

# *Da prisão administrativa nas execuções* (\*)

RUBEM NOGUEIRA JÚNIOR

Professor na Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Católica (Bahia).

## SUMÁRIO:

*A questão — Origens históricas do depósito — O depósito no Direito brasileiro — Inteligência do art. 153, § 17, da Constituição Federal — O problema da prisão civil na doutrina e na jurisprudência — Conclusões.*

## DA PRISÃO ADMINISTRATIVA NAS EXECUÇÕES

A prisão civil do depositário infiel, prevista no art. 153, § 17, da Constituição Federal, vem sendo reiteradamente negada, em primeira instância, quando requerida em processo de execução, e sendo o próprio executado ou seu representante legal que está investido do *munus* respectivo, sob os seguintes fundamentos:

*I* — a prisão civil do depositário infiel só estaria prevista em ação de depósito, julgada procedente, de acordo com o art. 904 do CPC;

*II* — trata-se de medida excessivamente drástica para ser aplicada por analogia em outros procedimentos;

(\*) Trabalho apresentado ao IV Seminário Jurídico da PETROBRAS, em Brasília, D.F., setembro/outubro, 1975.

III — o art. 153, § 17, da Constituição Federal aponta sua aplicação à única ação em que é possível: a de depósito;

IV — o depositário infiel, em processo de execução, está sujeito às sanções do art. 171, § 2º, III, do Código Penal.

Em face dessas primeiras linhas, julgamos interessante fazer breve incursão pelas origens históricas do depósito, a fim de captar com maior exatidão seu conteúdo e seu sentido no mundo negocial.

As primeiras notícias que temos do depósito vêm de Roma, como, aliás, a maior parte dos institutos do direito privado ocidental, configurando-se ali suas características e pressupostos, que ainda hoje prevalecem. Fundamentalmente, é negócio jurídico bilateral, imperfeito, real, gratuito e de boa-fé. Obriga-se o depositário a guardar a coisa, cometendo furto (*furtum usus*) se vem a usar dela, e a devolvê-la, com todos os frutos, quando for chamado a fazê-lo. Responde pela perda ou deterioração do bem, se provocada por dolo de sua parte.

As obrigações do depositante, meramente ocasionais, são as de ressarcir o depositário das despesas efetuadas para a conservação da coisa e de indenizar o depositário dos danos que esta lhe cause.

Prevalece, ao menos no direito romano clássico, a retenção da coisa pelo depositário, até que o depositante cumpra suas obrigações.

Ao lado do típico contrato de depósito, convivem: o depósito *miserável* (provocado por situação excepcional de ruína, durante a qual não seja possível a escolha segura do depositário), também chamado *necessário*; o *irregular*, assemelhado ao mútuo, de cujo conteúdo era o uso da coisa depositada pelo depositário, a quem o depositante transmitia o direito de propriedade, com a obrigação de devolver outra, de idêntica espécie e em igual número; e o *seqüestro*, mediante o qual se constitui o *seqüester*, com mera detenção sobre a coisa e que a devolve a quem sai vencedor do litígio de que é objeto. Parece-nos que, dadas as semelhanças entre ambos, foi da figura do *seqüester* que o direito moderno extraiu os lineamentos com que regularia as atribuições do atual depositário judicial, objeto deste trabalho.

Em qualquer forma assumida pelo depósito, observa CHARLES MAYNZ, "le dépositaire, en recevant le dépôt, se soumet aux obligations suivantes: 1º — Il est tenu de garder la chose déposée et de veiller à sa conservation. Si les parties ont fixé un terme pour le dépôt, le dépositaire doit le garder pendant ce temps; mais le déposant, en faveur de qui le dépôt se fait, est libre de le reprendre quand il veut. Le dépositaire n'a point le droit d'user de la chose; s'il le fait, il peut s'exposer aux peines du vol", *furtum usus*. (COURS DE DROIT ROMAIN, Tomo II, 5ª ed., Bruylant-Cristophe & Cie., Bruxelas, 1891, pág. 315).

Não obstante o fluxo dos séculos, o instituto do depósito, com as mesmas características nele identificadas pelo gênio romano, viria merecer disciplina legislativa nos grandes monumentos codificados dos povos cultos do ocidente, entre os quais, pela importância docente que apresentam para o nosso direito, cumpre destacar o Código de Napoleão e o B.G.B.

Com efeito, o direito positivo francês, como registram PLANIOL e RIPERT, exige do depositário um respeito absoluto pela coisa depositada, esclarecendo: "Seja qual for o objeto entregue em depósito, o que dele dispõe por sua conta, violando assim a obrigação de restituí-lo em espécie, não só incorre em responsabilidade civil", mas igualmente é "réu de delito de abuso de confiança (*burla*, art. 408, C. Pen.). Portanto, sofre uma pena corporal..." (MARCEL PLANIOL e GEORGES RIPERT, "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", trad. esp. de Dr. Mario Díaz Cruz, Tomo XI, Havana, 1946, n<sup>os</sup> 1.176 e 1.177).

Entende o legislador germânico que depósito (*Verwahrung*) é o contrato pelo qual "o depositário (*der Verwahrer*) se obriga a custodiar uma coisa móvel (*hinterlegte Sache*) a ele entregue pelo depositante (*der Hinterleger*)" (art. 688). Desde a definição batismal dos romanos, manteve a lei tedesca as mesmas regras atinentes às obrigações dos contratantes, que nos chegaram ao Brasil para adoção, no Código Civil, com iguais contornos aos fixados no direito romano.

É interessante ainda assinalar que, no direito islâmico, aceito por inúmeros povos da Europa durante a Idade Média e princípios da Idade Moderna — como o romano —, era já o depósito conhecido dos *alfaqúies*, alguns dos quais o consideraram subespécie de mandato, com disciplina análoga à que lhe deram os romanos. A propósito, observa P. José López Ortiz: "como principio general se puede establecer que, tratándose de un contrato fiduciario como éste, el depositario sólo responde de la culpa o dolo, pero teniendo en cuenta que la culpa ha de tomarse en sentido amplísimo, extendiéndose la responsabilidad a cualquier negligencia, de las que normalmente no se reputan como culpas, y téngase en cuenta que en frase de un comentarista musulmán "tratándose de bienes ajenos la culpa es igual al dolo" ("Derecho Musulmán", Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1932, pág. 212).

A exigibilidade a qualquer tempo da coisa depositada, como estabelecem as legislações dos povos antigos, traduz a idéia da indisponibilidade, presente no direito positivo moderno, como adiante se demonstrará.

No direito brasileiro, depósito é o negócio jurídico mediante o qual alguém (*depositante*) entrega a outrem (*depositário*) bem móvel para que guarde e o entregue quando lhe for solicitado fazê-lo. Em direito judiciário, conforme assinala AMÍLCAR DE CASTRO, *depósito não é contrato, mas um ato judicial, em que aparece o Estado a ordenar, por jus imperii, a guarda dos bens do executado* ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. X, Forense, Rio, 1941, pág. 214).

A obrigação fundamental do depositário, seja ele voluntário, necessário, legal ou judicial, é exhibir a coisa, cuja guarda lhe foi confiada, quando exigida. Não o fazendo, e sem apoio em circunstâncias ou fatos, juridicamente relevantes, que o tenham impedido de adimplir, torna-se *depositário infiel*, sujeito a prisão, na conformidade do art. 153, § 17, da Constituição Federal:

".....

§ 17 — Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei."

O texto constitucional esclarece o hermeneuta desde a sua simples e despretensiosa leitura. Exclui a possibilidade de prisão civil por dívida, excepcionando, entretanto, o depositário infiel, qualquer que tenha sido a origem da relação de depósito. Voluntário ou necessário — legal ou judicial —, a Constituição os iguala para a aplicação da medida coercitiva referida, que tem a finalidade de compelir o devedor a entregar a coisa, simplesmente, não tendo em hipótese alguma o caráter de pena.

A Constituição não distingue, não especifica em quais casos de depósito será o depositário infiel sujeito a prisão. A decretação da prisão civil está constitucionalmente prevista, pois, para o *depositário infiel*, entendida necessariamente a expressão num sentido que abrange todos os casos. A argumentação contrária, consoante a qual a prisão civil do depositário infiel só pode ser decretada em ação de depósito depois de julgada procedente, entra, portanto, em choque com a regra expressa da Carta Magna, desprezando o princípio segundo o qual não é dado distinguir aquilo que não está distinguido por lei.

Este ponto de vista é, aliás, o adotado por PONTES DE MIRANDA, ao interpretar a disposição em tela:

“O texto emprega a expressão *depositário infiel*, mas em sentido genérico. Portanto, não ofende a Constituição de 1967, art. 153, § 17, a regra jurídica sobre prisão civil por se recusar o depositário, extrajudicial ou judicial, a devolver o que recebeu, ou aquilo que lhe foi, por sucessão, às suas mãos; como também não a infringe a regra jurídica, que a crie ou mantenha, para aqueles casos em que o possuidor ou tenedor de coisa alheia responde como o depositário. Na técnica legislativa, responde como depositário quem recusa entrega do bem alheio.” (PONTES DE MIRANDA, “Comentários à Constituição de 1967 — Com a Emenda nº 1, de 1969”, Tomo V, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., S. Paulo, 1971.)

Logo, não há donde tirar a conclusão de que o art. 153 da Constituição aponta sua aplicação unicamente em ação de depósito. O fato de haver, no corpo da norma, a expressão *na forma da lei* não autoriza a pensar-se que, não havendo contrato de depósito e ação nele fundada, a extensão da medida ali disciplinada às categorias não negociais de depositários dependa de lei adjetiva específica. A *forma*, isto é, o modo pelo qual a prisão administrativa será decretada e efetuada, é que a Constituição não prescreve. A aplicação da prisão civil, em processo de execução, não é analógica, mas simplesmente a sua *forma*, que deve ser a do art. 904 do CPC.

Validada a opinião de alguns juízes, para os quais o exequente teria que trilhar o caminho da ação de depósito para que o executado, investido das funções de depositário, fosse compelido através de prisão civil a entregar a coisa sob sua guarda, estaria criada uma situação jurídica sem solução possível, porquanto faltaria titularidade ao exequente para mover ação de depósito contra o depositário, no caso, judicial. Entre o exequente e o executado-depositário não existe relação jurídica de depósito; depositante é o Juízo, face à necessidade de colocar o bem penhorado sob custódia, pelo tempo que anteceder à praça e à

final satisfação do crédito do exequente. O depositário é, pois, aí, *judicial*, responsável pelo bom e fiel desempenho de um *munus* público, obrigado perante o Estado e não perante o particular. Segundo o ensinamento de AMILCAR DE CASTRO, “as funções do depositário judicial são de caráter essencialmente público; e por isso mesmo bem exercê-las é um dever de funcionário público. O depositário é um auxiliar da administração da justiça; e como suas funções são reguladas pelo direito público, o poder de que se acha investido é um poder-dever; incumbe-lhe a tutela de interesses alheios, não para a defesa de interesses próprios, mas para que se consiga a mais perfeita realização do direito, ou o mais perfeito exercício da função jurisdicional” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. X, Forense, Rio, 1941, *grifamos*). A infidelidade do depositário que dá fim a ou aliena bem penhorado que esteja sob sua guarda — violando, portanto, a segurança do Juízo — representa um desacato grave à autoridade do juiz e não uma agressão à propriedade do exequente, eis que o bem penhorado, ainda que indisponível, não lhe deixou de pertencer. Tratando-se, entretanto, de relação contratual de depósito, terá exercido sobre coisa *alheia* direito de proprietário, dando causa a ação de depósito.

Em sua tese de concurso para a docência de Direito Judiciário Civil, da Faculdade de Direito da Bahia, em 1949, sob o título “Da Penhora”, acatada até os dias de hoje como um dos mais esclarecedores e profundos escritos acerca do assunto, informa JOSÉ BONIFÁCIO DE ABREU MARIANI:

“O depositário infiel está sujeito à pena de prisão. O assunto foi largamente debatido entre nós, com argumentos contrários e favoráveis à medida. Saíram vencidos os primeiros.”

Dessa época à atual, decorridos vinte e seis anos, a jurisprudência apenas ratificou essa afirmativa, mantendo a aplicabilidade da prisão civil ao depositário infiel nas execuções. A situação legal do problema, em ambos os Códigos Processuais brasileiros de nossa história, é idêntica: desnecessária uma regra processual específica para a prisão administrativa do depositário infiel nas execuções, face ao conteúdo do art. 153, § 17, da Constituição Federal e do art. 1.287 do Código Civil. Este, expressamente, estende aquela medida a todas as categorias de depositário infiel, não prevendo a forma por que será efetivada, o que está a cargo da lei processual.

O legislador de 1973 manteve, no Código de Processo Civil, a regra do anterior, regulando a forma da prisão civil no capítulo reservado à ação de depósito. Tratando-se de *depositário judicial* — que desempenha função pública —, a decretação da prisão civil do depositário, em caso de infidelidade, também fundada na Constituição e no Código Civil, é *obrigação do juiz*, a quem compete dirigir o processo e evitar ou repelir todo ato que contrarie a dignidade da Justiça (art. 125 do CPC).

O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, em decisão de 24 de dezembro de 1969, julgando o *Habeas Corpus* nº 2.911, proveniente da Comarca de Aquidauana (v. *Revista dos Tribunais*, vol. 416, pág. 303), concluiu, por unanimidade, pela inadmissibilidade da revogação da prisão civil de depositário infiel por via do *habeas corpus*, acatando as razões do Relator:

“.....”

A prisão civil, no caso, não constitui pena, mas medida compulsória, de natureza civil ou administrativa, segundo Washington de Barros Monteiro (Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações, vol. II, ed. 1956, pág. 264).

Embora no caso em apreço não se trate de típico contrato de depósito, a medida coercitiva é cabível, como decorrência da responsabilidade de quem assume a guarda da coisa até sua integral e regular devolução, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido que “pode haver responsabilidade de depositário sem existir típico contrato de depósito.” (RF, vol. 99/642.)

E prossegue transcrevendo o comentário de PONTES DE MIRANDA, já acima citado, fazendo suas as palavras do Mestre relativas ao art. 153, § 17, da Constituição Federal.

A 3 de abril de 1972, o Supremo Tribunal Federal, julgando o Recurso de *Habeas Corpus* nº 49.752-SP (R.T.J., 63/624-5), esclarece definitivamente a questão da dispensa da ação especial de depósito para a decretação da prisão civil do depositário infiel em processo de execução.

No curso de ação executiva, foram confiados ao executado os bens sobre os quais viera recair a penhora. Este, incorrendo em infidelidade, teve sua prisão decretada pelo prazo de seis meses. Sob o fundamento de que a prisão “não houvera sido decretada em ação de depósito”, recorreu da sentença ao Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que manteve o decreto. Em seguida, ajuizou pedido de *habeas corpus* ao Supremo Tribunal Federal. Do voto proferido pelo Relator, Ministro Thompson Flores, acompanhado pela unanimidade de seus pares, eis o entendimento que a Suprema Corte tem do problema em foco, a que eminentes juizes têm feito obstinada oposição:

“.....

### 3. Certos se oferecem os fatos.

O paciente, co-réu em ação executiva, tornou-se depositário dos bens então penhorados, e porque não os apresentou a tempo, nem nas 48 (quarenta e oito) horas que se seguiram à intimação pessoal para fazê-lo, ou recolher o equivalente, teve sua prisão civil decretada, por despacho do magistrado, mantida pelo eg. Tribunal de Alçada Civil.

.....

### 4. O fundamento central da pretensão é que a custódia não emergiu da ação de depósito, como requer o art. 369 do C. Pr. Civil.

*Não assiste razão ao paciente.*

### É QUE A PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL NÃO SE LIMITA AS HIPÓTESES PREVISTAS NA AÇÃO DE DEPÓSITO:

Sendo, como no caso, depósito necessário, fruto de ato executório, como o elenco de efeitos daí emergentes (...), com base no art. 945 do C.

Pr. Civil, recaindo em mãos do próprio executado, a *prisão arrima-se no art. 1.287 do C. Civil.*

É o ensinamento que decorre de julgado desta Corte, proferido no RE 6.787, *in R.F.* 99/641-643.

.....

5. E como não se alega incompetência, nem ausência de prazo para a devolução, nem excesso de prazo, nem razão jurídica relevante capaz de invalidar a prisão, certo desprocede a pretensão do paciente para tornar à liberdade.” (Destacamos e grifamos.)

Faz-se patente, em vista do julgamento acima, o conflito entre os inúmeros despachos denegatórios da prisão do depositário infiel em processos de execução e o entendimento do mais alto órgão do Poder Judiciário, a quem compete, entre outras funções, a uniformização do Direito Federal brasileiro.

Finalmente, considerando já a prisão administrativa u'a medida excessivamente drástica, têm decidido alguns juizes que o executado-depositário, que incorra em infidelidade, está sujeito às sanções previstas no art. 171, § 2º, inciso III, do Código Penal”, que define o crime de defraudação de penhor:

“Art. 171 — Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

*Pena* — reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos cruzeiros a dez mil cruzeiros.

.....

§ 2º — Nas mesmas penas incorre quem:

.....

III — defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;

.....”

Tal conclusão, além da contradição que carrega — considerando um excesso a prisão administrativa, mas apontando as sanções previstas para o estelionatário —, importa numa afronta a expresso mandamento constitucional e atenta contra a própria natureza do ilícito que é a infidelidade do depositário, transformando arbitrariamente um *depósito* (contrato ou ato judicial) em *penhor*, direito real acessório.

Que a prisão civil cabe nos casos de depositário infiel, cuja obrigação decorreu de contrato, como medida coativa para compelir o devedor a entregar o bem sob sua custódia, está ao abrigo de quaisquer controvérsias.

O que se procura demonstrar é a extensão do constrangimento a todos os que, funcionando como depositários, deixem injustamente de restituir o objeto que lhes tenha sido confiado. É esta uma decorrência imediata da norma cons-

titucional, que nenhuma distinção estabelece, quando aponta o *depositário infiel* como passível de prisão administrativa.

Aí está prevista a figura genérica daquele que, assumindo a obrigação de conservar sob sua custódia um bem móvel e de devolvê-lo quando reclamado, não o fez. Não é diverso o entendimento dos doutos. TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, um dos comentadores da Constituição de 1946, apreciando o art. 141, § 32, que se assemelha, *tamquam in speculum*, ao atual art. 153, § 17, considera como ali incluída a prisão civil dos exatores e daqueles que, de um modo geral, têm a guarda dos dinheiros públicos.

Pode-se concluir, portanto, à vista do preceito constitucional e da opinião unânime de doutores e tribunais, que o Código de Processo Civil atual em nada alterou a regra jurídica que sujeita a prisão civil o depositário infiel, genericamente considerado, não tendo cabimento a opinião segundo a qual a medida só pode ser aplicada em ação de depósito.

Nem se diga que o art. 150 do Código de Processo Civil afasta a possibilidade de ser aplicada a prisão do depositário infiel. Com efeito, dispõe:

“Art. 150 — O depositário ou o administrador responde pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar à parte, perdendo a remuneração que lhe foi arbitrada; mas tem o direito de haver o que legítimamente despendeu no exercício do encargo.”

Tal regra, inserta no Código de Processo, mas de direito material e, pois, heterotópica, repete apenas a norma do art. 159 do Código Civil, não colidindo com o preceito constitucional, que lhe é superior e não pode ser alterado por lei ordinária.

#### BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ALVES, José Carlos Moreira — “Direito Romano”. 2.<sup>a</sup> ed., Rio, Forense, 1972.
- CASTRO, Amílcar de — “Comentários ao Código de Processo Civil”. Rio, Forense, 1941, v. 10.
- CAVALCANTI, Temístocles — “A Constituição Federal Comentada”, 2.<sup>a</sup> ed., Rio, José Konfino, 1952, v. 3.
- CHAMOUN, Ebert — “Instituições de Direito Romano”, 5.<sup>a</sup> ed., Rio, Forense, 1968.
- KIPP, ENNECERUS, & WOLFF — “Tratado de Derecho Civil”, Barcelona, Bosch — Casa Editorial, 1966.
- LOPEZ ORTIZ, P.J. — “Derecho Musulmán”. Barcelona, Editorial Labor S/A, 1932.
- MARIANI, José Bonifácio de Abreu — “Da penhora”. Tese de Concurso para a docência de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Bahia, Salvador, Bahia, 1949.
- MAYNZ, Charles — “Cours de Droit Romain”, 5.<sup>a</sup> ed., Bruxelas, Bruylant-Christophe & Cie. 1891.
- MIRANDA, Pontes de — “Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1, de 1969”. 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo — “Revista dos Tribunais”, 1971. Tomo 5.
- PLANIOL, M. & RIPERT, G. — “Tratado Práctico de Derecho Civil Francés”, Havana, 1946, Tomo 11.
- REVISTAS:
- REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo, vol. 416 — pág. 303.
- REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDENCIA. Supremo Tribunal Federal. Brasília, vol. 63, págs. 624 e 625.