

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

PROCESSO DE EXECUÇÃO

EQUIPARAÇÃO DO ALIENANTE FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO — SE É INCONSTITUCIONAL

RESUMO

VOTO VENCIDO DO JUIZ JACOBINA RABELLO - ... O legislador ordinário não dispunha de poder legiferante a ser legitimamente exercido para a equiparação do devedor fiduciante ao depositário, na alienação fiduciária em garantia. Essa equiparação encontrava barreira intransponível no art. 153, § 17, da Constituição Federal. É que não há depósito, verdadeiramente, na alienação fiduciária, tanto que o devedor fiduciante, tornado por ficção legal um depositário, não deve devolver a coisa a ele entregue ao depositante, mas sim ficar com ela, bastando para isso que pague a dívida do contrato de financiamento, que serve à aquisição do bem. - Ao verdadeiro depositário é que se volta a possibilidade de prisão civil, ou seja, àquele que tem o dever de restituir, quaisquer que sejam as circunstâncias, a coisa depositada, como regra. É claro o texto da Constituição: "Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel...". Ao legislador ordinário o constituinte relegou apenas a disciplina da matéria, nada mais do que a sua disciplina ou regulamentação. - Nesses termos, não era lícito, por meio de ficção jurídica, traduzida na equiparação operada pelo legislador ordinário, em prejuízo da liberdade pessoal, garantida por dispositivo constitucional, dar como depósito o que não o é. E por isso o Judiciário deve negar aplicação ao dispositivo legal viciado, no exercício do controle de constitucionalidade. Este, como se sabe, nada mais é do que "a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição", segundo a lembrança clara de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, que ainda acrescenta: "...qualquer magistrado pode reconhecer essa inconstitucionalidade e em consequência deixar de aplicar o ato inquinado..." (V. Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Saraiva, 1983, pp. 36 e 40). Atrás dessa lição não somente se situa a de SIEYES, mas também a de MARSHALL, contida no julgamento de 1893, do pleito de WILLIAM MARBURY contra JAMES MADISON: "... a phraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e corrobora princípio segundo o qual é nula qualquer lei incompatível com a Constituição; e que os tribunais, bem como os demais departamentos, são vinculados por esse instrumento" (v. Decisões Constitucionais de MARSHALL trad. de AMÉRICO LOBO, Imprensa Nacional, Rio 1903, pág. 29). - Embora o ponto-de-vista deste voto esteja a contrariar jurisprudência já firmada sobre o tema da equiparação, a ousadia da discordância se escuda em argumentos, que não foram considerados, ao que parece, na elaboração daquela. - Fazer da prisão civil, como se faz, no caso, via instituto da alienação fiduciária em garantia meio de proteção ao crédito, implica antes em prestígio de manifestação de espírito utilitarista do que em sustentação do caráter de dignidade do Direito, que deve ser "economicamente eficiente mas moralmente equitativo", como escreve TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. (v. Função Social da Dogmática Jurídica, ed. RT. São Paulo, 1978, pág. 180. Desde os romanos antes da era cristã, a orientação que se desenvolve não tem sido outra que não a de se responder por dívida não com o corpo, mas com o patrimônio. - Ao contrário do que se tem sustentado à base da primazia do crédito, princípio que afronta o Direito Nacional de ir e vir a vedação para a equiparação do alienante fiduciante ao depositário, levada a cabo por mero legislador ordinário, pode ser afirmada até mesmo à luz das limitações implícitas, que se opõem ao próprio poder constituinte derivado, para alterações para pior, no que tange aos direitos fundamentais. Como diz NELSON DE SOUZA SAMPAIO, com efeito, fazendo remissão a JOSEPH STORY, T.M.COOLEY CARL SCHMITT e PONTES DE MIRANDA, a reforma constitucional, considerada a supra estatalidade dos direitos fundamentais, pode ampliá-los, não pode é aboli-los ou restringi-los (v. O Poder de Reforma Constitucional, Progresso, Salvador, 1954, pp 92-95-. - A Constituição brasileira é rígida, ou seja, somente pode ser modificada segundo o especial processo nela previsto, e não por processo legislativo ordinário. A restrição,

por lei ordinária, a direito fundamental, o de ir e vir, significou verdadeira modificação da Lei Maior. - Poderia se objetar ao que está escrito aqui que o art. 66 da Lei 4.728, que criou a nova figura do depositário, veio a ser institucionalizada por um ato de Revolução, ou seja, pelo Dec.-lei 911 de 01-10-1969, editado pelos Ministros das Forças Armadas, no u

EMENTA

É inconstitucional a equiparação do alienante fiduciante ao depositário, na alienação fiduciária em garantia. (Ementa do EMENTÁRIO FORENSE).

NOTA DA REDAÇÃO

RT