

Ano II nº 10

JUSTIÇA CIDADANIA

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
1988



DOS DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS

Editorial

Apropriação indébita nos
Precatórios e Títulos Públicos

Ministro Moreira Alves

Guardião da Constituição



Da prisão civil do devedor na alienação fiduciária

Questão por demais interessante, a decretação da prisão civil do devedor de alienação fiduciária, é merecedora de atenção máxima do Judiciário.

O intuito, firme, deve ser o de coibir o abuso da sua requisição, mormente o da concessão, sob pena de assim não procedendo, vulgarizamos um instrumento válido, porém, de característica e resultados absolutamente extremados.

Não se trata de tentar atenuar os efeitos de um dispositivo vivo, mas, sim, de preservar uma garantia fundamental, sobrepairante e de mesma sede constitucional, que é a liberdade.

Indene de dúvida, esse direito à liberdade, quando visto no contexto de um Estado Democrático de Direito, constituindo, inclusive, um de seus alicerces, é irrenunciável, figurando na mesma posição ou hierarquia, do que o próprio direito à vida.

Afinal, não valerá o último, sem o gozo do primeira.

Da aplicação do instituto

De profundus clamo adite domine. Liberate me ex inferis.

(Das profundezas, clamo por ti, ó Senhor.

Liberta-me deste inferno.)

Não é esse, aprisionador, o espírito do homem que se pretenda evoluído, nem ares de cela deverá ter a sua sociedade.

Porém, para a sua correta aplicação, é preciso que o instrumento da decretação da prisão civil, seja uma resultante das situações fáticas, sociais e jurídicas estampadas, de maneira inequívoca, quando do estudo do caso.

Essa tríade situacional, anteriormente aludida, é composta por elementos **essenciais, interdependentes e precedentes** da autorização da prisão civil.

Afinal, o que se quer, quando da

Henrique César Hickman Domenici

Bacharel em Direito e Assessor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

utilização desse instituto de constrangimento, é exortar o devedor a adimplir a prestação.

Nada mais.

Assim, o que não se deve fazer, é abrir indistintamente as portas do cárcere, e para ele conduzir todos aqueles indivíduos malsinados em fortuna.

Pelo contrário.

Deverão ser conduzidos somente aqueles que, ostentando comprovada situação, apta a saldar os compromissos assumidos na vida civil, preferiram tratar com descaso, tanto a própria obrigação contraída, quanto o meio disponibilizado para a efetivação do seu adimplemento, que é via judicial.

Somente, então, justificar-se-ia a prisão civil, e apenas para o depositário infiel, realmente, bem como para o devedor de alimentos.

Assim, em que pesem todas as argumentações, jurisprudências e interpretações agitadas pelos grandes interessados nessa coerção - na sua esmagadora maioria, bancos e instituições financeiras - a questão se resume, tão somente, no interpretar das faculdades legais pelo Juízo.

Interpretação, essa, que deverá ser feita no exato limite e conformidade do caso, devendo evitar, o intérprete, e a todo custo, incursionar no movediço terreno da mera disposição legal.

Afinal, a letra, pura e fria, induz a uma falsa permissividade da aplicação indistinta do cerceamento da liberdade, o que, por si, não conduz à justiça.

De outro vértice, a experiência demonstra que, além de não resolver a situação do postulante, a prisão pode mesmo agravá-la e, até, inviabilizá-la, pois uma vez preso o Réu, não se vislumbra como poderá, da cadeia, conseguir o dinheiro para quitar a dívida.

Evidencia-se, assim, não ser essa a solução mais adequada aos casos onde, geralmente, é postulada.

Importante ressaltar, por oportuno, que tampouco permitir a prisão civil indis-

tinta, é a *mens ou ratio* dos diplomas normalmente invocados para embasar tal pretensão.

Do pacto de São José da Costa Rica

O Brasil, quando assinou o Pacto de São José da Costa Rica, ratificou uma convenção internacional, cujo resultado se fez inserir no ordenamento jurídico, a nível constitucional.

Ora, não se pode olvidar que ligamos com uma Constituição multifacetada onde, ao mesmo tempo em que traz em seu bojo os direitos à vida e à liberdade, dispõe, com o mesmo brilhantismo e eficiência, sobre o Colégio Pedro II no Rio de Janeiro.

Assim, não parece correto afirmar que a sede da norma garantida, em extremo, a sua hierarquia ou eficácia.

É preciso considerar a importância do que ali está positivado, até mesmo para que se obtenha uma necessária hierarquia interna de normas, havidas numa mesma sede constitucional, evitando a indesejada homogeneização de valores.

Adota-se, premiada que foi pelo uso continuado na doutrina, a imagem trazida pela pirâmide de Kelsen, restringindo seu enfoque à esfera estritamente constitucional, como instrumento facilitador da compreensão.

Isto para os que acreditam que o prefalado Pacto se inseriu em sede constitucional, uma vez que existem aqueles que pensam de forma diferente, apregoando a sua inserção em nível infraconstitucional, o que, em nosso sentir, não se afigura como o mais adequado.

Basta considerar que, em razão da matéria - liberdade da pessoa humana - e da maneira em que esta foi tratada pelo Pacto e pela Constituição da República de 1988, uma vez existindo posição definida de garantia naquele Diploma Maior, ali se inserirá tudo de mesmo molde, inclusive a letra convencional

internacional ratificada pelo país.

Uma rápida visão sobre a prática processual

Ora, é certo que a própria lei permite a convalidação da Ação de Busca e Apreensão em Ação de Depósito, com o fito de, posteriormente, caracterizar o outor mútuo, numa transmutação sem precedentes na história processual brasileira, em depositário infiel.

Diz o artigo 4º do Decreto-Lei nº 911/69, *verbis*: "Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil".

Ora, para que se afigure o depósito, passível da sanção de inspiração constitucional, este somente poderá existir na forma necessária, prevista no artigo 1283 do Código Civil.

Contudo, é o mesmo Código Civil que preceitua os requisitos necessários à conceituação de depósito, na forma do artigo 1265 e seguintes.

Assim sendo, tem-se como evidente a não caracterização de depósito civil, deste do artigo 4º do Decreto Lei 911/69, por falta absoluta de requisito intrínseco básico de formação, implícito nos artigos transcritos anteriormente, a saber, a anuência do depositário, sem a qual se caracterizaria um vício da vontade, razão da conseqüente nulidade do ato jurídico.

Daí, torna-se mais do que temerosa a aplicação indistinta da prisão civil, como forma de sanção ao devedor da alienação, posto que jamais poderá este, ser equiparado àquele do Código Civil.

Portanto, e de outro vértice, não poderá, jamais, uma mera manobra de cunho eminentemente processual, como é a convalidação de ações, acarretar sanções que firam objeto resguardado pelo manto da garantia constitucional, estampada de forma tão clara, que ensejadora, até mesmo pela coincidência de intenções, da ratificação de convenção internacional.

Seria permitir, em última análise, que a norma infraconstitucional venha a agredir, através de artifício de veste instrumental (processual), uma garantia de nível constitucional elevadíssimo, fundamental, inclusive, à própria caracterização do pretendido Estado Democrático de Direito.

Em outras palavras, através de um



Henrique César Hickman Domenici

ardil mecânico, emanado de norma editada numa época onde a atmosfera político-social dominante denotava pouca importância à liberdade individual, atenta-se, e muito gravemente, contra os fundamentos da República, dispostos nos incisos do pouco lembrado artigo 1º da Constituição Federal de 1988, bem como aos próprios objetivos do Estado, elencados no subseqüente artigo 3º.

De se notar, finalmente, que os prefalados enunciados encontram-se na parte expositiva da Constituição, servindo, mesmo, como fonte inspiradora de todas as demais disposições seguintes, o que faz com que, *de per si*, excluam interpretações malfazejas como a da indistinta prisão civil em comento e que, por todas as razões anteriores, não encontra fundamento lógico-jurídico à sua aplicação indistinta.

Pelo exposto, conclui-se que a convalidação das ações é prática processual válida, sem dúvida, porém, hodiernamente, de finalidade muito mais abrangente do que aquela a que, real e infelizmente, deveria se limitar.

Resta, então, pugnar para que os Magistrados não incorram no erro grave da decretação da prisão civil, somente arrimados na permissividade da lei e na coincidência de denominação jurídica, feitas pelo legislador.

Não basta à prefalada decretação, que ambos os sujeitos sejam considerados, apenas, depositários, uma vez que o exurgido do contrato de

depósito, por sua própria natureza jurídica, difere, diametralmente, daquele em que nada nessa linha contratou, que não o mútuo simples, e que por força de uma expressão mal colocada em texto legal, viu-se obrigado a conviver sob a Espada de Dâmocles, a pender-lhe até o adimplemento total da obrigação.

Nessa ótica, portanto, quando não realizado pelo Juízo, o anteriormente citado e apurado estudo das condições situacionais - fáticas, jurídicas e sociais - a servir-lhe, obrigatoriamente, inclusive, como fundamentação da decisão, incorrerá o Magistrado, ao decretar a prisão, simplesmente cedendo à pressão desmedida do Autor, em erro gravíssimo, passível de ser reparado na via da responsabilidade civil, inclusive incidindo no dano moral, porto que, em rápida análise, constata-se estariam presentes e supridos todos os requisitos condicionantes a tanto.

A contrapartida, para o demandante, seriam as sanções resultantes da indução do Juiz a erro, combinadas com o evidente uso indevido do processo.

De qualquer forma, é preciso que o Juiz tenha em mente, sempre que se deparar com a situação em comento, a inquietante imprecisão dos termos usados pelo legislador, bem como as extremadas conseqüências do que se lhe está sendo pedido.