

Direito autoral. Direito de seqüência. Leiloeiro como depositário . Não cabimento da prisão pelo não pagamento da mais valia

por Luiz Fernando Gama Pellegrini *

Muito já se escreveu sobre o direito de seqüência inclusive nós mesmos em nossa obra (01), sobre a razão da sua existência e o fim a que se propõe.

A doutrina e mesma a jurisprudência entendem ser um direito patrimonial, muito embora apresente características parciais de direito moral, quando estabelece que pelo artigo 38 da lei autoral nº 9610/98, que o autor tem o direito irrenunciável e inalienável ao recebimento da mais valia quando da revenda da sua obra, observadas as condições ali previstas, disposições essas que se encontram v.g. no parágrafo primeiro do artigo 24 da mesma lei e explicitamente no artigo 27 consignando que os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.

A título de curiosidade penso que esse direito tem como bem observou o jovem autoralista Eduardo Lycurgo Leite tipificação específica, ou seja: “Entendo que os direitos de seqüência não se enquadram nem nos direitos patrimoniais nem entre os direitos pessoais, mas sim constituem-se em direitos sui generis, dada a sua natureza híbrida, que reuni, a um só tempo, elementos patrimoniais e morais de modo indissolúvel.” (02)

Ainda no mesmo sentido, Eduardo Ss Pimenta (03):

“Art. 39 – 1. O referido preceito, contempla o direito de seqüência ou ‘droit de suite’, que textualmente fixa a lei sê-lo inalienável e irrenunciável. Consiste na participação do autor, no aumento do preço de sua obra, cada vez que for alienada. Não é todavia aplicável às obras de

arquitetura, nem às obras de arte aplicada por força de entendimento doutrinário da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI, apesar de estar textualmente fixado, está exceção através dos comentários proferidos no art. 14, alínea 1 que dispõe somente sobre as obras de arte originais (desenho, pintura, escultura, gravura, litografia) e os manuscritos originais de escritores e compositores. Entretanto, destacamos que a disposição legal do presente artigo, também, não faz exceção a nenhuma de sua aplicabilidade a alguma obra intelectual. Comumente é o que se vê quando o artista vende seu quadro, e seus novos donos os revendem. É um direito que nasceu na França, com a lei, de 20 de maio de 1920, seguindo pela Bélgica. Existem dois sistemas: um confere ao autor o direito de participar de um percentual variável sobre o preço da venda, adotado pela França; o outro, o autor participa com um percentual fixo sobre a mais valia obtida na venda obra, adotado pela Itália, em 1941, por Portugal e Brasil. Têm distintas

denominações: direito de participação (Alemanha, Bolívia e Equador); direito de recobrar (Bélgica); direito de suíte (Guiné e Portugal); direito de plusvalia (Itália). O prazo de exercício do direito de seqüência é o mesmo conferido às obras intelectuais. Todavia, nos parece ser um direito de natureza moral do autor, com diversas características semelhantes (inalienável e irrenunciável) está ligado a personalidade e cessa com ela, apelar de versar sobre ganho pecuniário, logo ele é um direito patrimonial. Tendo em vista, o disposto no art. 184, caput, do Código Penal, a infração deste preceito caracteriza o crime de violação de Direito Autoral” (g.n.).

Todavia, o que nos interessa de momento não é como dito a análise da natureza jurídica do direito de seqüência, se patrimonial ou portador também de aspectos morais, mas a norma contida no parágrafo único do artigo 38, verbis:

Parágrafo único – Caso o autor não perceba o seu direito de seqüência no ato da revenda, o vendedor é considerado depositário da quantia a ele devida, salvo se a operação for realizada por leiloeiro, quando será este o depositário. (grifo é nosso)

Vejamos por parte.

Vendedor nos leva a crer ser o proprietário da obra, sendo que se tratando de pessoa física surgem dificuldades enormes, pois muitas vezes o vendedor não quer se identificar o que torna o instituto de difícil aplicação, e conseqüentemente o parágrafo único acaba tornando-se “letra morta”.

Já no caso do leiloeiro, que como se sabe é um comerciante, devidamente registrado na Junta Comercial, com livros comerciais e fiscais a indicação do vendedor é muito fácil.

Superada a questão do nascimento da mais valia, vejamos se o inadimplemento do depositário gerará a prisão ou não.

Portanto, diante desses fatos resta-nos verificar se efetivamente o vendedor ou mesmo o leiloeiro inadimplentes na qualidade de depositários correm o risco de prisão por dívida, em face da disposição contida no artigo 652 do Código Civil, que assim prescreve:

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, ressarcir os prejuízos. (o grifo é nosso).

Antes mesmo de verificarmos o posicionamento nos termos das normas maiores, quer nos parecer que o depositário ao que se refere a lei autoral seria a figura estampada no artigo 647, inciso I, do mesmo Código Civil, qual seja a figura do depositário que em desempenho de obrigação legal.

Todavia, em realidade, a análise da matéria não se restringe às normas infra-constitucionais supra transcritas, mas em respeito à hierarquia das leis em face da Constituição Federal e seus Tratados – artigo 5º, inciso LXVII e seu parágrafo 2º e Pacto de San José da Costa Rica, art. 7º, (7), que assim dispõe: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.” (o grifo é nosso).

Na mesma linha o Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos, adotado pela Resolução nº 2.200 A (XXI). Ao qual o Brasil aderiu em 24.01.1992, que por seu artigo 11 assim dispõe: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com a obrigação contratual.” (o grifo é nosso).

Quanto à proteção internacional dos tratados e convenções, o artigo 5º e seu parágrafo 2º os garante:

Artigo 5º

...

§ 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.

A respeito:

“O preceito em estudo, na realidade, constitui um portal que propicia o ingresso, no ordenamento jurídico, de normas que irão dispor acerca da aplicação de outras normas. Nisto funciona como um preceito de sobre direito ou direito coordenador de outras formas de produção jurídica (ein Recht der Rechtsordnung ou Recht ueber Recht, dos alemães). Essa característica muito peculiar do § 2º do art. 5º é muito semelhante à missão exercida pela nossa Lei de Introdução ao Código Civil, autêntico estatuto de direito internacional privado, norma cogente da soberania pátria, aplicável em todos os domínios do direito. Veja-se que o aludido parágrafo que estamos anotando, dentro dessa visão larga e pujante, não visa reger simplesmente as relações humanas, os conflitos intersubjetivos de interesse, as violações sub-reptícias aos ditames e preceitos supremos do Estado. Mais que isso, corrobora um notável cânone de exegese, utilíssimo para o entendimento de normas alienígenas em cotejo com as nacionais. Nesse enfoque, indica as dimensões espaço-temporais de aplicação do direito, a exemplo do artigo 4º do Código de Napoleão e do art. 1º, § 2º, do famoso Código Civil suíço de 1097.” (UADI LAMMÊGO BULOS, in CONSTITUIÇÃO FEDERAL ANOTADA, Ed. Saraiva, 7ª ed., p.411)

O STF e o STJ mantiveram durante anos acirrada briga sobre o cabimento ou não da prisão civil do depositário infiel em caso de dívida, entendendo o STF que a prisão era cabível – com o que nunca concordamos.

Nessa época éramos juízes do extinto Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo e tivemos oportunidade de julgar a prisão civil na hipótese de alienação fiduciária, no sentido do seu não cabimento, conforme se vê pela ementa abaixo:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – PRISÃO CIVIL – DEPOSITÁRIO INFIEL – IMPOSSIBILIDADE – COMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL – VIOLAÇÃO DO QUE DISPÕEM O ARTIGO 7º, 7 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA) E O ARTIGO 11 DO PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

Qualquer tentativa de decretação de prisão civil na hipótese de ação de busca e apreensão convertida em ação de depósito de bem alienado fiduciariamente constitui violação de convenção (artigo 5º, § 2º, Constituição Federal/88), o que é inaceitável. (EI 532.806-01/3 – 12ª Câm. – 2ª TAC – Rel. Juiz GAMA PELLEGRINI – J. 24.6.99).

Recentemente o Plenário do STF retomou ao tema, tendo presentemente uma composição diversa daquela que mantinha a prisão civil, mais precisamente no RE nº 466343 – SP, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento esse que presentemente encontra-se inacabado, sendo que nove Ministros já votaram no sentido de ser inadmissível a prisão civil, estando os autos com vistas para o Ministro Menezes Direito, mas de qualquer forma a matéria será julgada na pior das hipóteses por maioria, firmando-se novo entendimento da Corte Maior num assunto de grande relevância.

Antes mesmo do mencionado RE nº 466343-SP o Ministro Gilmar Mendes como Relator do HC nº 90.172-7 – São Paulo, invocou neste voto passagem do seu voto proferido no RE acima, reconhecendo a hierarquia dos Tratados e Convenções e Internacionais sobre as legislações infra-constitucionais, assim consubstanciado às fls. 683/686, nos seguintes termos:

“Preliminarmente, invoco precedente deste STF, apontado pelo impetrante, no qual o Min. Joaquim Barbosa deferiu pedido de liminar para suspender a ordem da prisão civil, até o final do julgamento do referido writ (HC nº 88.173/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão liminar, DJ de 15.03.2006). No caso invocado como precedente, porém constou como razão de decidir do Em. Min. Relator, a afirmação de que:

‘O impetrante trouxe a cópia integral dos autos das três execuções fiscais, no bojo das quais o paciente foi nomeado depositário dos bens penhorados e decretada a sua prisão civil em razão da infidelidade. Da análise de tais documentos, bem como dos argumentos articulados na inicial, vislumbro, pelo menos neste primeiro exame superficial, a presença dos requisitos essenciais ao deferimento da liminar’ (HC no 88.173/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão liminar, DJ de 15.03.2006).

...

A propósito da manifestação do Parquet, creio ser pertinente reiterar alguns dos argumentos que expendi em meu voto, proferido em sessão do Plenário de 22.11.2006, no RE nº 466.343/SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, verbis:

“Entendo que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que:

a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot), em sua tríplice configuração: adequação (Geeingnetheit), necessidade (Erforderlichkeit) e proporcionalidade em sentido estrito; e

b) o Decreto-Lei nº 911/1969, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão ‘depositário infiel’ insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes).

Lembro, mais uma vez, que o Decreto-Lei nº 911/1969 foi editado sob a égide do regime ditatorial instituído pelo Ato Institucional nº 5, de 1968. Assinam o decreto as três autoridades militares que estavam no comando do país na época. Certamente – e nesse ponto não tenho qualquer dúvida -, tal ato normativo não passaria sob o crivo do Congresso Nacional no contexto atual do Estado constitucional, em que são assegurados direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos.

Deixo acentuado, também, que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional. A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo.

A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos” – (Voto por mim proferido em 22.11.2006 no RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno).

No informativo nº 450/STF, verifica-se que:

“O Tribunal iniciou julgamento de recurso extraordinário no qual se discute a constitucionalidade da prisão civil nos casos de alienação fiduciária em garantia (DL 911/69: ‘Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.’). O Min. Cezar Peluso, relator, negou provimento ao recurso, por entender que o art. 4º do DL 911/69 não pode ser aplicado em todo o seu alcance, por inconstitucionalidade manifesta.

Afirmou, inicialmente, que entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia não há afinidade, conexão teórica entre dois modelos jurídicos, que permita sua equiparação. Asseverou, também, não ser cabível interpretação extensiva à norma do art. 153, § 17, da EC 1/69 – que exclui da vedação da prisão civil por dívida os casos de depositário infiel e do responsável por inadimplemento de obrigação alimentar – nem analogia, sob pena de se aniquilar o direito de liberdade que se ordena proteger sob o comando excepcional. Ressaltou que, à lei, só é possível equiparar pessoas ao depositário com o fim de lhes autorizar a prisão civil como meio de compeli-las ao adimplemento de obrigação, quando não se deforme nem deturpe, na situação equiparada, o arquétipo do depósito convencional, em que o sujeito contrai obrigação de custodiar e devolver. RE466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 22.11.2006” – (Informativo nº 450/STF).

Considerada a plausibilidade da orientação que está a se firmar perante o Plenário desta Corte – a qual já conta com 7 votos – defiro a ordem para que sejam mantidos os efeitos da medida liminar de fls. 98-104 (DJ °.2.2007).

Mais recentemente o Ministro Cezar Peluso no HC nº 94.307- Rio Grande do Sul, concedeu liminar levando em conta o julgamento do RE nº 466.343, do Plenário, nos seguintes termos:

TRIBUNAL PLENO

QUEST. ORD. EM HABEAS CORPUS 94.307-1 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO

COATOR(A/S)(ES): PRIMEIRA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depositário judicial infiel. Inadmissibilidade reconhecida pela maioria em julgamentos pendentes do RE nº 466.343 e outros, no Plenário. Razoabilidade jurídica da pretensão. Liberdade deferida de ofício, em hábeas corpus contra acórdão da Turma, até a conclusão daqueles. Caso excepcional. Defere-se, de ofício, liminar em hábeas corpus

contra acórdão que, de Turma do Supremo, não reconheceu constrangimento ilegal em decreto de prisão da paciente, a título de infidelidade como depositária judicial.

...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) – Senhora Presidente, por estar a Corte discutindo a mesma questão jurídica, já com vários votos favoráveis à tese da ora paciente, no RE nº 466.343, bem como nos outros dois feitos conexos, relatados pelo Ministro CELSO DE MELLO, entendo tratar-se de hipótese excepcional, à margem da incognoscibilidade do pedido de habeas corpus contra ato decisório de Turma. Por isso, diante da singularidade do caso, proponho à Corte deferir, de ofício, liminar, para suspender a execução do decreto de prisão da paciente, ou, se já estiver presa, para assegurar-lhe a liberdade, até o término do julgamento daqueles três recursos extraordinários.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO – Com a possibilidade latente de se chegar, neste caso, à concessão da ordem de ofício

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) – De ofício, ao termo deste processo.

Como se vê, não importa em verdade saber se a prisão a que se refere a lei autoral tipifica ou não o instituto do depósito, mesmo porque a obrigação legal atribuída ao vendedor ou leiloeira é sui generis, pois o leiloeiro recebe em consignação uma obra para vender e ocorrendo a mais valia deve pagar ao artista ou titular do direito o montante devido.

Em realidade, o vendedor e o leiloeiro não entregam o bem que foi objeto da venda, mas apenas assumem a responsabilidade nos termos da lei de pagar, e isso desde que existente a mais valia nos termos do artigo 38 da Lei Autoral, pois eles não entregam o bem móvel que foi objeto da venda, mas apenas assumem a responsabilidade nos termos da lei de pagar.

Diante desse ordenamento jurídico podemos entender que a figura do depositário como no caso do artigo do parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 9610/98, que disciplina os direitos autorais, em verdade na hipótese de inadimplemento do leiloeiro ou mesmo vendedor não acarretará a

prisão, uma vez que os Tratados ou mesmo Convenções Internacionais são normas que se situam abaixo da Constituição Federal, porém hierarquicamente acima da legislação infra-constitucional, ou seja, a lei ordinária não tem eficácia perante esses diplomas.

Não obstante o não cabimento da prisão civil, isso não elimina muito menos elide a ação do titular do direito para rever a mais valia apurada, recorrendo para tanto para os meios legais pertinentes, podendo eventualmente, inclusive, tipificar crimes no artigo 184 do Código Penal.

Revista Jus Vigilantibus, Quarta-feira, 6 de agosto de 2008

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/35201>> Acesso em: 25 ago. 2008.