
DA ILEGALIDADE NA CUMULAÇÃO DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA, MULTA E CORREÇÃO MONETÁRIA E A PRISÃO CIVIL POR DEPOSITÁRIO INFIEL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA COM GARANTIA:

Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira - Defensor Público Substituto em Minas Gerais; Especialista em Direito e Processo Penal pela UEL e Mestrando em Direito Penal e Tutela dos Interesses Difusos na UEM. Professor de Direito Constitucional e Direito do Consumidor da Faculdade de Direito de São Sebastião do Paraíso (FECOM) e de Direito Ambiental da Faculdade de Direito da UNIFENAS na mesma cidade

INTRODUÇÃO:**A ILEGALIDADE NA CUMULAÇÃO DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA, CORREÇÃO MONETÁRIA E MULTA:**

A obscuridade das cláusulas e do termo “encargos” sem explicar prévia, durante e após a contratação representa o desdém com o direito do consumidor se informar a respeito das cláusulas que regulamentarão sua relação jurídica com o banco, em especial, por não informar com exatidão os índices de atualização do débito especialmente no campo comissão de permanência.

Em relações de consumo com instituições financeiras tem-se que os contratos são pré-moldados e com conteúdo não negociável pelas partes.

James Eduardo Oliveira diz:

O contrato assumiu grande relevo no liberalismo devido à sua função de movimentador de riquezas e de veículo de traslados patrimoniais. A sua composição subjetiva não despertava maior interesse na medida em que todo o seu arcabouço jurídico radicava-se na presumida igualdade dos contratantes. Com a massificação das relações jurídicas e a conseqüente e indispensável intervenção do Estado nesse domínio, o foco objetivo antes predominante cedeu espaço à preocupação com os sujeitos da relação contratual. Isso é particularmente nítido nas relações de consumo, pois a vulnerabilidade do consumidor,

presumida em caráter absoluto, constitui a pedra de toque da legislação consumerista¹.

A atitude dos bancos de ocultar os valores da comissão de permanência importa no menoscabo ao princípio da transparência e da boa-fé norte iluminador da legislação protecionista.

Lembra a percuciente lição de Marcos Mello Casado:

As administradoras de cartão de crédito valem-se de formulários já impressos para contratar com seus clientes. Ocorre que tais documentos já vêm eivados de cláusulas contratuais abusivas, predispostas unilateralmente a fim de racionalizar o máximo a gestão empresarial. Tal procedimento fere de forma drástica o princípio da liberdade contratual²

Cláudia Lima Marques expõe:

O inciso IV do art. 6º, do CDC proíbe o abuso e impõe transparência e boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos. Como vimos, é possível afirmar que a boa-fé é o princípio máximo orientador do CDC; aqui o princípio da transparência (art. 4º, caput) atua como um reflexo da boa-fé exigida aos agentes contratuais. O CDC preocupa-se tanto com os aspectos pré-contratuais como os de formação e execução dos contratos de consumo³

Os contratos de alienação fiduciária apresentam cláusulas que admitem no caso de inadimplemento das obrigações avençadas, em regra, a incidência de multa não compensatória de 2% (dois por cento), juros de mora de 1% (um por cento) sobre o valor do saldo devedor corrigido e atualizado monetariamente, comissão de permanência nas mesmas taxas cobradas pelas instituições financeiras nas mesmas operações de crédito na época e despesas relativas à cobrança.

As notificações extrajudiciais também reafirmam que os elementos de atualização monetária da dívida são os do contrato.

¹ OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas. 2007. p.336.

² CASADO, Marcos Mello. *Consumidor de crédito bancário e financeiro*. 2ª Ed. São Paulo: RT. 2006. p.254.

³ MARQUES, Cláudia Lima; VASCONCELOS, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 1ª Ed. São Paulo: RT. 2008. p.57.

As planilhas de cálculo da dívida sinalizam a presença de multa, juros de mora, comissão de permanência, bem como da correção monetária e encargos.

De todo o conteúdo dos contratos observa-se a indevida cumulação de métodos de rolagem da dívida, onde o consumidor sofre ilegal e vexatória cobrança, pois usurpa-se a função de capital de movimentação da cadeia econômica transformando-se em instrumento de redução das pessoas às raias da miserabilidade e obtenção astronômica de lucros.

A comissão de permanência não pode ser cumulada com a correção monetária, juros de mora e multa, pois o consumidor está sofrendo um *bis in idem* e, pasmem, em um contrato de adesão onde sua margem de negociar as cláusulas é tolhida naturalmente pela imposição da força econômica da financiadora, o que reforça a imposição de tais restrições à validade do pacto, notadamente, quando a comissão de permanência não possui previsão legal.

O Superior Tribunal de Justiça veda através do enunciado 30 das súmulas de sua jurisprudência que: “A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis”.

A cláusula é vedada também quando incidente simultaneamente a comissão de permanência e multa, onde tal somatória de encargos, como realça Márcio Mello Casado, obtém ares de cláusula abusiva⁴ por importar em vantagem excessivamente onerosa em desfavor do consumidor como preleciona o artigo 51, IV, Código de Defesa do Consumidor.

A jurisprudência recente do E. Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais rechaçam tal prática bancária como se apura abaixo:

⁴ CASADO, Marcos Mello. *Consumidor de crédito bancário e financeiro*. 2ª Ed. São Paulo: RT. 2006. p.264.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. PERÍODO DE INADIMPLÊNCIA. CUMULAÇÃO COM OS DEMAIS ENCARGOS MORATÓRIOS. PROIBIÇÃO. SÚMULAS 30, 294 E 296/STJ. RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA.

1. No que diz respeito à cobrança da comissão de permanência, verifica-se que a decisão vergastada, ao afastar aquele encargo e manter a incidência da correção monetária, procedeu em harmonia com a jurisprudência deste egrégio Sodalício.
2. Agravo regimental improvido⁵.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NÃO CONCEDIDA A COMISSÃO DE PERMANÊNCIA PORQUE PROIBIDA SUA CUMULAÇÃO COM OS ENCARGOS DA MORA.

- Constatada a presença dos juros moratórios e da multa contratual para o período de inadimplência, inviável a concessão da comissão de permanência conforme contratada.
- Agravo regimental improvido⁶.

AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REVISÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA FIDUCIÁRIA. TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS.

- Nos termos da jurisprudência do STJ, não se aplica a limitação da taxa de juros remuneratórios em 12% ao ano aos contratos bancários não abrangidos por legislação específica quanto ao ponto.
 - É admitida a incidência da comissão de permanência desde que não cumulada com juros remuneratórios, juros moratórios, correção monetária e/ou multa contratual. Precedentes.
 - Nos contratos bancários celebrados após à vigência da Medida Provisória nº 1.963-17/2000 (reeditada sob o nº 2.170/36), admite-se a capitalização mensal de juros, desde que pactuada.
- Agravo no recurso especial não provido⁷.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. EMBARGOS ACOLHIDOS SEM EFEITOS INFRINGENTES.

⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 920.180/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26.08.2008, DJe 08.09.2008.

⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 1009508/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26.08.2008, DJe 08.09.2008.

⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 1057319/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19.08.2008, DJe 03.09.2008.

COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA.

I - Havendo omissão na decisão embargada merecem ser acolhidos os embargos de declaração.

II - Admite-se a cobrança da comissão de permanência desde que não cumulada com juros remuneratórios, correção monetária e/ou juros e multa moratórios, nos contratos bancários.

Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes⁸.

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. APLICABILIDADE DO CDC. TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS. AUSENTE QUALQUER JUSTIFICATIVA POR PARTE DO FORNECEDOR PARA A IMPOSIÇÃO AO CONSUMIDOR DE TAXA DE JUROS EXCESSIVA COMO OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA EM CONTRATO DE CONSUMO, O RESTABELECIMENTO DO EQUILÍBRIO DAS OBRIGAÇÕES EXIGE A REDUÇÃO DA TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS FIXADA EM CONTRATO DE ADESÃO. JUROS REDUZIDOS PARA 12% (DOZE POR CENTO) AO ANO, COM FUNDAMENTO EXCLUSIVAMENTE NO DISPOSTO NO ART. 52, INCISO II C/C OS ARTS. 39, INCISO V E 51, INCISO IV, TODOS DA LEI Nº 8.078/90. CAPITALIZAÇÃO ANUAL PERMITIDA. AFASTAMENTO DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA, ENTRE OUTRAS RAZÕES PORQUE JÁ PREVISTA A COBRANÇA DE JUROS MORATÓRIOS E MULTA CONTRATUAL. EFEITO RESTITUTÓRIO E COMPENSAÇÃO. MULTA MORATÓRIA INCIDENTE SOBRE O VALOR DA PARCELA INADIMPLIDA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DE OFÍCIO, DECLARADA NULA A CLÁUSULA CONTRATUAL ATINENTE À TARIFA DE COBRANÇA

A cobrança de comissão de permanência é inteiramente descabida, a começar pelo fato de que não há qualquer diploma legal que a autorize. Em sua origem, correspondeu à necessidade de assegurar às instituições financeiras o recebimento, após a data em que deveriam ter sido satisfeitas as obrigações assumidas por seus clientes, dos créditos atualizados monetariamente e acrescidos de juros. Após a edição da Lei nº 6.899/81, que autorizou a correção monetária, a partir do vencimento da obrigação, nas "execuções de títulos de dívida líquida e certa" (§ 1º), perdeu inteiramente sua função. Continuou sendo cobrada, entretanto, com o beneplácito e consentimento formal do Banco Central do Brasil, sob dois

⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDcl no AgRg no REsp 1014434/MS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19.08.2008, DJe 11.09.2008

fundamentos alternativos, ambos pressupondo a disponibilidade hipotética do valor do débito, na data aprazada para o cumprimento da obrigação: ora teria o mesmo valor da remuneração recebida pela sua aplicação, ora corresponderia à remuneração paga a tomadores de títulos da credora.

Em qualquer dos casos, teria a comissão de permanência a natureza jurídica de indenização pela mora, inexigível diante dos termos peremptórios do art. 404 do novo Código Civil, - que reproduz, em termos gerais, o disposto no art. 1.061 do Código Civil de 1916 -, ao que se sabe em plena vigência e irrevogável por ato do Banco Central do Brasil ou do Conselho Monetário Nacional, que não possuem competência legislativa: "As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional."

Por outro lado, os índices correspondentes à comissão de permanência não são fixados por organismo oficial, oscilam diariamente e variam de instituição para instituição, ao sabor, entre outros fatores, do volume, necessidade e capacidade de captação ou oferta de recursos a terceiros que cada qual possa ter. Como a necessidade de captação pode ser resultado da má condução dos negócios da instituição financeira, corre o devedor o risco de ver aumentado o valor do débito por ato cuja responsabilidade não lhe pode ser imputada, o que é inadmissível.

Essa circunstância torna ainda mais escancarada a abusividade da convenção ora sob exame, pois permite, de fato, que fique ao exclusivo arbítrio do predisponente a definição do que lhe é devido, enquadrando-se, sob este aspecto, entre as cláusulas que "permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variações do preço de maneira unilateral", às quais é cominada a pena de nulidade (art. 51, X, do Código de Defesa do Consumidor), quando não entre as que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade" (idem, IV), ou que "estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor". (idem, XV)

A indefinição do valor do mencionado encargo teria outra conseqüência, igualmente intolerável: a cada cálculo do débito que se fizesse necessário nos autos da execução, o contador judicial ver-se-ia na contingência de solicitar informação sobre o índice a ser aplicado ao próprio credor. Qualquer controvérsia que surgisse a respeito do índice informado só poderia, nessas circunstâncias, ser elucidada mediante perícia contábil, feita às custas, ainda que provisoriamente, do devedor.

Ademais, não poderia o predisponente do conteúdo do regulamento negocial penalizar duplamente a mora, conclusão que leva necessariamente à exclusão de um dos encargos - juros de mora ou comissão de permanência -, pois a cláusula contratual pertinente é parcialmente nula. A escolha sobre qual deles deve ser excluído não pode recair senão sobre o mais oneroso para o contratante⁹.

REVISÃO DE CONTRATO C/C ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - RESPEITO AO PACTUADO.

A comissão de permanência remunera o capital após a inadimplência, e é devida desde que não cumulada com a correção monetária e outros encargos. BUSCA E APREENSÃO - PRELIMINAR - CARÊNCIA DE AÇÃO - CONSTITUIÇÃO EM MORA - CARACTERIZADA - EXTINÇÃO - INDEVIDA - ANULAÇÃO - PROSEGUIMENTO REGULAR. A notificação cartorária recebida no endereço da empresa devedora é suficiente para constituição em mora, e só será afastada mediante prova cabal de que o recebedor não pertence ao seu quadro de colaboradores¹⁰.

A indenização pela mora já é realizada pelos juros de mora e pela correção monetária, sendo que todos os demais encargos agregados dentro do contrato unilateralmente entabulado como a multa compensatória, comissão de permanência e 'encargos' trazem preceitos que vulneram e violam o saudável equilíbrio contratual que deve ser estabelecido e mantido nas relações jurídicas entre bancos e consumidores, ou seja, o banco está multiplicando ilegalmente sua margem de risco dentro do negócio jurídico sem rescaldo legal que o robusteça.

A função social do contrato, em dias de constitucionalização do Direito Civil e publicização do direito privado, são menoscabadas com a aplicação de índices tão descompassados e ilegais, onde se frustra o equilíbrio dos negócios jurídicos e burla-se a boa-fé como norte interpretativo de conduta subjetiva e objetiva dos pólos contratuais.

⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70021034400, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 18/09/2008.

¹⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.06.083744-3/001 EM CONEXÃO COM A APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.04.038150-4/002 - COMARCA DE BETIM - 9ª CÂMARA CÍVEL. APELANTE(S): MERCANTIL DO BRASIL FINANCEIRA S.A. - APELADO(A)(S): CONTRACTOR SERVIÇOS E LOCAÇÕES LTDA. - RELATOR: EXMO. SR. DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA.

Flávio Tartuce leciona com propriedade:

Como efeito *intra partes*, citamos a previsão do art. 413 do novo Código Civil, exemplo típico de relativização da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*), justamente uma das conseqüências da função social dos negócios jurídicos. Por esse dispositivo, o juiz deve reduzir o valor da cláusula penal se a obrigação tiver sido cumprida em parte ou se entender que a multa é excessivamente onerosa. Como o comando legal utiliza-se a expressão "deve" a redução é de ofício, sem a necessidade de arguição pela parte interessada. Isso é confirmado pela natureza jurídica do princípio da função social dos contratos, de ordem pública, conforme previsão do art. 2.035, parágrafo único, do próprio Código Civil.

Como exemplo de efeitos *extra partes*, citamos um caso em que o contrato, pelo menos aparentemente, é bom para as partes, mas ruim para a sociedade. Podemos citar um contrato celebrado entre uma empresa e uma agência de publicidade. O contrato é civil e paritário, não trazendo qualquer desequilíbrio ou quebra do sinalagma. Entretanto, a publicidade veiculada é discriminatória (publicidade abusiva – art. 37, § 2º do CDC), estando nesse ponto presente o vício. Pela presença do abuso de direito, o contrato pode ser tido como nulo, combinando-se os arts. 187 e 166, VI, do novo Código Civil – nulidade por fraude à lei imperativa diante do ato emulativo.^[05]

Ao lado da função social dos contratos, a boa-fé objetiva procura valorizar a conduta de lealdade dos contratantes em todas as fases contratuais (art. 422 do novo Código Civil - função de integração da boa-fé).

Na dúvida, os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé (art. 113 do novo Código Civil – função de interpretação da boa-fé). Em reforço, lembramos a interpretação a favor do consumidor (art. 47 do CDC) e do aderente (art. 423 do novo Código Civil).

Por fim, a boa-fé objetiva está relacionada com deveres anexos, inerentes a qualquer negócio. A quebra desses deveres caracteriza o abuso de direito (art. 187 do novo Código Civil – função de controle da boa-fé).

Sem dúvidas, esses dois princípios trazem uma nova dimensão contratual. Felizmente, antes mesmo do novo Código Civil a nossa melhor jurisprudência já vinha aplicando ao contrato esses novos paradigmas.

Superou-se a tese pela qual o contrato visa principalmente a segurança jurídica. Na realidade, o contrato tem a principal função de atender à pessoa e aos interesses da coletividade, diante da tendência de personalização do Direito Privado. Essa a real função dos contratos!¹¹

¹¹ TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. Revista Científica da Escola Paulista de Direito, São Paulo (SP), ano 1, nº 1, maio/agosto de 2005.

Adiante, destaca-se a aplicação incontestável do Código de Defesa do Consumidor, a qual o autor nada pode argumentar em seu favor ante a clareza da norma esculpida no artigo 3, § 2º, da Lei Consumerista, bem como a Súmula 297, Superior Tribunal de Justiça.

O consumidor é parte mais frágil na relação jurídica de consumo, sendo carente da estruturação jurídica, econômica e mercadológica que o fornecedor possui. Motivos estes que o fazem que o Código de Defesa do Consumidor preleccione como um dos princípios informadores de sua base a regra atinente a vulnerabilidade.

Luiz Antônio Rizzatto Nunes explica:

...o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido¹².

O Código de Defesa do Consumidor tem como um dos princípios políticos fundadores a facilitação do meio da prova em prol do consumidor (artigo 6º, VIII), pois possibilita a ele a inversão do ônus da prova, vez que reconhece a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo, não possuidor da estrutura logística e nem sequer do aporte financeiro do autor que é uma empresa que expande rapidamente no setor bancário e o autor que está longe de possuir esse poderio.

Os demandados também são hipossuficientes na demanda, pois são tecnicamente inferiores as instituições financeiras cuja prova de fatos, notadamente em relações de consumo, onde a tônica são os contratos de adesão unilateralmente na posse da instituição financeira.

¹² NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000. p.106.

A inversão das regras probatórias se dá até mesmo para que seja oferecida uma dilação e produção probatória mais ampla, evitando decisões que surpreendam as partes tal qual explica o Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e processualista de escol, Antônio Carlos Marcato:

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - Inteligência do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Considerando que as partes não podem ser surpreendidas, ao final, com um provimento desfavorável decorrente da inexistência ou da insuficiência da prova que, por força da inversão determinada na sentença, estaria a seu cargo, parece mais justa e condizente com as garantias do devido processo legal a orientação segundo a qual o juiz deva, ao avaliar a necessidade de provas e deferir a produção daquelas que entenda pertinentes, explicitar quais serão objeto de inversão¹³.

Outros precedentes jurisprudenciais merecem ser trazidos à elucidação, apenas para esclarecer a certeza do quanto pleiteamos:

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - RELAÇÃO DE CONSUMO – OPORTUNIDADE – RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – MATÉRIA VENTILADA NAS RAZÕES RECURSAIS – IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO PELO TRIBUNAL.

A inversão do ônus da prova, como exceção à regra geral do art. 333, do CPC, depende de decisão fundamentada do magistrado antes do término da instrução processual, sob pena de não poder ser adotada na sentença, o que incorreria em cerceio de defesa, devendo ser decidida, de preferência, no momento do saneador, podendo, todavia, ser decretada no despacho inicial, após especificação das provas, na audiência de conciliação ou em qualquer momento que se fizer necessária, desde que assegurados os princípios do contraditório e ampla defesa (g.n)¹⁴.

¹³ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 121.979-4 - Itápolis - 6ª Câmara de Direito Privado - Relator: Antonio Carlos Marcato - 07.10.99 - V. U

¹⁴ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº, 301.800-0 da Comarca de BELO HORIZONTE sendo Apelante (s): JOSÉ DE QUEIROZ MAIA e Apelado (a) (os) (as): HOSPITAL MATER DEI S.A., Presidiu o julgamento o Juiz FERREIRA ESTEVES (1º Vogal) e dele participaram os Juízes ALVIMAR DE ÁVILA (Relator) e JARBAS LADEIRA (2º Vogal)

2.1.) A PRISÃO CIVIL POR DEPOSITÁRIO INFIEL E SUA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA:

Insta a lembrança que a prisão civil do depositário fiel resulta juridicamente impossível. À luz do princípio da proporcionalidade, a decretação da prisão civil de qualquer pessoa não resta como meio eficaz de promover o adimplemento de uma dívida de matriz cível, sendo que o ordenamento jurídico consagra como fundamento anelar outros meios para promover a tentativa de solvabilidade da obrigação que não impliquem em cerceamento de liberdade, ou seja, em raia de proporcionalidade.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco lecionam nesse sentido:

Há consenso a respeito da desproporcionalidade da restrição à liberdade do indivíduo como meio de coerção ao pagamento da dívida e, ao mesmo tempo, como retribuição ao prejuízo causado ao credor. Considera-se a existência de outros meios menos gravosos para compelir o devedor à quitação adequada do débito. Mais uma vez, o exame da proporcionalidade cumpre aqui um papel relevante na verificação da legitimidade constitucional das intervenções na esfera de liberdade individual¹⁵.

Suzana Barros diz que devem ser analisados os elementos da tríplice caracterização deste princípio:

Princípio da adequação ou da idoneidade: (...) traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade pretendida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional;
 Princípio da necessidade ou da exigibilidade: (...) que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa;
 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito: (...). é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim a ser perseguido¹⁶.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p.678.

¹⁶ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

Preleciona José Joaquim Gomes Canotilho que:

O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. Na legislação portuguesa, é com este sentido que a teoria do estado o considera, já no século XVIII, como máxima suprapositiva, e que ele foi introduzido, no século XIX, no direito administrativo como princípio geral de direito de polícia. Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição de excesso, foi erigido à dignidade de princípio constitucional¹⁷.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, ao discorrer sobre estes requisitos, assevera que:

Os requisitos são extrínsecos – judicialidade (requisito subjetivo) e a motivação (requisito formal) – e requisitos intrínsecos – constituídos por subprincípios da idoneidade, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A idoneidade constitui-se no exame de a medida constritiva ter ou não relação de causalidade ao fim pretendido, ou seja, ser idônea, apta, para atingir aquele fim. A necessidade, também compreendida como intervenção mínima, é a adequação do grau de eficácia das medidas. E, por último, a proporcionalidade em sentido estrito é o exame do confronto direto entre os interesses individuais e estatais, a fim de se estabelecer se é razoável exigir-se o sacrifício do interesse individual em nome do interesse coletivo¹⁸.

Lado outro, calha à lembrança que a norma do artigo 5º, LXVII, Constituição da República apresenta a expressão “depositário infiel”, porém, tal conceituação vem sendo sucessivo objeto de interpretação por diversos setores que compõem o setor financeiro para compelir os devedores ao pagamento escapando das vias ordinárias de satisfação de obrigações.

O Superior Tribunal de Justiça há longa data vem considerando que os contratos de alienação fiduciária, como o caso do processo em tela, não preenchendo os requisitos formais para caracterização de um contrato de depósito, vez que há a transferência da

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 1998. p.259/260.

¹⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da constituição*. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.73/74.

posse direta, mas a posse indireta e a propriedade fica retida na mão dos bancos, portanto, descaracterizado resta o depósito nos seus lindes originariamente formulados dentro da teoria civilista como se infere abaixo dos arestos jurisprudenciais carreados.

PRISÃO. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. INFIDELIDADE.

A Turma, por unanimidade, reiterou o entendimento de que é ilegal a prisão civil do depositário judicial infiel. Precedente citado: HC 95.430-SP, DJ 27/11/2007¹⁹.

DIREITO CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE.

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

2 - Ordem concedida²⁰.

HABEAS CORPUS. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. CONVERSÃO EM DEPÓSITO. PRISÃO CIVIL. DESCABIMENTO.

1. A falta de devolução do bem alienado fiduciariamente não autoriza a prisão civil do devedor que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária. Precedentes do STJ.

2. Ordem de habeas corpus concedida²¹.

"HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEPÓSITO ACESSÓRIO À ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE CONTRATO DE MÚTUO. ORIENTAÇÃO DA CORTE ESPECIAL.

Incabível a prisão civil atrelada aos depósitos acessórios às garantias de alienação fiduciária prestadas em contrato de mútuo (Corte Especial: Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 149.518-GO). Ordem concedida."²².

¹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 77.654-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 16/9/2008.

²⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 109.405/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 02.09.2008, DJe 15.09.2008

²¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 101.741/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 21.08.2008, DJe 01.09.2008

²² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 29.284/SP, relator Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 2/8/2004

PROCESSO CIVIL - HABEAS CORPUS - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - AUTOMÓVEL - BUSCA E APREENSÃO - CONVERSÃO EM DEPÓSITO - PRISÃO CIVIL - IMPOSSIBILIDADE - COISA JULGADA - IRRELEVÂNCIA - WRIT CONTRA ATO DE DESEMBARGADOR - EXCEPCIONALIDADE CONFIGURADA - CONCESSÃO DA ORDEM.

1 - Quando manifesta a ilegalidade da decisão, tem-se admitido o processamento do writ contra decisão liminar de relator em habeas corpus anterior, evitando, destarte, a ocorrência ou manutenção da coação ilegal. Precedentes.

2 - Consoante pacificado pela Corte Especial, em caso de conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, torna-se inviável a prisão civil do devedor fiduciário, porquanto as hipóteses de depósito atípico não estão inseridas na exceção descabida, nestes casos, a equiparação do devedor à figura do depositário infiel.

3 - O trânsito em julgado da decisão proferida na Ação de Depósito atípico não constitui óbice ao afastamento de constrangimento ilegal provocado pela mesma, mormente quando utilizada a via do remédio heróico. Precedentes.

4 - Ordem concedida, para afastar a cominação de prisão da ora paciente, expedindo-se o necessário salvo-conduto²³.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA CONVERTIDA EM DEPÓSITO. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. NOVO POSICIONAMENTO DO STF. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não se admite a decretação da prisão civil do devedor fiduciário, em sede de ação de busca e apreensão convertida em ação de depósito. Precedentes do STJ.

2. O c. Supremo Tribunal Federal tem externado novo posicionamento, nesse mesmo sentido. RE 466.343/SP e HC 90.172-7/SP.

3. Agravo regimental improvido²⁴.

O Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais também reconhecem a inconstitucionalidade da medida:

²³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 55412/DF, relator Min. Jorge Scartezini, DJ de 1/8/2006

²⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 937685/ES, relator Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 24/9/2007

O Min. Cezar Peluso, relator, negou provimento ao recurso, por entender que a aplicação do art. 4º do DL 911/69, em todo o seu alcance, é **INCONSTITUCIONAL**. Afirmou, inicialmente, que entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia não há afinidade, conexão teórica entre dois modelos jurídicos, que permita sua equiparação. Asseverou, também, não ser cabível interpretação extensiva à norma do art. 153, § 17, da EC 1/69 - que exclui da vedação da **PRISÃO CIVIL** por dívida os casos de **DEPOSITÁRIO INFIEL** e do responsável por inadimplemento de obrigação alimentar - nem analogia, sob pena de se aniquilar o direito de liberdade que se ordena proteger sob o comando excepcional. Ressaltou que, à lei, só é possível equiparar pessoas ao **DEPOSITÁRIO** com o fim de lhes autorizar a **PRISÃO CIVIL** como meio de compeli-las ao adimplemento de obrigação, quando não se deforme nem deturpe, na situação equiparada, o arquétipo do depósito convencional, em que o sujeito contrai obrigação de custodiar e devolver".

Para dar pela ilegitimidade da **PRISÃO CIVIL** neste caso, não é preciso ir ao 'Pacto de São José da Costa Rica'; deveras não podia nem pode ser aplicado em todo seu alcance, por inconstitucionalidade manifesta, o art. 4º, do Decreto-lei 911/69²⁵.

Diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplinam a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto Lei 911, de 1º de outubro de 1969.

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.

Enfim, desde a ratificação, pelo Brasil, no ano de 1992, do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para a

²⁵ Voto do Ministro Cesar Peluso inserto dentro do Informativo 449, do STF.

aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel²⁶.

FIDUCIÁRIA - DECRETO-LEI 911/69 - BEM NÃO ENCONTRADO - CONVERSÃO EM DEPÓSITO - POSSIBILIDADE - PRISÃO CIVIL - INCONSTITUCIONAL.

Segundo recente entendimento do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466343, ao fiduciário está autorizado o uso da Ação de Depósito, mas sem a cominação nem a decretação da **PRISÃO CIVIL** do fiduciante vencido²⁷.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco lecionam que na alienação fiduciária é um tipo de contrato em que:

...não há um depósito no sentido estrito do termo, tendo o Decreto-Lei 911/69, criado uma figura atípica de 'depósito por equiparação', de forma que o devedor-fiduciante que descumpra a obrigação pactuada e não entrega a coisa ao credor-fiduciário não se equipara ao depositário infiel para os fins previstos no art. 5º, LXVII, da Constituição, e, portanto, não pode ser submetido à prisão civil²⁸.

...na propriedade fiduciária, pela qual o credor fiduciário mantém apenas a posse indireta do bem, ficando a posse direta e, portanto, o usufruto da coisa com o devedor-fiduciante. Na verdade, o credor não é proprietário em termos absolutos enquanto o devedor se encontra com a posse direta do bem; nem quando, na hipótese de inadimplência, o bem lhe seja entregue pelo devedor ou seja recuperado por meio de busca e apreensão, pois, nesse caso, deverá vendê-lo²⁹.

Orlando Gomes segue a mesma linha de raciocínio, dizendo que "o devedor-fiduciante não é, a rigor, depositário, pois não recebe a coisa para guardar, nem o credor-fiduciário a entrega para esse fim, reclamando-a quando não mais lhe interesse a custódia alheia"³⁰,

²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, rel. Ministro Gilmar Mendes.

²⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.07.251707-7/001 - COMARCA DE SETE LAGOAS - APELANTE(S): CONSAVEL ADMINISTRADORA CONSORCIOS LTDA - APELADO(A)(S): FLÁVIO DE AZEVEDO - RELATOR: EXMO. SR. DES. OSMANDO ALMEIDA

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p.682.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p.678.

³⁰ GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*, 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975, p.130.

assim não resta configurado o contrato de depósito tal qual prescreve o artigo 627, Código Civil.

A prisão civil do depositário infiel, ao nosso entender não mais subsiste em juridicidade, uma vez que com o advento da Emenda Constitucional 45/04, o artigo 5º, § 3º da Constituição da República passou a admitir uma ampliação no leque de direitos e garantias fundamentais, desde que submetidos ao crivo de um procedimento específico para esta finalidade.

A incorporação de uma regra de direito internacional em nosso esquadro de direitos e garantias fundamentais depende apenas de um formalismo, o qual evidentemente já teria ocorrido se o Pacto de San José da Costa Rica (Decreto Legislativo 27/92) tivesse sido formulado recepcionado pela normativa brasileira neste instante histórico.

Valério de Oliveira Mazzuoli ensina que:

Não resta dúvida que o devedor-fiduciante não é depositário. A ele não se atribui o dever de custódia do bem, muito menos o dever de restituí-lo quando exigido. Ao depositário a coisa é dada com a obrigação formal de devolvê-la, obrigação esta, que inexistente no caso da alienação fiduciária que se constitui mera garantia de mútuo. Além disso, é ainda de considerar-se que na alienação fiduciária não existe, efetivamente, a confiança que o depositante deposita no depositário de um contrato genuíno de depósito, de modo que o devedor-fiduciante jamais pode ser, por esse motivo, considerado infiel em caso de descumprimento do contrato. Onde não há confiança não há infidelidade³¹.

Logo, por todo o exposto, a prisão civil por depositário infiel é impossível juridicamente e vedada em nosso ordenamento jurídico.

³¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, p.42.