

PRISÃO CIVIL E DEPÓSITO JUDICIAL

Prof. José Maria Rosa Tesheiner

Estamos a caminhar, de repente paramos, olhamos para trás, e vemos que aquilo que passou, cada vez faz mais tempo que passou. Daqui parte, para um passado cada vez mais longínquo, a longa procissão dos devedores inadimplentes, julgados... condenados... executados. Os que há mais tempo cruzaram a linha traçada pela morte caminham curvados ao peso da pior sorte. Vão arrastando grilhões¹ Vão escravizados. (2^a) Vão morrendo.(2^b)

É com seu corpo e até com sua vida que responde o devedor pelo cumprimento de suas obrigações. Eis o princípio que ilumina a execução, quando as sombras da justiça privada começam a se dissipar. Lentamente, a pouco e pouco, o princípio da execução pessoal vai perdendo o vigor. Os condenados posteriormente à Lei **Poetelia Papiria** (326 a. C.) já encontram escrita a regra de que o devedor compromete os seus bens, e não a sua pessoa, em proveito do devedor.³ (O patrimônio do homem começava a ter mais valor do que o homem...) São plebeus os que se alegram com o novo princípio (que era um princípio também porque, por muito tempo ainda subsistiriam os velhos costumes). É que os credores eram geralmente patrícios e a Lei **Poetelia**, como a das XII Tábuas, foram ambas episódios da luta de classe.⁴

Perseguiam-se os devedores para a satisfação das pretensões e o processo dava mais e dava menos que isto. Dava mais porque, como em todos os tempos, os credores não tinham apenas fome de justiça. Também tinham sede de vingança, que era saciada com uma condenação desproporcionada, vizinha da vindita. (Para isso contribuía a origi-

1. Lei das XII Tábuas (450 a. C.): "Ni iudicatum fact... secum ducto vincito aut nervo aut compedibus..."

2. Lei das XII Tábuas: a) "Tertis autem mundinis... trans Tiberim peregre venum ibant"; b) "... aut capite poenas debant. Tertis mundinis partis secanto..."

3. "Pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse."

4. Cf. SCIALOJA, Vittorio. **Procedimento Civil Romano**, Buenos Aires, Europa Améri-
rica, 1954, p. 285-9; FETIT, Eugene. **Tratado Elemental de Derecho Romano**, Bue-
nos Aires, Albatros, p. 375.

nária indistinção entre a sanção civil e a penal). E dava menos, porque toda condenação era pecuniária, não havendo possibilidade de se identificar o resultado final da execução com a satisfação do direito violado.⁵

Assim, se o depositário não restituísse a coisa, não tinha o depositante meio jurídico para obter a restituição, devendo contentar-se com receber, em substituição, a soma de dinheiro correspondente à *litis aestimatio*.⁶ O depositário não era condenado a pagar o equivalente, mas o dobro, o que revela o caráter penal da primitiva ação de depósito.⁷ E, porque se tratava de ação penal, não podia ser proposta contra os herdeiros e sucessores do devedor⁸ (tal como disporia depois, muito depois, o Regulamento 737, art. 268).

No sistema extraordinário, subsiste a execução na pessoa do devedor, mas em caráter subsidiário. O Estado substitui-se ao credor; já não o autoriza a executar. É ele, Estado, que executa. Procura-se identificar a condenação com o débito: a reparação é suficiente e desnecessário o mais, que é o castigo. Procura-se também identificar o objeto da execução com o da obrigação: busca-se, no patrimônio do condenado, precisamente aquele bem devido ao credor, sem o sacrifício da pessoa do devedor ou do seu patrimônio inteiro. Se o magistrado ordena a entrega de uma coisa e o detentor se nega a restituí-la, os agentes judiciais executam a decisão, *manu militari*. O condenado somente é preso, não sendo a coisa encontrada. Tal prisão não tem o caráter de pena: é meio coercitivo, sendo relaxada quando entregue a coisa ou pago o seu valor, estimado por árbitros.⁹

A esta prisão que não objetiva a imputação de uma penalidade ou castigo, mas compelir o faltoso ou inadimplente a cumprir determinada obrigação dá-se, atualmente, o nome de **prisão civil**.¹⁰ Distingue-se da prisão administrativa, porque esta é imposta de ofício.

5. LONGO, Giovanni Elio. Esecuzione Forzata (Diritto Romano). In: *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Torinese, 1964, v. VI, p. 713-22.
6. ASTUTI, Guido. Deposito (storia). In: *Enciclopedia del Diritto*, Varese, Giuffrè, 1964, v. XII, p. 217.
7. Id., ib., p. 212.
8. "... avendo la responsabilità carattere personale, l'actio poenalis se dirige esclusivamente contro il colpevole in persona, nè può esser diretta contro altri che lui. Quindi, il rapporto giuridico che essa esprime è sempre intrasmisibile agli eredi dal lato passivo." (BETTI, Eimilo. *Istituzioni di Diritto Romano*, 2.a ed., Padova, A. Milani, 1947, v. I, p. 302.
9. Cf. CUENCA, Humberto. *Processo Civil Romano*, B. Aires, Europa-América, 1957, página 171.
10. Impõe-se a prisão civil "para coagir o faltoso ou omissor a fazer o que é de sua obrigação ou dever, não importante, pois, em condenação criminal, uma vez que é tão somente meio legal compulsório de obter o cumprimento de determinado dever. Não é uma pena". (VIEIRA, R. A. Amaral Prisão. In: CARVALHO SANTOS, J. M., *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Rio, Borsol, v. 39, página 216.

A prisão civil, modalidade de execução pessoal, foi largamente aplicada na Idade Média e também na Moderna.

Assim como temos a penhora (ato executivo) e o arresto (ato cautelar), havia, nas Ordenações Filipinas, além da prisão em ação executória, a prisão cautelar: se algum homem demandasse outro por quantia de dinheiro, ou qualquer outra quantidade, sendo o demandado pessoa suspeita, que não possuísse bens imóveis, nem móveis que valessem tanto quanto a quantia, ou quantidade demandada, pelo que razoavelmente se podia suspeitar de sua ausência, ou fuga, mandava o juiz que o réu oferecesse caução, real ou fidejussória. Não o fazendo, seqüestrava-se qualquer coisa sua, onde quer que fosse achada e que valesse tanto quanto a coisa demandada. E não lhe sendo achada, ordenava-se a prisão.¹¹ Também na execução de sentença a prisão civil tinha caráter subsidiário, preferindo-se, sempre, a execução nos bens, ao invés da execução na pessoa do devedor. "E sendo o devedor condenado por sentença, que passe em coisa julgada, faça-se execução em seus bens. E não lhe achando bens, que bastem para a condenação, seja preso e retido na cadeia, até que pague".¹²

1.774. Neste ano, o Congresso de Filadélfia incluía o princípio da legalidade entre os direitos fundamentais do homem. Dez anos antes, BECCARIA publicara *Dei delitti e delle pene*, — grito de horror e de piedade que a Europa inteira ouviu —. Os espíritos estavam impregnados das idéias de liberdade e humanitarismo. E foi por isso que a lei portuguesa de 20 de junho de 1.774 veio tornar extremamente limitada a prisão por dívidas, estabelecendo:

"XIX. O Juiz da execução, vendo pelos Autos que o preço dos bens arrematados, constante da Certidão a eles junta... não basta (para inteiro pagamento do Credor exequente) mandará prosseguir a execução só pelo resto, tendo o devedor mais bens de alguma das três espécies, por onde possa have-lo. Porém não os tendo, nem os mostrando o Credor exequente, ou que o executado os oculta com dolo, ou malícia, mandará nos Autos, que se não prossiga mais na execução".

Diz tão pouco a letra desta lei, posto que fosse tão largo e profundo seu alcance, que é preciso ouvir os intérpretes de seu tempo, a fim de compreendê-la em seu espírito. E o que eles nos dizem é que a razão daquela piíssima lei foi o

11. Ordenações Filipinas, Livro Terceiro, Título XXXI.
12. Ordenações Filipinas, Livro Quarto, Título LXXVI, n. 1.

desterrar de todos os Júizos e Auditórios a barbaridade com que trataram aos devedores as primeiras Leis Romanas, de que ainda eram reliquias as prisões contra os devedores de boa fé; que, não havendo culpa alguma nos devedores pobres, impossibilitados de pagar pelos adversos casos da fortuna, serviam as prisões para cevarem o ódio e a vingança dos credores, e para oprimirem, contra todas as razões da humanidade, os miseráveis devedores, até darem a vida nos horrorosos cárceres em que eram detidos.¹³

Embora subsistissem, como ainda hoje, alguns casos de prisão civil, já então se podia afirmar que “a execução faz-se nos bens do condenado, não na sua pessoa.”¹⁴

Todavia, os executados em geral, e não apenas o prestador de alimentos e o depositário continuavam sujeitos à prisão. Assim é que, na Consolidação das Leis do Processo Civil, tornada obrigatória, no Brasil, em 1866, lê-se que “se a execução for retardada dolosamente por mais de três meses por embargos do executado, ou por causa deste, será o executado preso, até que finde a execução” (art. 1204); “A prisão do executado também terá lugar quando ele alienar ou ocultar os bens de modo a impedir a execução; ou quando, sendo casado e tendo bens móveis e imóveis, alienar ou ocultar aqueles, a fim de sujeitar estes à execução, e assim prejudicar a mulher” (art. 1205).

Era sumária a ação de depósito **convencional** (art. 675, § 6º). Julgada procedente, procedia-se à execução da sentença, citando-se o depositário “para entregar dentro de 24 horas a coisa depositada, ou pagar a indenização pelo uso dela sem o expresso consentimento do senhor, sob pena de prisão” (art. 782). Findo este prazo sem que o réu alegasse e provasse justa e legítima razão, era ele recolhido à prisão, e aí conservado até que fizesse a dita entrega ou pagamento (art. 783). Não se relaxava a prisão, ainda que o réu oferecesse caução (art. 784).

A ação de depósito **judicial** era executiva.¹⁵ Citava-se o réu para entregar a coisa depositada dentro de 24 horas, sob pena de prisão (art. 1189). Se dentro deste prazo não entregasse a coisa depositada, ou não pagasse a indenização pelo uso dela sem o expresso consentimento do senhor, era preso até que cumprisse esta obrigação, salvo se alegas-

se justa e legítima razão (art. 1190). O oferecimento de caução, fosse real ou fidejussória, não obstava à prisão (arts. 1191 e 784, combinados).

Na vigência do Decreto nº 737, de 25-11-1850, a ação de depósito visava a restituição e entrega do depósito. Legitimado passivamente para a causa era apenas o depositário, excluídos, portanto, seus herdeiros e sucessores (art. 268). Na petição inicial, instruída com a escritura ou escrito de depósito (art. 270), solicitava-se a citação do réu para entregar, em 48 horas, o objeto do depósito, ou o seu equivalente, sob pena de prisão (art. 269). O réu podia opor embargos, restritos às alegações de falsidade e de roubo ou perecimento do objeto por caso fortuito ou força maior, ocorridos antes da mora (art. 273). Tais embargos, porém, não eram admitidos sem o prévio depósito do equivalente (artigos 272 e 276). Nada alegando o réu, expedia-se o mandado de prisão, ao qual nada obstava, senão o depósito do equivalente (art. 275). Rejeitados os embargos, entregava-se ao autor o equivalente depositado, não obstante quaisquer recursos (artigo 277).

O depositário judicial estava sujeito à ação de depósito,¹⁶ inclusive o executado que se tivesse tornado depositário.¹⁷

Compõe-se a norma penal de uma hipótese de incidência, que é o fato definido como crime, e de um preceito, que é a pena. É o que está subentendido no artigo 1º do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Perseguindo objetivos diferentes, a lei penal tendeu a acolher a privação da liberdade como o preceito, por excelência, ao mesmo tempo que a lei civil a empurrava para fora de seus domínios.

Para a proteção da liberdade do homem, não bastava afirmar-se, no Direito Penal: não há pena sem crime, nem crime sem lei. Era necessário que a pena de prisão se tornasse exclusiva do Direito Penal: se não há crime, não há prisão. Ou, em outras palavras: ninguém pode ser apriacionado por dívidas de caráter puramente civil.¹⁸ Este passo em frente foi dado pela Constituição brasileira de 1934:

13. Assento das Casas da Suplicação e do Cível, n. 299, de 18-8-1774.

14. PEREIRA E SOUSA, Joaquim José Caetano. *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, 3.a ed., Lisboa, Rollandiana, 1825, t. III, p. 48.

15. RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das Leis do Processo Civil Comendata*, 3.a ed., Rio, J. R. dos Santos, 1915, p. 629, Com. DCXLIX.

16. MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil*, 2ª ed., S. Paulo, Duprat, 1905, v. III, p. 315; FRAGA, Affonso. *Theoria e Pratica na Execução das Sentenças*, S. Paulo, C. Teixeira, 1922, p. 197.

17. FARIA, Antonio Bento de. *Código Commercial Brasileiro Annotado*, 2ª ed., Rio, J. R. dos Santos, p. 826.

18. Constituição do México, de 1917, artigo 178.

“Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas” (art. 113, 30).¹⁹

Entendeu-se, todavia (conquanto não pacificamente), que a Constituição apenas vedava a prisão como pena civil, admitindo-a quando fosse mero meio coercitivo.²⁰ Assim é hoje, limitada, porém, sua aplicação ao depositário infiel e ao devedor inadimplente de alimentos.²¹

No vigente Código Civil, a ação de depósito visa a restituição do objeto depositado (art. 366). Sua finalidade, porém, não basta para a definição, porque o mesmo fim pode ser obtido através de ação ordinária que condene o depositário a restituir. Nem é suficiente afirmar-se que se trata de ação executiva, porque executiva é também a ação de reintegração de posse — proponível contra o depositário — pois, recusando-se a restituir, pratica esbulho. O que caracteriza a ação de depósito é a prisão (arts. 367 e 369).

Basta, porém, o depósito do equivalente para obtá-la (arts. 3667 e 370, § único) e nem por isso ter-se-á atingido sua finalidade, que é a restituição do objeto depositado (artigo 366). Ora, “o credor de coisa certa não pode ser obrigado a receber outra, ainda que mais valiosa”. (Cód. Civil, art. 863). Por isso, condenado o réu, “ou se expede mandado de busca e apreensão (art. 993), ou se levanta o depósito, cabendo alternativa a favor do autor”.²² O depósito do equivalente evita a prisão, mas não transforma em alternativa a obrigação do devedor.²³

O depositário em virtude de nomeação pelo juiz é depo-

sitário em depósito necessário.²⁴ Cabível, pois, a ação de depósito (Código Civil, art. 1287).²⁵

Não são idênticas as situações do depositário público e do nomeado pelo juiz, tanto que este tem a posse dos bens depositados e aquele não, já que “não é possuidor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”. (Código Civil, art. 487).

O depositário público está sujeito à prisão administrativa, decretável de ofício, portanto. O nomeado pelo juiz está sujeito à prisão civil, dependente, pois, do exercício do direito de ação.²⁶

Independentemente de ação, pode o juiz determinar a busca e apreensão do bem, se o depositário judicial se recusa a entregá-lo.²⁷

O juiz da execução é o competente para a ação de depósito, quando judicial (art. 367, § único). Legitimado ativamente é quem quer que tenha pretensão à apresentação ou entrega do objeto (exequente, arrematante etc.).

Afirmou-se que “a prisão do depositário infiel só pode ser pedida em ação de depósito, e não nos autos da ação em que foi depositada a quantia cuja devolução se pretende”.²⁸ O problema não pode ser posto nestes termos. Se alguém pede ao juiz determinada prestação jurisdicional (prisão, por exemplo) e o réu é chamado a juízo, abrindo-se-lhe a possibilidade de se defender, ação existe. O fato de processar-se esta ação em autos de outra, ou em apartado, é irrelevante.²⁹

19. Omissas as Constituições de 1891 e de 1937. Nas Constituições de 1946 (art. 141, § 32) e de 1967 (art. 150, § 17), se lia: “Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei”.

20. “O que a Constituição proíbe é a pena de prisão por não-pagamento de dívidas, de multas ou de custas, e não a prisão como meio para impedir que o que tem a posse imediata de algum bem se furte à entrega dele. A dívida proveniente de alcance em prestação de contas não autoriza a prisão civil (...); se a lei a permitisse, violaria o art. 113, 30). Não assim em se tratando de depositário infiel, — porque, então, é simples meio coercitivo para a entrega de bens ilegítimamente detidos e restrita a um ano, nos termos do Código Civil, art. 1287”. (PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*, Rio, Guanabara, 1936, t. II, p. 254).

21. Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, art. 153, § 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”.

22. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio, Forense, 1959, página 434-5.

23. Acórdão da Quarta Câmara Civil do Tribunal de Alçada de São Paulo, em 10-9-62, confirmado pelo Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, em 13-08-63. *Revista dos Tribunais*, v. 345, p. 437; v. 355, p. 372.

24. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoli, 1963, t. XLII, página 392-3.

25. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de XProcesso Civil*, 2ª ed., Rio, Forense, 1959, t. V, p. 434; MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, 2ª ed., Rio, Forense, 1963, v. V, p. 207; CASTRO. *Amílcar de. Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio, Forense, 1963, v. X, t. 10, p. 244; AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1959, v. 2º, p. 175.

26. Quarta Câmara do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em 23-12-70. *Revista dos Tribunais*, v. 424, p. 175; Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Paraná, em 13-9-67. *Revista dos Tribunais*, v. 394, p. 306.

27. DUARTE, Arnaldo Rodrigues. Parecer. In: ALEXANDRE DE PAULA. *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*, Rio, Forense, v. 31, p. 1372, ementa 36.005-B2.

28. Acórdão unânime da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de ... 7-10-60. In: ALEXANDRE DE PAULA. *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*, Rio, Forense, v. 30, p. 1.314, ementa 35.911.

29. Tradando-se de depósito judicial, pode o autor requerer a notificação (rectius: a citação) do depositário, nos autos da ação executiva, sob pena de prisão. “Todavia, em se tratando de depósito dessa natureza, adotou o apelante caminho longo, quando recorreu à presente ação, pois, podia requerer a notificação do depositário, nos autos principais da ação executiva, para exibir os bens depositados, ou seu equivalente, sob pena de prisão (art. 1287 do Código Civil). Assim tem sido julgado (“Rev. dos Tribs.”, vols. 68/51; 84/363; 94/466; 124/71; 129/495; 133/525; 168/595 e 298/87; “Rev. Forense”, vol. 113/442). Alexandre de Paula transcreve decisão do Tribunal Mineiro, no mesmo sentido, isto é, tratando-se de depósito judicial e não particular ou decorrente de contrato, o depositário infiel está sujeito a prisão por simples mandado do juiz, sem ser necessária a 1953/1954, § 20.888”. (Quarta Câmara do Tribunal de Alçada Civil de São precedência da ação de depósito (“O Processo Civil à Luz da Jurisprudência”,