

# INADEQUAÇÃO TÍPICA DA PRISÃO CIVIL EM RELAÇÃO AO DEPOSITÁRIO JUDICIAL

Pablo Ailton da SILVA<sup>1</sup>

Orientador: Prof. Dr. Gelson Amaro de SOUZA<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo diz respeito à preservação do direito à liberdade prevista na Constituição Federal, que só poderia ser cerceado em casos expressamente estipulados pela norma legal, só que, no entanto, mesmo não existindo regulamentação específica em lei a respeito da prisão civil quanto ao depositário judicial, que é agente público e com o Estado tem relação de natureza administrativa processual, os juízes, usualmente, tornam o depositário judicial sujeito passivo da prisão civil, submetendo-o à prisão injustamente.

**Palavras chaves:** direito à liberdade; prisão civil; contrato de depósito; depositário judicial; atipicidade; interpretação restritiva.

## Introdução

O objetivo deste artigo é demonstrar que a decretação da Prisão Civil do depositário judicial infiel é ilegal e não passa de prática costumeira e abusiva do judiciário que a determina mesmo sem haver previsão e regulamentação legal.

O Direito Brasileiro é regido por diversas leis, sendo que entre elas existe uma hierarquia. A que se encontra no topo dessa hierarquia é a Constituição Federal (CF), e por tal motivo todas as demais devem respeitar os seus preceitos. É importante que saibamos disso, porque a Carta Maior tem a previsão de vários dispositivos limitadores de matéria e diversos princípios que, em suma, dão garantias e direitos a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil.

É o que podemos auferir do artigo 5º, caput, da CF que assim dispõe:

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

Um dos direitos mais importantes e protegidos em nosso ordenamento jurídico é o direito à liberdade acima citado que só pode ser cerceado em casos excepcionais e permitido em lei. É o que apreciamos do Princípio da Legalidade, um dos princípios

---

<sup>1</sup> Aluno graduando do 4º ano D do curso de Direito, das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, participante das atividades mensais do Programa de Iniciação Científica Toledo (PICT/06) sob a orientação do Mestre Gelson Amaro de Souza.

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

fundamentais do Direito Penal, garantido no artigo 5º, inciso XXXIX, CF, e previsto pelo próprio Código Penal no seu artigo 1º, caput, que descreve: “não há crime sem lei anterior que defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Luiz Regis Prado, renomado doutrinador, citou em sua obra “Curso de Direito Penal Brasileiro” a máxima do importantíssimo penalista Cesare Beccaria que diz “*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*” [Grifo nosso] (Prado, 2002, p.112).

Assim, por ser de grandiosa importância, o direito à liberdade só poderá ser suprimido se existir previsão em lei. O meio mais comum de se ter prejudicado tal direito é ser submetido à prisão.

## **Prisão**

Faz-se necessário agora, então, sabermos o conceito de prisão.

Esta é a privação da liberdade de locomoção de alguém determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em flagrante delito.

### **1-Espécies**

São várias as espécies de prisão, destacando-as dentre elas em nosso estudo as prisões de natureza penal, administrativa e civil.

**A)Prisão Penal:** é aquela decorrente de sentença penal condenatória já transitada em julgado. Esta tem caráter punitivo e efeito repressivo.

Na esfera penal, o indivíduo só poderá ser preso se for condenado pela prática de algum delito, isto é, uma contravenção penal ou um crime que seja punido com pena restritiva de liberdade. Em ambos os casos deverão restar configurados o fato típico, ilícito e culpável e não recair nenhuma excludente. Há uma disposição em lei especificando quando existe “delito”.

**B)Prisão Administrativa:** nos dizeres de Julio Fabbrini Mirabete “prisão administrativa é aquela decretada por autoridade administrativa, por motivos de ordem administrativa e com finalidade administrativa” (sentido estrito). “O conceito amplo de prisão administrativa a traz como *prisão extrapenal*” [grifo nosso] (Mirabete, 2003, p.834). Ela tem previsão no artigo 319 e 320 do Código de Processo Penal. O STF pacificou o entendimento de que a Constituição Federal de 1988 a revogou. Esta posição é respeitada pelos doutrinadores.

Nesse sentido leciona o doutrinador Heráclito Antônio Mossim:

“Com o advento da Constituição Federal vigente, a prisão administrativa deixou de existir, já que só a autoridade judiciária poderá, através de ordem legalmente fundamentada, decretar a prisão de alguém (art. 5º, LXI)” (Mossim, 1998, p.420).

Em conformidade com o predito reconhece o professor e também doutrinador Damásio E. de Jesus:

“As duas turmas do STF com fundamento no texto constitucional, entendem que a prisão administrativa deixou de ser permitida em nosso sistema jurídico” [grifo nosso] (Jesus, 2004, p.251).

Nos casos de estrangeiro irregular no país, contudo, ainda é cabível a prisão administrativa, por força dos artigos 61, 69 e 81 da lei 6.815/80, que trata da definição da situação jurídica do estrangeiro em nosso país.

Julio Fabbrini Mirabete escreve nesse entendimento:

“Já se tem decidido no Supremo Tribunal Federal que a prisão para fins de extradição pode ser decretada a prisão ‘administrativa’ pelo Ministro do STF em atendimento à solicitação do Ministério da Justiça” [grifo nosso] ( Mirabete, 2003, p. 836).

No entanto, essa prisão não tem a mesma finalidade da que se tratava nos artigos 319 e artigo 320 do CPP, hoje revogados.

**C)Prisão Civil:** é a decorrente de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. A natureza jurídica desse tipo de prisão é, conforme registra Joaquim Molitor, autor do livro “Prisão Civil do Depositário”, meio de compulsão, para constranger ao adimplemento da obrigação [grifo nosso] (Molitor, 2000, p. 57).

### **C.1-Previsão Constitucional da Prisão Civil**

Está previsto no inciso LXVII, do art. 5º da nossa Constituição Federal que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Com isso nada mais ocorreu que a permissão pela Carta Magna da prisão civil.

Em se tendo a autorização pela Carta Maior, coube ao legislador regulamentar o assunto em lei ordinária, o que se deu com a previsão da prisão civil no artigo 652, caput, do Código Civil (CC) e no artigo 902, § 1º, do Código de Processo Civil (CPC).

Notemos a redação do artigo 652, CC, *in verbis*:

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

Controvérsias ocorrem, contudo, quanto à aplicação ou não da prisão civil do depositário infiel por força da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário, pois a mesma preceitua em seu artigo 7º, item 7, que “ninguém deve ser detido por dívidas”... [grifo nosso], não podendo assim haver este tipo de prisão civil no Brasil. Porém, como já informado, há uma permissão constitucional e previsão no CC e no CPC admitindo a prisão civil. Não disporei de maiores esforços sobre o cabimento da referida prisão ou não ante ao Pacto de San José da Costa Rica, pois tal assunto merece título próprio e desvia-se da questão deste trabalho. Por isso também não tratarei da prisão civil por inadimplemento de obrigação alimentícia.

Depreendemos, portanto, que houve expressada a permissão e regulamentação

da prisão civil, assim como nas duas espécies de prisões já mencionadas.

Todavia, como pode ser visto no próprio artigo 652 do CC, só houve previsão quanto ao depósito voluntário ou necessário.

Vejamos então o conceito e as espécies do contrato de depósito para podermos analisar a natureza jurídica de cada uma delas.

## **C.2-Contrato de Depósito**

O Código Civil tratou desse contrato em seus artigos 627 a 652.

Silvio Rodrigues assim o define:

“O 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**” (Rodrigo, 2002, p. 271).

Este é, pois, um contrato de transferência do objeto, e tem como principais características ser **real, pois se perfaz mediante tradição, entrega do bem**; unilateral, por regra, pois só quem tem obrigação é o depositário; personalíssimo, pois as características do depositário são importantes nessa posição; gratuito, em regra, muito embora possa ser oneroso por convenção ou em decorrência da atividade do depositário e temporário porque em dado momento necessariamente vai se encerrar.

### **C.2.1-Espécies:**

Em decorrência da origem o depósito pode ser: voluntário, necessário, por equiparação ou judicial.

**I)Voluntário:** está regulado do artigo 627 ao 646 do CC. É aquele em que o depositário recebe um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame. É tipicamente contratual, isto é, deriva da vontade das partes, decorrendo de características do indivíduo.

**II)Necessário:** está previsto nos artigos 647/652 do CC e é aquele que decorre de uma ordem legal. É de uma imposição do legislador.

**III)Por equiparação:** alguns contratos, o legislador equipara ao contrato de depósito. São contratos diferentes, no entanto, para facilitar as regras, são equiparados para os fins de regulamentação.

**IV)Depósito judicial:** é aquele cujo depositário, em um processo, se torna agente público, guardando um bem depositado pelo Judiciário. Este tipo de depósito não se confunde com aquele feito para se livrar de uma obrigação, o chamado depósito em consignação. No depósito judicial, o depositante é o juízo. Ele tomou um bem e, para salvaguardar este bem, pede auxílio de um terceiro.

## **6-Natureza Jurídica da Função do Depositário Judicial**

Atentemo-nos então para a natureza jurídica da função do depositário judicial. Preleciona ilustríssimo doutrinador Humberto Theodoro Júnior que: “De fato, entre o juízo e o depositário dos bens apreendidos judicialmente, a relação é de subordinação hierárquica, já que se acha no exercício de uma função de direito público, sujeito, portanto, a cumprir sempre as ordens e comandos do primeiro” (Júnior, 2005, p. 379).

Por se constituir o depósito judicial na ação de execução, e nela serem os bens penhorados é que, conforme descreve Joaquim Molitor, “a função do depositário judicial é de natureza pública, processual” [grifo nosso] (Molitor, 2000, p. 76).

É de se notar que se a função do depositário judicial é de direito público, se é ele auxiliar da justiça e que se o depósito do bem penhorado é de direito processual, a sua relação para com o juízo é eminentemente de natureza administrativa, não devendo ser confundida a sua função com a do depositário contratual, que tem natureza particular, privada, ou seja, civil.

Assim sendo, para que ao depositário judicial infiel pudesse ser imposta odiosa decisão, que por vezes se faz necessária, de ser recolhido à prisão, seria preciso que houvesse previsão legal específica, o que implicaria, a nosso ver, numa prisão de natureza administrativa e não civil. E como foi dito, a única prisão administrativa que ainda é permitida no Brasil é a do estrangeiro, prevista na lei 6.815/80.

Para esclarecermos melhor que, na realidade, não pode ser o depositário judicial alcançado pela prisão civil permitida na Constituição Federal, mostraremos mais detalhadamente por quais motivos não se trata o depósito judicial de contrato civil, e sim função da Administração Pública.

Como pode ser visto no conceito do contrato de depósito citado acima, sua principal característica é ser real, isto é, só se aperfeiçoa com a entrega do objeto, com a transferência da coisa. Porém há previsão na lei processual civil que permite ao proprietário dos bens penhorados ser o depositário fiel, caso não discorde o credor, é o que interpretamos ao ler o artigo 666, caput, do CPC e que não raramente ocorre na prática.

Podemos auferir desse artigo, então, que poderá o réu, depositário judicial, em ação de execução, ser o depositário do bem de sua propriedade, figurando num só tempo como depositário e executado. **Neste caso não ocorre transferência do objeto, a real entrega da coisa.**

Também. Em desconformidade do que preceitua o artigo 627 do CC, que permite o depósito de bens móveis, o artigo 666, II, do CPC diz que qualquer objeto pode ser depositado judicialmente. Seja móvel ou imóvel; corpóreo ou incorpóreo. Percebemos, com isso, que não compartilha o depósito judicial das mesmas características dos demais contratos de depósitos, podendo esses sim ser submetidos por previsão do Código Civil à prisão.

Igualmente, nos utilizamos da Súmula 619 do STF editada em 17 de outubro de 1984, antes da nova Constituição Federal de 1988, que reza o seguinte: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”. Observemos o que escreve Valério de Oliveira Mazzuoli, ao comentar a fundamentação de alguns julgados pela

súmula, a respeito: “(...) o juiz, *in caso*, dispõe de poderes suficientes para a aplicação da pena de prisão civil ao infiel depositário **por ser este seu subordinado hierárquico**, podendo haver o bem depositado sem a necessidade, portanto, da ação de depósito” (Mazzuoli, 2002, p. 27).

Concluímos ao analisar o texto do parágrafo anterior que o ato praticado pelo juiz é característico de ato administrativo do poder público. Vejamos os motivos:

## 7-Conclusão

A prisão civil é uma prisão jurisdicional. Esta se encontra formalizada, como já dito, no artigo 902, §1, CPC.

Prisão jurisdicional é aquela que decorre do exercício da jurisdição, e tem por característica fundamental ser inerte, isto por força do artigo 2º do CPC, que corrobora: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer nas formas e casos legais”.

Assim se pode o juiz decretar de ofício a prisão do depositário, sem que antes haja ação (ação de depósito), como autoriza a Súmula 619 do STF, significa que esta prisão que é decretada no próprio processo de execução não se trata de espécie de prisão jurisdicional, mas sim de prisão administrativa. Primeiro porque não se precisa da iniciativa da parte, como exigido no artigo 2º do CPC e segundo porque usa o juiz de situação hierárquica em relação ao seu auxiliar como fundamento para tal prisão. Porém não poderia o juiz decretar tal prisão, pois se levarmos em conta que esta não é jurisdicional, mas sim administrativa, inexistiria tipo legal que a autorizasse, o que acarretaria em abuso de poder do juiz que a decretou.

A permissão constitucional do artigo 5º, inciso LXVII, flagrantemente autoriza a prisão civil, entretanto, esta permissão deve ser interpretada restritivamente.

Vejamos a fundamentação utilizada no voto de Antônio Gonçalves Macedo como fundamentação para agravar uma decretação de prisão, que faz citação ao voto condutor do V. acórdão proferido nos autos de Agravo de Instrumento nº 129.078.5/4 pelo eminente Desembargador Sérgio Pitombo, do seguinte teor:

“O estado de privação de liberdade de locomoção desponta como **exceção, no sistema jurídico, assim, forçando à interpretação restrita dos preceitos**”. (...) “**o certo é que inexistente na regulamentação legal do depositário judicial qualquer dispositivo que regule ou autorize a prisão civil do depositário**” [grifo nosso] (STJ, LEX 247, dezembro de 2001, p. 104/105).

Humberto Theodoro Júnior escreve no mesmo sentido:

“(…) A previsão contida na Constituição é genérica e excepcional”. “(…) Sendo a liberdade um dos bens mais caros à ordem jurídica, e mais cultuados pela civilização dos nossos tempos, não se concebe que, sem regulamentação legal e sem forma nem figura de juízo, possa o juiz decretar sua privação, sem prévia e expressa autorização da lei, e o que é pior, sem um procedimento adequado, cujos termos regidos possa assegurar amplamente o direito de defesa por parte do réu [grifo nosso] (Júnior, 2005, p. 379)”.

No mesmo entendimento, no ano de 1999, o então Desembargador Sergio Pitombo do TJSP concedeu a ordem de HC de seguinte conteúdo:

“11. Prisão Civil. Depositário havido por infiel. Necessidade de interpretação restrita dos preceitos, em razão da excepcionalidade de constrição à liberdade de ir e vir, na regulamentação vigente. Inexistência de norma infraconstitucional, que especifique e regule a imaginada prisão do depositário judicial...”(Molitor, 2000, p.88)”.

Ora, não podem os magistrados dar a lei interpretação extensiva ao artigo 5º, inciso LXVII, CF, pois como sabemos, e é regra no Direito Penal, a lei que prevê sanção tal como a privação do direito ambulatorial deve ser interpretada com restrição.

Não obstante a tudo o que foi dito, hoje, na prática, nossos magistrados em sua grande maioria vem tratando o depositário judicial como sujeito passivo da prisão civil. Não estão, como devem, interpretando restritivamente o artigo 5º, LVXII, CF e com isso o depósito judicial, que por diversas vezes foi diferenciado até mesmo pelo CC, está sendo equiparado ao contrato de depósito civil, e assim acarretando injustamente o cerceamento ao direito de liberdade de quem não é obrigado por lei a se submeter ao cárcere.

Maiores discussões são auferidas quando o assunto se refere ao Pacto de San José da Costa Rica, ainda mais depois da Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou o § 3º do art. 5º da CF. Aqueles que acreditam ter o referido pacto entrado em nosso ordenamento jurídico com força constitucional ou até supra-constitucional declaram não poder o depositário infiel ser constrangido à prisão, assim seriam ilegais não só a prisão do depositário judicial como também a do depositário contratual civil. Já os que acreditam ter o pacto supra força de lei ordinária entendem ser possível prisão civil por dívida por estar prevista na CF.

Porém, e como foi dito anteriormente, esse assunto é muito complexo e, mesmo podendo complementar a meteria deste artigo, deve ser estudado particularmente.

## **Referências Bibliográficas**

FILHO TOURINHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. -São Paulo: Saraiva, 2003.

JESUS, Damásio E. de. **Código de Processo Penal Anotado**. 21ª ed. -São Paulo: Saraiva, 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Prisão Civil por Dívida e o Pacto San José da Costa Rica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11ª ed. -São Paulo, 2003.

MOLITOR, Joaquim. **Prisão Civil do Depositário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.V.5.**, 2ª parte, 34ª ed. -São Paulo: Saraiva, 2003.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal.V. 2.**, -São Paulo: Atlas, 1998;

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal. 3ª ed.** -São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. V.3.**, 29ª ed., -São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUZA, Gelson Amaro de. **Curso de Direito Processual Civil. 2ª ed.** -São Paulo: Data Júris, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de Execução. 23ª ed.** -São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005.