

# A REFORMA PROCESSUAL E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 666, § 3º DO CPC.

*Gelson Amaro de SOUZA\**

*Giovana Paula de Souza ZAMPIERE\**

**Sumário:** Introdução; 1. Depósito; 2. Finalidade do Depósito; 3. Requisitos do Depósito; 4. Espécies de Depósito; 4.1. Depósito Contratual ou Civil; 4.2. Depósito Judicial ou Administrativo; 4.3. Diferenças Entre Depósito Contratual (civil) e Judicial (administrativo); 5. Conseqüência do Descumprimento do Encargo; 6. Requisitos para a prisão; 7. Inexistência de cominação legal de pena para o Depositário Judicial; 8. Antecedentes Jurisprudenciais; 9. A Inconstitucionalidade Do Parágrafo Terceiro Do art. 666, do CPC; 9.1 Princípio do devido processo legal; 9.1 Princípio do contraditório e da ampla defesa; 9.2 Princípio da anterioridade da cominação de pena por lei; Conclusões; Referências Bibliográficas

**Resumo:** O presente estudo visa demonstrar a inconstitucionalidade do novo parágrafo 3º, do art. 666, do CPC. Por qualquer ângulo que se queira analisá-lo, ele se apresenta inconstitucional. Trata-se de norma incluída afoitamente e de forma disfarçada na reforma processual da execução por título extrajudicial, sem levar em conta os mais variados princípios de direitos fundamentais e as garantias constitucionais. Fala essa norma da possibilidade de prisão do depositário judicial sem ação, o que corresponde autorizá-la, sem o devido processo legal, em afronta ao art. 5º LIV e LIV da CF. Ainda contraria a própria CF, art. 5º, XXXIX, pelo qual não haverá pena sem prévia cominação legal e em relação a essa prisão civil do depositário judicial não existe lei cominando pena, entre outras inconstitucionalidades que serão vistas.

**Abstract:** The present study aims to demonstrate the unconstitutionality of the new 3º paragraph of art. 666 of the Brazilian Code of Civil Procedure. For any angle analyzed, it shows itself as unconstitutional; it is clearly a norm that was included too fast and disguised in the procedural reform of the execution for extrajudicial heading, without leading in account the most of major principles of law and constitutional guarantees. This norm speech about the possibility of arrestment to the receiver without processual action, which corresponds to authorize it without due process of law in confront to 5º art., LIV and LIV, of the Brazilian

---

\* Pesquisadora do Núcleo de pesquisa – NEPE. Acadêmica de direito da Faculdade de Direito da Associação Educacional Toledo (AET) de Presidente Prudente-Sp.

Constitution. Still it opposes the proper Brazilian Constitution, 5º art., XXXIX, for which it will not have penalty without previous legal sanction and in relation to this civil arrest of the receiver that does not exist law threatening penalty, among others unconstitutionality which will be seen.

**Palavras-chaves:** prisão civil; depositário judicial; inconstitucionalidade.

**Keywords:** civil arrest; judicial receiver; unconstitutionality.

## Introdução

A reforma processual implantando a nova execução, mais parece um trem fora dos trilhos, do que plataforma segura para a efetiva prestação jurisdicional e ao incremento da tutela jurídica justa. O desespero nunca foi o melhor conselheiro e nem o melhor companheiro. O sistema processual merece reforma, mas não merece ser atropelado pela própria reforma.

No desespero de entregar a tutela jurisdicional prometida, o Estado (que está longe de proporcionar um estado de direito), busca de forma insensata atalho perigoso, como é o caso da prisão do depositário infiel, autorizada no art. 666, § 3º, com a nova redação dada pela Lei 11.382/06, na mais evidente afronta à Constituição Federal.

Bateu-se o desespero e, haveria de se eleger um culpado para a morosidade da prestação jurisdicional e, o peso, como sempre acontece, desabou nos ombros do mais combatido, que é o executado, na maior das vezes transvestido em depositário judicial. Assim foi que o art. 666, § 3º dispõe: “A prisão do depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito”.

O simples fato de se falar em prisão, “independentemente de ação”, já se está violando a Constituição Federal, porque a Carta Maior não permite a restrição da liberdade de pessoa alguma, sem o devido processo legal (art. 5º LIV da CF). Para se ter o devido processo legal é preciso que exista ação, até porque não pode existir processo sem ação<sup>1</sup>. O processo somente começa pela iniciativa (ação) da parte (art. 262, do CPC)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Nesse sentido: SOUZA, Gelson Amaro de. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 42.

<sup>2</sup> “A ação preexiste ao processo e pode subsistir ao processo, ao passo que este só se inicia pelo direito de ação”. Thereza Alvim, *Questões previas e os limites objetivos da coisa julgada*. p. 04. São Paulo: RT, 1977.

Depois, o depósito judiciário é um depósito atípico e de natureza administrativa, não se confundindo com o depósito civil previsto no Código Civil, cuja prisão é autorizada. A prisão autorizada pela Constituição é somente para os casos de depositário civil e não para o caso de depositário administrativo, como o é o depositário judicial. Além do mais é de se ver que a Constituição Federal não instituiu e nem cominou pena para o caso de depositário infiel. Ela, pura e simplesmente, autoriza a cominação pela lei infraconstitucional, para o caso de depositário civil. Tanto é assim, que faz expressa referência à “prisão civil”, e não à prisão administrativa. A contrário, ao cuidar da prisão administrativa (art. 5º LXI), a Constituição Federal, somente a autoriza em um e único caso, que é a prisão do militar e ainda somente no caso de infração ao regulamento militar. Nada mais que isso.

## 1. Depósito

O depósito é ato em que uma pessoa (depositária) assume a responsabilidade pela guarda de alguma coisa pertencente à outra pessoa (depositante), com o compromisso de entregá-la (devolvê-la), quando solicitada pelo titular do domínio ou quando encerrar-se o prazo do contrato de depósito.

Na órbita civil, onde de regra se aplica o instituto do depósito e aparece a figura do depositário, a Constituição Federal autoriza (não comina) que lei infraconstitucional institua pena para o caso de descumprimento do encargo depositário. O descumprimento do encargo de depositário faz surgir a figura do depositário infiel. Configurada a hipótese de depositário infiel, no âmbito civil, o próprio Código Civil (art. 652) prevê a possibilidade de prisão civil desse depositário, e para atendimento do devido procedimento legal, o Código de Processo Civil, coloca à disposição do interessado a ação de depósito (art. 901 e seguintes do CPC). Mas, o Código Civil cuida somente do caso de depositário civil ou contratual e não do caso de depositário judicial, que como será visto abaixo se trata de depositário administrativo.

Com isso pode-se ver que somente se caracterizam as figuras do depósito e do depositário, quando se tratar de guarda de coisa alheia e nunca guarda de coisa própria. Assim é que a doutrina vem reconhecendo que a finalidade do depósito é guarda de coisa alheia, e é nessa particularidade que se justifica o instituto, visto não haver razão alguma para que se atribua a alguém a condição de depositário de coisa própria<sup>3</sup>.

Denota-se que o depósito é um contrato de natureza civil, dependente da vontade das partes, sem imposição alguma e que as partes estejam na mais plena condição de liberdade, para a manifestação dessa vontade. É um negócio jurídico

---

<sup>3</sup> SOUZA, Gelson Amaro de. *Prisão do Depositário Judicial – Uma Prisão Costumeira no Terceiro Milênio*. RDDP. v. 19, p. 10. São Paulo: Dialética, outubro de 2004.

onde devem prevalecer a vontade e a igualdade das partes. Nesse negócio não poderá haver supremacia ou hierarquia de uma parte em relação à outra, porque se assim não fosse, não haveria a igualdade tão necessária nos negócios jurídicos bilaterais.

Mesmo que se denomine depósito, mas se não forem observadas as características principais do contrato, tais como a liberdade de contratação, a manifestação livre de vontade e a igualdade entre os contratantes, não será verdadeiramente contrato de depósito e por isso, estar-se-á afastada da previsão do artigo 652, do Código Civil. A prisão civil prevista no artigo 652 do Código Civil, somente poderá ser aplicada na modalidade de depósito civil e não em outras modalidades, como o de depósito judicial ou administrativo, por falta de previsão legal. Diz essa norma: “seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a 1(um) ano, e ressarcir os prejuízos”. Limita-se a norma do artigo 652, apenas, às modalidades de depósito ali expressas, não se permitindo para os casos de sanção, o uso de interpretação extensiva ou de aplicação analógica, visto que esta somente poderá ser aplicada *in bonam partem*, mas, jamais para piorar a situação da pessoa.

Interessante é o alerta de FABRÍCIO,<sup>4</sup> para quem o texto constitucional se absteve de definir o que seja depositário ou o próprio depósito, advindo disso a possibilidade de perigosas extrapolações e equiparações, na medida em que se alargam o campo das exceções, em detrimento da efetividade da garantia constitucional. Diz que se de um lado há um bem definido conceito legal e doutrinário, segundo o qual o depositário é aquele que recebe coisa alheia pertencente a outro para guardar, de outro lado, aparece o perigo de equiparação ao depositário de quem verdadeiramente não o é, para o fim de responder como se assim o fosse.

Depositário, para fins de se possibilitar a prisão civil, somente pode ser aquele que guarda coisa alheia e não cumpre bem a função de depositário, se tornando infiel. Aquele que guarda coisa própria<sup>5</sup>, jamais poderá se considerado depositário infiel para fins de prisão civil.

## 2. Finalidade do depósito

A guarda de coisa alheia, não só é o fim precípua do instituto do depósito, mais que isso, é o elemento principal para a caracterização desta figura. Por isso já anotou Hanada<sup>6</sup> que o Supremo Tribunal Federal decidiu que, para a

---

<sup>4</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao CPC*. v. VIII, tomo III, pp 197:198.

<sup>5</sup> MOURA ROCHA, José. Ensinava que depósito “é o ato pelo qual se recebe coisa de outrem com a obrigação de guardá-la e restituí-la”. *Depósito (Direito judiciário)*. Enciclopédia Saraiva de Direito. v. 23. p. 387.

<sup>6</sup> HANADA, Nelson. *Ação de Depósito*, p. 35.

caracterização depósito, é preciso que a guarda da coisa alheia seja a finalidade principal do contrato.

A finalidade do depósito é sempre a guarda da coisa e, com isso, realça o seu caráter assecuratório, não servindo para extinção de obrigação e nem resolver qualquer pretensão executória, como ensina MOURA ROCHA<sup>7</sup>.

Como a finalidade do depósito e assecuratória, no sentido de que uma determinada coisa pertencente a alguém é entregue a outra pessoa (terceiro) para guardá-la e devolvê-la oportunamente, caso não ocorra esta devolução ou entrega, de forma injustificada, fica o depositário sujeito à prisão, por haver desaparecido com o bem de outrem.

### 3. Requisitos do Depósito

Para se ter a figura jurídica do depósito civil é necessário que duas ou mais pessoas, através da livre manifestação de vontade, contratem o depósito, sendo requisito essencial que uma pessoa entregue à outra um bem (ou coisa) para depósito e, quem o recebe não seja o proprietário do bem, assumindo o compromisso de devolvê-lo ao dono, findo o contrato.

No depósito, exige-se que a pessoa depositária receba a coisa de outro e permaneça de posse e guarda de coisa alheia (não de coisa própria), para depois devolvê-la ao dono no momento oportuno. No caso do depositário em execução, quando o próprio devedor fica como depositário de sua própria coisa, isto não configura depósito típico e nem depósito civil.

Para haver a figura jurídica do depósito, é necessária a tradição da coisa, ou seja, a entrega da coisa de uma pessoa (depositante) para outra (terceira) que será a depositária. No ramo do direito civil não se pode imaginar a hipótese de uma pessoa se tornar depositária de sua própria coisa. Desta forma, pode-se dizer que para se ter a figura do depósito é preciso que se preencham alguns requisitos, entre eles, os seguintes;

- a) A coisa deve pertencer a outrem e não ao próprio depositário;
- b) Deve haver a efetiva tradição da coisa;
- c) As partes devem se posicionar em igualdade, sem subordinação;
- d) Devem as partes exercer livremente a manifestação de vontade, sem imposição alguma; A imposição descaracteriza o contrato de depósito.

---

<sup>7</sup> MOURA ROCHA, José: “Dissemos antes que o depósito judicial é assecuratório. Em consequência deste caráter temos que ele não extingue qualquer obrigação nem resolve qualquer pretensão executória. Essa função assecuratória não vai além de garantir o juízo”. *Depósito*, citado, p. 388.

e) As partes devem ser capazes e estar em condições de manifestação livres de sua vontade em contratar o depósito;

f) O depósito deve ser real e não presumido<sup>8</sup>, visto que não se pode presumir um contrato de depósito e nem se presumir o exercício livre da vontade;

g) Exige-se que o negócio jurídico de depósito seja a finalidade principal<sup>9</sup>.

Sem a presença destes requisitos, não se pode falar em contrato de depósito e nem em depositário infiel e menos ainda, em prisão civil pela infidelidade de depósito.

Ensinou HANADA<sup>10</sup> que o depósito é o contrato pelo qual uma pessoa, chamada de depositário, recebe para guardar alguma coisa alheia, com a obrigação de devolver ao depositante, assim que solicitado por este.<sup>11</sup> Disso resulta que não será depósito típico, a medida que recaia sobre o bem da própria pessoa (depositária), visto que a essência do depósito é a guarda de coisa alheia. Sendo o bem da própria pessoa descaracteriza o depósito, porque a obrigação de devolver inexistente. Devolver para quem, se a coisa já é sua? Somente se pode falar em devolver, aquilo que se recebeu com essa finalidade. Quem já é dono, nada recebe e nada tem a devolver. Já se decidiu que é pressuposto para o depósito a efetiva entrega da coisa pelo depositante, à guarda do depositário. Considerou-se desfigurado o depósito quando não houve essa operação de transferência real e efetiva sobre a coisa<sup>12</sup>.

Sendo a livre manifestação de vontade um dos elementos necessários à configuração do depósito, por certo não será depósito típico e voluntário aquele em que o depositário não tem a faculdade em aceitar ou não o depósito (art. 659, § 5º do CPC).

---

<sup>8</sup> A norma do artigo 659, § 5º, parte final, do CPC, prevê caso de presunção de depósito, sem a tradição da coisa, sem que a coisa seja de outrem, sem que o executado manifeste sua vontade em se tornar depositário, sem se preocupar se o executado é capaz ou incapaz para ser depositário. Tudo isso, descaracteriza o depósito e a norma se torna inconstitucional em face do art. 5º, II, da CF. Trata-se de depósito por presunção sem a participação do executado considerado depositário sem assumir o encargo, motivo pelo qual, a sua prisão é inconstitucional.

<sup>9</sup> Como diz Couto e Silva, "é claro que para caracterizar o depósito, é preciso que o negócio jurídico tenha por finalidade principal a guarda. Se a finalidade for de garantia, não se tratará de depósito" (Comentários ao Código de Processo Civil, v. IX, t. I, p. 58). E ensina Pontes de Miranda: "sempre que se trata de dívida, no sentido estrito, e não de entrega do bem alheio, a prisão por dívida é constitucionalmente proibida" (Citação no corpo do acórdão do AgIN. 749.947-0, do 1º TACSP, in RT. v. 751, p. 288).

<sup>10</sup> HANADA, Nelson. *Ação de depósito*. p. 34.

<sup>11</sup> Código Civil. "Art. 627. Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame".

<sup>12</sup> TJMT. Ap. cível-classe II-19 – nº 15.080. "Pressupõe o depósito a efetiva entrega da coisa à guarda do depositário. Desfigura-se aquele, indemonstrada e incomprovada a transferência real e efetiva do bem". RJ. v. 193, p. 68.

## **4. Espécies de Depósito**

O Código Civil de forma expressa contempla duas espécies ou modalidades de depósito, denominando-as como depósito contratual (voluntário, art. 627, do CC) e depósito autorizado por lei, que preferiu chamar de necessário (art. 647, do CC).

O depósito contratual voluntário ou o depósito necessário (legal), como estão previstos no Código Civil, quando violados ou descumpridos, dão ensejo à figura do depositário infiel e com isso, a possibilidade de aplicação da pena de prisão civil (art. 652, do CC).

Quando se fala em depósito, é possível dividi-lo em pelo menos três figuras distintas: a primeira figura é a do depósito contratual ou civil, com normas próprias, regido pelo Código Civil; a segunda, também de natureza civil, é a do depósito legal prevista na lei material e de regra também no Código Civil; a terceira é a do depósito judicial, mais comum nos casos de penhora, arresto, seqüestro e arrolamento de bens, em que o depositário assume a condição de auxiliar da justiça e se vincula ao Juízo, através de normas de caráter administrativo.

Destas três figuras, ao que se sabe, somente as duas primeiras são regidas por normas de caráter coercitivo, e em caso de depositário infiel existe de forma expressa a cominação de pena. Na última dessas modalidades, muito embora há de se reconhecer o grau de responsabilidade do depositário, falta previsão legal para que se possa impor uma pena de prisão, com o cerceio da liberdade do depositário.

### **4.1. Depósito contratual ou Civil**

Na modalidade de depósito contratual ou voluntário (art. 627, do CC), ele se concretiza através de contrato, em que se sobrepõe a soberania da livre e espontânea vontade de contratar, em que uma parte entrega à outra a título de depósito uma coisa, com expressa cláusula de que essa coisa deve ser devolvida ao contratante, no fim do prazo estipulado ou quando ocorrer a condição estipulada pelas partes. É a modalidade de depósito em que concorre a vontade das partes. Considera-se violado o contrato, quando o mesmo for descumprido em seu núcleo fundamental, que é a guarda e a devolução da coisa.

No depósito legal ou necessário (art. 647, do CC), o mesmo se concretiza conforme a descrição da lei, com o apossamento da coisa pelo interessado, independentemente de contrato e transmissão da posse por outra pessoa.

### **4.2. Depósito judicial ou administrativo**

No depósito judicial ou administrativo (arts. 148 a 150 do CPC), o depósito

se concretiza com o compromisso do depositário em guardar a coisa por determinação judicial, ou mesmo por determinação de autoridade administrativa e dela não se desfazer, sem a liberação do depósito. Considera-se violado o depósito quando o depositário não guardar a coisa regularmente ou dela se desfazer sem autorização da autoridade que determinara o depósito. Nos dois últimos casos não se trata de depósito voluntário, visto que a livre manifestação de vontade não é requisito essencial.

O Segundo Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo assim decidiu: “O executado, cujo bem foi alcançado pela constrição judicial, não tem a faculdade de aceitar ou não o encargo de depositário, sendo compulsório o depósito judicial”<sup>13</sup>.

Essa compulsoriedade descaracteriza o depósito por falta de manifestação livre da vontade do depositário, deixando de ser o depósito voluntário, para sê-lo compulsório e de natureza administrativa, fora do alcance da norma do artigo 652, do Código Civil. Também, restou reconhecido que para a definição do depósito é pressuposto essencial o contrato de depósito, não servindo para instruir pedido de prisão civil, o depósito judicial ou administrativo. Proclamou-se a carência da ação de depósito, ante a ausência de contrato de depósito, em caso em que a coisa foi apreendida e depositada, por termo em processo criminal<sup>14</sup>. Ainda é de consignar que para a ação de depósito e a prisão do depositário, é necessária a figura do depósito clássico e não o chamado depósito irregular ou atípico<sup>15</sup>.

### 4.3. Depósito Contratual (civil) e Judicial (Administrativo)

O depósito civil é uma relação jurídica onde prevalece a manifestação de vontade das partes, sem diferença hierárquica e nem subordinação entre elas. Já no depósito judicial não existe relação contratual entre as partes, sendo o depositário um auxiliar do juízo (art. 139 do CPC) e a este se vincula através de uma relação de administrativa e de subordinação. Diferentemente do depósito civil, em que existe uma relação negocial de direito privado, no depósito judicial, processual ou administrativo, o que existe é um vínculo administrativo entre o depositário e o juiz, configurando uma relação administrativa e, por isso, de direito público.

---

<sup>13</sup> 2º TACSP, ap 192.815, j. 17.06.1986. JTACSP-Lex 163/330.

<sup>14</sup> TJSP. Ap. 242.550. 4ª Câmara. J. 22.05.1975, RT. 526/104. “DEPÓSITO – Carência na espécie – Ação que pressupõe a existência de contrato – Requisito inexistente – restituição pretendida de coisa objeto de processo criminal – Aplicação do art. 901 do CPC. A ação de depósito prevista nos arts. 901 e segs do atual Código de Processo Civil, pressupõe a existência de um contrato, como aliás, já era previsto no art. 367 do Código de 1939”

<sup>15</sup> STJ. REsp. 188.462-GO; “O depósito irregular não enseja o cabimento da ação de depósito – art. 1289, CC – devendo aplicar-se as regras do mútuo. Essa ação somente terá cabimento nas hipóteses do chamado depósito clássico.” publicado em Informativo semanal COAD, v. 32, p. 511. “Prisão civil. Sua impossibilidade nos casos de depósito atípicos, instituída por equiparação para reforço às garantias em favor de credor”. REsp. 3.413, DJU 09.09.1991, constante do corpo do acórdão do AI. 749.947-0 do 1º TACivSP, in RT. v. 751, p. 288.

Ensina GRECO<sup>16</sup> que o depósito judicial é uma relação jurídica de direito público, afirmando ser o depositário um sujeito auxiliar do processo. FREDERICO MARQUES<sup>17</sup> ensinou que as funções do depositário judicial são de direito público, não se podendo falar sequer em contrato de direito público, sendo ato unilateral do juízo da execução, e que a aceitação do depositário aparece como simples condição de eficácia do ato de nomeação.

Ensina AMARAL SANTOS:

Diversamente do depósito regulado pela lei civil, que é um contrato pelo qual o depositário recebe coisa móvel com a obrigação de guardá-la até que o depositante a reclame, o depósito, de que se trata, é ato executório e, pois, ato processual, de direito público, pelo qual o depositário, de nomeação dos órgãos jurisdicionais, ou seus auxiliares, tem o dever de guardar e conservar, e por vezes administrar, os bens apreendidos até que o juiz mande entregá-los a quem de direito.<sup>18</sup>

Já se decidiu que não se pode confundir o depósito civil e o depósito judicial, sendo que neste o depositário é auxiliar da justiça<sup>19</sup>. Entendeu-se que nesse caso, em se configurando a situação de depositário infiel, enseja prisão administrativa, sem ação de depósito, reservada esta somente para os casos de depósito civil, entendendo que o depósito judicial não se regulou pelas regras de direito privado<sup>20</sup>.

O depósito judicial é sem dúvida depósito administrativo<sup>21</sup> e, isso já foi até mesmo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. Informa ARAKEN DE ASSIS<sup>22</sup>, que o STF reconheceu que a prisão do depositário judicial tem a natureza de prisão administrativa. De outra forma, já foi decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que o ato executivo do depósito não se confunde com o depósito convencional, regulado pelo Direito Privado. O depósito de bem penhorado é de Direito Processual e, ato do processo executório, tem por característica ser um ato judicial em que aparece o Estado a ordenar por “jus imperii”, a guarda dos bens

---

<sup>16</sup> GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. v. 2, p. 321.

<sup>17</sup> FREDERICO MARQUES, José. *Instituições de direito processual civil*. vol. V, pp. 184-185.

<sup>18</sup> AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 3, p. 295.

<sup>19</sup> TJSP. AI 36.037-2, j. 28-12-1981 in RT. v. 559, p. 102. “O depositário é auxiliar da Justiça”. RT. v. 559, p. 103..

<sup>20</sup> TJSP. AI 36.037-2, j. 28-12-1981 in RT. v. 559, p. 103.

<sup>21</sup> “Sua função no processo é a de ‘auxiliar da justiça’ (CPC, art. 148). ‘O ato executivo do depósito não se confunde com o depósito convencional regulado pelo direito privado. O depósito de bem penhorado é de direito processual’ ‘As funções do depositário, por isso mesmo, são de direito público. Ele é longa manus do juízo da execução’”. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução*, p. 327, 19ª edição. Citado em RSTJ 189/410.

<sup>22</sup> ARAKEN DE ASSIS. *Manual de execução*. 3ª edição. p. 471, citando RE. 6.787, RF. 99/641.

do executado, móveis ou imóveis<sup>23</sup>. Também, já se reconheceu que a prisão do depositário judicial configura prisão administrativa, afirmando que o depositário nesse caso é auxiliar da justiça<sup>24</sup>. Nisso foi seguido pelo Primeiro Tribunal de Alçada Cível do mesmo Estado, ao dizer que a prisão administrativa do depositário judicial é inadmissível sem a ação de depósito<sup>25</sup>.

O depositário judicial é um auxiliar da justiça, conforme expressamente dispõe o artigo 139 do CPC. Sendo auxiliar da justiça está subordinado ao juiz e vinculado ao juízo administrativa e hierarquicamente, o que descaracteriza o depósito, como sendo de natureza contratual, onde não existe hierarquia. Além da previsão legal do artigo 139, do CPC, que é extremamente clara em dizer que o depositário judicial é auxiliar do juízo, a jurisprudência desde há muito vem abonando esse entendimento reafirmando tratar-se de auxiliar da justiça, o depositário judicial<sup>26</sup>. Como relação de subordinação entre juiz e depositário, tem a natureza administrativa e, em caso de descumprimento da obrigação pelo depositário, há infração administrativa e se houvesse prisão, seria prisão administrativa, não permitida pela Constituição Federal (art. 5º, LXI).

## 5. Conseqüência do Descumprimento do Encargo

A Constituição Federal autoriza a cominação de pena de prisão civil em duas hipóteses bem diferenciadas: uma, em caso de inadimplemento voluntário de dívida oriunda de pensão alimentícia e outra, em razão da configuração da situação de depositário infiel. A Constituição Federal<sup>27</sup>, por si mesma, não comina pena alguma. No entanto, essa mesma Constituição tomou o cuidado de exigir para qualquer imposição de pena, que esta esteja anteriormente prevista em lei<sup>28</sup>. A prisão do depositário atípico, ou seja, aquele que assume o depósito como meio para garantia de pagamento de dívida, não é autorizada pela Constituição Federal<sup>29</sup>. Mas se autorizada fosse, somente poderia ocorrer após o devido procedimento legal.

THEODORO JUNIOR<sup>30</sup>, na 6ª edição do “Processo de execução”, chegou a afirmar que pela infidelidade, o depositário judicial se sujeita à prisão civil, mas

<sup>23</sup> TJSP. (Criminal) HC. 3730-3. j. 01.09.1980. RT. 544/315.

<sup>24</sup> TJSP. AI 36.037-2, RT. 559/102.

<sup>25</sup> 1º TACSP. AI. 205.302, j. 25.9.1974. RF. 254/267. No mesmo sentido: STF. RHC 55.271. (RF. 262/271); STJ. EI. 122.555 (JSTJ, v. 5, p. 73); TJSP. AI 054.080.5/2 (RT. 751/255) e TARGS AI 189.062.508 (RJ, v. 149, p. 91).

<sup>26</sup> TJSP. Agln. 054.080.5/2, (RT. 751/255), TARGS, AI. 189.062.508 (RJ 149/91) STF. RHC 55.271 (RF. 262/271), STJ. ED 122.555 (JSTJ 5/73)

<sup>27</sup> CF. Art. 5º, LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

<sup>28</sup> CF. Art. 5º, XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Vê-se que na última parte, a Carta magna, afirma que não poderá haver pena sem prévia cominação legal. Como a prisão do depositário é uma pena, esta somente poderá ser imposta quando estiver previa e expressamente prevista em lei.

<sup>29</sup> STJ. REsp 3.413 e 3.909, citados em RT. v. 751, p. 288.

<sup>30</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 6ª edição, p. 303.

ressalva a inadmissibilidade da decretação dessa prisão nos próprios autos da execução, apontando a necessidade de ação de depósito para tal fim. Percebe-se que esse eminente autor àquela época admitia a decretação da prisão do depositário judicial infiel, desde que essa medida fosse tomada em ação de depósito com o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Evoluindo em seu pensamento, esse mesmo autor, mais modernamente, passou a afirmar que inexistia na regulamentação legal do depósito judicial qualquer dispositivo que regule ou autorize a prisão civil do depositário judicial. Afirma ainda que a previsão contida na Constituição Federal é genérica e excepcional, esclarecendo que conforme o artigo 5º, LIV, ninguém poderá ser privado de seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal<sup>31</sup>.

Reconhece, ainda, THEODORO JUNIOR<sup>32</sup> que na lei material, a prisão do depositário é prevista apenas para o contrato de depósito e o depósito necessário, situações típicas de direito privado, acrescentando que na lei processual só existe autorização para a prisão do depositário civil, como consequência ou efeito da sentença, na regular ação de depósito.

Com a sapiência própria de consagrado jurista, que lhe é peculiar, o mesmo THEODORO JUNIOR<sup>33</sup> enfatiza que sendo a liberdade um dos bens mais caros à ordem jurídica, não se concebe que, sem regulamentação legal, sem forma e nem figura de juízo, possa o juiz decretar sua privação, sem prévia e expressa autorização da lei e o que acha pior, sem um procedimento adequado, em que se assegure o contraditório e a ampla defesa por parte do depositário.

Em se tratando de depositário judicial, diferentemente do que acontece com o depositário civil, não existe cominação legal de pena de prisão, sendo que a responsabilidade do depositário está limitada às consequências previstas no artigo 150 do CPC, que apenas diz que no caso de violação dos deveres, o depositário responde por perdas e danos.

Nesse sentido ensina GRECO<sup>34</sup>, ao dizer que o depositário responde por perdas e danos a que der causa, por culpa ou dolo. O depósito judicial é de regra instituído como obrigação acessória para garantia do pagamento de dívida, o que o afasta do alcance da autorização constitucional (art. 5º, LXVII, da CF). Além do mais, em caso de disposição da coisa pelo depositário, esta pode-se dar em fraude de execução e, assim sendo, o ato será ineficaz (art. 592, do CPC). Sendo o ato ineficaz, não poderá gerar prisão, pois, até mesmo na esfera criminal isso é considerado crime impossível, pela ineficácia do meio (ato ineficaz), arts. 17 e 179, do CP.

---

<sup>31</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 18ª edição, p. 364.

<sup>32</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 18ª edição, p. 364.

<sup>33</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 18ª edição, p. 364.

<sup>34</sup> GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. v. 2. p. 322.

O Código de Processo Civil não comina pena ao depositário judicial, e o procedimento descrito nos artigos 901 a 906, somente se refere aos casos de depósito civil ou clássico e não aos casos de depósito processual ou administrativo, de forma que nem mesmo cabe ação de depósito, no caso de depositário judicial<sup>35</sup>.

Se de um lado inexistente norma cominando pena de prisão civil ao depositário judicial, de outro existe norma estabelecendo quais as conseqüências a que está sujeito o depositário judicial e, como bem lembra AMARAL SANTOS<sup>36</sup>, este responde pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar às partes, no descumprimento do encargo. Assim também já foi decidido pelo Tribunal de Justiça Santa Catarina<sup>37</sup>, que em caso de descumprimento do encargo de depositário judicial, a conseqüência é a responsabilidade pelos prejuízos causados.

Em verdade, o artigo 150 do Código de Processo Civil, a única norma que regula a matéria, impõe apenas, como conseqüência do descumprimento dos deveres do depositário, a obrigação de responder pelas perdas e danos e nada falando de prisão do depositário<sup>38</sup>.

Como o depositário judicial está vinculado administrativamente ao juízo, caso fosse admitida a prisão civil, esta seria de natureza administrativa. No entanto, como já se anotou, a nossa sistemática constitucional atual não permite mais a prisão administrativa, fora dos casos de prisão militar (art. 5º, LXI, da CF).

Que a prisão de depositário judicial é de natureza administrativa, já foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>39</sup>. Em se tratando de prisão de natureza administrativa, não está autorizada pela Constituição Federal (art. 5º, LXI). Observando a questão por outro enfoque, pode-se dizer que a prisão do depositário infiel somente poderá ocorrer nos casos de depósito típico, em que a obrigação principal se constitua no próprio depósito e não quando se trata de obrigação principal de dívida, onde o depósito aparece secundariamente. Nesse sentido já foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, onde se entendeu que a Constituição da República autoriza a prisão civil, por dívida em dois casos e aponta um deles, como a situação de depositário infiel, advertindo que se devem separar as duas situações de depósito, uma como obrigação principal e outra como

---

<sup>35</sup> “Prisão – Depositário para garantia do crédito, e não para a guarda da coisa- Prisão do depositário desautorizada, especialmente na hipótese de bens fungíveis, quando aplicáveis as regras do mútuo – Análise da jurisprudência – Prisão indeferida. Decisão mantida. JTACSP-Lex v. 150, p. 18.

<sup>36</sup> AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 3, p. 296.

<sup>37</sup> TJSC. AgIn. 96.009925-5, 3ª Câmara. J. 28.04.1998. “A função pública de depositário judicial gera a obrigação de guarda e conservação dos bens penhorados, sob pena de responder pelos prejuízos causados por culpa ou dolo, conforme dispõe o art. 150 do CPC.”. RT. 754/407.

<sup>38</sup> CPC. “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 a haver o que legitimamente despendeu no exercício do encargo”.

<sup>39</sup> TJSP. 3ª câmara Criminal. 3.780-3. j. 22-09-1980; “Cabível, no caso, o “habeas corpus”, pois a decisão que decreta a prisão administrativa de depositário infiel é agravável de instrumento, sem suspensividade.” RT. 544/316.

obrigação acessória, que a prisão civil somente é cabível no caso de depósito como obrigação principal, sendo impossível estendê-la à segunda, para casos de obrigação acessória, onde é impossível a decretação da prisão do depositário<sup>40</sup>.

## 6. Requisitos para a Prisão

Para que se possa dar a prisão de alguém, é necessário que ela seja amparada constitucionalmente. A nossa Constituição Federal somente permite prisão, antes de condenação definitiva em caso de prisão cautelar, preventiva ou em flagrante delito. Mas mesmo assim, há de se cumprir o devido procedimento legal estabelecido para cada caso.

Para a condenação em prisão exige-se um fato típico, ou seja, aquele previsto com antecedência em lei. “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, sendo este o mandamento constitucional (art. 5º XXXIX).

Assim, para que possa ocorrer a condenação é necessária a cominação da pena. Ninguém pode ser condenado, sem pena cominada anteriormente através de lei. No caso do depositário judicial inexistente qualquer lei, cominando pena alguma e por isso essa prisão sempre foi e continua sendo ilegal e inconstitucional. É ilegal e inconstitucional por falta de lei anterior que comine tal pena. A pena cominada pelo Código Civil, além de discutível, ainda só aplica para o caso de depositário civil (contratual ou legal) e não para o caso de depositário judicial.

Outro requisito de extrema relevância, é o respeito ao devido procedimento legal, segundo o qual ninguém poderá ser condenado sem pena anteriormente cominada e nem sem que antes siga o processo regular, haja vista que a Constituição Federal assegura que ninguém poderá sofrer restrição em seus bens e em sua liberdade, sem o devido processo legal (art. 5º LIV) e neste há de se entender também a ampla defesa e o contraditório (art. 5º LV).

Para atender os pressupostos constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla, é necessária ação própria, pois somente com a ação é que nasce o processo e, somente com este, é que se pode instituir o contraditório em ampla defesa. Não havendo ação, não haverá devido processo legal, nem o contraditório e a ampla defesa.

Anota MARMITT<sup>41</sup>, que relativamente à prisão do depositário judicial, enorme divergência tem-se alastrado em todo o país, porque uns defendem a possibilidade de ser decretada a medida nos próprios autos da execução em que se deu a nomeação do depositário, porquanto outros sustentam posição contrária,

---

<sup>40</sup> STJ. RHC. 3.901.9. JSTJ e TRF-Lex. v. 82, p. 304. São Paulo: Lex, junho 1996 e ainda REsp. 3.413 e 3.909, citados em RT. v. 751, p. 288..

<sup>41</sup> MARMITT, Arnaldo. *A penhora*, p. 415.

afirmando que em face da Constituição Federal a decretação da prisão somente é possível, após regular e adequada ação de depósito, com a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Essa divergência, em verdade, não tem maior relevância diante da sistemática atual. Discutir se é necessária ação de depósito ou se a prisão do depositário judicial pode ser decretada dentro da própria execução, parece ser discussão inútil. O que se pretende aqui é demonstrar o não cabimento da prisão do depositário judicial, por falta de previsão legal e por isso o não cabimento também da ação de depósito, por impossibilidade jurídica do pedido. Por falta de lei anterior que comine tal pena (CF, art. 5º XXXIX), não pode ocorrer o decreto de prisão dentro da execução e nem mesmo em via de ação de depósito.

Como foi anotado acima, o Código Civil (art. 652) somente prevê a prisão para o caso de depositário civil e não para o depositário judicial, cujo depósito tem a natureza administrativa<sup>42</sup>, e a Constituição Federal não permite prisão administrativa, ressalvado apenas o caso de prisão militar (art. 5º, LXI, da CF). Assim, o Código Civil em seu artigo 652 não contemplou a hipótese e nem poderia contemplar, diante da restrição constitucional. A Constituição somente autoriza a prisão do depositário civil típico, sem analogia ou interpretação extensiva (art. 5º, XXXIX, CF), e veda expressamente a prisão administrativa (Art. 5º, LXI, da CF).

Por sua vez, o Código de Processo Civil que normatiza a relação de natureza pública entre o depositário e o juízo, em seu artigo 150, apenas, contempla a responsabilidade por perdas e danos. Logo, inexistente norma expressa a contemplar ou cominar pena de prisão ao depositário judicial.

## 7. Inexistência De Cominação Legal Da Pena Para o Depositário Judicial

Em brilhante julgamento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu que não tem mais cabimento a prisão do depositário em razão da superveniência do Pacto Internacional de São José da Costa Rica<sup>43</sup>. Indiferentemente do partido que se queira tomar em relação ao alcance do Pacto de São José da Costa Rica que, para os mais conceituados estudiosos do assunto<sup>44</sup>,

---

<sup>42</sup> A natureza administrativa do depósito judicial desde há muito é reconhecida e a prisão no caso também tem a natureza de prisão administrativa. Assim encontram-se julgados: STF, RE. 6.787, (RF. 99/641); TJSP, AI. 36.037-2 (RT 559/102); 1º TACSP AI 205.302. (RF. 254/267). Sem se falar em depósito administrativo, mas sendo expresso dizer tratar-se de auxiliar da justiça o que já implica relação administrativa encontram-se os julgados: STF, RHC 55271 (RF. 262/271); STJ, EDREsp. 122.555-Sp, j.12-04-99(JSTJ 5/73; TJSP, AgIn. 054.080.5/2, j. 22-12-1998 (RT. 751/255); TARGS. AI 189.062.508, j. 16-08-1999 (RJ. 149/91); STF, RE. 103.164-6-SP “Não se lhe aplicam as normas da ação de depósito, que visam à tutela do depósito não judicial”. (JSTF –Lex, v. 92, p. 168).

<sup>43</sup> TJSP, AgIn. 62.449-5.09-02-1998. “PRISÃO CIVIL - Depositário infiel – Não cabimento com o advento do Pacto Internacional de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário. Decreto Federal n. 678, de 1992”. JTJ-Lex. v. 204, p. 207.

<sup>44</sup> Por todos: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Prisão civil por dívida e o pacto de San José da Costa Rica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

afastou toda e qualquer possibilidade de prisão civil, aqui apenas se procura levar em conta a questão relativa à responsabilidade do depositário judicial e não a convencional ou legal, prevista no Código Civil.

Diferentemente do civil clássico, para a figura do depositário judicial não é de essência a guarda de coisa alheia. Na grande maioria dos casos, o depositário é devedor e guarda a sua própria coisa, o que se afasta do depósito clássico. Ademais, para que se configure o depósito clássico é necessário que a guarda da coisa alheia seja a obrigação principal e não acessória e, secundariamente, só para a garantia de dívida.

Não se encontra em no sistema jurídico brasileiro norma alguma a contemplar a prisão do depositário judicial, que é uma espécie de prisão administrativa. A Constituição Federal<sup>45</sup>, por si mesma, não comina pena alguma, apenas autoriza a legislação infraconstitucional a instituir a pena, nos casos de depósito civil ou clássico e não para o caso de depósito administrativo.

Até mesmo CIRILLO,<sup>46</sup> ferrenho defensor da prisão civil do depositário judicial, reconhece que nesse caso se trata de depósito administrativo e não contratual ou civil. Entre o depositário judicial e o juiz existe uma relação de subordinação hierárquica no dizer de THEODORO JUNIOR<sup>47</sup>. Ora, se o que existe é uma relação de hierarquia entre o juiz e o depositário judicial, afastada está a idéia de contrato, onde as partes ficam em igualdade, sem hierarquia. De outra forma, a hierarquia induz relação jurídica administrativa e se nesta há depósito, este será de natureza administrativa e não se cuida de relação contratual civil, conforme dispõe o Código Civil<sup>48</sup>. Como este somente regula a relação de depósito civil e não a administrativa, esta ficou sem regulamentação.

Conforme restou exposto acima, mudando seu pensamento, o mesmo Professor THEODORO JUNIOR<sup>49</sup> passou a afirmar que inexistente na regulamentação legal do depósito judicial, qualquer dispositivo que regule ou autorize a prisão civil do depositário judicial. Afirma ainda que a previsão contida na Constituição Federal é genérica e excepcional, esclarecendo que conforme o artigo 5º LIV, ninguém poderá ser privado de seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal.

---

<sup>45</sup> CF.Art. 5º, LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

<sup>46</sup> CIRILLO, Luis Fernando. “Se o depósito judicial não é contrato, não se pode dizer que a decretação da prisão do depositário judicial infiel viole a norma pela qual “ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir uma obrigação contratual”(art. 11 do Pacto Internacional).” “O juiz que nomeou o depositário não celebrou nenhum contrato com ele”. *A prisão civil do depositário judicial*. Repertório IOB. Cad 3, p. 157. 1ª Quinzena de. abril, 2000.

<sup>47</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 18ª edição, p. 363

<sup>48</sup> Código Civil. Artigo 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, e ressarcir os prejuízos.

<sup>49</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 18ª edição, p. 364.

No seu descortino avançado THEODORO JUNIOR<sup>50</sup> arremata que não seria jamais aberto ao juiz o arbítrio de ordenar a prisão do depositário judicial, sem a mínima previsão em lei, até porque se a ação de depósito é a única via processual em que se chega à prisão do depositário judicial, a conclusão forçosa seria a de que inexistente “forma legal”, para decretar-se a prisão do depositário do juízo.

Essa conclusão parece ser a única viável diante da circunstância de que o Código Civil (art. 652) fala apenas em depósito voluntário ou necessário, espécies do gênero depósito civil. Nada falando sobre depósito judicial ou administrativo, até porque não seria ali sede própria para tal.

O Código de Processo Civil não comina pena ao depositário judicial, e o procedimento descrito nos artigos 901 a 906, somente se refere aos casos de depósito civil ou clássico e não aos casos de depósito processual ou administrativo, de forma que nem mesmo cabe ação de depósito, no caso de depositário judicial<sup>51</sup>.

A confirmação que aqui se tem sustentado em relação à inexistência de lei a amparar a prisão do depositário judicial, está estribada no Projeto de Lei (nº 1214/03) apresentado pelo nobre Deputado Luiz Bittencourt e que se encontra na Comissão de Constituição e Justiça, pelo qual se busca a alteração do art. 150 do CPC, para nele incluir a possibilidade de prisão do depositário judicial.

Este aspecto é interessante por um lado, porque demonstra que até agora inexistente lei nesse sentido, pois se lei existisse, não precisaria de outra para autorizar a prisão. Se o nobre Deputado está querendo com o projeto de lei obter alteração do CPC, para criar essa figura de prisão, é porque até o momento ela inexistente. De outro lado, como alerta MAZZUOLI<sup>52</sup>, esse projeto de lei é inconstitucional, porque contraria o Pacto de São José da Costa Rica, incorporado em nosso sistema constitucional. Ainda que se esqueça o referido pacto, por outro lado é inconstitucional porque a Constituição da República não permite a prisão por dívida e depósito judicial, por ser apenas meio de garantir a execução que é a relação principal e, indiretamente se constitui em pagamento de dívida. Tanto é assim, que basta o depositário pagar que a prisão se encerra. Não se trata de depósito como relação principal e sim depósito para satisfazer a execução, o que caracteriza caso de prisão por dívida.

Se de um lado inexistente norma cominando pena de prisão civil ao depositário judicial, de outro existe norma estabelecendo quais as conseqüências a que está sujeito o depositário judicial e, como bem lembra AMARAL SANTOS<sup>53</sup>,

---

<sup>50</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 18ª edição, p. 365

<sup>51</sup> “Prisão – Depositário para garantia do crédito, e não para a guarda da coisa - Prisão do depositário desautorizada, especialmente na hipótese de bens fungíveis, quando aplicáveis as regras do mútuo – Análise da jurisprudência – Prisão indeferida. Decisão mantida. JTACSP-Lex v. 150, p. 18.

<sup>52</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Prisão de depositário infiel e responsabilidade internacional do Estado*. Brasília: Correio Brasiliense de 26/07/2004, p. 01.

<sup>53</sup> AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 3, p. 296.

este responde pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar às partes, no descumprimento do encargo. Também foi decidido pelo Tribunal de Justiça Santa Catarina<sup>54</sup>, com o entendimento de que em caso de descumprimento do encargo de depositário judicial, a conseqüência é a responsabilidade pelos prejuízos causados.

Em verdade, o artigo 150 do Código de Processo Civil, a única norma que regula a matéria, impõe apenas, como conseqüência do descumprimento dos deveres do depositário, a obrigação de responder pelas perdas e danos e nada falando de prisão do depositário<sup>55</sup>.

Como o depositário judicial é um auxiliar do juízo e a este está vinculado administrativamente, caso fosse admitida a prisão civil, esta seria de natureza administrativa. No entanto, como já se anotou a nossa sistemática constitucional atual não permite mais a prisão administrativa, fora dos casos de prisão militar (art. 5º, LXI, da CF).

A prisão de depositário judicial é de natureza administrativa, e isso já foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>56</sup>. Em se tratando de prisão de natureza administrativa, não está autorizada pela Constituição Federal (art. 5º, LXI). Observando a questão por outro enfoque, pode-se dizer que a prisão do depositário infiel somente poderá ocorrer nos casos de depósito típico, em que a obrigação principal se constitua no próprio depósito e não quando se trata de obrigação principal de dívida onde o depósito aparece secundariamente. Nesse sentido já foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, onde se entendeu que a Constituição da República autoriza a prisão civil, por dívida em dois casos e aponta um deles, como a situação de depositário infiel, advertiu que se devem separar as duas situações de depósito, uma como obrigação principal e outra como obrigação acessória, afirmando que a prisão civil somente é cabível no caso de depósito como obrigação principal, sendo impossível estendê-la à segunda, ou seja, nos casos de obrigação acessória onde é impossível a decretação da prisão do depositário<sup>57</sup>.

Dois aspectos interessantes merecem ser lembrados:

a) o primeiro deles é o absurdo do caso em que o devedor diante da penhora

---

<sup>54</sup> TJSC. AgIn. 96.009925-5, 3ª Câmara. J. 28.04.1998. “A função pública de depositário judicial gera a obrigação de guarda e conservação dos bens penhorados, sob pena de responder pelos prejuízos causados por culpa ou dolo, conforme dispõe o art. 150 do CPC.”. RT. 754/407.

<sup>55</sup> CPC. “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 a haver o que legitimamente despendeu no exercício do encargo”.

<sup>56</sup> TJSP. 3ª câmara Criminal. 3.780-3. j. 22-09-1980; “Cabível, no caso, o “habeas corpus”, pois a decisão que decreta a prisão administrativa de depositário infiel á agravável de instrumento, sem suspensividade.” RT. 544/316.

<sup>57</sup> STJ. RHC. 3.901.9. JSTJ e TRF-Lex. v. 82, p. 304. São Paulo: Lex, junho 1996 e ainda REsp. 3.413 e 3.909, citados em RT. v. 751, p. 288..

do crédito, na forma do artigo 671 e 672, § 2º do CPC, mesmo alegando que não pagaria porque a dívida estava prescrita, teve a sua prisão decretada. O terceiro não foi o executado, o seu credor é que o foi e houve a penhora apenas do crédito, e sem haver qualquer ato de transferência de coisa para depósito, até mesmo porque coisa alguma existia, foi esse terceiro considerado depositário (art. 672, § 1º do CPC), e por entender prescrita a dívida deixou de fazer o depósito (art. 672, § 2º do CPC)<sup>58</sup>. Um caso típico de prisão por dívida e não de depósito pela guarda de alguma coisa alheia.

b) o segundo aspecto que merece muita atenção é a circunstância de que o depositário judicial somente o é, em razão de alguma dívida que se quer garantir e não em razão de guarda de coisa alheia que se tem de devolver. De regra, o depositário judicial assume esse encargo, não por livre espontânea vontade, mas por imposição da situação em que se vê envolvido em alguma execução. O bem depositado é para a garantia de pagamento de dívida ou de alguma obrigação de entrega de coisa.

Se o bem já se encontra sob constrição judicial, a sua disposição pode configurar fraude à execução (art. 593, do CPC) e a disposição em fraude de execução é considerada ineficaz perante o credor-exequente (art.592, do CPC). Ora, se a disposição da coisa é considerada ineficaz (art. 592, do CPC), podendo o credor prosseguir na execução e buscá-la nas mãos de quem quer que esteja, nenhum prejuízo haverá para esse credor, porque nesse caso, a coisa sai das mãos do depositário, mas não sai do processo, porque continua como garantia da execução. A execução prossegue como antes, sobre o bem alienado. Logo, não se há de falar em prejuízo e nem em depositário infiel, menos ainda em prisão do depositário infiel, como já se decidiu. Aliás, assim, já foi decidido pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, com o entendimento de que tal disposição é inoperante diante do juízo da execução<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> STF. 2ª Turma. RHC. n.º 66.614-1-SC. Rel. Min. Carlos Madeira. J.13.09.1988. DJU. 30.09.1988. p. 24.986. "Depositário de crédito do devedor, determinada pelo Juiz do processo de execução. Se o depositário não depositou em Juízo a importância respectiva, no vencimento do título, eximindo-se de fazê-lo por entender prescrita a ação de cobrança, cabe a prisão civil, independente da ação de depósito". Bol. AASP. n.º 1560. p. 272. de 09-11.1988, <sup>59</sup> "PRISÃO CIVIL. Ameaça de decretação contra depositário infiel – Alienação de parte do bem imóvel penhorado, por cuja evicção não responde – Ineficácia da mesma, em face do art. 592, do CPC. Constrangimento ilegal configurado. Concessão de "Hábeas Corpus". A alienação, sem responder pela evicção, de parte do imóvel penhorado pelo depositário, a par de ser por lei ineficaz, nos termos do art. 592, n. V, do C.P.Civil, não constitui motivo para a decretação de sua prisão civil, mesmo porque esta não se destina a tutelar regras de moralidade, porém está instrumentalmente disposta à realizabilidade do crédito." TJSP. HC. 134.925. Rel. Des. Cavalcanti Silva. RF. v. 266, p. 293. No corpo do acórdão consta: "operada a penhora (houve sua inscrição?), qualquer posterior alienação é inoperante e, ante tal conjuntura, sem acréscimo de convencimento, não endossamos se legitime a prisão do depositário, embora o depositário seja "infiel", ao que tudo indica. Interpretação teleológica da lei não o facultaria. Seria forma compulsiva à rápida cobrança do débito, apenas". RF.266/293.

## 8. Antecedentes Jurisprudenciais

Na jurisprudência são registrados antecedentes que comungam com a posição até agora exposta. Bastante exemplificativo foi o julgamento proferido no Tribunal de Justiça de São Paulo, pela Egrégia Sétima Câmara de Direito Público, com relatoria do eminente Des. Walter Swensson, com a seguinte ementa:

EXECUÇÃO FISCAL – Penhora – Bens do estoque rotativo – Alienação em outras execuções fiscais – Depositário – Decretação da prisão – Inadmissibilidade – Matéria regulada pelo Código de Processo Civil – Inexistência de previsão legal para a hipótese – Recurso provido.”

Inexiste na regulamentação legal do depósito judicial qualquer dispositivo que regule ou autorize a prisão civil do depositário.<sup>60</sup>

Agravo de instrumento – Executivo fiscal – Penhora de bens do estoque rotativo, alienados em outras execuções fiscais – Decisão que decretou prisão de depositário – Inadmissibilidade – Inexistência na regulamentação legal do depósito judicial de qualquer dispositivo que regule ou autorize a prisão civil do depositário – Recurso provido.<sup>61</sup>

Em outros acórdãos da lavra do eminente Des. Sérgio Pitombo, a mesma posição foi adotada com a seguinte passagem:

É preciso repetir e mais outra vez: não se cuida de depósito, derivado de contrato; nem de depósito necessário; todas hipóteses nascentes do Código Civil (arts. 1.265 a 1.281 e 1.282 a 1.287). O depósito, aqui, se rege pelo Código de Processo Civil (arts. 139; 148 a 150; 666; 672, § 1º 677 e 678; 690, § 1º n. III; 733; 824 e 825; 858 e 859; 919; e 1.145, § 1º). Os mandamentos processuais não aludem à prisão. Não se aplicam ao depositário de bem penhorado, arrestado ou seqüestrado – por exemplo – os preceitos referentes à ação de depósito (art. 901 a 906, do Cód de Proc. Civil).<sup>62</sup>

Necessidade de interpretação restrita dos preceitos, em razão da excepcionalidade da constrição à liberdade de ir e vir, no regulamento vigente. Inexistência de norma infraconstitucional, que especifique e regulamente a imaginada prisão do depositário judicial.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> TJSP. AI 200.116-5. in JTJ-Lex 247, p. 103.

<sup>61</sup> TJSP. AI. 200.116-5, in JTJ-Lex 247, pp. 103-104.

<sup>62</sup> TJSP. AI. 129.078.5/4. Também o Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo em julgamento do Habeas Corpus, nº 544.695-7, rel. Juiz Jacobina Ribeiro, assim decidiu: “Não englobando a hipótese de o próprio devedor assumir a função processual de depositário, de bem ou direito próprio (arts. 665, nº IV e 666, *caput*, do Cód. de Proc. Civil)”, citado in JTJSP v. 247, p. 105.

<sup>63</sup> AgIn. 088.736-5/0 – Rel. Des. Sérgio Pitombo. RF. v. 360, p. 233.

Também, o Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo tem prestigiado esse entendimento e assim decidiu:

É inadmissível a prisão civil de devedor que se recusa a entregar bens dados em garantia de dívida, por não poder ser considerado depositário infiel, uma vez que, para a caracterização do contrato de depósito é necessário que este tenha como finalidade principal a guarda e não a garantia de determinado bem <sup>64</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, somente, pode haver prisão de depositário quando o depósito corresponder à obrigação principal, isto é, quando se tratar de depósito típico e não de depósito como obrigação acessória, como aquele em que o devedor, fora da obrigação principal, assume a condição de depositário judicial, esta como obrigação administrativa e secundária. Assim restou o acórdão ementado:

#### RECURSO DE “HÁBEAS CORPUS”. CONSTITUCIONAL. CÉDULA RURAL PIGNORÁTICA E HIPOTECARIA. PRISÃO CIVIL.

A Constituição da República autoriza a prisão civil, por dívida em dois casos: inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel (art. 5º, LXVII). Cumpre, no entanto, distinguir duas situações: a) o depósito é a obrigação principal: b) o depósito é obrigação acessória. No primeiro caso, o depositário deve restituir a coisa, conforme o convencionado, no segundo, o depósito reforça a obrigação de cumprimento de contrato. A prisão civil é restrita à primeira hipótese. Impossível estendê-la à segunda, sob pena de a restrição ao exercício do direito de liberdade ser utilizada para impor ao devedor honrar dívida civil. Interpretação coerente com a evolução histórico-política dos institutos jurídicos<sup>65</sup>.

Sob a relatoria do nobre Desembargador Gama Pellegrini, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de Hábeas Corpus, assim decidiu:

Execução fiscal – Penhora – Depositário – Prisão civil – Inadmissibilidade – Ordem concedida.

<sup>64</sup> TACSP. AgIn. 749.947-0, 1ª Cam. J. 20.10.1997, rel. juiz. Elliot Akel. RT. v. 751, p. 287.

<sup>65</sup> STJ. RHC. 3.901.9. j. 20-09-1994. JSTJ-TRF, v. 82, p. 304. junho 1996.

Hábeas corpus – Prisão Civil. Execução fiscal. Penhora. Prisão civil de depositário. Inadmissibilidade. Bens desaparecidos. Irrelevância. Artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal. Ordem concedida”. TJSP. HC. 363.498.5/8-00. j. 27-04-2004. JTJSP. v.283, pp 482-494, dezembro, 2004.

TRECHO: “A questão da prisão civil do denominado depositário infiel, muito embora controvertida, no presente caso, contudo, inexistente a figura pretendida posto que o pretense depositário não se insere nesse contexto” p. 483.

Também no Egrégio Supremo Tribunal Federal, encontra-se julgado da lavra do Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio no HC nº 72.183-4-SP, publicado no DJU de 22-11-96, com essa passagem:

Conforme consagrado na melhor doutrina, condição indispensável a que se possa considerar alguém como depositário é a formalização de um contrato de depósito nos moldes definidos no Código Civil, artigo 1.265. É que se tenha firmado ajuste no sentido de que a obrigação precípua de uma das partes seja não a de pagar, por um bem, certo preço em prestações sucessivas, mas de devolvê-lo a quem de direito, ou seja, ao detentor do domínio<sup>66</sup>.

## **9. A Inconstitucionalidade do Parágrafo Terceiro do art. 666, do CPC.**

A norma do parágrafo terceiro do artigo 666 do Código de Processo Civil, introduzida pela lei reformista (Art. 2º da Lei 11.382, de 06 de dezembro de 2006), por qualquer ângulo que se a analise, ver-se-á tratar-se de norma inconstitucional. Essa norma fere os mais elementares princípios de direito e as mais expressivas garantias constitucionais.

A leitura dessa norma chega a levar o intérprete a pensar que o legislador reformista se insurgiu contra a Constituição Federal, desconsiderando-a, fazendo vista grossa às garantias e aos princípios nela assegurados, como será visto a seguir.

### **9.1. Princípio do Devido Processo Legal**

O próprio texto da nova normatização já deixa claro que o princípio do devido processo legal não precisa ser seguido ao dizer que a prisão do depositário infiel poderá ser decretada nos autos da execução sem a necessidade de ação própria. Ora, se não houver ação e defesa, não haverá por certo, o devido processo legal.

Este princípio somente é alcançado e atendido, quando se instaurar uma ação apropriada e nesta for concedida a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LIV, CF)<sup>67</sup>.

Como o artigo 5º, LIV, da CF, assegura que ninguém poderá sofrer restrição de sua liberdade, sem o devido processo legal, resta clara a violação da Constituição Federal, pela Lei infraconstitucional que autoriza tal prisão sem ação. O atendimento ao princípio do devido processo legal somente pode se dar dentro da ação e, sem esta, não há como se falar em cumprimento daquele.

A ação é que dá início ao processo e é neste que se atende ao devido procedimento legal, com ampla a defesa e o contraditório. Sem ação apropriada, estes princípios não serão atendidos.

## 9.2. Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

Também o inciso LV do art. 5º da CF<sup>68</sup>, assegura aos litigantes em geral em todo processo e procedimento, o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes. Para se ter a ampla defesa e o contraditório há necessidade de ação apropriada, pois do contrário, não se atenderá nenhum e nem outra.

Esta nova norma ao dispensar a propositura de ação própria e permitir a prisão do depositário infiel, o fez no mais acentuado desrespeito à norma constitucional. Pela norma constitucional, nenhuma pessoa poderá ser penalizada sem ação, até porque, sem ação não haverá o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

## 9.3. Princípio da Anterioridade da cominação de pena por Lei

Como restou anotado acima, não existe no sistema jurídico brasileiro, norma alguma cominando pena de prisão ao depositário infiel. A única pena prevista para o caso é a do artigo 150 do CPC, que prevê a imposição de indenização por perdas e danos.

A nossa Constituição Federal ao consagrar o princípio da anterioridade da lei, afirma que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal<sup>69</sup>. É garantia constitucional que somente se aplique pena quando

---

<sup>66</sup> Constante entre passagem do HC. 363.498.5/8-00. j. 27-04-2004, do TJSP e publicado in JTJSP. v. 283, p. 486, dezembro, 2004.

<sup>67</sup> Art. 5º da CF: “LIV – ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

<sup>68</sup> Art. 5º da CF: “LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>69</sup> Art. 5º da CF: “XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

esta estiver cominada em lei anterior. No caso da prisão de depositário judicial, foi visto que inexistiu cominação em lei.

De nada adianta a lei reformista inovar trazendo o parágrafo terceiro do art. 666 do CPC, com autorização para prisão do depositário judicial sem ação. Em verdade, nem com ação isso seria possível, por falta de cominação anterior em lei. A norma do art. 666, § 3º do CPC, somente autoriza a prisão, mas não a comina. Basta ver que essa norma não estabelece prazo e nem qual a modalidade de prisão<sup>70</sup>.

Como essa norma não estipula prazo, logo, falta cominação da pena e contraria a Constituição Federal, que não admite prisão sem prazo, sendo taxativa em não admitir prisão perpétua (art. 5º XLVII, “b”, da CF) e qualquer pena sem cominação em lei anterior (art. 5º, XXXIX, da CF).

De outro lado, nem se argumente com a possibilidade da prisão do depositário judicial em razão da cominação prevista no art. 652 do Código Civil, limitada aos casos de depositário contratual e não judicial. Basta ver que o art. 652 do Código Civil<sup>71</sup> fala somente em depósito voluntário ou necessário, nada se referindo ao depositário judicial.

Não pode haver prisão do depositário judicial, por várias razões entre elas, a circunstância de que o Código Civil, somente se refere ao depósito contratual ou legal, mas se restringe a punir o depositário que não restituiu o bem. Foi visto que em depósito judicial não há essa hipótese de restituição, porque o devedor fica como depositário de sua própria coisa e não de coisa de outrem para ser restituída.

Depois, nem se argumente com a aplicação do Código Civil analogicamente, visto que, em se tratando de matéria em que se aplique pena, não se pode aplicá-la por analogia. Em matéria de pena toda e qualquer interpretação deve ser restritiva e nunca ampliativa e nem por analogia.

Faltando norma expressa que comine pena ao depositário judicial, de nada adianta a norma do art. 666, § 3º do CPC, porque não havendo pena cominada em lei de forma expressa e clara, não se podem buscar outras normas como as do Código Civil do art. 652 e aplicá-las por analogia, visto que em matéria de pena não pode usar a analogia e nem punir alguém através de interpretação analógica.

Não se pode perder de vista que a atual Constituição Federal, não recepcionou qualquer norma que previa prisão administrativa. Tanto isso é verdade,

---

<sup>70</sup> CPC. Art. 666: “§ 3º A prisão de depositário judicial infiel será decretada no próprio processo independentemente de ação de depósito”. Percebe-se que essa norma não comina pena. Não diz qual o prazo da pena e nem a sua modalidade: se em estabelecimento fechado, aberto ou semi-aberto.

<sup>71</sup> Código Civil: “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, e ressarcir os prejuízos”.

que prisões administrativas antes previstas em normas infraconstitucionais não foram recepcionadas pela a atual Constituição Federal. Pode-se exemplificar com antiga Lei de Falência que previa prisão do falido (art. 35 da Lei 7.661/45) e essa prisão desapareceu a partir da vigência da atual Constituição, por falta de recepção pela norma maior como já decidiram, tanto o Supremo Tribunal Federal<sup>72</sup>, bem como Superior Tribunal de Justiça<sup>73</sup>.

A prisão do depositário judicial, como foi visto acima, tanto quanto a prisão do falido prevista na Lei de Falência (art. 35, Lei 7.661/45) são espécies de prisão administrativa e, por isso inconstitucional. A diferença é que a prisão administrativa do depositário judicial não é, nem mesmo, prevista em lei. Não existe norma que comine tal pena, mas também não pode existir em face da proibição da Constituição Federal (art. 5º, LXI). Assim, ainda que o parágrafo terceiro do artigo 666 do CPC, cominasse tal pena, seria ele inconstitucional, por contrariar a regra pétrea da Constituição Federal.

Com essas observações é possível concluir que a norma recém criada pelo art. 666, § 3º do CPC, é inconstitucional. Além do mais, é incompleta, fala da possibilidade de prisão sem o devido processo legal, mas não estabelece a quantidade de pena. Como inexistente outra norma a fixar pena alguma, resta incompleta e impraticável, além da inconstitucionalidade que ostenta. Apesar de inconstitucional essa norma, mesmo assim serve para algumas conclusões, como será visto abaixo.

## Conclusões

Postas essas questões, é possível extrair algumas conclusões:

1ª). Quando a norma reformista inseriu a possibilidade de prisão civil do depositário é porque reconheceu que antes inexistia norma nesse sentido;

2ª). Se reconheceu a inexistência de norma anterior, logo se apresenta como norma nova e assim não pode ser aplicada aos depósitos anteriores à sua vigência, em obediência aos princípios da legalidade (art. 5º, XXXIX, da CF) e da irretroatividade da lei (art. 5º, XXXVI e XL da CF);

3ª) Trata-se de norma incompleta, pois, prevê a possibilidade de prisão, mas não comina quantitativamente a pena (art. 5º XXXIX, da CF), o que a torna ineficaz e sem aplicação, além de sua inconstitucionalidade;

---

<sup>72</sup> “O art. 35 da Lei de Falências foi revogado pelos incisos LXI e LXVII do art. 5º da CF, que não admitem essa modalidade de prisão”. (STF-1ª Turma, RHC 76.741-1-MG, rel. Min. Moreira Alves, j. 24.4.98, deram provimento, vu. DJU 22.5.98, p. 32)

<sup>73</sup> “I – A prisão administrativa prevista no art. 35 da Lei de falências não subsiste, porque em desacordo com os incisos LXI e LXVII do art. 5º da Constituição Federal. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. II – Ordem concedida”. STJ. HC. nº 19.308-SP. j. 19-03-2002. DJU. 15-4-2002 e RSTJ, v. 154, p. 230, de junho, 2002. No mesmo sentido STJ-HC 12.172-PR (DJU 18.6.01, p. 192); HC 18.029-RS (DJU 18.2.02, p. 444);

4ª) O simples fato da Lei 11.382/06 inserir essa nova norma do art. 666, § 3º no CPC, deixa clara a inaplicabilidade dos arts. 902, § 1º do CPC e 652 do Código Civil, porque se aplicáveis fossem, dispensaria a nova inserção. Não se aplicando o artigo 652 do Código Civil, falta cominação quantificada e por isso inconstitucional e, inaplicável a nova norma;

5ª) De nada adianta a nova norma afirmar: “A prisão do depositário judicial infiel será decretada no próprio processo”, sem que exista lei anteriormente cominando pena (Art. 5º, XXXIX, da CF). Sendo por mais este motivo inconstitucional a norma em questão.

6ª) A prisão do depositário infiel prevista no Código Civil, no artigo 652, não alcança o depositário judicial, visto que expressamente fala em depósito voluntário e necessário e nada diz a respeito do depositário judicial.

7ª). A Constituição Federal ao abrir exceção ao impedimento de prisão civil, somente excepcionou duas hipóteses que são: a) do obrigado alimentar e; b) do depositário civil infiel.

8ª). Todavia, a prisão civil excepcional prevista na Constituição Federal, fora o caso do obrigado alimentar, somente alcança o depositário infiel, ainda assim só para os casos de depósitos típicos em que a obrigação principal seja a de guardar coisa alheia e devolvê-la quando solicitada, e que a relação jurídica principal e única seja a guarda da coisa, sem se pretender garantir pagamento de dívida.

9ª). Quando se tratar de depósito irregular ou atípico, em que a guarda da coisa apenas se constitui em obrigação secundária ou de meio ou instrumento de garantia de pagamento de dívida, a prisão civil não está autorizada pela Constituição.

10ª). No caso do depósito judicial, que de regra se constitui em obrigação acessória, como no caso de penhora em execução ou em arresto cautelar, para garantir pagamento de dívida ou em seqüestro ou depósito em arrolamento de bens, por ser o depósito relação acessória, não tem cabimento a prisão civil.

11ª). O depósito judicial (processual) é relação jurídica de direito público e de subordinação hierárquica, entre o Juízo e o depositário. É relação de direito administrativo e hoje já não mais se permite prisão administrativa, ressalvada apenas a do militar (art. 5º, LXI da CF).

12ª). O depositário judicial é auxiliar do juízo (art. 139 do CPC) e, como tal, está subordinado às ordens do juízo e não há contrato entre ambos, nem mesmo relação contratual de depósito, entre o depositário judicial e as partes do processo.

13ª). A única sanção prevista em lei para o depositário judicial infiel é a de responder por perdas e danos (art. 150 do CPC).

14<sup>a</sup>). No caso de disposição da coisa pelo depositário judicial, isso poderá se dar em fraude à execução e nesse caso essa disposição será considerada ineficaz (art. 592, do CPC), podendo o credor prosseguir na execução sobre o bem, o que descaracteriza a situação de depositário infiel, em face de se tratar de ato ineficaz. Até mesmo na órbita penal, deixa de ser crime (art. 179 do CP), em face da impossibilidade de consumir o crime, por se tratar de ato (meio) ineficaz (art. 17, do Código Penal). Inexistindo o fato criminoso, não há crime e não havendo o crime de fraude de execução na esfera penal, essa decisão faz coisa julgada no cível e por consequência, não há fraude à execução no civil<sup>74</sup>.

15<sup>a</sup>). Com essas observações, pode-se, em conclusão mais abrangente, dizer que a prisão do depositário judicial que persiste ainda nos meios jurídicos, não passa de uma modalidade de prisão costumeira. Prisão costumeira, porque amparada apenas no costume, inexistindo qualquer lei escrita a contemplá-la. Não existe lei escrita e nem mesmo poderia existir, porque a Constituição Federal não admite a prisão civil ou administrativa para a espécie. A única exceção admitida pela Constituição Federal é a prisão de depositário infiel, quando se tratar de depósito típico e em obrigação principal de guardar e devolver a coisa alheia, sem qualquer relação de garantia de dívida.

16<sup>a</sup>). O ato de insubordinação do depositário judicial que descumpre o encargo é de extrema gravidade e isso não pode ser negado. Todavia, é de se reconhecer que, apesar da gravidade do ato, não se poderá apená-lo, sem lei anterior que defina essa pena. Por mais grave que seja a atuação do agente, não havendo lei anterior que defina tal comportamento como ilícito e não havendo lei anterior que comine alguma pena, não se poderá falar em punição. É o princípio da anterioridade da lei, como querem alguns, ou o princípio do devido processo legal substantivo, como querem outros.

17<sup>a</sup>). Em um país em que se pretende viver com a existência de um estado de direito, não se pode permitir que alguém seja preso sem lei anterior que defina essa pena de prisão (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal). A prisão de depositário judicial por corresponder à prisão administrativa, nem poderá ser instituída lei nesse sentido, em face da proibição constitucional de prisão administrativa (art. 5º, LXI, da CF).

18<sup>a</sup>). Que o projeto de lei 1214/03, de autoria do Deputado Luiz Bittencourt, não pode ser aprovado porque é duplamente inconstitucional. Primeiro por contrariar o Pacto Internacional de San José da Costa Rica, incorporado ao sistema constitucional brasileiro pelo Decreto nº 678 de 09-11-1992. Por segundo,

---

<sup>74</sup> Essa matéria foi tratada com maior amplitude em nosso livro: *Fraude à execução e o direito de defesa do adquirente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. \* Mestrando em Ciência Jurídica pela FUNDINOPI. Professora de Direito da University of Central Lancashire, Inglaterra. Professora do Programa de Mestrado em Direito da FUNDINOPI. Este artigo é a transcrição da palestra ministrada pela professora Bárbara Hudson aos alunos da graduação e da pós-graduação da FUNDINOPI por ocasião do início das atividades da IV turma do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica.

porque prevê a prisão do depositário judicial que não é um depositário típico, mas aquele que guarda a coisa, com a finalidade de servir de pagamento de dívida e ainda sem o devido processo legal.

19ª). O chamado depósito judicial não é depósito no sentido clássico previsto no Código Civil, configurando o depositário apenas um auxiliar do juízo, sujeito à sanção administrativa e na órbita civil somente está obrigado a responder por perdas e danos, visto que a Constituição não admite a prisão civil por dívida, fora o caso da responsabilidade por obrigação alimentar. O depósito civil não é para pagamento de dívida e o depositário pode nada dever ao depositante, guarda a coisa deste e a entrega quando solicitado. Não se trata de garantia de dívida, como no caso do depositário judicial.

20ª). Por fim, é de se concluir que inexistente lei cominando pena de prisão ao depositário judicial, tanto que existe o projeto de lei 1214/03, propondo a sua criação. No entanto, em face da atual Constituição Federal, tal projeto é inconstitucional, conforme foi apontado no corpo desse texto, porque a Constituição da República só admite a prisão administrativa em relação à prisão militar (art. 5º LXI). Da mesma forma é inconstitucional o art. 666, § 3º do CPC, agora implementado pela Lei 11.382/2006.

21ª). Diante da inexistência de lei cominando pena de prisão ao depositário judicial, não resta outra conclusão, senão a de que a prisão que se tem aplicado no caso de depositário judicial infiel, é prisão costumeira e sem amparo constitucional. E a continuidade em sua aplicação mesmo agora fundada no art. 666, § 3º do CPC, não deixa de ser inconstitucional pelos motivos aduzidos no desenvolver deste trabalho.

22ª) Ninguém pode ser preso e obrigado a cumprir pena sem lei anterior que a comine (art. 5º, XXXIX, da CF) e, nem mesmo ser preso depósito presumido (art. 659, § 5º do CPC). Se a pena de prisão civil para o depositário judicial já é inconstitucional, com maior razão o será quando se trata de depósito judicial presumido como está previsto no artigo 659, parágrafo quinto do CPC.

## Referências

ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 3ª edição. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1979.

ARAKEN DE ASSIS. *Manual de execução*. 3ª edição. São Paulo: RT. 1997.

CIRILLO, Luis Fernando. *A prisão civil do depositário judicial*. Repertório IOB. Caderno 3. pp. 159-155. São Paulo: 1ª Quinzena de abril de 2000.

DINIZ, José Janguê Bezerra, *Princípios constitucionais do processo*. Revista Consulex, p. 223. Brasília-DF. Janeiro-dezembro de 1997.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII, tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FIDELIS DOS SANTOS, Ernane. *Comentários ao CPC*. v. 6, Forense, 1978.

FREDERICO MARQUES, José. *Instituições de direito processual civil*. v. V, Campinas: Millennium, 2000.

GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HANADA, Nelson. *Ação de depósito*. São Paulo: RT, 1987.

MARMITT, Arnaldo. *A penhora*. Rio de Janeiro: Aide, 2ª edição. 1992.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Prisão civil por dívida e o pacto de San José da Costa Rica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito Internacional. Tratados e Direitos Humanos*. Rio: América Jurídica. 2001.

\_\_\_\_\_. *Prisão de depositário infiel e responsabilidade internacional do Estado*. Brasília: Correio Brasilense de 26/07/2004. p. 01.

MILHOMENS, Jônatas. *Processo de execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MOURA ROCHA, José. *Depósito (Direito judiciário)*. Enciclopédia Saraiva de Direito. v. 23. São Paulo: Saraiva, 1979.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT. 1992.

SOUZA, Gelson Amaro de. *Fraude à execução e o direito de defesa do adquirente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

\_\_\_\_\_. *Prisão civil por dívida na CF/88*. Porto Alegre: Revista Jurídica, n. 195. janeiro: 1994.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. Presidente Prudente. Datajuris, 1998.

\_\_\_\_\_. *Prisão do Depositário Judicial – Uma Prisão Costumeira no Terceiro Milênio*. RDDP. v. 19. São Paulo: Dialética, outubro de 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução*. São Paulo: LEUD, 6ª edição, 1981.

\_\_\_\_\_. *Processo de execução*. São Paulo: LEUD, 18ª edição, 1997.