

## A PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL

### I. Introdução

Ultimamente tenho me deparado com algumas perguntas formuladas por alunos que estão levando muito a sério o estudo e que colimam passar no concurso que estão dispostos a fazer, seja em qual área for, âmbito ou escolaridade for, e fico extremamente feliz, satisfeito e recompensado com essa dedicação, pois percebo que todo o esforço e tempo dispensados no preparo de aulas, pesquisa, elaboração de exercícios, debates em sala de aula etc estão estimulando os alunos a estudarem cada vez mais, o que é gratificante para um professor, particularmente quando a recompensa se evidencia com a seguinte notícia: “Professor! Passei! Estou dentro...obrigado por tudo...valeu muito a pena...agora sou funcionário público; sou advogado, etc...!”.

Dentre as perguntas mais freqüentes, há uma que me chama muito a atenção, notadamente porque eles (os alunos) não conseguem entender o motivo pelo qual a Constituição preconiza de uma forma e o Supremo Tribunal Federal diz diferente, qual seja: “Por que não se pode prender o depositário infiel se a Constituição diz que é cabível?” ou “A prisão do depositário infiel foi revogada né?” ou “A Constituição ainda autoriza a prisão do depositário infiel, tendo em vista o Pacto de São José da Costa Rica?”.

Pois é, parece um assunto irrelevante, tendo em vista a posição vinculante atual do Pretório Excelso, mas a verdade é que ninguém consegue explicar para os concursandos, acadêmicos, pós-graduandos etc, como o Supremo solveu essa controvérsia que vinha aflorando debates fervorosos, tanto na doutrina como na jurisprudência, a partir de 1992, ano em que o Brasil internalizou a Convenção Americana de Direitos Humanos.

É notório que tenho demasiada preocupação com o esclarecer dessa questão, pois não raro tenho visto posições que apenas afirmam estar “revogada” a prisão do

depositário infiel...mas não basta! É necessário descer as minúcias, explicitando a previsão constitucional, a disposição pertinente no Pacto de São José da Costa Rica, a cláusula de abertura do nosso texto constitucional, os precedentes do STF, a teoria da norma supralegal para, enfim, enfatizar o conteúdo do verbete constante da Súmula Vinculante nº. 25 do STF, para que não existam mais dúvidas sobre o tema epigrafado, isto é, se é cabível ou não a prisão do depositário infiel no Brasil?

## **II. Previsão Constitucional da prisão do depositário infiel, o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Status das normas internacionais.**

Para melhor entender o que vem a ser depositário infiel, mister se faz apresentar o conceito de depositário que, nos dizeres de Pedro Nunes<sup>1</sup> é *“aquele que recebe qualquer coisa determinada ou certa soma em dinheiro, para conservá-la sob a sua guarda e segurança, com a obrigação de a restituir, quando reclamada por quem de direito (...)”*. Assim, depositário infiel seria aquele que não cumpre fielmente o seu encargo.

Os ilustres professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo<sup>2</sup> aduzem que,

A figura do depositário infiel surgiu a partir do contrato de depósito, originário do direito privado. Nesse contrato, uma pessoa (o depositante) deixa determinada coisa (em regra, bem móvel) sob a custódia de outra (o depositário), que deverá devolvê-la quando aquele exigir. Ocorrendo de o depositante, no momento em que for requisitar a retirada do bem, não o encontrar na posse do depositário, estará este na situação de depositário infiel.

É importante observar, como faz Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>3</sup>, que *“por muito tempo a expressão “depositário infiel” foi interpretada em sentido amplo, para abranger tanto o caso de depósito convencional quanto aos casos de depósito legal, deixando aberta ao legislador a possibilidade de criar novas figuras de depósito que receberiam a*

<sup>1</sup> Dicionário de Tecnologia Jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Pg. 383

<sup>2</sup> Resumo de Direito Constitucional Descomplicado. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. pg. 80.

<sup>3</sup> Curso de Direito Constitucional. 2ª edição. Saraiva: São Paulo, 2008.

*incidência do preceito constitucional. Assim, o Supremo Tribunal Federal entendia que o âmbito normativo do art. 5º, LXVII, da Constituição, além dos casos comuns de depósito judicial, abarcava também a prisão civil do devedor-depositário infiel em contrato de alienação fiduciária e os casos de penhor agrícola e penhor mercantil”.*

De bom grado, nesse diapasão, é a sintética colocação de Gabriel Dezem Junior <sup>4</sup>acerca da prisão civil e da prisão criminal, pois para este jurista *“a prisão criminal tem natureza punitiva, ou seja, a pessoa está presa como punição por ter cometido um delito. Já na prisão civil, a natureza é coercitiva, ou, em outras palavras, a pessoa é presa para ser pressionada a fazer alguma coisa, a cumprir uma obrigação que deveria ter cumprido e não o fez”*

Pois bem, visto o conceito de depositário e quando podemos considerá-lo infiel, apesar de haver algumas variações em razão de existir algumas espécies de depositários como o judicial, o particular e o público, por exemplo, a base está formulada e nos ampara no estudo, de modo que passemos a considerar a previsão constitucional e as normas internacionais que regulam a impossibilidade, total ou parcial, da prisão por dívida civil.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, prevê solenemente em seu art. 5º, inciso 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”*.

Outrossim, o Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao direito nacional em 1992 (Decreto nº. 678 de 06 de novembro) comina em seu art. 7, §7º que *“Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”*.

Já o art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em 1992 (Decreto nº. 592 de 06 de julho) preceitua em seu art. 11 que *“ninguém será encarcerado pelo simples facto de não poder cumprir uma obrigação contratual”*.

---

<sup>4</sup> Constituição Federal Interpretada. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. pg. 246.

Em princípio, levando em consideração apenas as transcrições acima, poderíamos concluir, sem muito esforço, que ambos os Decretos presidenciais, no que confronta com a Constituição, estariam em dissonância com o Texto constitucional, pois a Carta Magna admite a prisão do depositário infiel, enquanto que o Pacto de Direitos Civis e Políticos não admite qualquer modalidade de prisão civil decorrente de descumprimento contratual e o Pacto de São José só admite a do devedor de pensão alimentícia, até porque, está última não é de natureza contratual, ou seja, pelas duas normas internacionais não seria possível a prisão do depositário infiel.

Saliente-se, contudo, que antes de adentrarmos na solução do aparente conflito normativo acima, o que será realizado infra, é necessário mencionar o entendimento pretérito acerca dos tratados e convenções internacionais que foram recepcionados pela ordem jurídica brasileira, antes da Reforma do Poder Judiciário que ocorreu com o advento da Emenda Constitucional n.º. 45 de 2004, levando em consideração a natureza da norma internacional, ou seja, se versava ou não sobre direitos humanos.

Bernardo Gonçalves Ferreira<sup>5</sup> em profícua lição expõe o assunto da seguinte forma:

Conforme extensa discussão doutrinária e jurisprudencial até o advento da EC n.º. 45/04 em nosso ordenamento, tínhamos duas posições jurídicas sobre a figura dos Tratados Internacionais. Ora, uma plêiade de internacionalistas entendiam à luz do art. 5º, §2º da CR/88, que determinados tratados internacionais, mormente relativos a direitos humanos, deveriam adentrar em nosso ordenamento como normas constitucionais. Já outros juristas e cientistas do direito, advogavam com base em pressupostos filiados ao princípio da soberania nacional (ou ao princípio da supremacia da Constituição, entre outros) que qualquer tratado internacional deveria entrar em nosso ordenamento como lei ordinária (legislação ordinária). Pois bem, o STF se posicionou (mesmo sob calorosos protestos) de acordo com a corrente que propugnava o recebimento dos tratados, sejam eles sobre qualquer tema, como legislação ordinária (portanto: legislação infraconstitucional).

Acontece que, uma das grandes novidades da Reforma do Poder Judiciário, fruto da EC n.º. 45/2004, foi a positivação em nosso ordenamento constitucional de norma

---

<sup>5</sup> Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. pg. 342/344

que determina que os Tratados Internacionais de direitos humanos que seguissem o mesmo procedimento de aprovação das Emendas Constitucionais deveria ser recebido como normas constitucionais. Nesses termos, temos o art. 5, §3º da CR/88 que afirma que: os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Pois bem, a partir daí restou consignado, que teríamos duas posições sobre os Tratados Internacionais: a) Tratados Internacionais que não são de direitos humanos continuariam a ser recepcionados como lei ordinária; b) já os TIDH<sup>6</sup> que passassem pelo procedimento descrito no art. 5º, §3º da CR/88 seriam recepcionados como normas constitucionais. Como primeiro exemplo, temos em Agosto de 2009 a promulgação pelo Poder Executivo do Decreto nº. 6.949/2009 (Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007).

Acontece que uma nova discussão passou a permear o Pretório Excelso, bem como a doutrina. Qual seja: e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que não passaram pelo procedimento expresso no art. 5, §3º a CR/88? Ou se já existentes, qual seria o status dos mesmos?

São essas duas perguntas formuladas pelo renomado professor que iremos responder nos próximos itens, com o objetivo final de tornar cristalina a questão que vem trazendo muito tormento aos estudantes, qual seja, porque não é mais possível a prisão do depositário infiel.

### **III. Cláusula de abertura constitucional e a teoria da norma supralegal.**

Diz-se frequentemente que a Constituição vigente em nosso país tem como característica a abertura de suas cláusulas no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, ensejando a recepção, se é que assim podemos dizer, de instrumentos internacionais que versem sobre direitos humanos, o que gera a observância desses instrumentos na ordem jurídica interna, a fim de se preservar e manter, como fator fundamental de atingimento das metas pertinentes, o valor da dignidade da pessoa

---

<sup>6</sup> Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

humana, o que se advoga tendo em vista o disposto no §2º do art. 5º da Constituição<sup>7</sup>, haja vista a mutabilidade dos direitos. Ademais, o Brasil rege-se nas suas relações internacionais, como princípio fundamental, pela prevalência dos direitos humanos, como se denota do art. 4º, II da Constituição.

De fato, não podem os direitos e garantias fundamentais serem considerados em um rol taxativo, pelo que podem ser estabelecidos outros direitos fundamentais no próprio texto constitucional ou em outras normas<sup>8</sup>.

Uadi Lammêgo Bulos<sup>9</sup> atribui ao dispositivo retro o status de princípio e o denomina como “princípio da não-tipicidade constitucional” e leciona:

O art. 5º, §2º, do Texto de 1988 consagrou o princípio da não-tipicidade constitucional, isto é, as liberdades públicas logram uma abertura material, sendo enunciadas a título exemplificativo, e não taxativo.

Significa dizer que os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal não se encontram enclausurados, formalmente, no art. 5º, indo além das fronteiras dos seus incisos e parágrafos.

A festejada jurista Flávia Bahia, também em primorosa e incontestável explanação, aduz que *“teríamos uma cláusula geral de recepção, formando o que se pode chamar de Bloco de Constitucionalidade (...). Com isso, ao ratificar um tratado sobre direitos humanos o Brasil já se tornaria obrigado perante a comunidade jurídica internacional, e no plano interno, comprometido com o seu povo no sentido de fazer valer as normas constantes do tratado. Se houver algum conflito entre as normas internas e as ratificadas perante a ordem internacional, deverá prevalecer a norma que melhor agasalhar a pessoa humana”*<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Art. 5º, §2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição *não excluem outros* decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (grifos meus).

<sup>8</sup> ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente, ob. Cit. pg. 43.

<sup>9</sup> Direito Constitucional ao Alcance de todos. São Paulo: Saraiva, 2010. pg. 278.

<sup>10</sup> Direito Constitucional: Rio de Janeiro: Impetus, 2009. pg. 84.

Não obstante, a jurisprudência do STF vacilou bastante durante algum tempo acerca do assunto, como ressaltado alhures. Entretanto, o que se pode extrair dos precedentes que seguem elencados<sup>11</sup> para consulta, o Pretório Excelso reconheceu a repercussão geral<sup>12</sup> do tema, face às normas internacionais que foram recepcionadas pelo Brasil, inclusive com posições no sentido de que houve a derrogação das normas infraconstitucionais que regulavam a possibilidade de prisão do depositário, e em outros casos julgando *habeas corpus*, mas com o mesmo sentido, ou seja, de que as normas permissivas à prisão estariam com sua aplicabilidade prejudicada, ou seja, chegou-se a um denominador comum acerca do não cabimento da prisão do depositário infiel com a teoria da norma supralegal.

No julgamento do HC nº. 87.585-8, cujo voto é de extremo bom grado apreciar, o i. Sr. Ministro Relator Marco Aurélio assim ementou:

Depositário Infiel –Prisão. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.

Desta feita, ainda que sem transcrever votos e ementas na sua integralidade, o Supremo Tribunal Federal criou a retro mencionada teoria da norma supralegal, como se denota de parte do precioso e erudito voto do Sr. Min. Marco Aurélio no julgamento do Recurso Extraordinário 466.34/SP:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.

---

<sup>11</sup> RE 562051 RG; RE 349703; RE 466343; HC 87585; HC 95967; HC 91950; HC 93435; HC 96687 MC; HC 96582; HC 90172; HC 95170 MC.

<sup>12</sup> Recurso Extraordinário 562.051-4. Rel. Min. CEZAR PELUSO

Com efeito, essa vertente adotada e prevalecente no STF trouxe conseqüências ao nosso ordenamento, particularmente no que tange a modificação hierárquica das normas, pois agora abaixo da Constituição temos os tratados que versem sobre direitos humanos, mas que não foram aprovados na forma do §3º do art. 5º da CF/88 e no patamar inferior, nas palavras do Min. Marco Aurélio, as normas estritamente legais. Não há impedimento, entretanto, para que seja a Convenção Americana de Direitos Humanos apreciada novamente e passe a ter o status de norma constitucional, porém, é inexoravelmente necessário que seja submetida ao rito legislativo de aprovação das emendas constitucionais, nos termos do §3º do art. 5º, de acordo com a inclusão realizada pela Emenda Constitucional nº. 45 de 2004.

A ininteligibilidade da questão ora versada decorre exatamente da não compreensão do *status* atribuído aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, mas que não foram recebidos como equivalentes às normas constitucionais. Todavia, como dito acima, e salientando o entendimento hodierno do Supremo Tribunal Federal, temos que teriam aqueles tratados status de norma supralegal.

Desta forma, podemos responder as perguntas formuladas prof. Bernardo Gonçalves Ferreira, no que pese o mesmo tê-lo feito em sua obra citada: os tratados internacionais sobre direitos humanos que não são equivalentes as emendas constitucionais, pois não internalizados pelo rito de aprovação das emendas constitucionais, terão o status de norma supralegal e como tal pertencem ao “bloco de constitucionalidade”, motivo pelo qual as normas infraconstitucionais, de legalidade ordinária, estariam derogadas pelo Pacto de São José da Costa Rica e pelo Pacto de Direitos Cívicos e Políticos.

#### **IV. A Súmula Vinculante nº. 25 do STF.**

Tendo em vista o acima e com espeque na Constituição Federal de 1988, art. 5º, LXVII e § 2º, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de S. José da Costa Rica), art. 7º, § 7º e no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, art. 11, o que rechaça por completo aquele “aparente conflito” supra citado, o E. STF publicou no DOU no dia 23/12/2009, a Súmula Vinculante nº. 25 que tem a seguinte redação: “*É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito*”, que decorreu a apreciação do PSV 31 (DJe °. 27/2010).



Destarte, a consequência da edição e publicação da Súmula acima não é, inexoravelmente, a revogação do dispositivo constitucional que prevê a possibilidade de prisão do depositário infiel, até porque essa questão não é nem objeto de discussão, haja vista a impossibilidade total de tal ocorrência.

Com efeito, a previsão constitucional da prisão do depositário infiel, absolutamente, não foi revogada em razão da ratificação dos tratados em tela, tendo em vista a supremacia da Constituição, mas provocou efeitos na órbita infraconstitucional, pois as normas que previam a prisão do depositário infiel sofreram o “efeito paralisante”<sup>13</sup> e deixaram de ser aplicadas, face a suprallegalidade dos tratados.<sup>14</sup>

## V. Conclusões.

Desta feita, devemos ter em mente que:

1. O preceito constitucional que prevê a prisão do depositário infiel continua em vigor;
2. As normas internacionais aqui mencionadas não podem revogar nossos preceitos constitucionais;
3. Essas normas internacionais que não forem aprovadas pelo mesmo rito exigido para as emendas constitucionais, estarão no patamar intermediário entre a Constituição e as demais normas infraconstitucionais (suprallegalidade);
4. Os tratados e convenções que versem sobre direitos humanos só serão equivalentes às emendas constitucionais se forem aprovados com a observância do contido no §3º do art. 5º da Constituição, passando a ter status de norma constitucional e vinculando a legislação infraconstitucional;

Por fim, cabe mencionar que o concursando, o estudante ou até mesmo o operador do direito deve ter cautela ao enfrentar esse assunto em provas objetivas, especialmente, sem prejuízo, por óbvio, daquelas discursivas (como OAB e carreiras jurídicas) e também nas orais, onde o candidato deverá discorrer sobre o tema proposto.

<sup>13</sup> MENDES, Gilmar Ferreira e outros. Obra citada. pg. 708.

<sup>14</sup> RE 466.343/SP; RE 349.703 dentre outros já mencionados no bojo do presente.

O objetivo, como dito no início, era auxiliar e esclarecer o motivo do não cabimento da prisão do depositário infiel, e espero, apesar das mínimas citações, o que fora proposital, sinceramente, ter ajudado.

Fagner Sandes, advogado e professor.

