

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DA REGIÃO DOS VINHEDOS
ÁREA DO CONHECIMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

CARIANE BERNARDI

**A INFLUÊNCIA DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA NO QUE TANGE
A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL NO INSTITUTO DA ALIENAÇÃO
FIDUCIÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO**

BENTO GONÇALVES

2020

CARIANE BERNARDI

**A INFLUÊNCIA DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA NO QUE TANGE
A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL NO INSTITUTO DA ALIENAÇÃO
FIDUCIÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Campus Universitário da Região dos Vinhedos, da Universidade de Caxias do Sul, em julho de 2020.

Orientadora: Prof.^a Ms. Jussara de Oliveira Machado Polesel

BENTO GONÇALVES

2020

CARIANE BERNARDI

**A INFLUÊNCIA DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA NO QUE TANGE
A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL NO INSTITUTO DA ALIENAÇÃO
FIDUCIÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Campus Universitário da Região dos Vinhedos, da Universidade de Caxias do Sul, em julho de 2020.

Aprovada em 10/07/2020.

Profª. Ms. Jussara de Oliveira Machado Polesel - UCS - Orientador(a)

Profª. Dra. Melissa Demari – UCS – Examinador(a)

Prof. Dr. Jeferson Dytz Marin – UCS – Examinador(a)

RESUMO

Com o desenvolvimento e evolução da sociedade, foi observada no meio jurídico a necessidade de ampliação dos direitos humanos. Para esse avanço há o desenvolvimento dos tratados internacionais que visam essas melhorias em âmbito internacional, mas que possuem forte atuação no direito interno dos países. No Brasil, especificamente, um desses tratados apresentou influência, inclusive, nos meios de cobrança admitidos na alienação fiduciária, instituto que é utilizado em larga escala no mercado econômico de bens móveis e imóveis. Dessa forma, o presente trabalho visa analisar como de fato ocorreu a interferência desse tratado internacional, qual seja, o Pacto de São José da Costa Rica, num dos principais meios utilizados para provocação da parte contrária ao cumprimento de sua obrigação assumida no negócio fiduciário, na tangente da prisão civil do depositário infiel. Verificou-se que a mudança do entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito desse tema, em função da prevalência dos direitos humanos perante a Constituição Federal, trouxe a proibição da prisão civil do depositário infiel, não sendo mais possível a utilização desse meio de cobrança como forma de coação do devedor fiduciante ao cumprimento da obrigação nos contratos de alienação fiduciária, sendo necessário buscar outros meios de cobrança, como, por exemplo, o processo de execução.

Palavras-chave: Tratado Internacional de Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica. Alienação Fiduciária. Prisão Civil. Depositário Infiel.

ABSTRACT

With the development and evolution of society, the need to expand human rights was observed in the legal environment. For this advance, there is the development of international treaties aimed at these improvements at the international level, but which have a strong role in the domestic law of countries. In Brazil, specifically, one of these treaties had an influence, even, on the collection means admitted in the fiduciary sale, an institute that is used in a wide range in the economic market of movable and real estate. Thus, the present work aims to analyze how the interference of this international treaty, namely the San José Pact of Costa Rica, actually occurred, in one of the main means used to provoke the party against the fulfillment of its obligation assumed in the fiduciary business, on the tangent of the infidel depositary's civil prison. It was found that the change in the understanding of the Supreme Federal Court on this issue, due to the prevalence of human rights before the Federal Constitution, brought about the prohibition of civil imprisonment of the unfaithful depositary, and it is no longer possible to use this means of collection as form of coercion of the fiduciary debtor to fulfill the obligation in the fiduciary alienation contracts, and it is necessary to seek other means of collection, such as, for example, the enforcement process.

Keywords: International Human Rights Treaty. Pact of San José. Fiduciary alienation. Civil Prison. Unfaithful Depositary.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA	8
2.1 ORIGEM E REGULAMENTAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS	8
2.2 A RECEPÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	13
2.3 O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	17
3 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA	25
3.1 CONCEITO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA	25
3.2 NATUREZA JURÍDICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA	29
3.3 A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS E SEUS REQUISITOS LEGAIS	32
3.4 A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS E SEUS REQUISITOS LEGAIS	37
4 A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA PERANTE O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA	43
4.1 CARACTERIZAÇÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL	43
4.2 PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL	48
4.3 A INFLUÊNCIA DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA NA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL PERANTE A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO	51
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, os direitos humanos vêm crescendo fortemente na sociedade, utilizando a legislação como instrumento para o seu desenvolvimento. Com isso, num primeiro estágio, com a entrada em vigor de determinada lei, existe para o cidadão e para o Estado o dever da obediência, contudo, de uma forma gradativa, é implementada no país essa nova visão de sociedade, que passa a ser parte da cultura local, resultando na humanização e função social dos sistemas.

Esse processo de evolução da sociedade, por muitas vezes, acontece num âmbito internacional, envolvendo mais países engajados no mesmo propósito, assim, surgem os tratados internacionais de direitos humanos, que buscam levar ao ser humano a possibilidade de conduzir a sua vida com base em princípios dignos e direitos fundamentais.

O Pacto de São José da Costa Rica é um tratado internacional de direitos humanos que foi assinado e ratificado por muitos países pertencentes à Organização dos Estados Americanos, inclusive pelo Brasil. Sua principal fonte de criação foi a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, e sua pauta idealiza o direito à liberdade, à busca por uma sociedade mais igualitária, possibilitando o desenvolvimento econômico e também social, além de também garantir direitos civis e políticos. Dentro dos seus 81 artigos estão as garantias de direitos fundamentais vistas em qualquer sociedade desenvolvida, tais como a proibição da escravidão, o direito à liberdade, à integridade da pessoa, a defesa da vida, da liberdade de expressão e a escolha da religião, além de estabelecer garantias judiciais.

Com a assinatura e ratificação do Pacto de São José da Costa Rica pelo Brasil, que ocorreu em 06 de novembro de 1992, através da promulgação do Decreto Presidencial nº 678/1992, muitos institutos da legislação interna foram alterados. Um deles é a prisão civil do depositário infiel, que também tem atuação nos contratos de alienação fiduciária, já que esse instituto tem como objetivo utilizar uma medida privativa de liberdade para atuar como uma forma coercitiva, resultando no cumprimento de uma obrigação financeira, e, portanto, possuindo como meta final um resultado econômico.

A finalidade do presente trabalho é compreender a influência trazida na recepção do tratado internacional de direitos humanos, denominado Pacto de São

José da Costa Rica, pela legislação brasileira, especificamente, na questão da prisão civil do depositário infiel na unidade da alienação fiduciária.

A problemática apresentada é sustentada em função emissão da Súmula Vinculante n.º 25, em 23 de dezembro de 2009, pelo Supremo Tribunal Federal, que proibiu a prisão civil do depositário infiel, com base na internalização do Pacto de São José da Costa Rica na legislação brasileira, interferindo nos meios de cobrança utilizados em caso de inadimplência nos negócios envolvendo a alienação fiduciária.

O presente trabalho se baseia, principalmente, na pesquisa exploratória, bibliográfica e doutrinária, na qual demonstra a necessidade de ampliar o entendimento a respeito de tratado internacional de direitos humanos, verificando como ocorre o processo de internalização de uma norma internacional perante a Constituição Federal Brasileira, entrando no estudo do Pacto de São José da Costa Rica, sucedendo-se ao entendimento da alienação fiduciária e suas duas modalidades, para bens imóveis e móveis. Seguindo, tem-se uma explanação acerca do depositário infiel e da prisão civil, para verificar, ao final, a influência do Pacto de São José da Costa Rica na prisão civil do depositário infiel na alienação fiduciária.

2 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA

Inicia-se o capítulo abordando o conceito de tratado internacional de direitos humanos, começando pela parte histórica dos tratados de direitos humanos. Passa-se, então, pelo marco que originou o seu desenvolvimento em âmbito internacional, verificando as organizações que planejaram e executaram a sua criação; então, segue com a demonstração das normas que foram criadas e quais eram os seus objetivos, sendo verificado o seu processo de expansão com a sua implantação na sociedade internacional.

Seguindo, analisa-se o processo de internalização de tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, verificando quais normas autorizam essa implementação, de que forma isso ocorre na aprovação do sistema legislativo, observando o seu quórum de aprovação e chegando à determinação da posição hierárquica que o tratado internacional de direitos humanos assume no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao fim, explana-se sobre o processo de criação e desenvolvimento do Pacto de São José da Costa Rica, apresentando a sua finalidade e consequências da sua ratificação pelo país, indicando quantos países aderiram às novas determinações previstas em seu texto e, também, analisando as funções e procedimentos adotados pela Corte e Comissão Interamericana de Direitos Humanos que foram desenvolvidas pelo tratado.

O capítulo possui o objetivo de demonstrar a relevância e evolução dos direitos humanos na sociedade, apresentando o seu desenvolvimento através das normas internacionais e brasileiras, para, ao final do trabalho, apresentar a interferência dessa evolução de direitos no processo de recuperação de crédito de uma alienação fiduciária com um bem em garantia, objeto do presente trabalho.

2.1 ORIGEM E REGULAMENTAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A Segunda Guerra Mundial foi o marco principal para alavancar os direitos humanos, principalmente em função das grandes barbáries cometidas nessa época, que assolaram o planeta. O motivo que desencadeou a Segunda Guerra Mundial é que garantiu e iniciou a expansão desses direitos, pois a finalidade da

Primeira Guerra Mundial foi, sobretudo, o confronto por território, contudo, a Segunda Guerra Mundial, que envolveu muito mais países, tinha como um dos objetivos a extinção em massa de raças distintas, prevalecendo apenas a ariana, sendo um movimento totalmente contrário à dignidade da pessoa humana. Antes disso existiram outras declarações que garantiram alguns direitos fundamentais, mas foi a partir dessa época que se alertou para a necessidade de uma grande consolidação desses direitos num âmbito internacional, para a mudança de comportamento da sociedade internacional, além do monitoramento das ações tomadas pelos governos, a fim de evitar uma nova fase na história marcada por torturas e mortes sem precedentes (CASTILHO, 2018).

Com isso, surge a ONU (Organização das Nações Unidas), que, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), determinou os direitos fundamentais que toda pessoa deve ter garantidos pelo Estado, influenciando fortemente na Constituição dos Estados que assinaram o referido documento:

[...] a Declaração Universal nasceu como um código de conduta mundial para dizer a todo o planeta que os direitos humanos são universais, bastando a condição de *ser pessoa* para que se possa vindicar e exigir a proteção desses direitos em qualquer ocasião e em qualquer circunstância (MAZZUOLI, 2019, p. 63. Grifo do autor).

Assim, verifica-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos tem como função principal demonstrar aos países um modelo de resguardo básico de direitos fundamentais às pessoas. Contudo, com essa Declaração não foram determinados os instrumentos necessários para aplicar esses direitos, sendo necessário a criação de tratados, pactos e convenções para assegurar os direitos estabelecidos (MAZZUOLI, 2019).

A Convenção de Viena, também conhecida por Lei dos Tratados, Código dos Tratados ou Tratado dos Tratados, é um dos documentos mais essenciais e importantes realizados até o momento no campo do Direito Internacional, e é responsável por codificar todas as regras de desenvolvimento e conclusão de um tratado internacional, iniciando na capacidade das partes até chegar na aplicação do tratado, e assume também um papel de prever um desenvolvimento, através de uma forma progressiva, de assuntos ainda instáveis internacionalmente (MAZZUOLI, 2014).

Távora e Campos lembram que (2018, p. 39) “O direito dos tratados apresentava-se em normas esparsas e costumes até o advento da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, que tinha por objetivo unificar as regras pertinentes [...]”.

No Art. 2º da Convenção de Viena (1969), encontra-se o conceito de tratado, e sua promulgação no Brasil foi firmada através do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009:

Art. 2º - 1. Para os fins da presente Convenção:

a) “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica;

Com os conceitos acima expostos, Mazzuoli (2014, p. 43-51) informa que os itens indicados no Art. 2º, da Convenção de Viena, compõem os 5 (cinco) elementos basilares para a formação de um tratado internacional, quais sejam: “Acordo Internacional”, que expõe o livre consentimento, portanto, os tratados devem manifestar o que os acordantes outorgam; “Celebrado por Escrito”, em função de que somente através da escrita é que ocorre a formalização e a garantia para as partes contratantes; “Concluído entre Estados ou organizações internacionais”, eis que são os sujeitos de Direito Público Internacional, participando de tratativas de acordo, com a conclusão do processo de negociação; “Regido pelo Direito Internacional”, sendo que o tratado internacional precisa ser criado observando o Direito Internacional Público, ou seja, não pode ser criado com base no ordenamento jurídico interno dos Estados participantes. Em relação ao último item, “Celebrado em Instrumento Único ou em Dois ou Mais Instrumentos Conexos”, garante que o tratado possa aceitar outros instrumentos a fim de complementar o texto principal, como ocorre com os protocolos e anexos (MAZZUOLI, 2014).

Destarte, um tratado internacional é a forma pela qual um Estado expressa a sua concordância e passa a estar vinculado com as diretrizes internacionais estabelecidas em seu texto, possuindo uma posição importante entre as normas internacionais, já que obriga os Estados a proteger os direitos humanos. Nesse mesmo entendimento, define a doutrina:

Tratados internacionais constituem a principal fonte de obrigação do Direito Internacional. O termo “tratado”, em verdade, é genérico, e abrange também os pactos, convenções, cartas, convênios e protocolos firmados entre países (CASTILHO, 2018, p. 166).

Na mesma ciência, segue o entendimento:

A Convenção de Viena de 1969, como se acabou de dizer, não faz acepção às diferentes denominações que porventura possam ter os tratados internacionais. E como também já se viu, a definição de tratado na Convenção está posta em termos estritamente *formais*, sem levar em consideração o *conteúdo* ou a *natureza* de suas disposições, uma vez que ele (o tratado) não é mais que um *instrumento* de veiculação de regras jurídicas. Essas regras jurídicas veiculadas por esse instrumento formal chamado de *tratado* podem versar assuntos de variada índole, sendo natural então que a prática internacional atribua a cada acordo (que veicula cada tipo de matéria diferente) a nomenclatura que a vontade dos negociadores julga mais apropriada. Mas a verdade é que, independentemente do nome que se lhe atribua, o ato internacional celebrado será *tratado* se constituir um acordo formal de vontades (entre Estados ou organizações interestatais) regido pelo Direito Internacional Público e com a finalidade de produzir efeitos jurídicos entre as partes (MAZZUOLI, 2014, p. 53. Grifos do autor).

Nesse sentido, verifica-se que, independente do nome intitulado ao acordo realizado entre os países, o que interessa, com base na Convenção de Viena de 1969, é o conteúdo do acordo para a definição da nomenclatura, pois independente do nome do acordo, o ato trata-se de uma vontade dos países, os quais ficam regidos pelo Direito Internacional Público, como define de forma simples Mazzuoli (2014, p. 43. Grifo do autor): “[...] o tratado nada mais é do que um *instrumento* de veiculação de regras jurídicas.”.

É importante ressaltar que, para Castilho (2018), a Convenção de Viena também deve ser aplicada aos Estados que não sejam signatários, pelo fato de ela constituir normas gerais internacionais.

Para que o Estado expresse a sua concordância com o tratado internacional e que possui interesse em se vincular a ele, precisa realizar o processo da assinatura do documento e tornar-se submetido a ele e às suas obrigações assumidas, implementando-as em seu próprio ordenamento jurídico através da ratificação. O processo de assinatura do tratado está previsto no Art. 12 da Convenção de Viena.

Sobre o Art. 12 da Convenção Távora e Campos (2018, p. 48) comentam: “Como se pode perceber, admite-se que o Estado se obrigue mediante a simples assinatura de seu representante, quando os Estados contratantes assim

acordarem.”. Assim, segundo a doutrina, a opção de o Estado obrigar-se com o cumprimento do tratado internacional mediante a simples assinatura não é a regra geral, mas se justifica no caso dos direitos humanos, com a finalidade de destacar importância ao assunto.

O processo de internacionalização de um tratado internacional de direitos humanos possui extrema relevância ao país aderente, considerando que traduz uma forma de relativizar a sua própria soberania, pelo fato de que as ações do governo passam a ser, de certa forma, supervisionadas (MAZZUOLI, 2019). É importante ressaltar que, para Castilho (2018), os Estados que fazem parte dos tratados internacionais devem cumprir com as diretrizes estabelecidas em função da sua boa-fé, não podendo justificar o descumprimento da norma internacional em função de existir norma interna que verse o contrário, conforme é estabelecido nos Arts. 26 e 27 da Convenção de Viena:

Art. 26. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.

Art. 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

Com a assinatura do tratado internacional pelo país, surge ao cidadão a possibilidade de buscar um órgão do sistema internacional de Direitos Humanos, por exemplo, a ONU (Organização das Nações Unidas), para reivindicar seus direitos fundamentais, caso na justiça interna do seu próprio país não tenha havido efetividade (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019).

Assim, é possível concluir que os tratados internacionais de direitos humanos foram criados a partir de um marco histórico, quando os direitos inerentes ao ser humano não estavam sendo respeitados e resguardados pelo Estado, sendo necessárias medidas internacionais, através do Direito Internacional Público, para garantir os seus efeitos normativos, passando a sujeitar o Estado que assinou um tratado internacional de direitos humanos a cumpri-lo, inclusive implementando seus dispositivos no ordenamento jurídico interno, seja através da elaboração de novas leis ou com mudanças de interpretação da legislação vigente pelos tribunais superiores, como será visto no caso brasileiro, a seguir.

2.2 A RECEPÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Constituição Federal de 1988 foi um grande marco para os direitos humanos no Brasil, anunciou a exclusão do regime de ditadura e abriu espaço para os direitos humanos, sendo considerado um confirm na história da democracia. Nela foram garantidos novos princípios que dão ênfase à garantia jurídica do ser humano, no exercício dos seus direitos fundamentais, além de abrir o sistema jurídico para diretrizes internacionais de direitos humanos (MAZZUOLI, 2019).

Piovesan (2018, p. 116) informa que, “Na realidade, trata-se da primeira Constituição brasileira a consagrar um universo de princípios para guiar o Brasil no cenário internacional, fixando valores a orientar a agenda internacional do Brasil [...]”.

Destaca-se, contudo, que nesse processo de recepção de normas internacionais há os tratados internacionais que versam sobre assuntos comuns e, também, os tratados internacionais que versam exclusivamente sobre os direitos humanos. Nesse sentido, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 fala expressamente sobre a importância dos tratados internacionais para o direito interno no Art. 5º, parágrafos 1º e 2º e, após a emissão da Emenda Constitucional nº 45, em 2004, com o acréscimo do parágrafo 3º, estabelece detalhadamente o processo de internalização de tratados internacionais de direitos humanos para que se possa considerá-los como emendas à Constituição, conforme Art. 5º, da Constituição Federal que segue abaixo:

Art. 5º [...]:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 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.

§ 3º 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.

Considerando o texto constitucional referenciado, para Mazzuoli (2019), tem-se um novo formato de constitucionalismo, renovado e ligado com a

atualidade. Com isso, a Constituição Federal elenca as três fontes que instituem os direitos e garantias individuais, sendo a primeira, direitos e garantias expressos na Constituição Federal, exemplificados através do Art. 5º e além dele; a segunda fonte, direitos e garantias implícitos, os quais ficam em regras decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal; e, por último, direitos e garantias previstos nos tratados internacionais que o país faça parte, principalmente os tratados internacionais de direitos humanos (MAZZUOLI, 2019).

Com o mesmo entendimento a respeito dos pilares que sustentam as garantias individuais no ordenamento jurídico, Castilho (2018, p. 170) destaca:

O dispositivo constitucional afirma, categoricamente que: não é por não terem sido previstos na Constituição Federal que direitos e garantias consagrados em tratados internacionais firmados pelo Brasil deixam de ser protegidos. Pelo contrário: nos termos do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, eles integram o catálogo de direitos fundamentais do texto constitucional.

Desta forma, existe em nosso ordenamento um conjunto de instrumentos para a manutenção dos direitos individuais previstos na Constituição Federal e, também, em relação aos direitos humanos instituídos em âmbito internacional, através dos tratados internacionais de direitos humanos (CASTILHO, 2018).

Em relação a internalização dos tratados internacionais em nosso ordenamento, observa-se que a competência para a celebração dos tratados internacionais é privativa do Presidente da República, com o referendo do Congresso Nacional, conforme relatado pelo Art. 84, inciso VIII, da Constituição Federal “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; [...]”.

Assim, após a negociação do tratado internacional pelo Presidente da República, o texto é enviado ao Congresso Nacional, juntamente com uma mensagem do Presidente da República, e a Exposição de Motivos do Ministro das Relações Exteriores e aviso do Ministro Chefe do Gabinete Civil (MAZZUOLI, 2014). O Congresso Nacional é responsável pelo referendo dos tratados internacionais, ou seja, o texto do tratado passa pela votação do plenário. Como explana Moraes (2019, p 798), “Os atos e tratados internacionais para serem

incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, em regra, necessitam de referendo do Congresso Nacional (CF, art. 49, I) [...]”.

O referendo do tratado internacional está previsto no Art. 49, inciso I, da Constituição Federal: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; [...]”. A aprovação do tratado internacional pelo Congresso Nacional ocorre através da promulgação de um decreto legislativo pelo Presidente do Congresso Nacional; sobre essa interação entre poder executivo e legislativo tem-se a seguinte explanação:

Logo, os tratados internacionais demandam, para seu aperfeiçoamento, um ato complexo no qual se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os aprova, mediante decreto legislativo (PIOVESAN, 2018, p. 126).

Com a emissão do decreto legislativo pelo Presidente do Congresso Nacional, esse vai ao Presidente da República para realizar a ratificação do tratado internacional, como dispõe de forma implícita o Art. 84, inciso VII, da Constituição Federal, assim como definido por Piovesan (2018, p. 125): “A ratificação significa a subsequente confirmação formal por um Estado de que está obrigado ao tratado. Significa, pois, o aceite definitivo, pelo qual o Estado se obriga pelo tratado no plano internacional.”. Após, ocorre a promulgação, através do decreto executivo e publicação no Diário Oficial da União.

A Constituição Federal silencia a respeito da internalização dos tratados internacionais de direitos humanos e, com isso, segue-se a prática já utilizada em relação aos tratados internacionais comuns. Para a doutrina, isso ocorre em função de uma interpretação sistemática, que sustenta o posicionamento com base no Art. 102, inciso III, alínea b, da Constituição Federal, o qual discorre:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

Tal entendimento, entretanto, vem da doutrina, como é explanado por Piovesan (2018, p. 142): “[...] a teoria da paridade entre o tratado internacional e a

legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico [...]”.

Sendo assim, a principal diferenciação entre os tratados internacionais comuns e tratados internacionais de direitos humanos no processo de internalização é verificada em relação a esse privilégio, mas não é a única, pois o quórum de aprovação, em função da Emenda Constitucional nº 45, emitida em 2004, trouxe aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos a possibilidade de aprovação com quórum qualificado, passando a ter status de Emenda Constitucional, conforme segue:

Art. 5º [...]: § 3º 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.

Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, em 2008, observou a importância dos direitos humanos e classificou os tratados internacionais de direitos humanos com status de supralegalidade quando não forem aprovados com o quórum de emenda constitucional.

É importante explicar que o Supremo Tribunal Federal determinou que os tratados internacionais comuns, ao entrarem em vigor na legislação brasileira, derrogam apenas as leis ordinárias que versem sobre o mesmo assunto, em função da adoção do critério cronológico, determinado no julgamento do Recurso Extraordinário 80.004/SE, em 1977:

Com efeito, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004, em 1977, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que os tratados internacionais estão em paridade com a lei federal, apresentando a mesma hierarquia que esta. Por consequência, concluiu ser aplicável o princípio segundo o qual a norma posterior revoga a norma anterior com ela incompatível (PIOVESAN, 2018, p. 138 - 139).

Já em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, considerando seu status de norma supralegal ou de emenda constitucional, passa a derrogar todas as disposições que sejam incompatíveis aos referidos instrumentos, inclusive os tratados internacionais comuns (MAZZUOLI, 2014), pelo

fato de os direitos humanos possuírem uma notoriedade maior em função do assunto, entendimento que será abordado durante o trabalho.

Outra questão abordada pela doutrina é em relação aos efeitos trazidos pela ratificação de um tratado internacional de direitos humanos, pois há o entendimento de que seus efeitos são imediatos, como define Lenza (2018, p. 1179): “[...] as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”.

Por fim, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro possui um procedimento estabelecido para a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos, demonstrando a relevância do assunto, no que se refere à proteção dos direitos inerentes ao cidadão, garantindo que instrumentos internacionais sobre o assunto sejam inseridos ao ordenamento e sua aplicação seja viabilizada e garantida (MAZZUOLI, 2019).

O conteúdo abordado neste capítulo traduz o processo pelo qual passou o Pacto de São José da Costa Rica perante o ordenamento brasileiro, já que é um tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil. Embora o Pacto tenha passado pelo processo de incorporação das suas previsões normativas através do quórum de aprovação estabelecido para lei ordinária, contudo, devido à importância e essencialidade do assunto voltado aos direitos humanos, modificou as decisões dos tribunais brasileiros em vários aspectos, inclusive nos meios de coerção ao cumprimento de obrigações internas, como, por exemplo, na prisão civil do depositário infiel, como será visto ao longo do trabalho.

Para compreender a notoriedade e extrema relevância do Pacto de São José da Costa Rica no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, do qual o Brasil é parte, serão vistos no próximo capítulo os objetivos traçados pelo Pacto, suas consequências com a ratificação pelo País, além de uma análise das principais funções da Corte e Comissão Interamericana de Direitos Humanos que se desenvolveram diante da criação do Pacto.

2.3 O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Como visto anteriormente, foi depois da Segunda Guerra Mundial que houve a criação de mecanismos responsáveis pelo desenvolvimento dos direitos

humanos numa escala internacional. Seu início foi através da Organização das Nações Unidas, responsável pela elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos, considerada a mais importante orientação aos Estados a respeito desse assunto.

Com referência à Declaração Universal de Direitos Humanos, foram desenvolvidos sistemas regionais no mundo para atuar na proteção dos direitos humanos. Como explica Castilho (2018, p. 153), “Os sistemas de promoção e proteção foram estabelecidos a partir do momento em que os Estados da Europa, das Américas e da África perceberam a relevância dos direitos humanos para a construção de Estados democráticos.”.

Com isso, a proteção dos direitos humanos está resguardada inicialmente pelas leis nacionais. Em caso de países descobertos dessa proteção, há o sistema regional, mas caso o país não esteja dentro desses grupos regionais, tem-se o sistema internacional, que foi criado para a proteção de qualquer indivíduo (CASTILHO, 2018).

Na América, tem-se o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, que regula o cumprimento dos referidos direitos pelos Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) (CASTILHO, 2018).

Para Piovesan, Fachin e Mazzuoli (2019, p. 02. Grifos dos autores), o sistema interamericano é também considerado uma das principais normas regulamentadoras regionais:

O sistema *interamericano* de proteção dos direitos humanos é o que gerencia a proteção desses direitos nos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). Por sua vez, a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (popularmente conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*) é o principal instrumento de proteção dos direitos civis e políticos já concluído no Continente Americano, e o que confere suporte axiológico e completude a todas as legislações internas dos Estados-partes.

Como demonstrado, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de São José da Costa Rica, é o documento regulador que determina os direitos e deveres ligados aos direitos humanos, considerada o principal aparelho para proteção dos direitos humanos, civis e políticos no continente.

A elaboração da Convenção Americana de Direitos Humanos e também a sua assinatura foi realizada numa Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, no dia 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica. No Brasil, sua aprovação ocorreu através do Decreto Legislativo nº 27, no dia 25 de setembro de 1992, e no mesmo ano, em 06 de novembro, ocorreu a sua promulgação mediante o Decreto Presidencial nº 678/1992. Sua entrada em vigor em âmbito internacional ocorreu em 18 de julho de 1978, em função de ter conseguido 11 ratificações dos países (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019).

No total, são 35 Estados que participam da Organização dos Estados Americanos, contudo, somente 11 é que realizaram a ratificação do Pacto de São José da Costa Rica, muitos não demonstram nenhum interesse no documento, principalmente países localizados no Caribe. Essa falta de comprometimento impede o sistema interamericano de ficar abrangente de forma completa e, com isso, também o torna um sistema mais voltado aos países da América Latina, do que um sistema de fato interamericano (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019).

O Pacto de São José da Costa Rica é formado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que são órgãos pertencentes à Organização dos Estados Americanos (OEA), responsáveis pelo cumprimento, vigilância e controle dos termos estabelecidos no Pacto, sendo considerados órgãos independentes e livres de qualquer interferência (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019).

A Comissão tem composição formada por 7 membros, todos com grande reconhecimento profissional e moral nos assuntos de direitos humanos, além de serem cidadãos dos Estados membros, não podendo ter países em duplicidade, e seus mandatos são de 4 anos, com possibilidade de uma única reeleição (MAZZUOLI, 2019).

Além de representar todos os Estados que participam do Pacto de São José da Costa Rica, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem como função a promoção e a defesa dos direitos humanos na América, mas também de analisar as petições recebidas por indivíduos ou grupos que solicitam dar início a um processo através no sistema internacional, em função do descumprimento de algum direito estabelecido na Convenção. Como define Mazzuoli (2019, p. 822): “Uma das principais competências da Comissão é [...] examinar as comunicações

de indivíduos ou grupos de indivíduos, ou ainda de entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da OEA [...]”.

As funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos também são determinadas por Távora e Campos (2018, p. 147) da seguinte forma:

1. recebe petições individuais sobre violações de direitos humanos;
2. elabora relatórios acerca da situação de direitos humanos nos países signatários;
3. pode levar o caso de desrespeito aos direitos humanos para a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com isso, o Pacto de São José da Costa Rica autoriza qualquer pessoa ou entidade a buscar a Comissão Interamericana, independente de o Estado ser membro da Convenção interamericana ou não (MAZZUOLI, 2019).

Em relação aos encontros realizados pela Comissão, verifica-se que são agendados conforme a demanda, por não ser um órgão fixo:

Suas reuniões acontecem várias vezes por ano, a depender da demanda anual que lhe é designada pela OEA. Daí não ser a Comissão, tal como a Corte Interamericana, um órgão de natureza *permanente*. Assim, para dar conta de suas atividades, a Comissão conta com uma *Secretaria* (esta, sim, de funcionamento permanente) responsável pelo apoio operacional e logístico de suas atividades. (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019, p. 282. Grifos da autora).

Para Piovesan, Fachin e Mazzuoli (2019, p. 282), a Comissão é o órgão superior máximo em esfera internacional, em relação ao Pacto de São José da Costa Rica: “Frise-se não existir nenhum órgão internacional superior à Comissão, com poder de realizar um controle externo sobre ela ou para o qual se possa apelar de suas decisões. O controle da legalidade dos seus atos é por ela própria realizado”.

Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão jurisdicional, pertencente ao sistema interamericano (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019). Tem composição total de 7 juízes, todos provenientes de Estados membros distintos, possuindo, também, grande conhecimento do assunto e moral exemplar, seu período como julgador é de 6 anos, com a possibilidade de reeleição uma única vez, a sede da Corte fica em São José da Costa Rica e deve realizar o julgamento e processamento de casos concretos quando ocorre a violação das

diretrizes da Convenção por um Estado membro (MAZZUOLI, 2019, p. 826. Grifos do autor):

Trata-se de tribunal internacional *supranacional*, capaz de condenar os Estados-partes na Convenção Americana por violação de direitos humanos. A Corte não pertence à OEA, tendo sido criada *pela* Convenção Americana, com natureza de órgão judiciário internacional. (MAZZUOLI, 2019, p. 826).

Nesse sentido, a Corte possui duas competências perante a Convenção Americana de Direitos Humanos, a primeira como consultiva, em relação ao processo de interpretação do Pacto de São José da Costa Rica, e a segunda, como competência contenciosa, possibilitando o processamento e julgamento dos casos concretos (MAZZUOLI, 2019).

Em relação às decisões proferidas pela Corte, as mesmas possuem caráter obrigatório de cumprimento, sem possibilidade de recursos, como define Mazzuoli (2019, p. 828. Grifos do autor): “A Corte não relata casos e não faz qualquer tipo de recomendação no exercício de sua competência contenciosa, mas *profere sentenças*, que, segundo o Pacto de San José, são *definitivas e inapeláveis* [...]”.

Em relação a Corte Interamericana, Távora e Campos (2018, p. 148) atribuem uma função importante:

Ressalte-se que a Corte possui função hermenêutica, por meio da elaboração de pareceres consultivos – os quais tornam obrigatórias as interpretações da Corte Interamericana sobre dispositivos de tratados de direitos humanos em âmbito regional.

Assim, é considerada instituição judiciária, sendo autônoma em suas decisões. Sua competência é para realizar o julgamento de qualquer ato que viole os direitos humanos, tendo como base a Convenção Interamericana, considerando que só não haverá o andamento do processo caso ocorra acordo entabulado pelas partes (MAZZUOLI, 2019).

Para entendimento das funções estabelecidas entre a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a doutrina esclarece:

De acordo com a Carta da OEA, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é, além de órgão da Organização dos Estados Americanos, também órgão da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tendo, portanto, funções ambivalentes ou bifrontes. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, é tão somente órgão da Convenção

Americana (eis que diretamente *criada* pela Convenção). Embora todos os Estados-partes da Convenção Americana sejam obrigatoriamente membros da OEA, a recíproca não é verdadeira, uma vez que nem todos os membros da OEA são partes na Convenção Americana.

Neste tópico consideraremos a Comissão Interamericana mais como órgão da Convenção Americana do que como órgão da OEA (MAZZUOLI, 2019, p. 821. Grifos do autor).

Assim, nem todos os países da América concordaram com o objetivo apresentado pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, pelo fato de terem o entendimento de que o seu texto pode trazer instabilidade à soberania do seu país, mantendo no ordenamento jurídico interno leis consideradas, de certa forma, abusivas ao indivíduo. Além disso, não demonstram qualquer intenção de realizar a ratificação da Convenção. Considerando a geolocalização dos países que adotaram a Convenção, é visto uma grande aderência pelos Estados localizados na América Latina, sendo que países Centrais ou do Norte do continente ainda não demonstram interesse na adesão.

Com isso, verifica-se que a principal finalidade da Convenção Americana de Direitos Humanos, qual seja, o Pacto de São José da Costa Rica, é firmar nos Estados membros os direitos fundamentais ao ser humano, respeitando suas diversidades, e fazendo os Estados solidificarem esses direitos através de uma condução mais transparente e digna, demonstrando que os direitos fundamentais não nascem em função do indivíduo ser daquela nacionalidade, pertencente como cidadão daquele Estado, mas emerge pelo fato de o indivíduo ser considerado um ser humano, independente da sua nacionalidade (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI).

Seu objeto e finalidade é a eficaz proteção dos direitos humanos nas Américas, pelo que deve ser interpretada de forma a atingir o seu pleno sentido e a permitir que os seus órgãos de controle (Comissão e Corte Interamericana) dela retirem todo o seu potencial e *efeito útil* (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019, p. 7. Grifo dos autores).

Diante da sociedade atual, em que cada um está em busca de seus interesses pessoais, conflitos e discordâncias sempre irão existir. Principalmente hoje, com a globalização e acesso facilitado à informação, todos estão procurando pelos seus objetivos. Essas movimentações dentro da sociedade podem ocasionar instabilidades e meios de embate entre as pessoas, gerando uma necessidade de controle e julgamento de casos concretos. Em âmbito

internacional, não existe um sistema jurídico para a solução de conflitos, não havendo uma autoridade com status supremo, responsável por ditar regras e condutas, exigindo o seu cumprimento por parte dos Estados, diferente de como ocorre no direito interno, que existe a figura do Estado, com previsão constitucional, para atuar com um sistema jurídico completo, capaz de julgar e processar as controvérsias (MAZZUOLI, 2019).

Para Távora e Campos (2018, p. 148), é importante ressaltar que “Somente os Estados-partes e a Comissão Interamericana possuem acesso direto à corte.”, ou seja, o único meio de acesso do indivíduo é através da Comissão.

No polo passivo poderá estar presente qualquer Estado membro que tenha ratificado e violado as condutas determinadas na Convenção Interamericana. Já no polo ativo, pode figurar qualquer indivíduo, grupo ou Estado membro. Como regra, as audiências ocorrem de forma pública, mas a decisão do julgamento é sigilosa, contendo na sentença a fundamentação necessária, impossibilitando qualquer recurso (MAZZUOLI, 2019).

Apesar de não haver um sistema jurídico que atue de forma global para dirimir qualquer conflito de interesse existente em âmbito internacional, no continente americano existe uma garantia jurídica aos que necessitam dessa intervenção, possuindo uma Comissão e uma Corte responsável por garantir os direitos fundamentais, através da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Verificando a influência que apresenta o Pacto de São José da Costa Rica nos direitos e garantias fundamentais, Piovesan, Fachin e Mazzuoli (2019, p. 16) apresentam dois tipos de obrigações assumidas pelos Estados que ratificam o tratado:

Os Estados passam a ter então obrigações tanto *negativas* quanto *positivas* em relação aos tratados de direitos humanos que ratificaram. Por um lado, têm os Estados o dever de abster-se de violar os direitos das pessoas (como não torturar, não matar, não privá-las de um julgamento justo etc.) e, de outro, a obrigação (positiva) de assegurar que esses direitos sejam respeitados [...] (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019, p. 16. Grifos dos autores).

Assim, neste capítulo foi possível verificar que grandes fatores sociais interferiram na criação e desenvolvimento dos tratados internacionais de direitos humanos, mostrando-se necessária a evolução de mecanismos internacionais

para equilíbrio desses direitos entre os países, os quais devem possuir instrumentos legais para viabilizar a adequação do texto ratificado nas normas internas.

Como visto, no Brasil, há um processo definido para a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados, possibilitando o seu cumprimento, assim como ocorreu com o Pacto de São José da Costa Rica, o qual trouxe garantias fundamentais em âmbito internacional e que demonstrou a importância de sua incorporação no direito interno, para um desenvolvimento social mais adequado ao momento atual, demonstrando a necessidade da atualização das normas conforme a evolução da sociedade.

Com a internalização do Pacto de São José da Costa Rica, ocorreram avanços nos direitos e garantias previstos na normativa interna brasileira, essas mudanças também afetaram os meios coercitivos do instituto da alienação fiduciária e, para compreender essas mudanças, mostra-se necessário explicar no próximo capítulo sobre o conceito e a natureza jurídica da alienação fiduciária no direito brasileiro, também apresentando os principais requisitos exigidos nas duas principais modalidades de alienação fiduciária, quais sejam, de bens móveis e imóveis.

3 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Este capítulo visa apresentar, inicialmente, o conceito de alienação fiduciária, demonstrando a importância desse instrumento jurídico como forma de desenvolvimento econômico da sociedade, através da segurança jurídica que possui como característica. Além disso, traz as classificações doutrinárias e as definições do bem em garantia alienado, no que tange à posse e propriedade das partes envolvidas.

Em seguida, adentra-se na natureza jurídica da alienação fiduciária, apresentando a classificação do negócio fiduciário em função da sua natureza e desdobrando a questão da incorporação do bem alienado ao patrimônio das partes.

E, por fim, para um melhor entendimento, serão abordados os requisitos legais para a constituição da alienação fiduciária de um bem imóvel e, posteriormente, de um bem móvel, demonstrando a capacidade das partes envolvidas, os bens que podem ser objeto de alienação e a forma de registro, para conferir validade à garantia apresentada, com o fim de tornar eficaz a alienação fiduciária entre as partes.

3.1 CONCEITO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

A alienação fiduciária é um dos instrumentos utilizados para o desenvolvimento da economia, pois com a aplicação de um bem como garantia, é possível a liberação de recursos imediatos, injetados em negócios com uma devolução de forma aprazada, mas tal giro somente acontece diante da certeza do pagamento, essa certeza firma-se através da utilização de um bem como garantia. Dantzger (2010) informa que o ponto crucial nas tratativas de negócios é demonstrar ao investidor uma maior segurança e estabilidade, além da agilidade na recuperação do crédito, para isso, é necessário explicar o sistema jurídico existente, que será utilizado na satisfação do crédito, em caso de insolvência:

Encontrado tal meio, as consequências dele advindas não serão outras senão o desenvolvimento rotativo do mercado imobiliário que, com sua solidificação, garantirá o benefício almejado aos que dele dependem, quer direta ou indiretamente, e dará aos investidores a confiança para

investir, certos que estarão da eficiente e rápida recuperação do capital investido (DANTZGER, 2010, p. 18).

Essa busca por conferir estabilidade financeira ao investidor tem origem remota, a referência mais distante a respeito da alienação fiduciária está no Direito Romano. Como destaca Chalhub (2019), haviam duas modalidades na época, a *fiducia cum creditore*, na qual o bem alienado destinava-se à garantir o cumprimento da obrigação ao credor, e a segunda forma, a *fiducia cum amico*, que era utilizada para garantir os bens que estavam sendo ameaçados devido a alguma circunstância, sendo que a restituição do bem ocorria quando as ameaças eram cessadas; mas, independente da modalidade, para ambas havia a transferência de propriedade e a devolução do bem condicionada ao cumprimento do dever:

Traço comum às duas modalidades de fidúcia era a efetiva transmissão da propriedade de determinado bem, com a ressalva de que essa transmissão era condicionada ao cumprimento de determinado fim, havendo, portanto, a obrigação do adquirente, ou fiduciário, de restituí-lo depois de cumprido o objetivo definido no contrato (CHALUB, 2019, p. 08).

Esse entendimento também é definido por Silva (2014, p. 126): “A fidúcia romana se assemelha muito à definição legal da alienação fiduciária em garantia adotada no Brasil, sendo ambas garantias baseadas na transmissão da propriedade.”.

Com o passar dos anos houve mudanças nesse instituto, se adequando com as necessidades e também com as circunstâncias de cada época, mas a garantia do negócio jurídico perdurou, como defende Silva (2014, p. 31): “A alienação fiduciária [...] consiste em formas de garantia pelas quais a titularidade de determinado bem ou direito é transmitida ao credor, sendo posteriormente devolvida ao devedor, mediante a extinção da obrigação garantida.”.

Mantendo a definição atual do negócio jurídico fiduciário, Chalhub (2019) determina que trata-se de um negócio bilateral, oneroso ou gratuito, principal ou acessório, solene ou não solene; o qual define como bilateral, pois apresenta ônus e bônus para as duas partes envolvidas, já que constitui ao fiduciante a obrigação de dar o bem em garantia e também obriga o fiduciário a dar a contrapartida estabelecida no contrato, que normalmente é o empréstimo de um valor; no que

tange à sua classificação como oneroso, é pelo fato de que somente será transferida a propriedade do fiduciário de volta ao fiduciante quando a contrapartida estabelecida no contrato for cumprida pelo fiduciante; porém, sua forma gratuita é a garantia de que a propriedade será transferida do fiduciário ao fiduciante, independente do cumprimento da contrapartida pactuada; para ser considerado como um negócio principal, é necessário que ocorra a transmissão do bem somente para efeitos da administração patrimonial, como no caso do patrimônio de afetação; contudo, sua consideração como acessório é para os casos em que ocorre a transferência da propriedade para a manutenção de uma garantia; e sua forma solene é em função da transferência da propriedade do bem ocorrer de acordo com a forma determinada na legislação, observando todos os requisitos e formalidades legais, mas também pode ser considerado como não solene, quando a transferência da propriedade é realizada de uma forma mais simplória, através da tradição (CHALHUB, 2019).

Considerando as características apresentadas acima, tem-se o conceito de alienação fiduciária da seguinte forma, levando em consideração um bem imóvel:

A alienação fiduciária de bem imóvel surge no Direito pátrio através da Lei 9.514/1997, sendo definida como o negócio mediante o qual o devedor (fiduciante), transmite a propriedade imobiliária ao fiduciário (credor), em garantia da dívida assumida pela aquisição de imóvel. Todavia, de acordo com os arts. 25 e 33 da Lei 9.514/1997, a propriedade transmitida ao credor (fiduciário) é resolúvel. Isso significa que, pago o preço determinado no contrato, resolve-se a propriedade do credor (fiduciário), retornando a propriedade ao antigo devedor (fiduciante) (SCAVONE, 2018, p. 541).

Nessa linha, o entendimento é de que através da alienação fiduciária se transfere a propriedade de um bem imóvel ao credor fiduciário como garantia, sem ocorrer, necessariamente, a entrega do bem através da tradição. Quando concluída a contrapartida pelo devedor fiduciante, normalmente sendo esta o pagamento da dívida, ocorre a devolução da propriedade ao mesmo. Também segue essa definição de alienação fiduciária a explanação abaixo:

Entende-se por *negócio fiduciário* o negócio jurídico inominado pelo qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra (fiduciário), que se obriga a dar-lhe determinada destinação e, cumprido esse encargo, retransmitir a coisa

ou direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário (CHALHUB, 2019, p. 28. Grifos do autor).

Com isso, verifica-se que o objeto do contrato de alienação fiduciária sempre será determinado, sendo um bem móvel ou imóvel, ou também um direito, como conclui a doutrina:

Com efeito, o negócio fiduciário surge, em regra, no mundo dos negócios, como forma de realização de determinados objetivos para os quais os mecanismos e institutos jurídicos em vigor no ordenamento não servem com a necessária eficácia e precisão. É um dos casos de adaptação de velhos institutos para superar o permanente conflito entre a tendência conservadora do ordenamento jurídico e o processo desbravador da atividade econômica, que, necessitando de instrumentos para expandir e diversificar, abre perspectivas para a utilização de institutos já integrados ao ordenamento, mas eventualmente com funções diferentes daquelas para os quais originalmente foram moldados (CHALHUB, 2019, p. 28).

Assim, verifica-se que a alienação fiduciária surge no ordenamento jurídico brasileiro para trazer novas formas de operar a economia, de fomentar negócios e revitalizar áreas que estavam em declínio, demonstrando a conservação da garantia jurídica para as partes e evoluindo na sua aplicação nos bens móveis, imóveis e direitos.

Também é importante demonstrar os sujeitos que fazem parte desta relação e que compõem o conceito de alienação fiduciária. Para Dantzger (2020), os sujeitos são determinados como sendo o alienante-fiduciante, parte que está buscando um crédito, e o adquirente-fiduciário, que é quem faz a liberação do crédito ao alienante-fiduciário e aceita o recebimento do bem apresentado como garantia.

Além disso, Chalhub (2019, p. 34) descreve o objeto que fará parte como garantia da negociação: “O objeto do negócio fiduciário há de ser sempre determinado, podendo ser coisa, móvel ou imóvel, ou direito.” Como exemplo de objeto passível de ser utilizado na alienação fiduciária pode-se citar um apartamento como bem imóvel, um veículo automotor como bem móvel e como exemplo de direito, os títulos de crédito.

Com a perspectiva acima, pode-se verificar a evolução dos negócios pela sociedade e, com isso, é necessário que ocorram mudanças nos institutos para se adequarem ao mercado atual, mantendo a garantia jurídica dos institutos, mas

com moldes modernos, e possibilitando a expansão da economia de uma forma mais vantajosa e garantida para ambas as partes, seja ao fiduciário ou fiduciante.

E é através desse entendimento a respeito do conceito de alienação fiduciária que se entra, no próximo capítulo, no campo da sua natureza jurídica, demonstrando o processo de transferência de propriedade e posse do bem entre as partes do negócio.

3.2 NATUREZA JURÍDICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Na definição de Chalhub (2019), a alienação fiduciária com um bem em garantia ocorre através de um contrato principal ou acessório, mas no entendimento de Dantzger (2010), sempre haverá um contrato anterior, o qual necessita de uma garantia para a sua efetivação, nascendo, portanto, o contrato de alienação fiduciária com um bem em garantia para complementar o contrato inicial. Nesse sentido, segue a explanação abaixo:

Trata-se indubitavelmente de contrato acessório, isto porque nunca se viu ou se verá efetivar-se um contrato de alienação fiduciária em garantia independente de um outro contrato, principal, pois é este que, ao reclamar uma garantia para o seu cumprimento, faz surgir aquele. É obviamente, também, pelas próprias razões acima referidas, um contrato de garantia por excelência, já que nasce para garantir um crédito gerado por um outro contrato, tido como principal (DANTZGER, 2010, p. 43).

Assim, o entendimento traçado acima confere à alienação fiduciária o caráter acessório ao negócio inicial, o qual pode ser, por exemplo, o contrato de um financiamento ou empréstimo bancário, pois o objetivo da alienação fiduciária não é a posse e propriedade completa de um bem em nome de um credor, mas somente dar a garantia ao credor em caso de inadimplência do devedor fiduciante no que tange ao cumprimento da obrigação previamente assumida. Segundo Dantzger (2010, p. 44/45), “No contrato de alienação fiduciária, é certo que ambas as partes, fiduciante e fiduciário, têm como objetivo a obtenção de vantagens ou benefícios, impondo-se a cada uma delas determinados encargos.”.

Destaca-se, no tocante ao contrato de alienação fiduciária, que mesmo em caráter acessório, é o documento que constitui uma garantia ou que deixa formalmente registrada a garantia, não é a garantia em si, pois a garantia é o bem ou o direito alienado, como expõe Dantzger (2010, p. 42): “[...] a “alienação

fiduciária não é a garantia, propriamente dita, mas é tão somente o contrato por intermédio do qual será obtida a garantia, que é a “propriedade fiduciária [...]”, sendo que, para bens imóveis, a garantia somente passará a ter validade quando o contrato de alienação fiduciária for encaminhado para o registro na matrícula do imóvel, conforme determina a lei.

Um ponto importante a ser demonstrado, brevemente, consiste na diferença entre a alienação fiduciária e a hipoteca, pois a hipoteca é o próprio direito exercido na coisa, a qual pertence a um terceiro, e na questão da alienação fiduciária há o direito do fiduciário (no caso o credor) sobre o bem, mesmo que na condição de garantia (SILVA, 2014). Assim, por exemplo, na hipoteca a propriedade do bem permanece com o devedor, passando apenas o direito sobre o bem ao credor, já na alienação fiduciária a propriedade do bem passa do devedor fiduciante ao credor fiduciário até que a obrigação principal seja quitada.

Assim, ressalta-se que, quando ocorre a efetivação da alienação fiduciária, seu caráter é apenas fiduciário, com isso, no momento da transferência, o bem não vai integrar o capital do fiduciário, assim como define Chalhub (2019, p. 95):

De fato, a finalidade perseguida pelas partes na transmissão fiduciária não é a incorporação do bem ao patrimônio do fiduciário para proveito deste, mas, sim, a atribuição ao fiduciário de uma espécie de direito de propriedade que lhe confere apenas os poderes necessários à execução da afetação.

E o fato de a existência do bem em garantia, mesmo com a transferência perfectibilizada, não fazer parte do patrimônio do fiduciário, ocorre em função da natureza jurídica do negócio fiduciário, como segue abaixo:

Enfim, a transmissão da propriedade, quando se faz em caráter fiduciário, não tem como causa a troca de um bem pelo seu equivalente em dinheiro, mas apenas constitui um veículo para consecução de outros negócios, que constituem objeto do negócio de natureza fiduciária pelo qual se convencionou a transmissão, como é o caso da alienação fiduciária em garantia do direito brasileiro (CHALHUB, 2019, p. 95).

Tal entendimento exposto acima demonstra que é necessário ao fiduciário ter garantia no fiduciante, considerando que o objetivo final da alienação fiduciária está incumbido no cumprimento da obrigação principal previamente estabelecida pelo fiduciante. Sobre isso, Chalhub (2019, p. 94. Grifos do autor) também afirma:

“Em outras palavras: transmite-se a propriedade *porque* se tem confiança de que o adquirente (fiduciário) cumprirá o encargo encomendado no ato constitutivo.”.

Com a mesma compreensão a respeito da natureza da transmissão da garantia, na questão de que o bem não integra a propriedade do fiduciário, segue o entendimento de Silva (2014, p. 127): “A afetação do bem à garantia, isolando-o do restante do patrimônio do credor, faz com que a propriedade detida pelo credor seja ainda mais limitada que a propriedade meramente sujeita a condição resolutiva.”.

Para Dantzger (2010), há dois aspectos que definem a propriedade na alienação fiduciária, quais sejam, a resolubilidade e a restrição da propriedade; sendo a primeira indicação a resolubilidade, pois ocorre a transferência do bem somente como forma de garantir a dívida, não possuindo o credor fiduciário poderes de domínio do bem, em função da transferência ter um limite de tempo, ou seja, o bem é de propriedade do fiduciário até que ocorra o cumprimento da obrigação estabelecida no contrato principal pelo fiduciante, sendo considerada uma propriedade resolúvel, seguindo a afirmação de Silva (2014, p. 127. Grifos do autor):

[...] nem toda propriedade *resolúvel* é *fiduciária*; ambas são, certamente, *propriedades limitadas*. O conceito de *propriedade resolúvel*, portanto, quando empregado pelo legislador no contexto da alienação fiduciária, não está restrito à simples existência de condição resolutiva.

O segundo aspecto defendido por Dantzger (2010), que marca a definição da propriedade na alienação fiduciária, é a restrição da propriedade, pois quando o fiduciário recebe a propriedade do bem, a sua intenção não é de tê-la para si, pois antes disso aceitou o fato de que deverá restituí-la ao fiduciante quando ocorrer o cumprimento do contrato principal, por este fato, o fiduciário tem restrições em relação à propriedade do bem dado em garantia, da mesma forma, não poderá colher ou usar os frutos dela percebidos. Também segue nesse entendimento Chalhub (2019, p. 101):

De acordo com essa construção, o alienante (fiduciante) fica investido num direito expectativo, que corresponde ao direito de recuperar automaticamente a propriedade plena, uma vez verificada a condição resolutiva, que, na relação fiduciária, constitui a própria causa da transmissão subordinada à condição; o alienante será um proprietário

sob condição suspensiva, autorizado a praticar os atos conservatórios do seu direito eventual.

Para que a alienação fiduciária seja considerada válida e para que possa resguardar o direito do fiduciário e do fiduciante, e também para que ocorra a transferência do bem através dos meios essenciais, é necessário que todos os requisitos para a sua validade estejam adequados conforme a determinação legal contida atualmente; para isso, é importante discorrer sobre os pontos necessários para tornar regular um processo de alienação fiduciária envolvendo bens móveis ou imóveis, o que será feito nos tópicos a seguir, ressaltando que não será abordada a alienação fiduciária de direitos, em função da sua menor utilização pela sociedade.

3.3 A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS E SEUS REQUISITOS LEGAIS

A alienação fiduciária de bens imóveis está resguardada pela Lei nº 9.514/97, a qual nasceu para proteger e disciplinar uma omissão da legislação brasileira em relação a garantias. A lei visa inibir os setores da economia de inadimplência, a partir do reconhecimento legal de uma garantia na liquidação da dívida, assim como garante Chalhub (2019, p. 257) na análise da lei: “Na hipótese de insolvência do fiduciante, é assegurada ao fiduciário a restituição do bem, na forma da legislação pertinente.”.

O resultado dessa implementação legal no ordenamento jurídico brasileiro foi a diminuição dos riscos do negócio e, também, o fomento da economia, possibilitando novos investimentos devido ao crescimento do mercado e da concessão de crédito mais acessível. Conforme Chalhub (2019, p. 256), “a aplicação da propriedade fiduciária de bens imóveis em garantia há de se fazer com mais frequência no mercado [...] com pagamento parcelado, dado que é aí que se verifica a concessão de crédito imobiliário em maior escala.”.

Demonstra-se que a Lei nº 9.514/97 não é restritiva a um ramo comercial específico, não sendo aplicada somente ao mercado imobiliário. Essa lei também permite a constituição de uma garantia para qualquer obrigação assumida (CHALHUB, 2019), como se verifica no seguinte artigo:

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

§ 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena:

I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário;

II - o direito de uso especial para fins de moradia;

III - o direito real de uso, desde que suscetível de alienação;

IV - a propriedade superficiária.

§ 2º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos III e IV do § 1º deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado.

Mesmo apresentando outras possibilidades, torna-se possível a alienação fiduciária tendo um imóvel em garantia para qualquer obrigação assumida entre pessoas físicas ou jurídicas, desde que observados os pressupostos necessários, os quais serão vistos no decorrer do trabalho.

Os sujeitos que integram um contrato de alienação fiduciária, conforme Chalhub (2019), são o devedor fiduciante, o qual é o proprietário de um bem imóvel apto à garantia, e o credor fiduciário, que possui um crédito a ser cobrado do devedor fiduciante. Como exemplifica Dantzger (2010, p. 56), “Sujeitos do contrato são o alienante e o adquirente da propriedade fiduciária, denominados respectivamente fiduciante e fiduciário”, ou seja, considerando que o fiduciante é a parte que está buscando um crédito no mercado e o fiduciário a parte que cede o crédito, recebendo o imóvel como garantia.

Os requisitos subjetivos da alienação fiduciária são definidos por Dantzger (2010) como capacidade e legitimação. A capacidade está vinculada ao fato de o devedor fiduciante ser capaz de exercer os atos na vida civil, e também de ter a propriedade de um imóvel, sendo apto para aliená-lo fiduciariamente. No que tange o credor fiduciário, também deverá estar apto a exercer os atos na vida civil para adquirir a propriedade do bem alienado de forma resolúvel, conforme também defendido por Chalhub (2019, p. 263): “Segundo os princípios gerais, devem ambas as partes ter capacidade para contratar e, notadamente, para dispor de seus bens [...]”. Em relação à legitimidade, o devedor fiduciante ou o credor fiduciário podem ser pessoas físicas ou jurídicas, desde que sejam capazes de alienar ou de contrair as obrigações, podendo fazer a transmissão de seus bens, como visto anteriormente, na previsão no Art. 22 da Lei nº 9.514/97.

Segundo Dantzger (2010), os requisitos objetivos da alienação fiduciária são classificados como os bens que podem ser objeto do contrato, que podem participar da alienação. A lei garante a utilização de qualquer tipo de imóvel, como define Scavone (2018, p. 544): “Os imóveis podem ser de qualquer natureza, sejam comerciais, residenciais, mistos, glebas, imóveis enfitêuticos etc.”. A única restrição imposta por Scavone (2018, p. 544) é para imóveis que possuem cláusula de inalienabilidade:

Com efeito, a nova lei altera substancialmente o sistema de garantias reais imobiliárias do direito brasileiro, a ele acrescentando a propriedade fiduciária sobre bens imóveis, a titularidade fiduciária sobre direitos creditórios oriundos da alienação de imóveis e o regime fiduciário para garantia de investidores no mercado secundário de créditos imobiliários e regulamentando com mais precisão a titularidade fiduciária.

Ao disciplinar essas novas garantias, a lei tem em vista a expansão do crédito imobiliário e, para tanto, delinea a estrutura de um *mercado secundário de créditos imobiliários*, destinado a constituir fonte de recursos para o setor imobiliário (CHALUB, 2019, p. 05. Grifos do autor).

Desta forma, verifica-se que, conforme informado por Chalhub (2019), a alienação fiduciária é amplamente autorizada, dentro dos requisitos legais, como forma de fomentar e prospectar negócios, não se restringindo às instituições financeiras, podendo ser utilizada em mercados secundários, assim como defendido por Dantzger (2010, p. 57): “[...] o legislador teria deixado clara sua intenção [...] de um novo instrumento para dinamização de suas atividades, em atenção à sua função multiplicadora na economia e à sua capacidade de geração de empregos em larga escala.”.

Como requisito formal da alienação fiduciária, Dantzger (2010) refere-se às formalidades que garantem a validade do negócio, conforme abaixo:

A alienação fiduciária em garantia deverá ser sempre contratada por escrito, por instrumento público ou particular, assinado pelas partes juntamente com duas testemunhas. E a propriedade fiduciária só há de ser considerada constituída mediante o registro do contrato de alienação fiduciária na matrícula imobiliária (DANTZGER, 2010, p. 48).

Silva (2014, p. 133) também segue este entendimento: “A formalização da alienação fiduciária de bens imóveis dá-se através de escritura pública ou de instrumento particular, que terá efeitos de escritura pública, nos termos do art. 38 da Lei nº 9.514/97.”, o qual também informa que, em caso de não ocorrer o

registro do contrato particular, haverá efeitos apenas entre as partes assinantes do documento, não gerando publicidade a terceiros (SILVA, 2014, p. 135).

Como visto, não haverá necessidade de realizar o contrato por instrumento público, podendo também ser feito de forma particular, contudo, a propriedade somente é constituída de forma definitiva através da realização do registro do contrato na matrícula do imóvel, pois o Art. 38 da Lei nº 9.514/97 garante que a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, mesmo que realizada através de instrumento particular, resultará nos efeitos obtidos por uma escritura pública.

Para esse processo de registro na matrícula, a Lei nº 9.514/97 dispõe, em seu Art. 24, todos os requisitos necessários que devem constar no contrato de alienação fiduciária:

Art. 24. O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterá:
I - o valor do principal da dívida;
II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário;
III - a taxa de juros e os encargos incidentes;
IV - a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição;
V - a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária;
VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;
VII - a cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27.
Parágrafo único. Caso o valor do imóvel convencionado pelas partes nos termos do inciso VI do caput deste artigo seja inferior ao utilizado pelo órgão competente como base de cálculo para a apuração do imposto sobre transmissão inter vivos, exigível por força da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, este último será o valor mínimo para efeito de venda do imóvel no primeiro leilão.

Observa-se que, em relação aos três incisos iniciais, I, II e III, indicados acima, ocorre a especificação da dívida no que tange à indicação do seu valor, o prazo para pagamento e demais condições e a taxa de juros e encargos aplicados no negócio. Já o inciso IV apresenta a descrição do bem imóvel que servirá como garantia, o qual é denominado de propriedade fiduciária (SILVA, 2014). Já o inciso V declara que o fiduciante poderá utilizar a propriedade fiduciária, assumindo o risco da sua manutenção e preservação, seguindo a definição de posse apresentada por Chalhub (2019, p. 256): “Em razão da constituição da propriedade fiduciária, desdobra-se a posse, atribuindo-se a posse direta ao

devedor-fiduciante e a posse indireta ao credor-fiduciário”. O inciso VI informa a obrigatoriedade de uma pré-avaliação da propriedade fiduciária em função da possibilidade de execução extrajudicial, inexistindo o processo de penhora. Em relação ao VII e último inciso, afirma que o contrato deve informar sobre a possibilidade de execução extrajudicial do bem em garantia, para que não haja surpresas ao devedor fiduciante, já que muitas vezes é hipossuficiente e há desconhecimento da lei. Com isso, pode ser vista a linha protetiva oriunda das linhas de crédito no setor imobiliário, como uma forma de alerta ao fiduciante em função do rápido processo de alienação do bem (SILVA, 2014). No parágrafo único há uma previsão a respeito do imposto de transmissão da propriedade, a qual condiciona o pagamento do imposto de transmissão somente quando ocorrer a efetivação da transferência do bem do fiduciário ao fiduciante, ou seja, somente quando ocorrer o registro da averbação na matrícula do imóvel (SILVA, 2014).

Demonstrando a necessidade do cumprimento dos requisitos estabelecidos no Art. 24, da Lei nº 9.514/97, verifica-se o entendimento da jurisprudência baixo:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. CÉDULA DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO COM CONSTITUIÇÃO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA SOBRE BEM IMÓVEL. LEI Nº 9.514/97. A taxa de juros convencionada entre as partes pode ser superior a 12% ao ano desde que não destoem da taxa média de mercado divulgada pelo BACEN. Circunstância dos autos em que, não destoando da taxa média, não se caracteriza estipulação abusiva. Mantidos os juros ajustados, porquanto não verificado o alegado excesso. Não há falar em nulidade da alienação fiduciária sobre bem imóvel, sendo esta aceita nas operações de crédito como a ora em discussão. Inteligência do art. 22, caput e § 1º, combinado com o artigo 24, ambos da Lei 9.514/1997. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME. (BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Vigésima Câmara Cível. Apelação Cível, Nº 70080717911. Relator: Walda Maria Melo Pierro, Julgado em: 15/05/2019).

A decisão acima apresenta a situação de uma cédula de crédito imobiliário com alienação fiduciária, tendo um imóvel em garantia, a qual é conferida validade jurídica pelo Relator, considerando que a contratação seguiu os requisitos previstos no Art. 24 da Lei nº 9.514/1997.

Estando o contrato preenchido com todos os itens descritos no Art. 24 da Lei nº 9.514/97, além dos requisitos subjetivos, objetivos e formais já apresentados por Dantzger (2010), o instrumento, sendo ele público ou particular,

torna-se apto para se realizar o registro da averbação na matrícula do imóvel, tornando válida a propriedade fiduciária apresentada em garantia.

Da mesma forma, há requisitos legais determinados para a constituição da alienação fiduciária de bens móveis, que serão abordados no próximo tópico.

3.4 A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS E SEUS REQUISITOS LEGAIS

A alienação fiduciária de bens móveis é constituída, segundo Chalhub (2019), por uma propriedade limitada com as restrições impostas no seu conteúdo, sempre observando a finalidade de sua constituição, possuindo uma duração determinada definida pelo negócio, sendo transferida a propriedade ao credor através de uma condição resolutiva, para, exclusivamente, ser uma garantia, e com o cumprimento total da obrigação, a propriedade retorna de forma completa ao devedor, seguindo a explanação abaixo:

Trata-se de direito acessório, constituído com a precípua finalidade de assegurar o cumprimento de obrigação, que, em geral, corresponde à satisfação de um direito de crédito, que é o principal. Dado o caráter acessório da garantia, em caso de cessão do crédito, aquela se transmite ao cessionário, juntamente com o crédito cedido, que é o direito principal; pela mesma razão, extingue-se a propriedade fiduciária automaticamente, com a extinção do direito de crédito (CHALHUB, 2019, p. 196).

Assim, o único objetivo da alienação fiduciária de um bem móvel é a satisfação da obrigação assumida, que, normalmente, é a quitação de um crédito, o qual é referido como contrato principal. Sendo que, para Azevedo (2014), nessa situação apresentada acima, o fiduciante deve apresentar confiança no fiduciário, pois essa transferência de titularidade da propriedade não está ligada somente à garantia da obrigação principal assumida, mas também pode ser realizada para o gerenciamento e guarda de um bem.

Já em relação à implantação da alienação fiduciária de bem móvel no ordenamento jurídico brasileiro, um dos principais fatores para o seu desenvolvimento é a possibilidade de oportunizar ao Mercado de Capitais novas opções em relação aos recursos públicos, provendo legalmente o mercado com um instrumento que apresenta mais garantias aos negociantes, já que o penhor e a reserva de domínio não estavam suprindo as necessidades da economia da

sociedade moderna (CHALHUB, 2019). Assim, observa-se que a alienação fiduciária de bem móvel surgiu com o Código Civil de 2002, através dos Arts. 1361 até 1368-A, retirando de utilização o instituto da reserva de domínio, que era essencial nas vendas realizadas através de prestações (AZEVEDO, 2014).

A legislação brasileira garante a alienação fiduciária de bens móveis em garantia através do Art. 1361, do Código Civil:

Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.
§1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

O Art. 1368-B do Código Civil também disciplina: “A alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor.”.

Segundo a previsão legal a respeito do tema, Azevedo (2014, p. 124) apresenta:

Em face dessa legislação, conforme, principalmente, o disposto no art. 1.361 do CC, sem correspondência no CC de 1916, pode-se conceituar a alienação fiduciária como o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, transfere a propriedade resolúvel de uma coisa móvel infungível ao financiador, credor ou fiduciário, com escopo de garantia (AZEVEDO, 2014, p. 124).

Segundo a explanação doutrinária acima, o conceito de alienação fiduciária de bens móveis tem previsão legal determinada no Art. 1361 do Código Civil, transferindo-se a propriedade do bem ao credor fiduciante, para efetivação da garantia, o que também é defendido por Chalhuh (2019, p. 197. Grifos do autor)

O contrato de alienação fiduciária é o negócio jurídico de transmissão condicional, pelo qual o devedor, também chamado *fiduciante*, com escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou *fiduciário*, da propriedade resolúvel de determinada coisa móvel ou da titularidade resolúvel de direito sobre coisa móvel ou de título de crédito (CHALHUB, 2019, p. 197. Grifos do autor).

Desta forma, após constituir a propriedade fiduciária, tem-se os desdobramentos da posse, na qual a posse direta fica sob domínio do fiduciante, o qual está autorizado a usar, gozar, fruir, apresentar ação possessória e conservar o bem; e a posse indireta, que fica com o fiduciário, sendo que, após o cumprimento da obrigação principal, encerra-se a propriedade fiduciária e, com isso, o fiduciante recupera de forma integral a propriedade e posse do bem, não tendo mais vínculo com o fiduciário (CHALHUB, 2019).

Com isso, verifica-se que o contrato que celebra a alienação fiduciária de bens móveis é considerado um documento que constitui o bem em propriedade fiduciária, o qual hoje também é utilizado para qualquer mercado, não somente para o Mercado de Capitais (CHALHUB, 2019).

Neste contrato, que está vinculado a um contrato principal que gerou as obrigações, além de ter como parte o credor fiduciário e o devedor fiduciante, também poderá existir o terceiro garantidor, que é o proprietário do bem dado em garantia, caso o fiduciante não apresente seus próprios bens (CHALHUB, 2019).

Os requisitos que constituem o contrato de alienação fiduciária em garantia são, inicialmente, os que estão presentes em qualquer contrato, sendo enquadrados como subjetivos (que indicam a capacidade das partes e sua legitimação para a contratação), objetivos (que indicam quais objetos podem estar presentes no contrato) e formais (referentes à formalidade essencial para garantir a validade do negócio e, principalmente, da garantia) (CHALHUB, 2019).

Com base nos entendimentos acima, Azevedo (2014) apresenta uma classificação da alienação fiduciária com elementos de cunho subjetivo e objetivo. Os elementos subjetivos são referentes à relação jurídica, tratando-se das partes do negócio, as quais são o devedor fiduciante e o credor fiduciário, sendo que, para Chalhub (2019), as partes devem possuir capacidade para contratar, tanto para a pessoa física como a jurídica, como descreve: “Qualquer pessoa, natural ou jurídica, que seja proprietária de um bem e tenha capacidade para alienar, pode figurar como fiduciante (alienante) no contrato de alienação fiduciária [...]” (CHALHUB, 2019, p. 202), seguindo os mesmos requisitos em relação ao fiduciário no que tange à sua capacidade de exercer a vida civil.

Em relação ao elemento objetivo, Azevedo (2014) determina que o bem em garantia deve ser um bem móvel infungível e Chalhub (2019, p. 204), seguindo no mesmo entendimento, explica:

O contrato de alienação fiduciária tem como objeto a transmissão de coisa infungível, assim definido pelo Código Civil (art. 1.361) por ser considerada da essência desse negócio a obrigação de restituir a própria coisa, que só pode ser satisfeita se ela for conservada e não substituída (CHALHUB, 2019, p. 204).

É necessário, portanto, a utilização de um bem infungível, o qual precisa estar conservado em seu melhor estado, além de não haver a sua substituição, como exemplo, segue a jurisprudência, a qual apresenta a necessidade de seguir os requisitos necessários para a formação da alienação fiduciária de bem móvel:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. Preliminar. Não há falar em inadmissibilidade do presente recurso. Mérito. Com a constituição da propriedade fiduciária, ocorre o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto do bem, fazendo-se necessária a transferência da propriedade resolúvel da coisa móvel infungível ao credor, devendo o instrumento contratual conter a descrição do bem objeto de alienação fiduciária e os elementos indispensáveis a sua identificação, sob pena de, em não sendo assim demonstrada a constituição de tal garantia, ser incabível a busca e apreensão. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO PROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Décima Quarta Câmara Cível. Agravo de Instrumento, nº 70080755135. Relator: Miriam A. Fernandes, Julgado em: 25/07/2019).

A decisão acima explanada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul apresenta a possibilidade de uma alienação fiduciária de um bem móvel infungível, que deve possuir todos os requisitos legais para que ocorra a utilização dos meios judiciais de cobrança, em caso de inadimplência do devedor fiduciante, possibilitando, por exemplo, a ação de busca e apreensão do bem móvel em garantia.

É válido ressaltar que, conforme Chalhub (2019), como uma exceção existe a possibilidade de utilizar um bem móvel fungível para a utilização em garantia na alienação fiduciária, contudo, a posse deve ficar exclusivamente com o credor e deve estar voltada à área financeira, em que pese o Mercado de Capital, para isso, no mesmo entendimento segue a jurisprudência:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INCIDENTE DE IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIA COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. LINGOTES DE ALUMÍNIO. BENS SUFICIENTEMENTE INDIVIDUALIZADOS. CONTRATO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA FUNGÍVEL NÃO SUJEITA AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. [...] O inciso IV do art. 1.362 do Diploma Civilista, por sua vez, exige que o contrato que serve de título à propriedade fiduciária contenha

a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação. No mesmo sentido é a regra contida no artigo 33 da Lei nº 10.931/04. In casu, a cédula de crédito bancário nº 16304/13, juntada às fls. 42-47, discriminou suficientemente os bens dados em garantia – Lingotes de Alumínio SAE 305 -, cujas quantidades foram devidamente especificadas, mostrando-se fácil a sua identificação. Acrescente-se que, ainda que se tratem de bens integrantes do estoque da parte agravante, não vinculados ao ativo permanente, constituindo-se bens móveis fungíveis, passíveis de individualização por sua espécie/qualidade e quantidade. [...]. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Sexta Câmara Cível. Agravo de Instrumento, Nº 70076950922, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em: 28/06/2018).

Com base na decisão indicada acima, verifica-se que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul admite a alienação fiduciária com a utilização de um bem móvel fungível como garantia, quando se torna possível a individualização do bem, para não ocorrer confusão com outros de propriedade do devedor fiduciante.

Em relação à forma de instituir a propriedade do bem, Chalhub (2019) informa que o contrato de alienação fiduciária é o negócio jurídico que faz a transmissão da propriedade resolúvel ao credor fiduciante como garantia, sendo que tal contrato deve ser registrado no órgão competente para ser obtida a titularidade fiduciária, além de manter a segurança jurídica, pois somente contar com a boa-fé da outra parte não garante a eficácia do negócio, já que o bem seguirá sem registros e livre para qualquer negociação com terceiros; o referido registro precisa ser realizado no Registro de Títulos e Documentos no local de residência do fiduciante; em relação a veículos, deve ser levado à registro na repartição competente para o licenciamento.

O contrato, além de conter os elementos subjetivos, objetivos e formais já indicados, também tem necessidade de conter as especificações do crédito resultantes do Art. 1.362 do Código Civil:

Art. 1.362. O contrato, que serve de título à propriedade fiduciária, conterá:
I - o total da dívida, ou sua estimativa;
II - o prazo, ou a época do pagamento;
III - a taxa de juros, se houver;
IV - a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação.

Desta forma, no contrato, para ser levado ao registro competente e, com isso, garantir a eficácia do negócio, bem como, para que a garantia torne-se válida, é fundamental que ocorra a descrição da dívida, com indicação do

vencimento, da taxa de juros pactuada e a descrição exata do bem apresentado como garantia, pois garante Azevedo (2014, p. 124): “Como resta evidente, a identificação do objeto é sempre indispensável, sob pena de estar ele confundido no patrimônio do devedor, sendo de propriedade deste”, ou seja, independente do contrato de alienação fiduciária em garantia ser desenvolvido para a garantia de uma obrigação principal ou para o depósito de um bem, todos os requisitos indicados acima são essenciais para a validade do negócio jurídico, garantindo os direitos e deveres para ambas as partes contratantes.

Alisando os tópicos vistos neste capítulo, demonstra-se a importância da alienação fiduciária no desenvolvimento econômico de uma sociedade, para isso, torna-se necessário observar os requisitos legais exigidos, tanto na utilização de bens imóveis quanto móveis, pois somente assim haverá a eficácia jurídica que as partes envolvidas no negócio estão buscando.

Na sequência, entrando no próximo capítulo, serão apresentadas as mudanças que ocorreram no instituto da alienação fiduciária, especificamente em relação a forma de coagir o devedor fiduciante ao cumprimento de sua obrigação, em função da mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a prisão civil do depositário infiel e os meios de cobrança, considerados legais e admitidos para uso do credor.

4 A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA PERANTE O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA

Neste capítulo será abordado, inicialmente, o conceito de depositário, apresentando suas características legais, a importância dessa figura no sistema jurídico brasileiro, abordando as funções exercidas por ele, adentrando também nas obrigações essenciais que são originárias de seu instituto, além de observar as formas de extinção do depósito, extinguindo, por consequência, a figura do depositário, além disso, também será analisada as causas que o tornam um depositário infiel.

Logo após, analisa-se o conceito abordado em relação à prisão civil, seu processo de surgimento na sociedade e, também, sua evolução na legislação brasileira, apresentando quais são as definições e objetivos traçados com o pedido da prisão e também englobando as formas de sua aplicação e as possibilidades do seu pedido relacionadas ao depositário infiel.

Na sequência, aborda-se a previsão da prisão civil do depositário infiel na alienação fiduciária, quais eram as normas legais que autorizavam o pedido e também qual era o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito; em seguida, é analisado o processo de mudança desse entendimento, apresentando a influência trazida por um tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil no ordenamento jurídico interno, qual seja, o Pacto de São José da Costa Rica, que possibilitou vislumbrar a interferência trazida do direito internacional no direito interno através das súmulas emitidas pelo Supremo Tribunal Federal, proibindo, então, a prisão civil do depositário infiel na alienação fiduciária e abrindo novas formas de coerção do devedor fiduciante ao adimplemento da obrigação.

4.1 CARACTERIZAÇÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL

O conceito de depositário é trazido por Gagliano e Pamplona Filho (2018, p. 691) da seguinte forma: “[...] um negócio jurídico por meio do qual uma das partes (depositante) transfere à outra (depositário) a guarda de um objeto móvel, para que seja devidamente conservado e, posteriormente, devolvido.”. Com esse entendimento, verifica-se que há a transferência do bem para que a outra parte

faça a sua guarda e conservação por um período, estimando o momento da devolução.

No mesmo entendimento, Gonçalves (2020, p. 140) informa o propósito do depositário: “A sua principal finalidade é a guarda de coisa alheia. Aperfeiçoa-se com a entrega desta ao depositário.”.

Nesse contexto, constata-se que no conceito de depositário está previsto o princípio da boa-fé objetiva, o qual está entrelaçado na confiança das partes, considerando que o depositário deverá guardar o bem da outra parte, como Gagliano e Pamplona Filho (2018, p. 691) definem abaixo:

Note-se, ademais, que se trata de um contrato calcado na confiança, ou seja, especialmente sujeito à incidência principiológica da boa-fé objetiva, uma vez que o depositante, sem perder a propriedade daquilo que lhe pertence, transfere o poder de fato sobre a coisa, para terceiro (depositário), que não poderá utilizá-la, senão quando expressamente permitido (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 691).

É, portanto, criada uma relação consistente entre as partes, já que a confiança estará acompanhada pelo princípio da boa-fé objetiva, o que estreita a relação e solidifica o contrato, já que o bem não integrará o capital do depositário e, ao final, retornará ao depositante. A boa-fé objetiva, por ser definida como uma norma voltada ao comportamento das partes, contém base ética e passível de ser exigida judicialmente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

Para Alvim (2017), é responsabilidade do depositário realizar a guarda e também a conservação do bem, o qual lhe foi confiado, mas não é seu papel realizar a administração deste bem, não sendo necessário mantê-lo em funcionamento ou em atividade, basta apenas a sua plena conservação, pois manter o bem em atividade é apenas papel do administrador, o que não cabe ao depositário, definindo assim: “Nesse caso, o depositário recebe uma máquina e deve guardá-la e evitar a sua deterioração. Já o administrador, deve manter essa máquina funcionando, mantendo a produção da empresa.” (ALVIM, 2017, p. 259).

O administrador e o depositário possuem grande importância no andamento dos processos de forma prática, pois ajudam na atuação da Justiça. Conforme Alvim (2017, p. 259), “De fato, o depositário e o administrador cuidam da guarda e conservação de bens que estão sob os cuidados do juízo (como nos

casos de penhora, arresto e sequestro) e devem zelar para que os bens não sofram danos ou mesmo pereçam.”.

A base legal que resguarda a atividade do depositário está prevista nos Arts. 159 até 161 do Código de Processo Civil, sendo que a definição resguarda-se no artigo 159, qual seja: “Art. 159. A guarda e a conservação de bens penhorados, arrestados, sequestrados ou arrecadados serão confiadas a depositário ou a administrador, não dispondo a lei de outro modo.”. Também há sua previsão instaurada nos Arts. 627 e seguintes do Código Civil, sendo que sua definição através do Art. 627 informa que: “Art. 627. Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame.”.

As principais características que precisam estar presentes no contrato que institui o depositário são divididas por Gonçalves (2020) como real, pois precisa existir o bem para ocorrer a entrega do depositário; temporário, podendo ter um tempo previamente definido ou indefinido; além de ser gratuito, podendo ter exceção, caso existir acordo em contrário entre as partes; também sendo unilateral, quando somente uma das partes assume as obrigações, ou bilateral, quando são estipuladas obrigações para ambas as partes.

Gagliano e Pamplona Filho (2018) informam que o contrato que institui o depositário é muito utilizado nas relações empresariais, cíveis, no ramo comercial e de consumo, podendo ser um contrato paritário ou de adesão, podendo ser solene ou não.

Para Gonçalves (2020), o contrato de depósito também pode ser um contrato empresarial, quando ocorrer por causas econômicas, e os demais classificam-se como simples.

Enfatiza-se que se trata de um contrato de crédito:

Pela função econômica, trata-se de um contrato de crédito, pois caracterizado pela obtenção de um bem para ser restituído posteriormente, calcado na confiança dos contratantes, podendo estar relacionado a um interesse de obtenção de uma utilidade econômica em tal transferência de posse (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 695).

Por estes motivos, é necessário que, para a validade da realização do depósito, permaneçam as premissas básicas da legislação brasileira, utilizando-se

de bens existentes, lícitos e morais, pois, caso contrário, a situação não será considerada legal e não haverá a garantia jurídica para as partes (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

No que tange aos bens que podem participar do depósito, inicialmente deve-se se verificar quem é o proprietário, pois, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2018, p. 695), “O bem, objeto do depósito, deverá, naturalmente, ser de propriedade do depositante, ou, se assim não o for, deverá ele ter poderes para efetuar o contrato.”.

Na questão do bem que é objeto do depósito, Tartuce (2019, p. 42) destaca a questão da posse das partes envolvidas: “Partindo para outros casos de ilustração, o depositário tem a posse direta e o depositante a posse indireta [...]”.

Como partes do negócio, Gagliano e Pamplona Filho (2018) afirmam que há o depositante, que é o proprietário do bem, e o depositário, que vai receber o bem para ser guardado, mas, para tanto, é necessário que as partes tenham capacidade civil ou, em caso de incapacidade, que estejam presentes os representantes ou assistentes constituídos.

Tem-se, nos ensinamentos de Gonçalves (2020), que as principais obrigações que regem o depositário são guardar e conservar o bem alheio, com a mesma atenção que se dispensa para os seus próprios bens, sendo possível a utilização de meios com maior segurança, como, por exemplo, um banco.

Nesse mesmo entendimento afirmam Gagliano e Pamplona Filho (2018, p. 701):

Em geral, o depósito impõe obrigações apenas ao depositário, a quem incumbe, precipuamente, guardar, conservar e devolver a coisa depositada, respondendo por qualquer dano decorrente de sua má atuação, ressalvadas a consumação do risco por caso fortuito ou força maior.

Portanto, verifica-se que, de modo geral, cabe somente ao depositário as responsabilidades, as quais são de guarda, conservação e, ao final, devolução do bem depositado, pois, conforme o Art. 629 do Código Civil, o mesmo deverá guardá-lo com cuidado e atenção na mesma proporção que lida com os seus próprios bens, contudo, não há empecilho de serem determinadas obrigações ao depositante, cabendo às partes determinarem (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

Para Gagliano e Pamplona Filho (2018), também há várias espécies de depósito. Iniciam explicando o depósito convencional, que se trata do depósito contratual ou voluntário, que está previsto no Art. 627 do Código Civil. Há também o depósito judicial, que é proveniente de uma ordem judicial, como, por exemplo, as ações de consignação em pagamento. Segundo Bueno (2020, p. 228), o depósito judicial “[...] é o auxiliar da justiça, cuja finalidade é guardar e conservar os bens penhorados, arrestados, sequestrados ou arrecadados, a não ser que a lei disponha de outro modo (art. 159).”.

Menciona também o depósito necessário ou obrigatório, que decorre de lei, como no caso do inciso I do Art. 627 do Código Civil, em que ocorre o depósito judicial, pois obriga o indivíduo a realizar o depósito por força da lei, e no inciso II do mesmo artigo, o qual é determinado por questões de calamidade, por uma situação de emergência, sendo considerado um depósito miserável. E, por último, existe o depósito das bagagens dos viajantes e hóspedes, o qual é oneroso.

E, nesse sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2018) informam que os frutos produzidos pela coisa depositada devem ser entregues ao depositante, quando encerrado o depósito da coisa principal, e seguindo na mesma vertente, caso seja realizada alguma melhoria, sendo em quantidade ou qualidade do bem, a diferença deverá ser ressarcida ao depositário quando ocorrer a restituição do bem ao depositante, como também entende Gonçalves (2020, p. 141), quando informa que é obrigação do depositário “[...] restituir a coisa, com os seus frutos e acrescidos [...]”.

Com isso, observa Gagliano e Pamplona Filho (2018, p. 702) a respeito das despesas oriundas do bem: “[...] caberão ao depositante as despesas feitas com a coisa e os prejuízos que do depósito vierem [...]”, tal indicação vem do fato de o depositante ser proprietário do bem.

A extinção do depósito ocorre através da extinção do prazo pactuado inicialmente, quando o depositante solicitar a devolução do bem ou quando o depositário optar por não permanecer mais com a guarda assumida ou ocorrer o seu falecimento, e nos casos do bem perecer ou desaparecer. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

Contudo, há situações em que o depositário nega a restituição do bem ou da coisa depositada em sua confiança. Para isso, há o Art. 644 do Código Civil, que autoriza o confinamento do bem pelo depositário: “Art. 644. O depositário

poderá reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas.”, mas, fora a situação elencada no artigo, o depositário torna-se um 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 determinações (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 368).

Para Bueno (2020, 229), o entendimento a respeito do depositário infiel segue a mesma definição: “Tratando-se de depositário infiel, isto é, aquele que não devolve os bens que estão sob sua guarda [...]”.

Portanto, verifica-se que, com a quebra da confiança estabelecida entre o depositário e o depositante do bem ou da coisa, pelo fato de o depositário negar a devolução, ele se torna um depositário infiel, já que não obrou com a boa-fé objetiva esperada, o que poderia ensejar a sua prisão civil. Desta forma, faz-se necessário abordar a prisão civil no próximo tópico, para um maior esclarecimento a respeito das possibilidades do seu pedido.

4.2 PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL

A prisão civil surgiu na sociedade em tempos muito antigos. Seus primeiros apontamentos ocorreram no Código de Hamurabi, como ensina Gagliano e Pamplona Filho (2019), o qual determinava que, se uma pessoa se tornasse credora, tivesse um crédito de trigo ou de prata em desfavor de outra, por exemplo, o credor poderia tomar a pessoa pra si, como uma forma de garantia. Contudo, caso esta pessoa tomada pelo credor morresse de forma natural, ainda que na residência do credor, nada poderia ser reclamado contra o credor.

Gagliano e Pamplona Filho (2019) também lembram que em Roma havia uma previsão do instituto da prisão civil na Lei das XII Tábuas, que determinava penas cruéis ao devedor, como a humilhação e a privação da liberdade.

Já quando houve o nascimento da *Lex Poetelia Papiria*, em 326 A.C., Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 359) informam que a prisão da pessoa

devedora não era mais possível, passando a ser alvo o patrimônio do devedor para saldar a dívida.

No Brasil, Gagliano e Filho (2019) informam que na história das constituições federais somente algumas fizeram menção à prisão civil, sendo que, para tanto, somente era admitido tal meio de coerção para os devedores de obrigação alimentar e para o depositário infiel.

Atualmente, no Brasil, a prisão civil está prevista na Constituição Federal, no seu Art. 5.º, inciso LXVII o qual determina que:

Art. 5º. 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.

E, também, no Art. 652 do Código Civil, que explana: “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.”.

Para Tavares (2019, p. 527), não ocorre a presunção da prisão civil por dívida na Constituição Federal, entende que a mesma é proibida, somente sendo aberta uma exceção, conforme exposto:

Embora seja possível a restrição da liberdade de locomoção do indivíduo, como nos casos de prática de crimes que importem na segregação social, a Constituição proíbe expressamente a prisão civil por dívida. Neste caso, só será possível a prisão quando se tratar de obrigação alimentícia ou de depositário infiel. (TAVARES, 2019, p. 527).

Desta forma, a questão da prisão civil foi admitida em lei, conforme indicado acima, com a finalidade única de obrigar o devedor a cumprir o pagamento da dívida adquirida, tratando-se exclusivamente de uma medida coercitiva, não sendo uma medida punitiva.

Assim, conforme Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 133), o seu único objetivo era compelir o devedor ao pagamento: “Trata-se, portanto, de uma medida de força, restritiva da liberdade humana, que, sem conotação de castigo,

serve como meio coercitivo para forçar o cumprimento de determinada obrigação.”.

Informa Motta (2019, p. 286) que “A prisão civil é inconfundível com a prisão penal”. O autor explica que a prisão penal, devido à sua função, é estritamente ligada ao caráter punitivo, com a privação de liberdade para retaliação ao crime praticado e, em relação à prisão civil, também garante que seu único objetivo é forçar o devedor a cumprir com a sua obrigação, no que se refere à adimplir com os pagamentos.

Seguindo a mesma interpretação, Azevedo (2014, não paginado) informa que, em questão de dívida, a cobrança deve recair sobre os bens do inadimplente, porém, há hipóteses da prisão, conforme segue a explanação:

A responsabilidade por débitos, como regra, recai sobre o patrimônio do devedor, no qual o credor tem a sua principal garantia, embora existam garantias reais (ex.: hipoteca) e até mesmo a possibilidade, embora excepcional, da privação da liberdade nas hipóteses do devedor de alimentos e do depositário infiel (art. 5º, LXVII, da CR/1988) por dívidas civis (AZEVEDO, 2014, não paginado).

No que tange a questão da obrigação alimentícia, Tavares (2019) informa que é possível o requerimento através da falta do cumprimento de forma voluntária e inescusável pelo devedor, na qual o mesmo está obrigado ao pagamento da prestação alimentícia. Para Motta (2019), o devedor deve estar se negando a pagar por livre arbítrio, pois no que se refere ao devedor que não está cumprindo o pagamento da sua obrigação alimentícia por falta de proventos financeiros, independente do motivo que gera a sua falta de recursos, não poderá ser compelido ao pagamento através da prisão civil.

De forma mais específica no tema do trabalho, em relação a prisão civil do depositário infiel na alienação fiduciária, Tavares (2019) informa que é necessário realizar uma observação em relação às formas fictícias prescritas em lei, que preveem meios de equiparação do depósito em certas situações, como é abrangido:

Assim ocorre com a alienação fiduciária, prevista pelo Decreto-lei n. 911/69. É preciso saber, portanto, se se admite a possibilidade de extensão, por meio de lei, dos casos excepcionais de prisão civil, com o artifício da equiparação de situações que são substancialmente diferentes, à hipótese do depositário infiel, para fins de possibilitar a decretação de sua prisão (TAVARES, 2019, p. 527 e 528).

Como visto acima, pode ocorrer a equiparação, por exemplo, do devedor fiduciário, ao depositário infiel, abrindo a possibilidade de sua prisão civil, defendido por Tavares (2019), para Motta (2019, p. 286), “No que tange à segunda hipótese, ou seja, a prisão civil do depositário infiel, convém esclarecer que ocorreu uma mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal e, doravante, apenas será admitida a prisão civil no primeiro caso”, sendo proibida a prisão civil do depositário infiel, gerando uma situação que é vista por Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 350), como “[...] no caso da prisão civil do depositário infiel revela que a questão é bem mais complexa e polêmica.”.

Segundo os ensinamentos de Motta (2019), verifica-se que a prisão civil do depositário infiel está proibida atualmente no Brasil. No próximo capítulo será verificado o processo que ocorreu para a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, que emitiu a Súmula Vinculante nº 25, declarando proibida a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

Portanto, como exposto neste tópico, a prisão civil é autorizada por lei somente para duas modalidades de inadimplentes, quais sejam, o devedor de alimentos e o depositário infiel. Em relação à última possibilidade, do depositário infiel, mudanças no entendimento a respeito da sua privação de liberdade como forma de coagi-lo ao cumprimento da obrigação assumida ocorreram, essa alteração na aplicação do instituto será abordada no próximo capítulo, quando será demonstrada a influência do Direito Internacional nas formas de compelir o devedor fiduciante ao adimplemento da sua obrigação na alienação fiduciária.

4.3 A INFLUÊNCIA DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA NA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL PERANTE A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO

A prisão civil do depositário infiel é um instituto previsto na Constituição Federal, através do seu Art. 5º, inciso LXVII e, também, através do Art. 652 do Código Civil, conforme visto anteriormente.

Chalhub (2019) informa que, mesmo antes da Constituição Federal atual e do Código Civil de 2002, havia a previsão da prisão civil do depositário infiel através do Art. 4º do Decreto-lei nº 911/1969, o qual garantia ao credor a possibilidade de converter a ação de busca e apreensão numa ação de depósito,

caso o bem alienado fiduciariamente não fosse localizado ou; na hipótese de o credor ter ciência que o devedor se desfez do bem dado em garantia na alienação fiduciária, poderia ingressar diretamente com uma ação de depósito contra o devedor; e no caso do terceiro que adquiriu o bem, haveria a possibilidade de defesa através de embargos de terceiro ou oposição na ação de depósito, pois o terceiro, mesmo não sendo parte do negócio inicial firmado entre o credor fiduciário e o devedor fiduciante, possui interesses em função da compra do bem alienado e tem direito de buscar suas garantias pelas vias legais.

O entendimento de que o bem alienado deve retornar ao credor com o inadimplemento da obrigação pelo devedor é visto por Azevedo (2014, p. 126) da seguinte forma: “A condição primordial de qualquer proprietário é de possuir o pleno poder sobre o seu objeto (*plena potestas*) [...]”, pois entende que a propriedade do bem dado em garantia na alienação fiduciária é do credor fiduciário (AZEVEDO, 2014). Com isso, segue o entendimento:

Se, como visto, malgrado a alienação do bem fiduciado, pelo fiduciante ao fiduciário, e ainda que este seja considerado possuidor indireto e titular de propriedade resolúvel, não pode o mesmo fiduciário credor ser privado, pela mesma lei, de ficar com o bem fiduciado, em caso de inadimplemento do devedor (AZEVEDO, 2014, p. 126).

Desta forma, entende-se que era necessário que ocorresse a entrega do bem pelo devedor fiduciante para pagamento da obrigação perante o credor fiduciário, pois caso isso não ocorresse, havia meios legais que autorizavam a prisão civil do devedor fiduciante, considerado um depositário infiel. Esse entendimento era seguido pelo Supremo Tribunal Federal, o qual entendia ser constitucional a prisão civil do depositário infiel, baseando as suas decisões na ideia de que a Constituição permitia a restituição do bem, pois o mesmo não integrava o capital do depositário:

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal firmava entendimento pela constitucionalidade da prisão civil fundamentando-se em que a Constituição a proibia com relação aos débitos em sentido estrito, ou seja, aqueles débitos em que o devedor tem que tirar do seu patrimônio para fazer face à dívida, e não no caso do depósito, em que, na verdade, a obrigação do devedor não era a de tirar de si, mas apenas a de manter-se fiel à confiança do depositante, no sentido de restituir uma coisa que não era dele (devedor-fiduciante), mas do depositante (credor-fiduciário) (CHALHUB, 2019, p. 247).

Desta forma, verifica-se que a prisão civil do depositário infiel na alienação fiduciária estava autorizada por lei e também era o entendimento seguido pelo Supremo Tribunal Federal, utilizando-se deste instrumento como meio de coerção ao pagamento, forçando o devedor fiduciante ao cumprimento da obrigação, E nessa mesma linha de explanação segue Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 373):

Argumentavam, os defensores da lei, que a alienação fiduciária compreenderia também uma prestação típica de depósito, imposta ao devedor, que deve guardar e conservar aquilo que não lhe pertence. Cuidou-se de equiparar, ainda que formalmente, o devedor (fiduciante) ao depositário, com o escopo de viabilizar a sua prisão civil, em caso de descumprimento da sua obrigação (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 373).

Como já visto, a prisão civil do depositário infiel está prevista no Art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal e era defendida pela doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal, contudo, em 1992, o Brasil ratificou o Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional de direitos humanos, que trouxe a abolição dessa forma de prisão: “Art. 7. 7. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”.

Com isso, surgiu um conflito entre as normas, pois a Constituição Federal autorizava a prisão civil do depositário infiel, sendo considerada a lei suprema do ordenamento jurídico brasileiro, e o Pacto de São José da Costa Rica, adotado posteriormente, fazia a proibição. Além disso, a Constituição Federal não explana expressamente a hierarquia que adquirem os tratados internacionais de direitos humanos aprovados por quórum simples, como ocorreu com o Pacto de São José da Costa Rica (ALVES JÚNIOR, 2019), gerando grandes discussões a respeito.

Para resolver esse impasse, em 2008 a situação foi revista e analisada pelo Supremo Tribunal Federal, que mudou seu entendimento sobre a possibilidade da prisão civil do depositário infiel, através de um Recurso Extraordinário, seguindo o relato de Piovesan, Fachin e Mazzuoli (2019, p. 99): “Em 2008, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela incompatibilidade deste dispositivo constitucional com a Convenção Americana”. Tal mudança foi oportunizada pelo fato de o Supremo Tribunal Federal entender, como descrito no recurso pelo relator,

Ministro Cezar Peluso, que em função do Pacto de São José da Costa Rica ter adquirido status supralegal, as normas conflitantes com o tratado passaram a ter a sua eficácia suspensa, como aconteceu com o Art. 652, do Código Civil, que previa a prisão civil do depositário infiel, tornando-se uma lei sem eficácia.

E em relação à previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel, o Ministro relator Cezar Peluso, também relatou no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP que, devido ao princípio da proporcionalidade, a condição de devedor fiduciante inadimplente não era proporcional à decretação da sua prisão civil, já que existiam outros meios para o credor fiduciário buscar a satisfação do crédito, informando, ao final, que a norma garantidora dos direitos humanos deveria ser priorizada e garantida em esfera internacional e também no direito interno.

A questão da prevalência dos direitos fundamentais ao indivíduo, independente de existir ou não conflito de normas com a Constituição Federal, está prevista na própria Constituição, através do seu Art. 4º, inciso II, que garante a interpretação voltada para os direitos humanos: “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos;”. E, diante da nova interpretação apresentada pelo STF aos dispositivos contidos no Pacto de São José da Costa Rica, tem-se o entendimento de que o mesmo não revogou, propriamente, as leis que tratavam da prisão civil do depositário infiel, mas apenas tornou-as sem efeito:

Em dezembro de 2008, o STF aplicou o novo dispositivo constitucional acerca dos tratados de direitos humanos, e recorreu ao Pacto de São José da Costa Rica (1969), que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia. Concluiu-se que, embora ainda não revogadas, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram em desuso as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel (TÁVORA; CAMPOS, 2018 p. 31).

Para outra parte da doutrina, o Supremo Tribunal Federal entendeu a prevalência da liberdade como ponto crucial de sua decisão:

O entendimento unânime do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de conferir prevalência ao valor da liberdade, em detrimento do valor da propriedade, em se tratando de prisão civil do depositário infiel, com ênfase na importância do respeito aos direitos humanos. O Supremo firmou, assim, orientação no sentido de que a prisão civil por dívida no

Brasil está restrita à hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de prestação alimentícia (PIOVESAN, 2018, p. 155).

Já para Lenza (2018, p. 341), a proibição da prisão civil do depositário infiel está ligada à mudança na hierarquia das normas que levou o Pacto de São José da Costa Rica ao status de supralegal e, com isso, as leis localizadas abaixo dele tiveram a sua aplicabilidade suspensa:

O STF, [...] decidiu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, se não incorporados na forma do art. 5º, § 3º (quando teriam natureza de norma constitucional), têm natureza de normas supralegais, paralisando, assim, a eficácia de todo o ordenamento infraconstitucional em sentido contrário. Dessa forma, como diversos documentos internacionais de que o Brasil é signatário não mais admitem a prisão do depositário infiel (por exemplo, o art. 7º, § 7º, do Pacto de São José da Costa Rica, o art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, a Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana), a única modalidade de prisão civil a prevalecer na realidade brasileira é a do devedor de alimentos.

Após essa mudança de entendimento pelo Supremo Tribunal Federal houve a emissão da Súmula vinculante nº 25, em 2009, que diz: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”, com isso, a prisão civil foi considerada ilícita para todas as formas de depósito, interferindo diretamente no instituto da alienação fiduciária. Como explicam Piovesan, Fachin e Mazzuoli (2019, p. 99): “Estendeu, assim, a proibição da prisão por dívidas ao depositário infiel e, analogicamente, à alienação fiduciária”. No mesmo entendimento:

Em decisão emblemática proferida em 3 de dezembro de 2008, os ministros, por unanimidade, negaram provimento ao Recurso Extraordinário n. 466.343, que versava sobre a possibilidade da prisão civil do devedor como depositário infiel em alienação fiduciária em garantia (CASTILHO, 2018, p. 179).

Em função da Súmula Vinculante nº 25 do STF, Piovesan, Fachin e Mazzuoli (2019, p. 101) entendem que “A postura do Brasil se consolidou no sentido de conferir uma interpretação convencional à legislação sobre a prisão do depositário infiel”, sendo necessário buscar outros meios como forma de recuperação do crédito despendido. Segundo Chalhub (2019, p. 238), “[...] mantém-se a faculdade do credor-fiduciário de recorrer à execução e nela promover a penhora de tantos bens quantos bastem à satisfação do seu crédito”.

Por outro lado, também faz-se necessário lembrar que a impossibilidade de prisão civil do depositário infiel está expressa, atualmente, no Brasil, numa Súmula Vinculante de nº 25, emitida pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, apesar das chances serem pequenas, deve-se analisar se existe a possibilidade de mudança desse posicionamento ou não, considerando o momento atual da sociedade. Com isso, tem-se um breve entendimento a respeito:

Além da hipótese de prisão civil por inadimplemento inescusável do débito alimentar, a Constituição Federal admitiu ainda a medida coercitiva no caso do depositário infiel.

Tal modalidade de prisão foi considerada ilícita no ordenamento jurídico brasileiro, independentemente da modalidade de depósito, conforme Súmula vinculante 25, de dezembro de 2009, do Supremo tribunal Federal.

A questão, porém, merece profunda análise, tanto do ponto de vista histórico, quanto pela possibilidade de uma eventual revisão do posicionamento pelo próprio Supremo tribunal Federal (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 367).

Apesar de serem mínimas as possibilidades de mudança, é importante a ressalva apresentada por Gagliano e Pamplona Filho (2019), já que isso poderia abrir uma brecha para retrocessos, na legislação interna. Contudo, Távora (2018, p. 32) também faz uma ressalva nesse sentido:

Vale destacar que o inciso LXVII do art. 5º da CF, que trata da possibilidade de prisão civil do depositário infiel, ainda não foi revogado por nenhuma emenda constitucional. Portanto, a rigor, qualquer prisão de depositário infiel no Brasil, embora possa ser derrubada por recurso extraordinário que chegue ao STF, que entende agora ser este inciso de interpretação restritiva, não será considerada inconstitucional.

De todo modo, pode-se ver que, através da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal em 2008, a respeito dos direitos humanos previstos no Pacto de São José da Costa Rica, expresso através da emissão da Súmula Vinculante nº 25, foi aberto um novo horizonte à hierarquia das normas. Piovesan, Fachin e Mazzuoli (2019, p. 241) explicam que “Realizou-se, assim, verdadeiro exercício de controle de convencionalidade para adequação de uma norma interna aos parâmetros protetivos interamericanos”.

Diane disso, conforme Chalhub (2019), não houve a proibição da cobrança do depositário infiel, ou seja, o crédito deve ser satisfeito através de outros meios, como os meios extrajudiciais de cobrança, que consistem em intimar

o devedor fiduciante ao pagamento e, caso persistir o inadimplemento da obrigação, consolidar a propriedade em nome do credor fiduciante e seguir com o leilão e, sendo necessário, seguir com o processo de reintegração de posse e com o processo de execução pelas vias judiciais.

Para Coutinho (2011) também não houve a proibição da cobrança do depositário infiel com a emissão da Súmula Vinculante nº 25. Para o autor, o que ocorreu foi que apenas um meio coercitivo foi abolido, mantendo a obrigação do devedor fiduciante em honrar com o pagamento:

A abolição da prisão civil do ordenamento jurídico brasileiro enfraqueceu a figura do fiel depositário. Contudo, os credores ainda podem se valer de outros argumentos, na esfera penal, já que a Súmula 25 não implica impunidade para o depositário, além de permanecer o dever de indenização. Daí a necessidade de que o credor seja diligente ao eleger o fiel depositário (COUTINHO, 2011, não paginado).

Além das opções de cobrança e meios de coerção já apresentados em âmbito civil, Coutinho (2011) garante que na área penal, caso o devedor fiduciante se desfaça do bem, impossibilitando a sua recuperação para o credor fiduciário, há a possibilidade de ele responder por estelionato, conforme previsão do Art. 171, do Código Penal.

Analisando o contexto histórico dos direitos humanos, verifica-se uma grande evolução no âmbito internacional proporcionada pelo desenvolvimento dos tratados internacionais de direitos humanos, trazendo maiores garantias aos indivíduos. Ao mesmo tempo, a evolução das normas no ordenamento jurídico brasileiro também ocorreram para garantir esse progresso, o que pode ser visto através da mudança do entendimento do Supremo Tribunal Federal, que passou a proibir a prisão civil do depositário infiel, através da Súmula Vinculante nº 25, com base no recurso extraordinário nº 466.343-1/SP, de 2008, ressaltando que a mudança no entendimento foi propiciada em função do Brasil ser parte do Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional de direitos humanos que trouxe uma amplificação dos direitos humanos do indivíduo.

Entretanto, mesmo sendo proibida a prisão civil do depositário infiel, acredita-se que não houve instabilidades nas garantias jurídicas previstas na legislação interna em relação a alienação fiduciária, permanecendo válidos outros

meios de cobrança do devedor fiduciante, que passaram a observar com mais cautela os requisitos exigidos em lei para a sua constituição.

A proibição da prisão civil do depositário infiel demonstra um avanço necessário e fundamental em relação aos direitos humanos na sociedade atual, pois fortalece os direitos já consagrados na Constituição Federal:

Quanto ao impacto jurídico do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Direito brasileiro, acrescenta-se que os direitos internacionais – por força do princípio da norma mais favorável à vítima, que assegura a prevalência da norma que melhor e mais eficazmente proteja os direitos humanos – apenas vêm a aprimorar e fortalecer, jamais a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional (PIOVESAN, 2018, p. 494 e 495).

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, em relação a proibição da prisão civil do depositário infiel, e por consequência, do devedor fiduciante, fortaleceu-se de forma unânime entre os Ministros, pois ponderou-se pela liberdade do indivíduo em relação à sua situação econômica, dando ênfase aos direitos humanos (PIOVESAN, 2018). Assim, é possível verificar que os tratados internacionais de direitos humanos, que foram internalizados no ordenamento jurídico brasileiro, têm função de influenciar o judiciário brasileiro nas decisões, e também têm um papel muito importante na questão de equilibrar o direito interno com as obrigações assumidas em âmbito internacional pelo país, buscando uma harmonização entre o direito interno e o externo (PIOVESAN, 2018).

Por fim, conclui-se, com os ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 375 e 376), que considerar ilegal a prisão civil do depositário infiel na alienação fiduciária não caracteriza a falta de punição do devedor fiduciante que torna-se inadimplente perante a sua obrigação, apenas demonstra a evolução da legislação no que tange aos direitos humanos do cidadão, já que privá-lo de sua liberdade não o tornaria adimplente, sendo necessário, então, a exploração e desenvolvimento de outras formas de satisfação do crédito, que não a prisão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi em função de grandes fatos históricos que marcaram a sociedade que houve a necessidade de desenvolver em escala internacional os direitos humanos, visando dar uma maior garantia dos direitos fundamentais aos indivíduos. Nesse sentido, surgiu a Organização das Nações Unidas que, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), determinou os direitos fundamentais que toda pessoa deve ter garantidos pelo Estado, vinculando os instrumentos jurídicos utilizados através da Convenção de Viena, regulando a criação de tratados internacionais e viabilizando a sua aplicabilidade.

No direito interno, a Constituição Federal de 1988 garante uma interpretação voltada aos direitos humanos, com o objetivo de priorizar o direito inerente ao indivíduo, abrindo espaço para que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país apresentem uma interferência positiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse confim, o tratado internacional de direitos humanos Pacto de São José da Costa Rica, foi ratificado pelo Brasil em 1992, trazendo grandes previsões e evoluções no que tange aos direitos humanos, sendo considerado como um grande salto ao desenvolvimento desses direitos em âmbito internacional e trazendo essa influência também ao ordenamento interno dos países, assim como ocorreu na prisão civil do depositário infiel na alienação fiduciária, conforme analisado no trabalho.

No direito brasileiro, a prisão civil do depositário infiel é um instituto previsto na Constituição Federal, através do seu Art. 5º, inciso LXVII e, também, através do Art. 652 do Código Civil. A previsão legal era adotada pelo Supremo Tribunal Federal e, também, por grande parte da doutrina como meio coercitivo na alienação fiduciária, voltada à cobrança do devedor fiduciante quando caracterizada a sua inadimplência. Contudo, o Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, prevê a proibição dessa modalidade de prisão, o que gerou discussões e inseguranças jurídicas a respeito do assunto.

Em 2008, para dirimir essa divergência, o Supremo Tribunal Federal apresentou uma grande e importante mudança no seu entendimento a respeito da prisão civil do depositário infiel, tornando-a ilegal. Essa mudança de entendimento pelo Supremo Tribunal Federal foi realizada no julgamento do Recurso

Extraordinário nº 466.343-1/SP, que trouxe o entendimento da prevalência dos direitos humanos, considerados inerentes ao indivíduo, e expressando uma maior valorização do direito à liberdade, colocando-o em status superior ao direito de satisfação de um crédito, originando a emissão da Súmula Vinculante nº 25 de 2009, que proibiu a prisão civil do depositário infiel.

A alienação fiduciária é um grande instrumento de desenvolvimento econômico utilizado na sociedade como forma de possibilitar a compra de bens móveis e imóveis, sendo uma garantia para ambas as partes negociantes. Com a proibição da prisão civil do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal trouxe a relevância dos direitos humanos, mas não proibiu o credor fiduciário de seguir com outros meios de coerção e cobrança contra o devedor fiduciante, mantendo a garantia e estabilidade jurídica que a alienação fiduciária sustenta para as partes. Para a utilização de outros meios legais autorizados para a cobrança da alienação fiduciária, torna-se necessário que todos os seus requisitos legais estejam adequados no negócio, trazendo uma maior eficácia.

O desenvolvimento dos direitos humanos na legislação interna brasileira expressa um comprometimento com o ser humano, vislumbrando o seu futuro e apresentando novos horizontes, equiparando-se às democracias em destaque na sociedade moderna, que buscam uma valorização dos direitos e garantias fundamentais sem abandonar a segurança jurídica do seu ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALVIN, Angélica Arruda (Coord). **Comentários ao código de processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito das coisas**. São Paulo: Atlas, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil - volume único**. 6º ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Código Civil**: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 200. [organização Editoria Jurídica da Editora Manole]. – 4ª ed. – Barueri, SP: Manole, 2018.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)** / [organização Editoria Jurídica da Editora Manole]. – 11ª ed. – Barueri [SP]: Manole, 2019.

BRASIL. **Código Penal: Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940** / [organização Editoria Jurídica da Editora Manole]. – 5ª ed. – Barueri [SP] : Manole, 2020.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 02 de maio de 2020.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=DECRETO%20No%20678%2C%20DE,que%20lhe%20confere%20o%20art.. Acesso em: 04 de maio de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0911.htm. Acesso em: 02 de junho de 2020.

BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9514.htm. Acesso em: 05 de maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCiVil_03/Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm: Acesso em: 05 de maio de 2020.

BRASIL. **Novo Código de Processo Civil: Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015** / [organização Editoria Jurídica da Editora Manole]. – 4ª ed. – Barueri, SP: Manole, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Depósito. Depositário Infiel. Alienação Fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternadas. Interpretação do Art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos, (Pacto de São José da Costa Rica).

Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. **Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP**. Banco Bradesco S/A e Vera Lúcia B. De Albuquerque e outro(a/s). Relator: Ministro Cezar Peluso. 3 de dezembro de 2008. DJe-104, DIVULG 04-06-2009. PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Vigésima Câmara Cível. Apelação Cível, Nº 70080717911. Relator: Walda Maria Melo Pierro, Julgado em: 15/05/2019. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 21 de junho de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Décima Quarta Câmara Cível. Agravo de Instrumento, nº 70080755135. Relator: Miriam A. Fernandes, Julgado em: 25-07-2019. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 21 de junho de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Sexta Câmara Cível. Agravo de Instrumento, Nº 70076950922, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em: 28-06-2018. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 21 de junho de 2020.

BRASIL. STF. Súmula vinculante 25. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268&termo=>. Acesso em: 29 de maio de 2020.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CHALHUB, Melhim Namem, **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

COUTINHO, priscila Arone. Fim Da Prisão Do Depositário Infiel Não o Deixa Impune. **Conjur**, 2011. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2011-jul-27/figura-fiel-depositario-dentro-ordenamento-juridico-brasileiro#:~:text=Fim%20da%20pris%C3%A3o%20do%20deposit%C3%A1rio%20infiel%20n%C3%A3o%20deixa%20impune&text=Grande%20parte%20das%20negocia%C3%A7%C3%B5es%20ligadas,mais%20apurado%20sobre%20o%20tema](https://www.conjur.com.br/2011-jul-27/figura-fiel-depositario-dentro-ordenamento-juridico-brasileiro#:~:text=Fim%20da%20pris%C3%A3o%20do%20deposit%C3%A1rio%20infiel%20n%C3%A3o%20deixa%20impune&text=Grande%20parte%20das%20negocia%C3%A7%C3%B5es%20ligadas,mais%20apurado%20sobre%20o%20tema.). Acesso em: 31 de maio de 2020.

DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 5: direitos reais**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil; volume único**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 2: obrigações**. 20ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto; **Direito civil: direito das obrigações** - parte especial: contratos. 22ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (Coleção sinopses jurídicas; v. 6; tomo I).

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado®**. 22ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado®).

MAZZUOLI, Valerio De Oliveira. **Direito dos tratados**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MAZZUOLI, Valerio De Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MAZZUOLI, Valerio De Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MORAES, Alexandre De. **Direito constitucional**. 35ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

MOTTA, Sylvio. **Direito constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões**. 28ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melinda Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PIOVESAN, FLÁVIA, **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Prefácio de Henry Steiner; apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade. 18ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito Imobiliário – Teoria e prática**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SILVA, Fábio Rocha Pinto e. **Garantias imobiliárias em contratos empresariais: hipoteca e alienação fiduciária**. São Paulo: Almedina, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das coisas** – v. 4. 11ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TÁVORA, Fabiano; CAMPOS, Diego Araújo. **Direito internacional**: público, privado e comercial. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção sinopses jurídicas; v. 33).