. 12.755, de Tubarão - Relator Des. AMARAL E SILVA, JC 1995, v. 75 - 05/03/96)<sup>183</sup>

**Alienação fiduciária - Falência do devedor - Busca e apreensão do bem alienado - Bem não encontrado - Pedido de transformação em depósito - Indeferimento.** Admitir-se a ação de depósito do art. 4º, do Decreto-Lei 911/69, contra o devedor fiduciante em regime de falência, seria aceitar que o comando legal envolve uma impossibilidade jurídica que conduz ao absurdo (1ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, 10.06.91, RT, 679:114).<sup>184</sup>

**Alienação fiduciária - Prisão civil do devedor - Inadmissibilidade - 'Equiparação' do alienante fiduciário e depositário, pela legislação ordinária, não recepcionada pelo art. 5º, LXVII, da CF, vez que não repetiu a cláusula 'na forma da lei', constante na Carta anterior. [...] Haver-se-á de reconhecer, isso sim, que a constrição psicológica processual restou mantida apenas às hipóteses em que haja verdadeiro depósito, afastadas as situações a ele equiparadas pela legislação ordinária. (7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, 2.9.92, RT, 695:192).**<sup>185</sup>

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO TRANSMUDADA EM DEPÓSITO. CABIMENTO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. PROTESTO CAMBIAL. MORA. PRISÃO DO DEVEDOR.** Por se tratar de previsão legal, caso o bem alienado não seja encontrado, cabível a transformação da ação de busca e apreensão em ação de depósito, refutada a prisão civil, eis que assim não prevê a Carta Federal [...]. (Ap. Cível nº 195123930 - 6ª C. Cível de Porto Alegre - Apelante: Nazareno Werppe, Apelada: Gaúcha Car Administradora de Consórcios Ltda - Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS)<sup>186</sup>

<sup>183</sup> SANTA CATARINA, op cit., p. 512-513.

<sup>184</sup> ALVES, op. cit., p. 35.

<sup>185</sup> Id., p. 40-41.

<sup>186</sup> RIO GRANDE DO SUL. **Julgados do Tribunal de Alçada do estado do Rio Grande do Sul.** v. 97, Porto Alegre : TARGS, 1996. p. 150.

O direito à liberdade se sobrepõe ao interesse pecuniário, o *habeas corpus*, concedido nas decisões acima, se coaduna com a justiça, porque, o cidadão comum está, pelo Decreto-Lei 911/69, confiando a sua própria liberdade ao credor. Simplesmente por que este realiza atividade econômica que traz desenvolvimento para o país? O direito liberdade pode sofrer limitações em razão de dívidas?

A Constituição da República excepciona dois casos em que a prisão por dívidas é permitida, embora, Adroaldo Furtado FABRÍCIO, diga que, a rigor, somente existe uma exceção à prisão por dívida, que é a do depositário, ou seja, do art. 5º, inciso LXVII, *in fine*,<sup>187</sup> da Constituição Federal.<sup>188</sup>

A permissão da prisão civil do depositário infiel, amparada constitucionalmente nos contratos de depósito, é admissível, sob o ponto de vista constitucional. Como vimos, na jurisprudência acima descrita, a discussão nos tribunais diz respeito à extensão da aplicação da prisão a outros casos, equiparados, por legislação ordinária, ao depositário. Aqui especificamente reconhecemos que as equiparações (que não nascem com o contrato de depósito) são inconstitucionais. Mas, durante toda esta monografia, criticamos a prisão civil do depositário infiel (do contrato de depósito) também sobre outros aspectos.

Não questionamos o Decreto-Lei nº 911/67 sob o ponto de vista formal, pois contempla o devido processo legal, com ampla defesa para o devedor, o contraditório e os meios cabíveis em todas as ações pertinentes, todavia, o devedor fiduciante não se equipara integralmente ao depositário da lei civil, porque depositário é o que recebe em depósito (requer o contrato de depósito), tal equiparação tem em mira apenas a plena garantia do credor, e quando admitida, coloca ao dispor do credor a liberdade do devedor. Quando

---

<sup>187</sup> “LXVII - não haverá prisão por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. BRASIL, *Constituição ...*, p. 9.

<sup>188</sup> FABRÍCIO, *op. cit.*, p. 120.

comprou o bem, o devedor não teve a intenção de fazer um contrato de depósito, mas de adquirir o domínio e de consumir a coisa, não sendo então um verdadeiro depositário.

Ademais, a expressão “na forma da lei”, constante da Constituição de 1967,<sup>189</sup> e que oportunizava a interpretação de que era permitida a prisão dos inadimplentes de compras a crédito, foi excluída pela Constituição Federal de 1988 com o evidente intuito de restringir ao máximo a prisão excepcional.

O Decreto-Lei 911/69, foi editado por ato exclusivo do executivo, alheio ao legislativo, em pleno regime de exceção, com o objetivo aparente de facilitar ao consumidor a aquisição de bens. Entretanto, Liberato PÓVOA, nos orienta que, na realidade, o instituto da alienação fiduciária em garantia surgiu “para beneficiar grupos econômicos, a pretexto de proteger o mercado de capitais”. Caracterizando-se num verdadeiro “assalto ao bolso do consumidor, através de contratos leoninos carregados de obrigações e ônus para aquele que busca adquirir qualquer bem durável ou de consumo”. Tal dispositivo legal somente protege o lado economicamente mais forte do contrato, ou seja, as financeiras e os bancos.<sup>190</sup>

Na realidade, “recorrem as financeiras à ação de depósito sem qualquer objetivo de reaver o bem, mas com o único propósito de cobrar a dívida, baseadas no medo que a prisão inspira”.<sup>191</sup>

A prisão civil na alienação fiduciária é inconstitucional. Adroaldo Furtado FABRÍCIO afirma que corremos o risco de “desfigurar ou esvaziar a garantia constitucional, à força de atribuir-se, mediante lei ordinária, responsabilidade de depositário a quem não o é”. E a equiparação somente acontece porque o “neomercantilismo vigente” não se conforma com a

<sup>189</sup> Tal matéria, que não constitui novidade da Carta Política vigorante, se encontrava disciplinada de modo diverso no art. 153, § 17, da CF/67: “Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei”. BRASIL. *Jurisprudência brasileira* ..., p. 24.

<sup>190</sup> PÓVOA, Liberato. *Busca e apreensão*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1994. p. 90-91.

<sup>191</sup> AMARAL E SILVA. Antônio Fernando. Depósito o direito e o processo. *Jurisprudência Catarinense*. v. 46. Florianópolis : TJSC, 1984. p. 40.

“aparente inferioridade” das garantias que possui, como exemplo a do fiador, ou de um título de crédito, mas, “sonha com mecanismo legais tão poderosos, em termos de pressão psicológica, como os permitidos para forçar o depositário à restituição”.<sup>192</sup>

No contrato de depósito a prisão não é elemento essencial, significando que não é insubstituível, sem a qual o direito respectivo, bem como o remédio peculiar erigido pelo legislador perderia a identidade. Justamente não é essencial porque subsiste, à sua falta, obrigação alternativa (entrega da coisa ou pagamento do equivalente pecuniário) compatível ao escopo da ação, que visa exigir a restituição da coisa depositada (art. 901, do CPC).<sup>193</sup> Dizendo de outra forma, é possível excluir a prisão e preservar o resto, porque a ação de depósito embora trazendo consigo o elemento da condenação, é antes de tudo uma ação executiva. Então, a retirada da “constrição psicológica processual” não descaracteriza a demanda de depósito.

Face exposto, a interpretação do art. 5º, inciso LXVII deve ser restrita, porque, sob o ponto de vista legal, somente cabe prisão ao depositário propriamente dito, sendo impedida a de figuras equiparadas por lei ou por contrato, mesmo porque, é cediço que as “garantias constitucionais não podem ser restringidas pela lei ordinária”.<sup>194</sup>

A prisão civil, apesar da repulsa da sociedade, passou a ser regra, causando “prejuízo do bem comum que o direito visa garantir”. A liberdade é empenhada como garantia das dívidas e o devedor, temeroso com a possibilidade de perder a liberdade, paga, inclusive e freqüentemente, mais do que deve.<sup>195</sup>

---

<sup>192</sup> FABRÍCIO, op. cit., p. 121.

<sup>193</sup> “Art. 901. Esta ação tem por fim exigir a restituição da coisa depositada”. NEGRÃO, Código de processo civil ..., p. 573.

<sup>194</sup> AMARAL E SILVA, op. cit., p. 41.

<sup>195</sup> Id., p. 40-41.

A liberdade não pode ser disponibilizada como garantia de contrato, assim como a vida. O legislador deixou as financeiras e os bancos em condições muito confortáveis, pois têm como recurso a liberdade do indivíduo como garantia de uma transação.

### 3. OS TRATADOS RATIFICADOS PELO BRASIL

A discussão sobre a prisão civil do depositário infiel tem sido freqüente, principalmente a partir dos anos de 1991 e 1992, quando o Brasil ratificou dois tratados internacionais: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de San José, que no artigo 7º, inciso 7, ao tratar “do direito à liberdade pessoal” reza: “ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”,<sup>196</sup> e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que no artigo 11, dispõe que: “ninguém será preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.<sup>197</sup>

A Constituição da República, ao mesmo tempo que prevê a prisão civil por dívida, de forma excepcional, no artigo 5º, inciso LXVII, estabelece no parágrafo segundo deste artigo, 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<sup>198</sup> seja parte”.<sup>199</sup>

---

<sup>196</sup> BRASIL. Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991 ... , p. 9341.

<sup>197</sup> BRASIL. Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992 ... , p. 95.

<sup>198</sup> Conforme CRETELLA JÚNIOR aqui se verifica um lapso do legislador constituinte, porque, não é a República Federativa do Brasil que figura como parte em tratados internacionais, mas a União, porque somente a União é sujeito de direito. CRETELLA JÚNIOR, J. *Comentários à Constituição 1988*. 3. ed. v. 2. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1994. p. 870-871.

<sup>199</sup> BRASIL, *Constituição da República ...* , p. 10.

Celso Ribeiro BASTOS e Ives Gandra MARTINS, dizem que a inspiração desse parágrafo vem da Constituição Americana, que inclui tal disposição justamente para afirmar que o “esquecimento ou a deliberada não inclusão de direitos já reconhecidos em nível de costumes não implicava uma revogação da Carta Magna”.<sup>200</sup>

Esse preceito constitucional se repete nas Constituições brasileiras desde 1891. Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, comentando a Constituição de 1967, afirma que, o constituinte pretendeu garantir que, além dos direitos explicitamente reconhecidos, podem existir outros direitos que a Constituição da República implicitamente adota.<sup>201</sup>

Ocorre que, tratados internacionais ratificados pelo Brasil (via Decreto Legislativo), adquirem, internamente, força de lei. Então, o que tem eficácia?

A princípio, o que tem eficácia é a norma Constitucional expressa no art. 5º, inciso LXVII. Assim é juridicamente cabível a prisão civil mesmo após a ratificação dos tratados. Porque o tratado agora convertido em lei, contrariar a Constituição da República, já nasce maculado pela inconstitucionalidade.<sup>202</sup>

José Afonso da SILVA consigna que a atual Constituição Federal Brasileira é rígida, ou seja, exige quórum qualificado para a sua alteração, decorrendo disso que “todas as normas

---

<sup>200</sup> A Constituição dos Estados Unidos diz: “a enumeração de certos direitos na Constituição não deverá ser interpretada como anulando ou restringindo outros direitos conservados pelo povo”. BASTOS; MARTINS, op. cit., p. 394-396.

<sup>201</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1983. p. 632.

<sup>202</sup> A título de ilustração, descrevemos o depoimento do Juiz Odmir FERNANDES, coordenador do Setor de Execuções Fiscais da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo. Afirma que em execuções fiscais, onde o objeto é a cobrança de tributos, a prisão civil tem se demonstrado eficaz: “em 90% dos casos, mesmo antes de o juiz expedir o mandado de prisão, o depositário apresenta os bens desaparecidos ou o equivalente em dinheiro”. Entende também que não se aplicam os tratados internacionais no caso de execução fiscal, isto porque “não se trata de dívida - o devedor já teve os bens penhorados pela Justiça e torna-se seu depositário até o leilão -, nem de contrato, porque ele é um depositário voluntário - tem interesse em manter o bem em funcionamento na empresa [...]. A não entrega da coisa na alienação fiduciária (garantia do financiamento na compra parcelada de um bem), também não está sujeita a prisão civil. [...] Há um depósito na alienação fiduciária, mas é contratual. Portanto fica ao alcance do tratado que proíbe a prisão pelo não cumprimento do contrato”. NUNES, Eunice. *Justiça brasileira discute a prisão do depositário infiel. Folha de S. Paulo*. 22 jul. 1995. p. 3-2.

que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”<sup>203</sup>

O Juiz Antônio Bosco da FONSECA, tratando da Convenção 158 da OIT, especificamente em relação à vigência e eficácia dos tratados, pactua do entendimento que nenhum tratado ou convenção se sobrepõe às normas constitucionais:

[...] a reserva constitucional de lei é absoluta, quando o regramento da matéria é reservado pela Constituição à norma infraconstitucional específica. Assim, se a Constituição reconhece determinado direito nos termos de lei complementar, não poderá o legislador regrá-lo pela via da lei ordinária. Nem se diga, possa o processo legislativo de ratificação de uma convenção internacional ser confundido com o da lei complementar, quando a Constituição para ela exige, expressamente, no seu artigo 69, quorum qualificado.

Consequência - imaginar que a referida convenção possa ter eficácia é no mínimo advogar a subversão da ordem constitucional, que no tema não admite, nem mesmo lei ordinária.<sup>204</sup>

Mesmo entendimento não verificamos nas afirmações de Antônio Carlos MALHEIROS, juiz do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que consigna: “em nenhum caso, exceto no de dívida de pensão alimentícia, é legal a prisão civil. Todos os outros são decorrentes de dívida ou contrato, logo sujeitam-se ao do Pacto de San José ou ao Tratado Internacional de Direitos Civis e Políticos”<sup>205</sup>

Para ele, os tratados internacionais ratificados pelo Brasil tem força de dispositivo constitucional, assim, revogam o texto da constituição que permite a prisão civil do depositário infiel.<sup>206</sup>

<sup>203</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1994. p. 47.

<sup>204</sup> FONSECA, Antônio Bosco da. *Vigência e eficácia*. Folha de S. Paulo. 24 ago. 1996. p. 3-2.

<sup>205</sup> NUNES, Eunice. *Justiça brasileira discute ...*, p. 3-2.

<sup>206</sup> Id., p. 3-2.

Em relação à ilegalidade da prisão civil do depositário infiel, o juiz criminal Luiz Flávio GOMES, é da mesma opinião que o magistrado acima citado. Diferenciando-se, porém, quanto à fundamentação. Afirma a ilegalidade da prisão civil em virtude da proporcionalidade da pena e não porque o Brasil ratificou os tratados acima expressos: “é desproporcional a privação da liberdade humana para tutelar o patrimônio vinculado a uma dívida. O devedor não é um criminoso. Embora a prisão civil tenha a finalidade coercitiva, afeta o bem jurídico constitucional que é a liberdade”.<sup>207</sup> Discordando do Juiz MALHEIROS, quanto à força constitucional dos tratados internacionais, diz: “eles têm força de lei federal, que não tem poder para revogar dispositivo constitucional. Por esse ângulo, a prisão civil do depositário infiel é válida”.<sup>208</sup>

Em editorial, a Folha de S. Paulo relata que no Primeiro Tribunal de Alçada de São Paulo, são freqüentes os julgamentos envolvendo prisão civil do depositário infiel:

Num dos julgamentos envolvendo alienação fiduciária - uma pessoa havia comprado um carro com financiamento bancário, mas não pagou nem entregou o carro ao banco - a decisão foi a favor da decretação da prisão. Os votos vencedores dos juízes Manoel Mattos Faria e José Araldo da Costa Telles, concluíram que o caso não envolvia dívida, e sim um depósito (o réu era depositário do carro, que na verdade pertencia ao banco). Sustentaram que por se tratar de depositário infiel, e não de devedor, cabe a prisão, conforme previsto na Constituição. O voto vencido do juiz Malheiros fundamentou-se no Pacto de San José, que proíbe a prisão pelo não pagamento de dívida. **“Reconheço a existência de dívida de financiamento contraída junto ao banco. Mas na minha opinião não cabe a prisão. O devedor deve responder com outros bens, não ir para a cadeia”, afirmou Malheiros.**<sup>209</sup> (Grifo nosso).

---

<sup>207</sup> NUNES, Eunice. Justiça brasileira discute ..., p. 3-2.

<sup>208</sup> Id., p. 3-2.

<sup>209</sup> NUNES, Eunice. Prisões são freqüentes em SP. **Folha de S. Paulo**. 22 jul. 1995. p. 3-2.

Conforme o Juiz de Direito e mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo

- USP, Luiz Flávio GOMES, tem-se que:

1. A autorização constitucional (art. 5º, inc. LXVII) para a decretação da prisão civil do “depositário infiel” conflita flagrantemente com o direito internacional também em vigor no nosso país (vid. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 11, e Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 7º, nº 7). O direito internacional, no entanto, não revoga a Constituição; havendo violação de suas regras, o máximo que se pode fazer é denunciar o Brasil junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A única prisão civil admitida é a do alimentante inadimplente, que é legítima, visto que, neste caso, sacrifica-se o bem jurídico liberdade individual para tutelar outros bens jurídicos muito relevantes como são a integridade física, saúde, etc..
2. Com base na CF, a legislação “ordinária” brasileira contempla inúmeras hipóteses de prisão civil do depositário infiel (CPC, art. 904, Decreto-lei nº 911/69 - alienação fiduciária -, Lei nº 8.866/94 - depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública, etc.). Hoje, essas prisões, valem ou não valem? A resposta só pode ser esta: as criadas antes de novembro de 1992 foram revogadas; já as instituídas depois dessa data são válidas (com a observação que faremos logo abaixo).
3. Em 09 de novembro de 1992 entrou em vigor no nosso país a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (v. nosso “Direito de apelar em liberdade”, RT, SP, 1994, p.78 e ss.). No seu art. 7º, nº 7, como já foi dito, não foi contemplada nenhuma possibilidade de prisão de “depositário infiel”. Os tratados e convenções, segundo a Jurisprudência do STF (v. o RE 80.004, verdadeiro ‘leading case’- RTJ 83, p. 809 e ss.) e a CF (arts. 5º, § 2º, 102, III, ‘b’, 105, III, ‘a’), logo que devidamente aprovados, ratificados, promulgados e publicados, possuem valor de lei federal ordinária (fala-se aqui no sistema paritário de origem anglo-saxônica). De acordo com esse sistema, vigora o clássico “lex posterior derogat priori”, isto é, eventuais conflitos entre o direito internacional posterior e o direito interno do país são resolvidos em favor da regra “posterior”: os tratados e convenções, devidamente formalizados, revogam o direito anterior, assim que “perdem eficácia” quando conflitam com o direito interno posterior (vid. o livro acima citado, p.74).
4. Observadas as regras que acabam de ser relembradas, outra conclusão não se apresenta possível: as prisões civis de depositários infieis criadas antes de novembro

de 1992 foram “revogadas”, isto é, foram banidas do nosso ordenamento jurídico (e se alguma decisão judicial contrariar a Convenção, ou negar-lhe vigência, cabe “recurso especial” - CF, art. 105, III, “a” -; já as prisões civis da mesma natureza instituídas após aquela data são válidas, com a observação de que pode qualquer interessado “denunciar” o Brasil junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos por ter violado o direito internacional, praticando ato totalmente incompatível com a dignidade humana (principalmente quando vergonhosamente estabeleceu a prisão civil - no caso, uma intolerável, arbitrária e desproporcional intromissão na liberdade humana - para a cobrança da dívida contraída junto à Fazenda Pública - Lei 8.866/94).<sup>210</sup>

Para o juiz João Abílio de Carvalho ROSA, integrante da Associação Juízes para a Democracia e Mestre em Direito Internacional, existe uma corrente que, “partindo dos princípios originariamente estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, concebe a luta pelo direito como uma conquista de todos e uma meta a ser cumprida”. Então, o direito internacional tem como objetivo, não somente a regulação da vida dos estados, mas também a proteção dos indivíduos. Dessa forma, o implemento dos direitos e garantias a todos os cidadãos, não está apenas limitando a legislação doméstica, quando o Estado a que o indivíduo pertence adere a um pacto, tratado, ou uma convenção, significando “dizer, na inteligência do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que a norma internacional passa a ter *status* no mínimo constitucional e não apenas a qualidade de lei ordinária”.<sup>211</sup>

Se o entendimento de que a simples ratificação de um pacto internacional, por parte do Brasil, que flagrantemente dispõe o contrário da Constituição, é inválido deveria então, ter sido impedida, por parte dos legisladores e dos mantenedores da ordem jurídica vigente a ratificação mesma. Mas, evidentemente que o espírito do legislador, ao confirmar a lei internacional, é de modificar a ordem jurídica interna, sem isso não teria sentido assinar

---

<sup>210</sup> GOMES, Luiz Flávio. Prisão civil do depositário infiel. *Folha de S. Paulo*. 08 jul. 1995. p 3-2.

<sup>211</sup> ROSA, João Abílio de Carvalho. *Em busca da liberdade: a prisão civil no Brasil*. Seção Doutrina : Internet, 18 abr. 1997. p. 2.

tratados e as próprias organizações internacionais utilizam-se deste instrumento como forma de pressionar os países a modificar suas leis internas.

#### 4. A PRISÃO POR DÍVIDAS SOB O PONTO DE VISTA UTILITARISTA

O utilitarismo é uma escola filosófica, surgida nos fins do século XVIII, que tem como objetivo a busca da felicidade<sup>212</sup> para o maior número possível de pessoas. Seu fundamento é o princípio da utilidade, só o que é útil a todos pode conduzir a felicidade a todos. Jeremy BENTHAM define a utilidade como aquele princípio “que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem de aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade”.<sup>213</sup>

Cesare BECCARIA sustenta o princípio da maior felicidade possível para o maior número de pessoas como objetivo último de toda a legislação. Jeremy BENTHAM acresceu a este axioma o princípio da utilidade.

Começaremos por expor a doutrina de Cesare BECCARIA, para, a seguir, apreendermos o pensamento do jurista e filósofo Jeremy BENTHAM, que legou estudos no campo da penologia e procurou instaurar um sistema de controle social de acordo com um princípio ético da utilidade.

---

<sup>212</sup> A felicidade para BENTHAM está ligada ao aumento do prazer e minimização da dor, acrescida da segurança. BENTHAM, op. cit., p. 13.

<sup>213</sup> Id., p. 4.

#### 4.1 Cesare BECCARIA

O italiano Cesare BECCARIA (1738-1794) se consagrou com o livro “Dos delitos e das penas”, publicado em 1764 como um panfleto anônimo, aliás um acontecimento freqüente em épocas obscuras. Foi através de um comentário de VOLTAIRE que a obra de BECCARIA rapidamente conheceu sucesso, sendo traduzida para quase toda a Europa. Influenciado pelo contratualismo de HOBBS, LOCKE e ROUSSEAU, BECCARIA imagina um sistema jurídico no qual cada pessoa cede uma parcela de sua liberdade ao soberano, em troca da manutenção da ordem por este. A idéia do pacto social está presente nos dois primeiros capítulos de sua obra:

Percorramos a História e constataremos que as leis, que deveriam constituir **convenções estabelecidas livremente** entre os homens livres, quase sempre, não foram mais do que o instrumento das paixões da minoria [...]

Assim sendo, somente a necessidade **obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade**; disso advém que cada qual concorda em por no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante.

A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afaste constitui abuso e não justiça; [...].<sup>214</sup> (grifo nosso)

Cesare BECCARIA afirma, que as penas que vão além da necessidade de manter a ordem social “são injustas por sua própria natureza”.<sup>215</sup> Nesse sentido, podemos, atualmente, considerar injusta a pena de prisão decorrente de dívida, porque, tal prisão não tem o intuito de

---

<sup>214</sup> BECCARIA, op. cit., p. 11, 12 e 15.

<sup>215</sup> Id., p. 15

preservar a ordem na sociedade, pois os credores possuem outros meios para garantir a execução, não sendo necessário que também disponham sobre a liberdade do devedor.

Uma segunda crítica, também inspirada por Cesare BECCARIA, aponta no sentido de que, quando da prisão civil por dívidas, a liberdade do devedor fica a disposição do credor. No caso brasileiro é manifesto que os credores, em questão, constituem uma pequena minoria, e que o instituto da prisão civil por dívidas exprime claramente uma paixão dessa minoria. Então, ao contrário do que nos fala Cesare BECCARIA, os homens não cedem parcela de liberdade em nome da coletividade, mas em nome de uma minoria, que não tem poder legítimo para impor tais leis. Invariavelmente leis injustas ultrajam a multidão para servir ao “um reduzido número de homens privilegiados”.<sup>216</sup>

A maior parte de suas idéias encontram-se expressas na Declaração dos Direitos do Homem, de 1789.<sup>217</sup> Cesare BECCARIA tinha uma concepção utilitarista da lei, e questionava: “quais são as leis mais justas e mais úteis? Aquelas que seriam propostas por todos e que todos desejariam cumprir, nesses instantes em que o poder particular se cala ou se identifica com o interesse público”.<sup>218</sup>

Para ele, as penas deveriam ser proporcionais ao mal que buscam reprimir. Para isso os meios de repressão devem ser “menos cruéis no organismo do culpado”, e devem provocar na sociedade a “impressão mais eficiente e mais perdurável”.<sup>219</sup>

Podemos estender legitimamente essa crítica à prisão do depositário infiel. Pois a relação entre a punição e o “crime” é desproporcional, o não pagamento de uma dívida, sujeita um indivíduo às barbáries e à desonra da prisão, sendo que tal dívida, em regra, na nossa legislação é garantida por bens.

---

<sup>216</sup> BECCARIA, op. cit., p. 43.

<sup>217</sup> GILISSEN, op. cit., p. 368.

<sup>218</sup> BECCARIA, op. cit., p. 49-50.

<sup>219</sup> Id., p. 43.

Cesare BECCARIA quando trata da “moderação das penas” diz que “à medida que as almas se tornam mais brandas no estado social, o homem faz-se mais sensível; e, se se desejar conservar as mesmas relações entre o objeto e a sensação, as penas precisam ser menos rigorosas”.<sup>220</sup>

No primeiro capítulo desta monografia vimos que o direito antigo, “conhecia o constrangimento do corpo, que se concretizava com a privação da liberdade do devedor inadimplente”, porém, com a evolução das sociedades, a instituição da prisão por dívidas foi suprimida e o homem tendeu à execução patrimonial em substituição à pessoal.<sup>221</sup> Então, nada justifica, que no Brasil, ainda, exista a prisão decorrente de contratos, mesmo que em caráter de exceção.

As idéias expostas no livro “Dos delitos e das penas” não perderam força, tanto sob o ponto de vista jurídico, quanto sob o ponto de vista criminológico. “Muitos dos problemas suscitados (por BECCARIA) continuam sem solução”.<sup>222</sup>

#### 4.2 Jeremy BENTHAM

O fundamento ético que sustenta a tese contrária à prisão por dívida, encontra-se claramente expresso no pensamento de Jeremy BENTHAM, que, já no século XVIII, sustentava que o princípio da maior felicidade possível para o maior número de pessoas deveria ser o objetivo último de toda a legislação. Sua teoria tem por base o *princípio da utilidade*, de acordo com o qual uma ação é aprovada ou desaprovada, segundo a sua

---

<sup>220</sup> BECCARIA, op. cit., p. 45.

<sup>221</sup> GILISSEN, op. cit., p. 739-740.

<sup>222</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo : RT, 1993. p. 43.

tendência de aumentar ou diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, isto é, segundo a tendência de promover ou comprometer referida felicidade.<sup>223</sup>

Para Jeremy BENTHAM o objetivo do poder político e de suas leis é proporcionar a maior felicidade para o maior número de pessoas. Devendo os governos ser julgados pelas suas realizações. Assim como a obediência ao governo e às leis só é exigível se estiverem de acordo com o princípio da utilidade.<sup>224</sup>

Dessa forma, podemos aproximar a ética benthamiana da democracia, pois a democracia também busca a felicidade para o maior número de pessoas uma vez que iguala os interesses dos indivíduos dentro de um Estado, equiparando, também, o direito de todos à felicidade.

Jeremy BENTHAM pretendeu uma reforma das leis, seguindo o princípio da utilidade. Consideramos de extrema relevância para o objeto desta monografia, assinalar alguns “casos em que não cabe punir”, apontados pelo autor em “Uma introdução ao princípio da moral e da legislação”:

I - O objetivo geral que caracteriza todas as leis - ou que deveria caracterizá-las - consiste em aumentar a felicidade global da coletividade; portanto, visam elas em primeiro lugar a excluir, na medida do possível, tudo o que tende a diminuir tal felicidade, ou seja, tudo o que é pernicioso.

II - Acontece, porém, que toda punição constitui um ato pernicioso; toda punição constitui, em si mesma, um mal. Por conseguinte, com base no princípio da utilidade - se tal princípio tiver que ser admitido -, uma punição só pode ser admitida na medida em que abre chances no sentido de evitar um mal maior.

III - É evidente, portanto, que não se deve infligir punição nos casos a seguir enumerados:

(1) Quando *não houver motivo* para a punição, ou seja, quando não houver nenhum prejuízo a evitar, pelo fato de o ato em seu conjunto não ser pernicioso.

---

<sup>223</sup> BENTHAM, op. cit., p. 4.

<sup>224</sup> Id., p. 4.

(2) Quando a punição só pode ser *ineficaz*, ou seja, quando a mesma não pode agir de maneira a evitar o prejuízo.

(3) Quando a punição for *inútil* ou excessivamente *dispendiosa*; isto aconteceria em caso de o prejuízo produzido por ela ser maior que o prejuízo que se quer evitar.

(4) Quando a punição for *supérflua*, o que acontece quando o prejuízo pode ser evitado - ou pode cessar por si mesmo - sem a punição, ou seja, por um preço menor. [...].<sup>225</sup>

Jeremy BENTHAM define a ética, em sentido amplo, como a “arte de dirigir as ações do homem para a produção da maior quantidade possível de felicidade em benefício daqueles cujos interesses estão em jogo”.<sup>226</sup>

Podemos, em decorrência dessa definição, considerar a prisão civil anti-ética, uma vez que, tal prisão somente produz a felicidade para um pequeno grupo, o grupo dos credores, em detrimento da dignidade dos devedores.

A prisão do depositário infiel é igualmente *ineficaz* porque não evita o prejuízo. O devedor pode permanecer na cadeia e não efetuar o pagamento, inexistindo, portanto, qualquer vantagem ao credor. Também é *inútil* ou excessivamente *dispendiosa*, ou seja, o prejuízo pessoal que ela causa ao devedor é muito maior que o prejuízo material que o credor tem com o não pagamento. Isso pode ser verificado nos casos que vão a julgamento, normalmente questões que envolvem depositário infiel de alienação fiduciária, nos quais o credor, instituição financeira, ingressa com a ação de busca e apreensão, concomitante com pedido de prisão civil, em qualquer época, isto é, executa a prisão mesmo que seja uma única e última parcela, tal o absurdo da lei.

Além de excessivamente dispendiosa, poder-se-ia enquadrar a prisão civil do depositário infiel no item 4, considerando-a *supérflua*, uma vez que normalmente a dívida está

---

<sup>225</sup> BENTHAM, op. cit., p. 59.

<sup>226</sup> Id., p. 63.

garantida por um bem. O caso da alienação fiduciária de um veículo é exemplar, pois o credor tem garantias reais e também pessoais, como nota promissória avalizada ou contrato com fiadores escolhidos pelo credor. Ademais, na execução ainda poderiam ser penhorados bens do devedor como garantia do pagamento da dívida.

Apresentamos argumentos jurídicos e éticos para mostrar a ilegitimidade da prisão civil por dívidas. Contudo, não podemos desprezar a eficácia que esta constrição psicológica tem sobre o devedor. Daí a persistência em permanecer editada. Todavia, configura um instrumento ilegítimo e anti-ético. O seu uso, no Brasil, apenas depõe contra os homens livres que aqui habitam e denotam a insipiência do regime democrático brasileiro, onde direitos fundamentais, consagrados ao longo da modernidade, aqui ainda não encontraram a necessária acolhida por parte dos nossos legisladores.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta monografia questionamos a prisão por dívida, especialmente a do devedor do contrato de depósito, admitida de forma excepcional pela Constituição da República, art. 5º, inciso LXVII, e do devedor da alienação fiduciária, equiparado pela legislação ordinária ao depositário.

Desde a época romana, com a edição da *Lex Poetelia Papiria*, e, posteriormente, com o instituto da fraude contra credores, foi abolida a execução contra a pessoa do devedor, instituindo-se a responsabilidade sobre seus bens, numa demonstração de respeito à pessoa humana.

Nas idades moderna e contemporânea, principalmente com a razão se sobrepondo ao teocentrismo; com o utilitarismo questionando as severas penas por não serem úteis ou necessárias; e com a afirmação dos Direitos do Homem, que considera a liberdade um direito de todos, consolidou-se o princípio pelo qual os bens do devedor são a garantia do credor. Este princípio já era utilizado pelo Direito Romano Clássico e foi negado no período medieval.

Desde então, na maioria dos Códigos e Constituições e nas Declarações dos Direitos do Homem, tem se firmado a execução patrimonial dos devedores, porque o Direito Contemporâneo não pode conviver com a violência da prisão decorrente de contrato.

Com a evolução histórica da prisão por dívidas, descrita no primeiro capítulo, vimos que os sistemas jurídicos são orgânicos, que estão em constantes mudanças e até mesmo,

podemos dizer em evolução. Como organismos, as mudanças que se operam nos conjuntos normativos são frutos da pressão externa e interna.

Não obstante, o sistema jurídico brasileiro não tem absorvido as pressões, quer internas ou externas, e resistindo a estas denota a força e o poder legislativo dos credores que hoje são beneficiados pelo instituto da prisão por dívidas decorrentes do contrato de depósito ou da alienação fiduciária.

Assim, mesmo que sob a forma de exceção, a Constituição Brasileira permite a prisão civil, com isso, os credores depositantes e fiduciários, - normalmente instituições financeiras -, passam a ter como garantia a liberdade do devedor e, não raramente, se utilizam de tal garantia, tornando a liberdade suscetível de negócio, ou seja, considerando-a bem alienável.

A prisão por dívidas contraria os Direitos Humanos, porque a liberdade, bem indisponível e direito fundamental, fica à mercê do credor. A liberdade de ir e vir é decorrência do próprio direito do homem, sendo bem jurídico tutelado constitucionalmente. A liberdade de um cidadão vale bem mais que o interesse privado de outrem, ou seja, a prisão civil, compromete mais a liberdade de um cidadão do que oferece vantagem a outro.

Atualmente, a prisão decorrente de contrato, vem sendo questionada pelos operadores do direito, especialmente após os anos de 1991 e 1992, quando o Brasil ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos que proíbem a prisão decorrente de inexecução contratual.

Os pactos internacionais que não permitem a prisão do depositário infiel, foram votados por diversos países, demonstrando a tendência das leis externas. Por exemplo, na França, Itália e México a prisão por dívidas é proibida. O fato de o Brasil ter ratificado estes pactos, via Decreto Legislativo, significa que o legislador concordou com os termos do mesmo, ou seja, ratificou o princípio segundo o qual ninguém deve ser preso pelo não cumprimento de obrigação contratual.

Tal ratificação gera polêmica entre os juristas brasileiros. Sustentam alguns que, por força constitucional, subsiste a prisão por dívidas, mesmo que em caráter excepcional, porque os tratados ratificados foram transformados em lei ordinária e estas não têm força para revogar dispositivo constitucional.

Outros afirmam que após o Pacto de San José e a Convenção Interamericana de Direitos Civis e Políticos a prisão civil dos devedores, exceto no caso de dívida de pensão alimentícia, sujeitam-se a estes, sendo portanto, ilegal.

A equiparação do devedor da alienação fiduciária ao depositário enseja a prisão civil, segundo grande parte da jurisprudência. Porém, tal equiparação é inconstitucional, porque, através de lei ordinária está sendo restringido direito assegurado pela Carta Magna.

A prisão por dívidas é instrumento ilegítimo e anti-ético. Não tem intuito de preservar a paz social, exprimindo a paixão de uma minoria. Além disso é inútil e excessivamente dispendiosa, porque o prejuízo que causa ao devedor é imensurável. É supérflua porque os credores, quando da assinatura do contrato, se cercam de garantias reais e até pessoais.

O uso de tal constrição psicológica no Brasil depõe contra os homens livres que aqui habitam, demonstram a pobreza ou fragilidade do regime democrático porque direitos consagrados desde a época da Revolução Francesa, aqui são negados.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALTAVILA, Jaime de. **Origem dos direitos dos povos**. 5. ed. São Paulo : Ícone, 1989.
- ALVES, José Carlos Moreira. Da fidúcia romana à Alienação Fiduciária em garantia no direito brasileiro. **Contratos nominados: Doutrina e Jurisprudência**. Coord. Yussef Said Cahali Francisco José Cahali e Yussef Said Cahali. São Paulo : Saraiva, 1995.
- AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. Depósito o direito e o processo. **Jurisprudência Catarinense**. v. 46. Florianópolis : TJSC, 1984.
- AQUINO, Rubim Santos Leão et al. **História das sociedades : das sociedades modernas às sociedades atuais**. 2. ed. Rio de Janeiro : Livro Técnico, 1983.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão civil por dívida**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 2. São Paulo : Saraiva, 1989.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo : Hemus, 1983.
- BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação. **Pensadores**. Trad. Luiz João Baraúna. 3. ed. São Paulo : Abril Cultural, 1984.
- BÍBLIA. Português. **Tradução do novo mundo das Escrituras Sagradas**. Trad. Centro Bíblico Católico. Brazilian Edition. New York : WATCHTOWER BIBLE, 1967.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 2. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo : Brasiliense, 1988.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília : Senado Federal, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Código Penal**. 33. ed. São Paulo : Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_. Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991. Aprova os textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados, junto com o Protocolo Facultativo relativo a esse último Pacto, na XXI Sessão (1966) da Assembléia Geral das Nações Unidas. Diário do Congresso Nacional, Brasília, p. 9341, 14 dez. 1991.
- \_\_\_\_\_. Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992. Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Diário do Congresso Nacional, p. 95, 28 maio 1992.
- \_\_\_\_\_. **Jurisprudência brasileira cível e comércio : prisão civil**. v. 151. Curitiba : Juruá, 1989.
- CORVISIER, André. **História moderna**. Trad. Rolando Roque da Silva e Carmen Olívia de Castro Amaral. 3. ed. São Paulo : Difel, [19--].
- CRETELLA JÚNIOR, J. **Comentários à Constituição 1988**. v. 1. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1988.

- CRETELLA JÚNIOR, J. **Comentários à Constituição 1988**. 3. ed. v. 2. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Romano**. 19. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- DIREITO ANTIGO. Codificação. **Código de Hamurabi, Código de Manu, Lei das XII Tábuas**. Superv. Jair Lot Vieira. São Paulo : Edipro, 1994.
- ENCICLOPÉDIA SARAIVA DE DIREITO. v. 23. São Paulo : Saraiva, [19\_\_].
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao código de processo civil**. 4. ed. v. 8, t. 3. Rio de Janeiro : Forense, 1992.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1983.
- FONSECA, Antônio Bosco da. Vigência e eficácia. **Folha de S. Paulo**. 24 ago. 1996. p. 3-2.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1995.
- GOMES, Luiz Flávio. Prisão civil do depositário infiel. **Folha de S. Paulo**. 08 jul. 1995.p 3-2.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 15. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- MARTINS JÚNIOR, Isidoro. **História do direito nacional**. 3. ed. Brasília : Imprensa Nacional, 1979.
- MEIRA, Sílvio. **O direito vivo**. Goiânia : UFG, 1984.
- NEGRÃO, Theotônio. **Código civil e legislação civil em vigor**. 14. ed. São Paulo : Saraiva, 1995.

- NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 25. ed. São Paulo : Malheiros, 1994.
- NUNES, Eunice. Justiça brasileira discute a prisão do depositário infiel. **Folha de S. Paulo**. 22 jul. 1995. p. 3-2.
- \_\_\_\_\_. Prisões são freqüentes em SP. **Folha de S. Paulo**. 22 jul. 1995. p. 3-2.
- PEDRO, Antônio; CÁCERES, Florival. **História geral**. 2. ed. São Paulo : Moderna, 1982.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 12. ed. v. 4. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- PODESTÁ, Fábio Henrique. **A prisão civil do depositário infiel decorrente da alienação fiduciária em garantia após a CF de 1988**. FMU : Internet, 18 abr. 1997.
- PÓVOA, Liberato. **Busca e apreensão**. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1994.
- RABELLO, José Geraldo de Jacobina. **Alienação fiduciária em garantia e prisão civil do devedor**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1987.
- REZEK, J. F.. **Direito internacional público**. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1993.
- RIO GRANDE DO SUL. **Julgados do Tribunal de Alçada do estado do Rio Grande do Sul**. v. 97, Porto Alegre : TARGS, 1996.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil : dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**.. 24. ed. v. 3. São Paulo : Saraiva, 1997.
- ROSA, João Abílio de Carvalho. **Em busca da liberdade: a prisão civil no Brasil**. Seção doutrina : Internet. 18 abr. 1997.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista dos tribunais: direito das obrigações.** 10. ed. v. XVIII. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1984.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico.** 4. ed. v. III e IV. Rio de Janeiro : Forense, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil : procedimentos especiais.** 12. ed. v. 3. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

## JURISPRUDÊNCIA

SANTA CATARINA. **Jurisprudência catarinense**. v. 62. Florianópolis: TJSC, 1988.

\_\_\_\_\_. **Jurisprudência catarinense**. v. 63. Florianópolis: TJSC, 1989.

\_\_\_\_\_. **Jurisprudência catarinense**. v. 64. Florianópolis: TJSC, 1989.

\_\_\_\_\_. **Jurisprudência catarinense**. v. 65. Florianópolis: TJSC, 1989.

\_\_\_\_\_. **Jurisprudência catarinense**. v. 66. Florianópolis: TJSC, 1990.

\_\_\_\_\_. **Jurisprudência catarinense**. v. 67. Florianópolis: TJSC, 1990.

\_\_\_\_\_. **Jurisprudência catarinense**. v. 68. Florianópolis: TJSC, 1991.

\_\_\_\_\_. **Jurisprudência catarinense**. v. 69. Florianópolis: TJSC, 1991.

\_\_\_\_\_. **Jurisprudência catarinense**. v. 70. Florianópolis: TJSC, 1992.

\_\_\_\_\_. **Jurisprudência catarinense**. v. 72. Florianópolis: TJSC, 1993.

\_\_\_\_\_. **Jurisprudência catarinense**. v. 73. Florianópolis: TJSC, 1993.

\_\_\_\_\_. **Jurisprudência catarinense**. v. 74. Florianópolis: TJSC, 1994.

\_\_\_\_\_. **Jurisprudência catarinense**. v. 75. Florianópolis: TJSC, 1995.

\_\_\_\_\_. **Jurisprudência catarinense**. v. 76. Florianópolis: TJSC, 1996.