

PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA (INCISO LXVII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Rodolfo Pamplona Filho¹

Epifanio A. Nunes²

1 INTRODUÇÃO

A prisão civil, entendida como meio coercitivo de pagamento, é norma contida no inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal que consagra em nosso ordenamento jurídico a proibição da prisão civil por dívida, com a ressalva das hipóteses do responsável pelo inadimplemento, voluntário e inescusável, de obrigação alimentícia e do depositário infiel.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 25, segundo a qual “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. As etapas até que se chegasse à fórmula atualmente consagrada é o que será visto a seguir.

2 BREVE HISTÓRICO DA PRISÃO CIVIL

Desde os primeiros povos civilizados, há mais de 3.000 anos a.C., já se conhecia a prisão civil por dívidas. O instituto advém, portanto, do direito antigo, e já era encontrado em escritos dos povos egípcios, babilônicos, indianos, hebreus, gregos e romanos e envolvia a execução pessoal do devedor como sacrifícios físicos, escravização e morte³.

No vetusto Código de Hammurabi, se uma pessoa tivesse contra a outra um crédito de trigo ou de prata e se o credor tomasse, em garantia desse crédito, uma pessoa, e se esta pessoa

¹ Juiz Titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA; Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador – UNIFACS; Professor Associado IV da graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia; membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (atualmente Presidente honorário), da Academia de Letras Jurídicas da Bahia (atualmente exercendo sua Presidência), da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC), do Instituto Baiano de Direito do Trabalho (tendo exercido sua Presidência); do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil), do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCont) e do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam); Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia; Apresentador do Talk-Show “Papeando com Pamplona”.

² Mestre em Direito, Governança e Políticas Públicas na Universidade Salvador pela Universidade Salvador (UNIFACS); pós-graduado em Direito Público e Privado pelo Centro Universitário UniFTC; Graduado em Direito e Comunicação Social com Habilitação em Relações Públicas pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB); Advogado.

³ GARCIA, Ariovaldo Stropa; MONTAGNINI, Silvana Garcia; BUDAL, Rosane; ANTEVELI, Aline; DEL'ARCO, Danilo; BIELSKI, K.; NASCIMENTO, Lúcio Augusto do. A história da prisão civil por dívida. **Revista Unopar**. Científica Ciências Jurídicas e Empresariais. Londrina, v. 2, n.1, p. 49-62, 2001.

executada morresse, de morte natural, na casa do mesmo credor, essa causa não motivava qualquer reclamação⁴.

Em Roma, a Lei das XII Tábuas era severa, albergando, nesse particular, em suas normas, humilhação (castigo moral), privação da vida e da liberdade:

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 o máximo de 15 libras; ou menos, se assim o 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 do devedor 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.

Com o surgimento da *Lex Poetelia Papiria* em 326 a.C., o não pagamento do débito passou a ensejar não mais a execução pessoal, mas sim do patrimônio do devedor, sendo tal fato considerado, historicamente, como uma das grandes conquistas do mundo civilizado⁵.

A prisão do devedor começou a ser abrandada com o surgimento da centralização de poder, no fim do período medieval, e com a extinção das guerras privadas, juntamente ao surgimento do Humanismo, fenômenos estes que impulsionaram a reflexão acerca da eficácia das medidas restritivas sobre o corpo no que concerne à quitação dos débitos⁶.

No século XX, a coibição à prisão civil por dívidas ganhou relevância, vindo a integrar a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo 1º do Protocolo nº. 4), segundo a qual “Ninguém pode ser privado da sua liberdade pela única razão de não poder cumprir uma obrigação contratual”.

O ordenamento jurídico-constitucional brasileiro há muito tempo admite a prisão civil. Ainda que as Constituições de 1824, 1891 e 1937 não tratem da matéria, as leis da época

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 2: Obrigações**. 21. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 404.

⁵ *Ibidem*, p. 405.

⁶ Daniel Bucar *apud*, NUNES, Epifanio A. **Tutela Jurídica de Prevenção e Tratamento do Superendividamento como Forma de Política no Direito Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas) - Universidade Salvador (UNIFACS). 2021.

asseguravam a possibilidade da prisão do depositário infiel e suas variações, o que foi acrescido, posteriormente, da prisão civil por dívida de natureza alimentar⁷.

A Constituição de 1934 trouxe expressamente a inexistência da prisão por dívidas, multas ou custas em seu artigo 113: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 30) Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas”.

A Constituição de 1946 estabelecia no artigo 141, § 32: “Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar na forma da lei”. O mencionado dispositivo foi reproduzido nas Constituições de 1967 (artigo 150, § 17), e na Emenda Constitucional n. 1, de 1969 (artigo 153, § 17).

No Brasil, o poder constituinte originário fez constar na Constituição Federal de 1988 a prisão civil por inadimplemento de dívida no artigo 5º, inciso LXVII, segundo o qual “não haverá prisão civil por dívida salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”, de forma que o legislador constituinte originário deixou clara a intenção de minimizar a possibilidade da prisão ao estabelecer que o descumprimento deverá ser “involuntário e escusável”, conforme visto a abaixo.

3 CONCEITO E O TRATAMENTO DA PRISÃO CIVIL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Na evolução do constitucionalismo e do direito internacional dos direitos humanos assumem relevo na ordem normativa uma série de restrições à possibilidade de privação das liberdades de locomoção, que devem ocorrer apenas em de situações específicas e previamente previstas no ordenamento jurídico⁸.

Com relação à prisão civil não é diferente. Conceitualmente, trata-se de uma medida de força, restritiva da liberdade humana, que, sem conotação de castigo, serve como meio coercitivo para forçar o cumprimento de determinada obrigação⁹. No entender de Álvaro Villaça, “é o ato de constrangimento pessoal, autorizado por lei, mediante segregação celular,

⁷ Ingo Wolfgang Sarlet in: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 19.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 666.

⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit. p. 405.

do devedor, para forçar o cumprimento de um determinado dever ou de uma determinada obrigação"¹⁰.

Não se deve confundir a prisão civil com a prisão de natureza penal, exarada pelo juízo penal competente no transcurso do processo penal, visto que a prisão civil, de acordo com Marcelo Ribeiro Oliveira, não é uma forma de repreensão de um ato ilícito, mas tão-somente como uma forma de obrigar o devedor a arcar com o seu compromisso¹¹.

Conforme já visto, nem todas as Constituições brasileiras trataram do tema, e, desde 1967, firmou-se em nível constitucional a regra de que a prisão civil somente seria admitida em caráter excepcional, nas taxativas hipóteses do inadimplemento de obrigação alimentar e do depositário infiel¹².

A Magna Carta de 1215, por sua vez, em seu art. 5.º, LXVII, manteve a mesma diretriz, ao dispor que:

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXVII — Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

Na interpretação original do texto constitucional, portanto, a regra no nosso sistema é a da inexistência de prisão civil por dívida, permitida unicamente nas hipóteses de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia; e no caso do depositário infiel. Somente nessas duas únicas hipóteses, a constrição da liberdade humana, observada fielmente a legislação em vigor, poderia ser admitida como meio coercitivo de pagamento.

Posteriormente, a matéria sofreu uma reviravolta, com o afastamento da prisão do depositário infiel, por meio da Súmula Vinculante nº 25, publicada no Diário Oficial da União de 23-12-2009, segundo a qual "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito"¹³. Essa mudança será explorada na exposição deste trabalho. Contudo, veja-se primeiramente, no próximo subtópico, a prisão do devedor de alimentos.

¹⁰ Álvaro Villaça Azevedo. *Prisão Civil por Dívida*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 03.

¹¹ OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro. **Prisão civil na alienação fiduciária em garantia**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 42.

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. Cit.* p. 406.

¹³ *Ibidem*, Loc. Cit.

3.1 DA PRISÃO CIVIL DECORRENTE DE INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

A prisão civil decorrente de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar, em face da importância do interesse em tela (subsistência do alimentando), é medida das mais salutares, tendo em vista que boa parte dos réus só cumpre a sua obrigação quando ameaçada a ordem de prisão¹⁴.

O Superior Tribunal de Justiça havia editado a Súmula 309, que preceituava, em sua redação original: "*O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo*".

Posteriormente, esta súmula seria modificada para considerar como termo *a quo*, não a data da citação, mas a do ajuizamento da execução: "*O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao **ajuizamento da execução** e as que se vencerem no curso do processo*". Esta redação, a propósito, é idêntica a que foi incorporada ao § 7º, artigo 528 do Código de Processo Civil.

No caso, como a medida só poderá ser ordenada em face das três últimas parcelas em atraso, aplica-se o procedimento comum de execução por quantia certa para as demais parcelas vencidas¹⁵.

Essa norma é passível de críticas, tendo em vista que o devedor contumaz de alimentos pode estar devendo muito mais do que três parcelas¹⁶.

Seria melhor que o legislador tivesse deixado a cargo do juiz a possibilidade de decretar a prisão decorrente do atraso de mais de três prestações. Neste entender, o juiz, atuando com a devida cautela, poderia, no caso concreto, decretar a prisão civil em face de mais de três prestações em atraso, respeitado, é claro, o limite máximo da prescrição da pretensão condenatória da dívida alimentar, uma vez que o recurso à execução por quantia certa (cite-se, para pagar em 24 horas, sob pena de penhora...) é, na prática, moroso e sujeito a manobras processuais, não se justificando o limite das três parcelas em atraso, o qual é prejudicial ao imediato interesse alimentar do alimentando, hipossuficiente na relação jurídica¹⁷.

¹⁴ Ibidem, Loc. Cit.

¹⁵ Conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a prisão civil não deve ser tida como forma de coação para o pagamento da totalidade das parcelas em atraso, porque, deixando a credora que o débito se acumule por longo tempo, essa quantia não mais teria caráter alimentar, mas, sim, o de ressarcimento de despesas feitas. (STF, trecho da ementa do acórdão proferido no julgamento do HC 75.180/MG, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 01.08.97).

¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 20. ed. (6. ed. do e-book) São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1380-1381.

¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit. p. 410.

Conforme o Supremo Tribunal Federal, a finalidade e a necessidade da prisão devem vir esclarecidas e justificadas pelo decreto prisional. Assim, deve ser devidamente fundamentada a decisão judicial que decreta a prisão civil do alimentante, de forma que "a econômica expressão '*por inadimplemento alimentar*' não supre a exigência constitucional de um mínimo de fundamentação (CF, art. 93, I X)"¹⁸.

O cumprimento integral da pena de prisão não eximirá o devedor do pagamento das prestações alimentícias, vincendas ou vencidas e não pagas (§ 1º, artigo 19, da lei nº 5.478/1968).

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, as parcelas não pagas de natureza alimentar que vencerem no curso da execução de alimentos, além daquelas objeto da execução, devem ser incluídas no saldo devedor, em homenagem aos princípios da economia e celeridade e para maior prestígio do princípio da efetividade do processo¹⁹.

Conforme a jurisprudência sedimentada, poderá haver a reiteração da prisão quantas vezes for necessário para o cumprimento da obrigação. Configurar-se-á *bis in idem*, contudo, a decretação de nova prisão enquanto pender de cumprimento o decreto anterior²⁰.

Acerca do regime de cumprimento da prisão civil de alimentos, em determinadas situações – como pode ocorrer com o idoso –, parece razoável que o seu cumprimento ocorra sob o regime semiaberto ou aberto, possibilitando, por exemplo, o exercício de uma atividade profissional²¹.

3.2 DA PRISÃO CIVIL DECORRENTE DA CONDIÇÃO DE DEPOSITÁRIO INFIEL

Além da hipótese de prisão civil por inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, a Constituição Federal de 1988 admitiu, ainda, a medida coercitiva no caso do depositário infiel.

O depositário infiel é aquele que recebe a incumbência judicial ou contratual de zelar por um bem, mas não cumpre sua obrigação e deixa de entregá-lo em juízo, de devolvê-lo ao proprietário quando requisitado, ou não apresenta o seu equivalente em dinheiro na impossibilidade de cumprir as referidas determinações²².

¹⁸ HC 78.071/RJ, Rei. Maurício Corrêa, DJ de 14-5-1999; HC 75.092/RJ, Rei. Maurício Corrêa, DJ de 15-8-1997.

¹⁹ STJ, REsp 706.303/RJ, Rei. Humberto Gomes de Barros, DJ de 15-5-2006.

²⁰ HC 78.071/RJ, Rei. Maurício Corrêa, DJ de 14-5-1999; STJ, HC 39.902/MG, Rei. Nancy Andrichi, DJ de 29-5-2006

²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit. p. 411.

²² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit. p. 412.

Sobre a amplitude e delimitação do termo “depósito judicial”, pelo fato de se tratar de exceção que expressa à garantia constitucional da proibição da prisão civil por dívida, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é de que “não é permitido ao legislador ampliar indiscriminadamente as hipóteses em que poderá ocorrer a constrição da liberdade individual do depositário infiel”²³.

Tecnicamente, apenas duas situações distintas podem ensejar a caracterização de tal figura.

A primeira diz respeito ao **contrato de depósito**.

Trata-se de um negócio jurídico pelo qual uma das partes — o depositário — recebe bem móvel alheio para guardá-lo, com a precípua obrigação de devolver, quando o depositante o reclamar (art. 627 do CC/2002). A ação que tinha por fim exigir a restituição da coisa depositada denominava-se ação de depósito, cujo rito, de natureza especial, vinha previsto nos arts. 901 a 906 do Código de Processo Civil de 1973, regras que não foram reproduzidas no CPC/2015. O credor poderia, portanto, na própria petição inicial, requerer a restituição da coisa depositada ou do seu equivalente em dinheiro, em cinco dias. No sistema anterior a consequência deste descumprimento era grave. Isso porque, enquanto ainda aplicável a prisão civil, cumprindo a sua obrigação, a ordem coercitiva deveria ser imediatamente sustada, colocando-se o réu em liberdade²⁴.

Além da hipótese do depósito convencional (fundada em contrato), há a figura do **depositário judicial**.

Neste caso, trata-se de situação em que o juiz nomeia alguém como depositário, durante o curso de determinado procedimento, sendo a hipótese mais corriqueira a da penhora de bens, com a manutenção da sua guarda pelo executado. Se o depositário judicial alienasse a coisa, e, intimado para devolvê-la, descumprisse a ordem, poderia ter a sua prisão decretada no bojo do próprio processo, independentemente de ação específica de depósito, na forma da antiga Súmula 619 do Supremo Tribunal Federal²⁵, já revogada²⁶.

É importantíssimo destacar, porém, que, em função da consequência jurídica do descumprimento dos seus misteres, era considerado imprescindível que a designação do *munus*

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 801-805.

²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit. p. 413.

²⁵ “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”. (revogada).

²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit. p. 413.

de depositário fosse feita expressamente, não se admitindo presunções ou indícios de cientificação²⁷.

Nessa linha de raciocínio, foi aprovada a Súmula 319 do Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte enunciado: "O encargo de depositário de bens penhorados pode ser expressamente recusado". Os precedentes principais são o HC 34.229-SP, julgado pela Terceira Turma, e o REsp 505.942-RS, da Primeira Turma. Na ementa deste acórdão, a relatora do processo, Ministra Denise Arruda, assinala que a indicação compulsória de administrador, nos termos do art. 719 do Código de Processo Civil de 1973, não é possível porque deve ser indicada pessoa que aceite tal incumbência²⁸.

Por isso, é óbvio que a condição de depositário pressupõe a possibilidade jurídica de responsabilidade pela guarda dos bens depositados²⁹.

4 A SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS E CONVENÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

O Brasil, no ano de 1992, ratificou sem ressalvas o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que apenas permitem a ocorrência de prisão civil na hipótese de não pagamento de obrigação alimentícia.

Portanto, tal ratificação gerou grande controvérsia acerca da possibilidade de ocorrer a prisão civil do depositário infiel com fundamento no inciso LXVII do artigo 5º da Carta Federal. A controvérsia ocorreu porque, conforme consta no § 2º, artigo 5º, da Constituição Federal, "os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte".

Surgiu a dúvida se estes tratados ratificados internamente teriam afastado a possibilidade de prisão civil do depositário infiel no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal firmou posição no sentido da admissibilidade da prisão para o depositário infiel.

Nesse sentido, estabeleceu o Min. MAURÍCIO CORREA no julgamento do HC 75.512-7/SP:

²⁷ É esse o entendimento da Súmula 304 do STJ ("É ilegal a decretação da prisão civil daquele que não assume expressamente o encargo de depositário judicial").

²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit. p. 414.

²⁹ Súmula 305 do STJ: "É descabida a prisão civil do depositário quando, decretada a falência da empresa, sobrevém a arrecadação do bem pelo síndico".

Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2.º, do art. 5.º, da Constituição) não minimizam o conceito de soberana do Estado-Povo na elaboração de sua Constituição: Por esta razão, o Pacto de San José da Costa Rica (ninguém deve ser detido por dívida: este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar) deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5.º, LXVII, da Constituição.

Todavia, anos depois, mudaria o Supremo Tribunal Federal o seu posicionamento sobre a matéria³⁰.

De fato, no julgamento do HC 92.566/SP, de relatoria do ministro Marco Aurélio, declarou-se expressamente revogada a Súmula 619 daquela Corte, que autorizava a decretação da prisão civil do depositário judicial no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente do prévio ajuizamento da ação de depósito³¹.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal passou a basear-se na tese de que os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil — como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que proíbe a prisão por dívida, salvo a de pensão alimentícia — são "supralegais": situam-se hierarquicamente abaixo da Constituição Federal, mas acima da legislação interna³².

Entendeu o Pretório Excelso que, muito embora os tratados internacionais sobre direitos humanos sejam atos normativos infraconstitucionais – estando abaixo da Constituição Federal –, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, são dotados também de um atributo de supralegalidade, estando acima das leis³³. A partir deste entendimento, por força dessa supralegalidade, o Pacto de San José da Costa Rica – que proíbe a prisão do depositário infiel – torna inaplicável toda e qualquer previsão legal infraconstitucional neste sentido. É dizer: o status de supralegalidade afastou todas as possibilidades de prisão do depositário infiel, prevista no inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal.

Conforme Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o

³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit. p. 415.

³¹ *Ibidem*, Loc. Cit.

³² STF, Pleno, RE nº 349.703, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. em 3.12.2008. STF, Pleno, RE nº 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. em 3.12.2008.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; e BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 824.

seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. [...].

Essa referida qualificação é expressamente consagrada na Constituição da Alemanha que, em seu art. 25, dispõe que “as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional”.

Anoto, ainda, que o mesmo tratamento hierárquico-normativo é dado aos tratados e convenções internacionais pela Constituição da França de 1958 (art. 55)575 e pela Constituição da Grécia de 1975 (art. 28)576 [...]

É preciso lembrar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, por longo tempo, adotou a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional. Cito, a título exemplificativo, os julgamentos das Apelações Cíveis 9.587, de 1951, relator Orozimbo Nonato, e 7.872, de 1943, relator Philadelpho Azevedo [...]

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante³⁴.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel não foi revogada pela ratificação, pelo Brasil, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (artigo 7º, 7), e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigo 11), mas deixou de ter aplicabilidade tendo em vista o efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, o que inclui o artigo 652 do Código Civil³⁵. O Supremo Tribunal Federal enfrentou na mesma oportunidade se haveria a existência da prisão civil para o inadimplente em contratos de alienação fiduciária em garantia. Entendeu a Corte Suprema que a prisão civil do devedor-fiduciante viola o princípio da proporcionalidade, porque o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário³⁶.

Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

Note-se que a hipótese reconhecida não foi de aplicação das novas regras constitucionais contidas no § 3º do artigo 5.º da Constituição Federal, que estabeleceu que os tratados sobre

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 824-830.

³⁵ Código Civil, Art. 652. “Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos”.

³⁶ STF, Pleno, RE nº 349.703, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. em 3.12.2008. STF, Pleno, RE nº 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. em 3.12.2008.

direitos humanos terão status constitucional desde que passem pelo processo de aprovação, no Congresso, das emendas constitucionais³⁷. Contudo, o legislador constitucional não está impedido de submeter qualquer dos tratados sobre direitos humanos ao procedimento especial de aprovação previsto no § 3º do artigo 5.º da Constituição Federal, tal como definido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, conferindo-lhes status de emenda constitucional³⁸.

A prisão do depositário infiel não foi especificamente considerada inconstitucional, pois sua previsão segue na Constituição (que é considerada, pelo Supremo Tribunal Federal, superior aos tratados), mas foi considerada ilícita, pela ausência de norma legal válida a lhe respaldar³⁹.

No final das contas, em termos pragmáticos, a decisão terminou com a prisão do depositário infiel no Brasil, pois as leis que disciplinam esse tipo de medida coercitiva estão hierarquicamente inferiores aos tratados internacionais de direitos humanos⁴⁰. Por este motivo, atualmente, resta insustentável a tese que enquadra determinados créditos, como, por exemplo, a dívida trabalhista, que tem natureza alimentar, como uma dívida de alimentos, a ensejar a prisão civil⁴¹.

Reafirme-se, porém, mais uma vez, que não se reconheceu a atribuição de força constitucional a todo tratado de direitos humanos — abstraída a mencionada previsão do art. 5.º, § 3.º, da Constituição Federal —, mas, sim, que a lei ordinária não pode sobrepor-se ao disposto em um tratado sobre direitos humanos ao qual o Brasil aderiu, motivo pelo qual a decretação da prisão civil do depositário infiel, inclusive a do depositário judicial, constituiria ato arbitrário, sem qualquer suporte em nosso ordenamento positivo, porque absolutamente incompatível inclusive com o sistema de direitos e garantias consagrado na Constituição da República⁴².

Cabe lembrar que os demais tratados internacionais, que não versam sobre direitos humanos seguem tendo hierarquia de lei ordinária⁴³.

Assim, na Sessão Plenária do dia 16-12-2009 (DOU de 23-12-2009, p. 1), o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 25, nos seguintes termos:

³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit. p. 415.

³⁸ VALE, André Rufino do; MENDES, Gilmar Ferreira. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal?pagina=12>>. Acesso em: 10 set. 2022.

³⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit. p. 415.

⁴⁰ VALE, André Rufino do; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit.

⁴¹ Sobre o tema, confira-se Manoel Carlos Toledo Filho e Jorge Luiz Souto Maior. Da prisão civil por dívida trabalhista de natureza alimentar, Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 90, out. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4337>. Acessado em: 10 de setembro de 2022.

⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit. p. 416.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 435.

É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 419:

Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel.

Portanto, atualmente, a única prisão civil por dívida possível no Brasil é a do devedor de alimentos. É este o quadro hoje existente no vigente ordenamento jurídico brasileiro⁴⁴.

Contudo, a extinção da prisão do depositário infiel no Brasil não significa o fim do respeito à autoridade judiciária, no que se refere ao depósito judicial, ou a inviabilidade fática do contrato de depósito, mas, sim, um louvável avanço da jurisprudência nacional, na tutela jurídica dos direitos humanos⁴⁵.

Atualmente a consequência jurídica da caracterização como depositário infiel, ante a impossibilidade de decretação da prisão civil enseja outras medidas. A ilicitude da conduta deve ser rechaçada com a exigência judicial da obrigação correspondente, mediante a tutela específica da obrigação de fazer. Isto tudo sem prejuízo do enquadramento da conduta em tipo penal próprio, seja de apropriação indébita, seja de disposição de coisa alheia como própria (nos termos do art. 55 da Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004, c/c o art. 171, § 2.º, I, do Código Penal), cabendo a devida *notitia criminis* à autoridade competente⁴⁶.

Com relação ao devedor na alienação fiduciária, mesmo antes da edição da Súmula vinculante nº 25, já se considerava inaceitável a admissibilidade da prisão civil do devedor/fiduciante, em caso de o bem não ser encontrado, o que é, agora, reforçado pelo banimento de tal modalidade de forma de cumprimento forçado de obrigações, a teor da mencionada jurisprudência vinculante do Supremo Tribunal Federal⁴⁷.

O fato é que, meio coercitivo de pagamento ou não, a prisão civil representa inegavelmente constrição da liberdade humana, medida cada vez menos utilizada pelo moderno Direito Penal. Assim, outros meios de tutela do crédito deverão ser buscados e fortalecidos (a exemplo do bloqueio de valores que o devedor e a inclusão do nome do devedor em cadastros restritivos ao crédito, artigo 854 e § 3º do artigo 782 do CPC, respectivamente), desde que não

⁴⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit. p. 416.

⁴⁵ Ibidem, p. 417.

⁴⁶ Ibidem, Loc. Cit.

⁴⁷ Ibidem, p. 421.

traduzam violação aos direitos e garantias fundamentais previstos em nossa Constituição Federal⁴⁸.

⁴⁸ Ibidem, p. 423.