

A ATIPICIDADE NA PRISÃO DO DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL

Daniel Gustavo de Oliveira COLNAGO RODRIGUES¹

Orientador: Prof. Dr. Gelson Amaro de SOUZA²

Resumo: O presente trabalho analisa a situação jurídica do depositário judicial infiel, com o objetivo de demonstrar a inexistência da adequação de sua conduta ao dispositivo legal que admite a prisão civil, uma vez que este auxiliar de justiça é uma forma *sui-generis* de depositário.

Palavras-chaves: Depositário judicial infiel. Prisão administrativa. Atipicidade. Princípio da Legalidade.

1- INTRODUÇÃO

É de grande interesse da sociedade que aqueles causadores de dano a outrem sejam punidos. No caso de infidelidade do depositário a regra não é diferente, devendo este também, com algumas peculiaridades, reparar o dano. Neste sentido, salienta o professor Gelson Amaro de Souza³.

“... a partir do art. 159 do Código Civil, pode-se chegar a conclusão de que todo auxiliar de justiça que por culpa ou dolo der prejuízo a alguém deverá responder pelos danos causados, independentemente de haver o Código de Processo previsto ou não de forma expressa. Mesmo porque em matéria de responsabilidade civil prevalece o Código Civil.”

Porém, questão tormentosa na Moderna Processualística Civil envolve a punição dada ao depositário judicial infiel. Este auxiliar de justiça, diferentemente do contrato de depósito típico previsto nos artigos 627 e ss do Código Civil e 647 e ss do mesmo Diploma, possui relação administrativa, não se enquadrando, portanto, no artigo 5º, inc. LXVII da nossa Carta Magna.

2 - CONCEITOS E CLASSIFICAÇÕES

¹ Trabalho realizado no grupo de pesquisa do NEPE da Faculdade de Direito da Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente, sob a orientação do Professor-doutor Gelson Amaro de Souza. Integrante do Programa de Iniciação Científica das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

² Professor Doutor das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Orientador de grupo de iniciação científica

³ SOUZA, Gelson Amaro de. *Curso de Direito Processual Civil*. 2ed, Ed. Data Júris, 1998, p.249

No dizer do ilustre Silvio Rodrigues⁴, depósito: “... é o contrato pelo qual uma pessoa – depositário – recebe, para guardar, um objeto móvel alheio, com a obrigação de restituí-lo quando o depositante o reclamar. Aperfeiçoa-se pela entrega da coisa.”

No mesmo sentido, referindo-se ao instituto do depósito, pontifica Washington de Barros Monteiro⁵: “... o contrato pelo qual uma das partes, recebendo de outra uma coisa móvel, se obriga a guardá-la, temporária e gratuitamente, para restituí-la na ocasião aprazada ou quando lhe for exigida.”

Importante destacar dois elementos essenciais para a caracterização do depósito, comum entre todos os doutrinadores: a guarda e a restituição do bem móvel. Isto significa que devem ser excluídos da situação de depósito aqueles casos em que devedor se recusa a entregar bens dados em garantia de dívida⁶. Assim, Pontes de Miranda⁷ expõe brilhantemente: “ Se os bens penhorados, seqüestrados ou arrestados ficaram com o titular dos direitos sobre eles, e tal titular tem a posse imediata, a eficácia da penhora, do seqüestro ou do arresto não precisa de depósito [...]”

O depósito, segundo a classificação da doutrina majoritária, pode ser: a) contratual ou voluntária, disciplinado pelos artigos 627 e ss do Código Civil. Este nasce da convenção das partes; b) legal ou necessário, previsto nos artigos 647 e ss do mesmo Código. Este se faz em desempenho de uma obrigação legal ou por situação excepcional; c) judicial. Este, que é o objeto de nosso trabalho, não nasce de uma relação contratual, mas sim de uma necessidade para melhor andamento do processo. A função deste auxiliar de justiça vem bem descrita no art. 148 do Código de Processo Civil: “A guarda e conservação de bens penhorados, arrestados, seqüestrados ou arrecadados serão confiadas a depositário ou a administrador, não dispondo a lei de outro modo”.

3 - SITUAÇÃO JURÍDICA DO DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL

O artigo 5º, inciso LXVII da CF/88 diz taxativamente: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”

Cabe-nos, neste trabalho, analisar a segunda exceção. Neste sentido, Humberto Theodoro Junior, citando José Frederico Marques, preleciona⁸:

“O ato executivo do depósito não se confunde como depósito convencional regulado no direito privado. O depósito de bem penhorado é de direito processual”. Ainda, “[...] Ele é o *longa manus* do juízo da execução, seu auxiliar e órgão do processo executivo, com poderes e deveres próprios no exercício de suas atribuições.”

A problemática envolve a distinção entre depositário genuíno ou clássico e depositário judicial. Por se tratar de um auxiliar da justiça, esta última espécie de depósito não pode ser considerada contratual. Na verdade, o depositário judicial possui uma relação

⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, v. 3 - Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade, p. 278.

⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 2 - Direito das Obrigações, 2ª parte, p. 218.

⁶ TJSP AgIn 749.947-0 – 1.ª Câ. – j. 20.10.1997 – rel. Juiz Elliot Akel. – RT v.751, p.287 – Maio 1998.

⁷ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed, Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1997. t. II, p.460.

⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de Execução*. 23ªed, Ed Universitária de Direito Ltda, 2005, p.367

administrativa com o órgão jurisdicional, posicionando-se em uma relação hierárquica para com o juiz. Conseqüentemente se trataria de prisão administrativa, que é aquela que não tem caráter penal. Serve de medida coercitiva para cumprimento de uma obrigação.

Sobre o tema, há grande divergência doutrinária e jurisprudencial. Autores como Luis F. Cirillo defende a constitucionalidade da prisão administrativa do depositário judicial infiel, já que o Pacto de São José da Costa Rica⁹ proíbe apenas a prisão civil.

Por outro lado, Nelson Nery Júnior¹⁰ apoiado na decisão do STF, defende:

“ Depositário judicial. Decretação de prisão civil nos próprios autos da ação de execução. Não ofende a CF 5º LXVII, mas, pelo contrario, nele tem seu fundamento a prisão do executado que, intimado, não entregou o bem penhorado ou o seu equivalente em dinheiro, porque de prisão administrativa não se trata, mas decorrente do exercício de jurisdição. Desnecessário o aforamento da ação de depósito para possibilitar a prisão, podendo ser decretada nos próprios autos da execução, conforme STF 619 (RT 682/186).”¹¹

Porém, em ambos os casos percebe-se equívoco. Primeiramente a prisão do depositário judicial é administrativa, visto que é uma forma atípica de depósito. Assim, não há previsão legal para sua prisão, uma vez que o inciso LXVII do artigo 5º da nossa Carta Maior veda apenas a prisão civil. Ainda, há de se salientar que o Pacto de São José da Costa Rica não derogou o dispositivo constitucional, pois se tratando de hierarquia de normas, prevalece esta última.

Sobre a mesma citação acima, há uma contradição ao dizer que a prisão do depositário judicial infiel é jurisdicional. Na medida em que se dispensa a propositura da ação de depósito, a prisão passa a ser administrativa, uma vez que a Jurisdição é inerte e necessita de provocação através da Ação.

Correta, portanto, a atitude do Desembargador Sérgio Pitombo no acórdão da Sétima Câmara de Direito Publico do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido pelo *Habeas Corpus* nº 96.076-5/1 da Comarca de São Paulo, ao revogar a prisão de depositário nomeado nos autos de execução fiscal, por falta de justa causa, ao fundamento de não mais existir suporte legal para a decretação de prisão civil do depositário judicial infiel. Neste sentido, algumas decisões de Tribunais nacionais:

"EXECUÇÃO. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO CIVIL. AUTOS DA EXECUÇÃO. Habeas corpus. Prisão de depositário infiel. Somente se inviabiliza, precipuamente após a vigência da CF de 1988, em ação própria, que e a de depósito. Princípios do "due process of law" e da vedação a prisão administrativa acolhidos pela CF, art. 5, incisos LIV e LXI. Ainda que assim não fora, não se dispensa jamais motivada decisão para embasar mandado de prisão. Hábeas corpus concedido.”¹⁰

"EXECUÇÃO. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO CIVIL. AUTOS DA EXECUÇÃO. CF ART. 5 INC. LXI DE 1988. VEDAÇÃO. B Agravo de instrumento. Prisão do depositário infiel. Dita prisão, quando decretada nos próprios autos da execução, possui natureza administrativa (CÓD. Civil, art.

⁹ art 7º, item 7. “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 9º ed, Ed RT, 2006, p. 363

¹¹ Sumula 619 – STF: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

¹⁰ Disponível em http://www.juxtalegem.com.br/artigos/Necessidade_de_Acao_de_Deposito.php

1.287), e, por isso, não é mais permitida sob o regime constitucional vigente (CF, art. 5, LXI). Agravo improvido.”¹¹

Exposto isto, em se tratando de depositário judicial infiel, percebe-se a incisiva ilegalidade da prisão deste auxiliar de justiça, tendo como fundamento se tratar de prisão administrativa e assim, não prevista pelo dispositivo constitucional citado. Neste sentido, bem nos ensina Humberto Theodoro Júnior¹²:

“ Na regulamentação do direito material, a prisão do depositário é prevista apenas para o contrato de depósito e o depósito necessário, situações típicas de direito privado (C. Civil de 2002, art 652). Na lei processual, por outro lado, só há regulamentação ou autorização da prisão do depositário, como consequência ou efeito da sentença na ação de depósito (art 904, parágrafo único).”

4- DIREITO A LIBERDADE E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

É inaceitável que, em pleno século XXI, a Liberdade, um dos mais importantes direitos do homem, conseguido efetivamente com a Revolução Francesa de 1789, seja privada por mera vontade do julgador.

Destarte, não é cabível a prisão sem prévia cominação legal. Bem disposto no artigo 5º, inciso XXXIX da CF/88 e art. 1º do Código Penal, o Princípio da Legalidade constitui um dos mais preciosos postulados do Direito Contemporâneo, sendo certo que sua violação implica numa enorme transgressão aos direitos humanos.

A saber, o caso aqui tratado tornou-se mera prisão costumeira, uma vez que inexistente dispositivo legal que regule sua prisão, devido à natureza administrativa do depositário judicial, conforme explicado acima.

No dizer do ilustre constitucionalista BULOS,¹³: “O Princípio constitucional penal da legalidade tem contornos bastante definidos. Corrobora uma garantia basilar dos direitos humanos, integrando o rol das liberdades públicas na Constituição de 1988.”

Não existindo previsão legal de sua prisão, ocorre a atipicidade de sua conduta, já que não existe a adequação do fato concreto à norma abstrata.

5- CONCLUSÃO

Sendo o depositário judicial a pessoa responsável pela guarda e conservação dos bens penhorados, arrestados, seqüestrados ou arrecadados em juízo até a sentença do magistrado, não é possível se falar em contrato civil, uma vez que a relação entre este auxiliar da justiça e o juiz da causa é meramente administrativa. O inciso LXVII do art 5º da CF/88 diz taxativamente que não haverá prisão civil por dívida, salvo o inadimplemento da pensão alimentícia e o depositário infiel. Assim, em se tratando de um direito fundamental, não é possível fazer uma interpretação ampliativa do referido inciso estendendo a incidência da prisão além dos contratos civis. Ocorre, portanto, uma atipicidade da conduta do depositário judicial, uma vez que seu ato não se amolda ao dispositivo constitucional supra-citado.

¹¹ Disponível em http://www.juxtalegem.com.br/artigos/Necessidade_de_Acao_de_Deposito.php

¹² THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo de Execução. 23ª ed. Universitária de Direito Ltda, 2005, p.379

¹³ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. Ed. Saraiva, 2000, p. 203.

6- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**. 8ªed, RT, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ªed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CIRILLO, Luis Fernando. **A prisão civil do depositário judicial**. São Paulo: Repertório IOB de Jurisprudência – abril de 2000 – Nº7/2000.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.7, 13ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GRECO, Leonardo. **O Processo de Execução**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. v. I. 2ª ed, Campinas-SP: Ed. Millenium, 1998.
- PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**.t. II. 3ªed, Rio de Janeiro, Forense, 1997.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 2, 10ªed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v.3, 11ªed, Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. v.3, 15ªed, Ed.Saraiva, São Paulo, 1986.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed, São Paulo: Malheiros, 2001.
- SOUZA, Gelson Amaro de. **Curso de Direito Processual Civil**. 2ªed, Presidente Prudente: Data Júris, 1998.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de Execução**. 23ªed, Rio de Janeiro: Forense Universitária de Direito 2005.