XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E ESTRATÉGIA

FREDERICO DE ANDRADE GABRICH

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

A939

Autonomia privada, regulação e estratégia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Frederico de Andrade Gabrich, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-077-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E ESTRATÉGIA

Apresentação

A necessidade crescente de promoção do desenvolvimento econômico sustentável, contraposta com a significativa regulação da atividade econômica, com o aumento da intervenção do Estado nos negócios e com a excessiva judicialização dos fenômenos jurídicos, são questões relevantes, contemporâneas e integram a base de diversos problemas científicos e práticos que envolvem as abordagens das tensões entre autonomia privada, regulação e estratégia.

Essa situação exige que o Direito seja reconhecido não apenas como ciência e instrumento legítimo de solução de conflitos, mas como elemento fundamental de estruturação dos objetivos das pessoas (naturais e jurídicas) e das organizações (privadas e públicas), para que estas realizem os seus objetivos estratégicos com o menor custo e com a maior eficiência possível, respeitados os limites normativos, filosóficos e éticos decorrentes do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, é fundamental o desenvolvimento de ideias inovadoras no âmbito da ciência do Direito, bem como a análise, a reflexão e a crítica propositiva de questões estruturantes, tais como, dentre outras: os limites da intervenção estatal na atividade econômica e na autonomia privadas; a normatividade contemporânea e a estruturação lícita dos negócios e dos mercados globalizados; a liberdade de contratar; a interpretação finalística e contemporânea dos institutos clássicos do direito privado; o confronto entre a autonomia privada e o interesse público; a dicotomia entre a propriedade privada e a função social da empresa; as relações entre as empresas, o Estado e as organizações do terceiro setor; a composição de interesses privados e públicos nos mercados; a ineficiência dos instrumentos de controle da atividade econômica; as parcerias entre o público e o privado; as relações entre os modelos de negócios, o planejamento empresarial, a gestão estratégica das organizações e a eficiência dos planejamentos jurídicos (tributários, societários, contratuais, trabalhistas etc); o uso de estruturas jurídicas tipicamente privadas para organização da atividade estatal; a dominação de mercados e a livre concorrência; as combinações de negócios, fusões e aquisições; a liberdade de agir, de pensar, de informar e de ser informado, de empreender.

Por essa razão, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Conpedi, em seu XXIV Congresso Nacional, ocorrido de 11 a 14 de novembro de 2015, em Belo

Horizonte, organizado em conjunto e sediado pelas Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Fundação Mineira de Educação e Cultura - Universidade FUMEC e Escola Superior Dom Helder Câmara, decidiram, muito oportunamente, por adotar entre os seus quase setenta grupos de trabalho, um que fosse destinado a cuidar especificamente dessas matérias de Autonomia Privada, Regulação e Estratégia. O fruto dos esforços nele desenvolvidos são aqui ofertados à Comunidade Acadêmica e Científica, com a convicção de servir não apenas de subsídio a estudos nessas áreas, mas, sobretudo, de estímulo e provocação a uma reflexão que se mostre sempre livre, crítica e útil a contribuir para construir uma sociedade melhor.

Prof. Dr. Frederico Gabrich - FUMEC Prof. Dr. Rogério Luiz Nery da Silva - UNOESC

Programa de Mestrado em Direito da Universidade Fumec Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina

CONTRATO DE DEPÓSITO: NOVAS PERSPECTIVAS EM RAZÃO DE ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

DEPOSIT AGREMENT: NEW PERSPECTIVES ON CHANGE REASON LEGISLATIVE AND A FEDERAL CONSTITUTION

Ana Paula Meirelles de Oliveira
Franco Giovanni Mattedi Maziero

Resumo

O objetivo do presente trabalho é analisar se o contrato de depósito sofrerá alterações em razão do novo Código de Processo Civil, publicado no dia 16 de março de 2015, com vacatio legis de um ano. Inicialmente, abordamos sobre o que seria o contrato de depósito, bem como suas modalidades. Feito isso, analisamos a ação de depósito, elencando os legitimados passivos e ativos, natureza jurídica, além de listarmos todas as suas peculiaridades. Após a análise do procedimento da ação de depósito, discutimos a respeito da atual não possibilidade da prisão do depositário infiel e as justificativas para embasarem tal entendimento, sendo que a edição da Súmula Vinculante n° 25 do Supremo Tribunal Federal e a Súmula 419 do Superior Tribunal de Justiça já vem sofrendo algumas críticas em razão de seus fundamentos e em virtude de sua abrangência. Por fim, falamos a respeito da não inserção de capítulo próprio para a ação de depósito no novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Ação de depósito, Características, Procedimento, Prisão, Depositário infiel, Código de processo civil

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this study is to analyze if the deposit agrément will be changed by the the new Civil Procedure Code, published on March 16, 2015, with legis vacatio of a year. Initially, we discussed about what would be the deposit agrément, and their terms. Then, we analyze the deposit action, listing the legitimate liabilities and assets, legal, and we list all its peculiarities. After analyzing the deposit action procedure, we discussed about the current no possibility of arresto f na unfaithful trustee and the reasons for such restrictions such understanding, and the issue of Binding Precedent N. 25 of the Supreme Court and the Precedent 419 of the Superior Court has already suffered some criticismo due to its grouds and because of its scope. Finally, we talked about not own chapter insert for filing suit in the new Civil Procedure Code.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Deposit action, Characteristics, Procedure, Prision, Infidel depositary, Civil procedure code

1) Introdução

A ação de depósito já teve muita importância em nosso ordenamento jurídico, principalmente em razão de sua natureza jurídica, de seu procedimento célere e também em virtude da famigerada figura do depositário infiel e da possibilidade de sua prisão civil.

Todavia, a partir de 1994, essa ação - que está localizada na parte de procedimentos especiais no nosso Código de Processo Civil, artigos 901 a 906 – começou a perder espaço e importância, chegando ao ápice da decadência com o implemento do novo Código de Processo Civil, em que o procedimento especial da ação de depósito deixou de existir, não havendo mais qualquer estipulação específica acerca desse procedimento.

No presente trabalho, iremos abordar a respeito do contrato de depósito, assim como a ação de depósito que ainda está vigente em nosso ordenamento jurídico. Falaremos a respeito dos pressupostos da ação de depósito, sua natureza jurídica, legitimidade ativa e passiva, procedimento, respostas do réu e sentença.

Em seguida, analisaremos a figura do depositário infiel e a possiblidade ou não de sua prisão civil, principalmente após a entrada em vigor em nosso ordenamento jurídico do Decreto n° 678, de 06 de novembro de 1.992, que ratifica as disposições do Pacto de São José da Costa Rica, de 1969. Faremos uma abordagem desse tema levando-se em conta tanto os aspectos constitucionais, como os aspectos infraconstitucionais.

Por fim, verificaremos como a ação de depósito será tratada no Novo Código de Processo Civil, haja vista que a mesma não está mais disposta expressamente, como acontece com o nosso atual Código.

2) Da Ação de Depósito no Código de Processo Civil de 1973

Antes de adentrarmos especificamente na ação de depósito, é importante conceituarmos o que seria o depósito. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, “Ocorre o vínculo jurídico do depósito quando alguém se encarrega da guarda de coisa corpórea alheia, com a obrigação de restituir” (2010, p. 45).

Dessa forma, o depósito se mostra configurado quando alguém entrega coisa corpórea a outrem, sendo que esse se obriga a guardar e restituir a coisa dada em depósito. O contrato de depósito é real, somente se aperfeiçoando com a entrega da coisa, além de ser, regra geral, gratuito. Em regra, também somente pode ser celebrado quando falamos de coisas móveis, todavia, é possível o depósito de bens imóveis nos casos de depósito de coisa litigiosa ou de

sequestro judicial, que são figuras equiparadas ao depósito voluntário (MARINONI, ARENHART, 2013, p. 65).

Existem, segundo a doutrina e a própria lei, várias formas de depósito:

> "Tem-se, inicialmente, o depósito voluntário, que decorre da vontade das partes, celebrado sempre por contrato escrito, e que visa ao fim acima descrito. De outro lado, é possível conceber o depósito obrigatório (ou, para usar a expressão do CC/2002, necessário). Este decorre ou da imposição do dever legal ou é imposto em razão da ocorrência de alguma calamidade pública (caso em que recebe a denominação de depósito miserável). Finalmente, existe ainda o depósito judicial, que é aquele praticado por determinação judicial, para permitir a prática de atos processuais, a exemplo do depósito de bens penhorados (art. 666 do CPC) ou de bens arrestados ou sequestrados (v.g., arts. 821 e 842 do CPC) (MARINONI, ARENHART, 2013, p. 65 e 66).

Além dos tipos já mencionados pelos doutrinadores citados, há ainda o depósito regular, que é aquele relacionado a bens móveis infungíveis, e o depósito irregular, que é aquele que recai sobre bens móveis fungíveis, consumíveis, que são substituíveis por bens de mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Feito um breve resumo sobre o que seria o conceito de depósito, bem como sobre o contrato de depósito e suas modalidades, é interessante abordamos a respeito da ação de depósito propriamente dita.

A ação de depósito está arrolada nos artigos 901 a 906 do Código de Processo Civil e está localizada na parte de procedimentos especiais de nosso código.

Em que pese o nome dessa ação ser "ação de depósito", na verdade, seu objetivo não é efetivar o depósito e, sim, que haja a restituição do bem depositado.

A natureza jurídica da ação de depósito é bastante interessante, pois, ao ajuizar a demanda e obter provimento, não há apenas o deferimento do pedido condenatório, declarando que o réu deve devolveu ao autor o bem depositado. Por força da própria sentença, nos termos do artigo 904, julgada procedente a ação, o juiz ordenará que, em 24 (vinte e quatro) horas, haja a expedição do mandado para a entrega da coisa ou do equivalente em dinheiro (BRASIL, Lei n° 5.869 de 11 de janeiro de 1973).

Diante disso, podemos concluir que a natureza jurídica da ação de depósito é ação executiva, em que pese também conter elementos de ação condenatória. Segundo Humberto Theodoro Júnior (2010, p. 48):

> "Observa então Pontes de Miranda que a ação de depósito contém elemento de condenação, a forte dose, mas é ação executiva."
> (...)
> Para atender à pretensão real do depositante, isto é, pretensão à coisa depositada, a lei processual joga com técnicas variadas, tanto de condenação como de coação e execução, mas o cunho marcante do sistema escolhido é, sem dúvida, voltado

> totalmente para um fim executivo típico, qual seja, o de dar realidade a uma restituição forçada.[1]

Todavia, a ação de depósito vem perdendo espaço em nosso ordenamento jurídico brasileiro, em razão da criação das técnicas de proteção específica das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, nos termos dos artigos 461 e 461-A do CPC.

Antes da criação desses artigos, realmente, era muito interessante o ajuizamento da tutela específica de ação de depósito, haja vista que não havia necessidade de se ajuizar a ação de conhecimento declarando a existência do depósito, para, somente então, ajuizar demanda executória, procedimento esse muito lento.

Com a criação dos artigos supramencionados, especialmente o artigo 461-A, que fala sobre a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, já especifica prazo para o cumprimento da obrigação de entregar a coisa. Em razão disso, o procedimento da ação de depósito, na prática, deixou de ser um procedimento especial e passou a ser a regra geral, não havendo mais razão para ser individualmente intitulado em nosso CPC.

Inclusive, conforme será abordado posteriormente, o Novo Código de Processo Civil deixou de abordar especificamente sobre a ação de depósito, devendo aquele que pretende ver restituída a coisa entregue em depósito se valer do artigo relativo à tutela específica de entrega de coisa para satisfazer o seu direito de restituição.

Analisada a natureza jurídica dessa ação, bem como seu esvaziamento em decorrência da criação, mais especificamente, do artigo 461-A do CPC, é importante sabermos quem são os legitimados para a demanda.

No polo ativo, o depositante pode ajuizar a ação de depósito mesmo que ele não seja o proprietário da coisa. O proprietário também pode ser o autor da demanda, já que um dos pressupostos inerentes à propriedade é o direito de reaver a coisa, nos termos do artigo 1.228 do Código Civil.

No polo passivo, estará o depositário infiel, que é aquele a quem a coisa foi confiada. O depositário pode ser tanto pessoa física quanto jurídica. No caso de pessoa jurídica, as sanções podem ser aplicadas ao seu representante legal ou à pessoa incumbida de ser a depositária. Há quem entenda, também, que os herdeiros e sucessores do depositante também adquirem legitimidade para essa ação (JUNIOR, 2010, p. 51).

Feito isso, passaremos a analisar o procedimento da ação de depósito arrolada em nosso CPC.

2.1) Do Procedimento da Ação de Depósito

O procedimento da ação de depósito começa, por óbvio, com a distribuição do processo. A petição inicial dessa ação, nos termos do artigo 902 do CPC, deve vir instruída com a prova literal do depósito, além da estimativa do valor da coisa.

Inicialmente, é imperioso frisar que a ação de depósito deve cumprir com os requisitos dos artigos 282 e 283 do CPC, além dos requisitos específicos abordados acima.

Em que pese a regra geral do contrato de depósito é ser o mesmo escrito, o nosso CPC não exigiu especificamente o contrato de depósito como prova literal de sua existência, bastando apenas a prova literal do depósito.

Humberto Theodoro Júnior (2010, p.50) menciona essa questão em seu livro, senão vejamos:

> A lei, no entanto, não impõe à prova do depósito formalidades sacramentais ou substanciais, de sorte que a escrita, in casu, apresenta-se tão apenas como exigência ad probationem. Não se trata, pois de um escrito com conteúdo de contrato assinado, na forma do art. 135 do Código Civil de 1.916 (CC de 2002, art. 221). Qualquer documento onde se ache claramente enunciado o vínculo de depósito e descrito o seu objeto é suficiente para os fins do art. 902. Assim, a prova literal reclamada pela lei tem apenas o sentido de prova escrita, que tanto pode ser um contrato particular como uma ficha, um cartão, um recibo de depósito, etc.

Importante entendimento é o de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2013, p. 69 e 70) que entendem que, mesmo não havendo prova literal do contrato de depósito, é possível a obtenção da tutela pretendida a partir da aplicação do 461-A do CPC:

> Será, todavia, razoável determinar-se a extinção do processo liminarmente, apenas porque falta ao autor da demanda a prova literal (ou seja, documental) do depósito? Deve-se ter em mente que a falta dessa prova específica, embora impeça (em termos formais) o ajuizamento de ação de depósito, não inviabiliza a propositura da ação de tutela específica, contemplada pelo art. 461-A do CPC. Haveria, então, manifesto formalismo exacerbado na imposição absoluta da exigência em questão, já que – como antes mencionado – o que ficaria inviabilizado ao autor seria simplesmente ajuizar uma demanda chamando-a de "depósito", nada lhe impedindo de promover ação outra – e com os mesmos (senão mais eficientes) mecanismos de indução e sub-rogação – para a recuperação do bem.

Ao levarmos em consideração a criação do artigo 461-A do CPC, realmente, a ação de depósito, com todos os seus requisitos, entre eles, a prova literal da existência do depósito, perde espaço. Todavia, não se pode olvidar que a ação de depósito é um procedimento especial com prazos diferenciados. Dessa forma, se o autor não possui a prova literal do depósito, é

possível a via alternativa do artigo 461-A, todavia, através do procedimento ordinário, mais moroso que o procedimento da ação de depósito.

Ademais, ao levarmos em conta que o procedimento especial se intitula “ação de depósito”, nada mais natural que se exija a comprovação de que houve um contrato de depósito. Dessa forma, acreditamos que o entendimento de Humberto Theodoro Júnior seja o mais acertado. O CPC não exige um contrato formal assinado, apenas provas escritas de que houve o depósito.

Se considerarmos que o Código Civil exige prova escrita do depósito (pelo menos o gratuito), não há tamanho formalismo em se exigir alguma prova documental para comprovar sua existência. Nesse aspecto, ousamos discordar do ilustre doutrinador Luiz Guilherme Marinoni. A ação de depósito exige a prova literal, para, justamente, ter o seu procedimento mais célere. Não havendo prova documental, é possível o ajuizamento da ação ordinária, mais demorada.

Destarte, não há formalismo exacerbado na exigência da prova literal. Se o autor possui essa prova, a ação é a de depósito, mais simples e, teoricamente, mais célere. Se o autor não possui essa prova, há uma alternativa, que é o ajuizamento da demanda nos moldes do artigo 461-A, através do procedimento ordinário, mais lento.

Talvez poderíamos dizer que isso seria uma espécie de sanção, uma pena para o depositante que não se precaveu ao não produzir a prova literal do depósito: o ajuizamento de uma demanda mais morosa, em que o autor demorará mais tempo para reaver a coisa, se é que conseguirá produzir a prova necessária para comprovar o depósito.

Com a apresentação da petição inicial, nos termos do próprio artigo 902 do CPC, o réu será citado para, no prazo de 05 (cinco) dias, entregar a coisa, depositá-la em juízo, consignar-lhe o equivalente em dinheiro; ou contestar a ação.

Caso o réu entregue a coisa, há a satisfação do direito do autor, com consequente perda do objeto, não havendo razão para a continuidade do processo. Entregando a coisa, o réu acaba por reconhecer a pretensão do autor, havendo a extinção do processo com resolução do mérito, incumbindo ao réu o pagamento de todas as custas processuais e honorários advocatícios.

O réu também pode depositar a coisa em juízo, o que significa que o réu não concorda com a pretensão autoral. O réu deposita o bem como garantia e, automaticamente, contesta a demanda. Com isso, exerce seu direito de defesa sem estar sujeito a eventuais ônus pelo possível não cumprimento de prestação assumida. (MARINONI, ARENHART, 2013, p. 71).

A terceira possibilidade é o depósito do valor correspondente ao bem. Nesse caso, houve o perecimento do bem, seu desaparecimento ou qualquer motivo que impossibilite ao réu

a devolução da coisa propriamente dita. O réu deve depositar a quantia correspondente ao valor do bem e também deve contestar a ação, justificando a impossibilidade de sua restituição em razão de seu perecimento.

O autor pode concordar, havendo a extinção do processo com resolução do mérito, em razão do reconhecimento, pelo réu, do pedido do autor. Nesse caso, da mesma maneira que na entrega de coisa, o réu será responsável pelos honorários advocatícios e custas processuais. Se o autor não concordar, seja porque acredita que o bem não pereceu, seja porque não concorda com o valor depositado, o processo segue seu rito normal, até a decisão final do juiz.

O réu também pode contestar independentemente de qualquer tipo de depósito, sendo possível, segundo doutrina majoritária, o oferecimento de exceções e de reconvenção (MARINONI, ARENHART, 2013, p. 72).

Com o oferecimento da contestação, o processo segue através do rito ordinário, nos termos do artigo 903 do CPC.

Julgada procedente a ação de depósito e não estando a coisa ou o valor em dinheiro depositado em juízo, nos termos do *caput* do artigo 904 do CPC, o juiz expedirá mandado para a entrega do bem ou do valor correspondente, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Conforme já mencionado, essa sentença, apesar de condenatória, é eminentemente executiva e é um dos grandes motivos para se considerar essa ação como um procedimento especial.

3) Da Prisão do Depositário Infiel e a Supralegalidade do Pacto de San José da Costa Rica no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A questão mais controvertida que está relacionada com a ação de depósito é a possibilidade – ou não – de prisão civil do depositário infiel.

O artigo 904, parágrafo único, do CPC assim estipulou a pena para o depositário infiel em caso de não entrega do bem depositado ou o equivalente em dinheiro no prazo de 24 horas:

> Art. 904. Julgada procedente a ação, ordenará o juiz a expedição de mandado para a entrega, em 24 (vinte e quatro) horas, da coisa ou do equivalente em dinheiro.
> Parágrafo único. Não sendo cumprido o mandado, o juiz decretará a prisão do depositário infiel.((BRASIL, Lei n° 5.869 de 11 de janeiro de 1973)

Pela leitura do dispositivo de lei colacionado, é perfeitamente possível a prisão do depositário infiel em caso de não cumprimento do mandado, sendo que o tempo de prisão é de até 01 ano, nos termos do artigo 902, §1º, do CPC.

Todavia, como bem ressalta Humberto Theodoro Júnior (2010, p. 54), a pena tem caráter coercitivo, bastando a entrega da coisa para que haja a cessação da prisão:

> "Por não se tratar de pena propriamente dita, e sim de meio coercitivo, a prisão só deve durar enquanto persistir o inadimplemento da obrigação do depositário, de sorte que se, mesmo antes do término do prazo de duração assinalado pelo juiz, ocorrer a restituição da coisa depositada ou seu equivalente em dinheiro, suspensa será, incontinenti, a medida restritiva de liberdade."

Essa ideia da prisão civil do depositário infiel também está estipulada em nossa Constituição Federal:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988);

Diante disso, tanto a nossa Constituição Federal, como o nosso código de processo civil possibilitavam a prisão do depositário infiel.

Todavia, sempre houve muitas críticas em relação a esses dispositivos, em razão do rigorismo dessa medida e principalmente pelo fato da ideia da prisão civil do depositário infiel violar normas de tratados internacionais.

Sob esse fundamento, tanto doutrina como jurisprudência começaram a questionar a constitucionalidade do artigo 904, parágrafo único do CPC, principalmente após a entrada em vigor, em nosso ordenamento jurídico, do Decreto n° 678, de 06 de novembro de 1992, que ratifica o Pacto de São José da Costa Rica, celebrado em 22 de novembro de 1969 e o coloca como norma vigente a ser cumprida por todos os brasileiros.

Nesse aspecto, é interessante falarmos um pouco a respeito sobre os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e sua natureza jurídica.

O artigo 5º, parágrafo 3º, de nossa Magna Carta estipula que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. É importante ressaltar que esse parágrafo foi inserido em nossa Constituição com a Emenda Constitucional nº 45/2004.

Ocorre que o Decreto 678/1992, apesar de tratar de matéria de direitos humanos, é anterior à EC 45/2004. Nesse caso, como ela não ingressou em nosso ordenamento jurídico

respeitando a regra de votação das emendas constitucionais, ela não terá natureza de emenda constitucional. Então, qual será sua natureza jurídica?

Como bem elucida Pedro Lenza (2012, p. 608) em sua obra, os tratados ou convenções de direitos humanos, anteriores à EC 45/2004, que não forem aprovados em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, terão natureza de norma supralegal, conforme posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

> "Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pela regra anterior à Reforma e desde que não forem confirmadas pelo quórum qualificado: malgrado posicionamento pessoal desse autor, já exposto, para as provas, seguindo o entendimento do STF, terão natureza supralegal."

Diante desse entendimento do STF, podemos concluir que o Pacto de São José da Costa Rica, consolidado através do Decreto 678/1992, é norma que está acima da legislação infraconstitucional, porém abaixo das normas constitucionais.

Sendo assim, ele não pode violar normas previstas na Constituição Federal, todavia, as normas infraconstitucionais devem respeito ao Pacto, por serem inferiores hierarquicamente a ele.

Pedro Lenza (2012, p. 612) assim esposou a conclusão do Douto Ministro Gilmar Mendes acerca da natureza jurídica do Decreto 678/1992 e da possibilidade ou não da prisão do depositário infiel, *in verbis*:

> Concluindo, entendeu que a previsão, pelo Pacto e pela Convenção internacional, da prisão por dívida exclusivamente para o devedor de alimentos "tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados, em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-lei 911, de 1º de outubro de 1.969.
>
> Finalmente, entendeu que a prisão civil do devedor fiduciante afronta o princípio da proporcionalidade, na medida em que existem outros meios "processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, bem como em razão de o DL 911/69, na linha do que já considerado pelo relator, ter instituído uma ficção jurídica ao equiparar o devedor-fiduciante ao depositário, em ofensa ao princípio da reserva legal proporcional" (inf.449/STF).

Pelo entendimento do STF, explanado através do Ilustre Ministro Gilmar Mendes, não haveria que se falar mais em prisão civil do depositário infiel, seja em razão do Código Civil,

através do contrato de depósito, seja pela alienação fiduciária estabelecida no Decreto 911/69. Isso ocorre, pois, apesar da Constituição Federal falar sobre a possibilidade de prisão do depositário infiel, seu procedimento está previsto na legislação infraconstitucional. Dessa forma, não é possível a legislação infraconstitucional tratar sobre o tema, apesar de nossa Carta Magna prever a figura, não tendo a prisão do depositário infiel, por conseguinte, aplicabilidade.

Em razão dessa decisão, a súmula 619 do STF foi cancelada e foi estabelecida a súmula vinculante n° 25 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, SV 25. Relator Ministro Celso de Melo, 2010), que prevê o seguinte:

> **Súmula Vinculante 25**
> É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

Também em razão dessa decisão, foi criada, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), a súmula 419 (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Súmula 419. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, 2010), senão vejamos:

> **Súmula 419**
> Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel.

Ademais, pela decisão do STF, considera-se a prisão do depositário infiel desproporcional, já que existem outros meios processuais e executórios capazes de compelir o devedor/depositário a entregar o bem ou ressarcir o valor correspondente. Nesse caso, a prisão seria um meio muito rigoroso para aquele que descumpre seu papel de depositário do bem.

Ao analisarmos detidamente a possibilidade de prisão do depositário infiel, realmente, nos dias de hoje, a mesma não faz mais sentido. Não pode o indivíduo ser condenado a pagar com sua vida, com seu corpo ou com sua liberdade, em razão de questões de natureza patrimonial. Conforme já afirmado pelo próprio STF, existem diversos meios processuais e executórios para compelir o devedor/depositário a entregar o bem, ou, na sua impossibilidade, o ressarcimento do correspondente em dinheiro.

A título de exemplo, no caso daquele que foi nomeado como depositário na esfera judicial – o chamado depósito judicial – em caso de descumprimento de seu *múnus* publico, pode responder pelo crime de desobediência, com pena de detenção de quinze dias a seis meses e multa, nos termos do artigo 330 do Código Penal.

Contudo, não podemos concordar com o posicionamento do STF, no que concerne à justificativa para a não prisão do depositário infiel, com base no fato do Pacto de São José da

Costa Rica ser norma supralegal, que impediria a aplicabilidade das normas infraconstitucionais.

Ora, conforme afirmado pelo Ilustre Ministro Gilmar Mendes, o Decreto 678/1992 é uma norma supralegal, ou seja, ela está acima das normas infraconstitucionais, porém, é hierarquicamente inferior à nossa Magna Carta.

A Constituição Federal estipula que é possível a prisão civil em dois casos: devedor de alimentos e depositário infiel. E as normas infraconstitucionais, como o Código Civil e o Código de Processo Civil, por exemplo, estipulam como isso será feito.

Se existe uma norma que é hierarquicamente inferior às normas constitucionais, estipulando a não possibilidade da prisão do depositário infiel, sendo que a nossa Constituição arrola a possibilidade da prisão, a conclusão é simples: a norma infraconstitucional que coloca a impossibilidade de prisão do depositário infiel é inconstitucional, pois vai de encontro ao que é estipulado na Carta Magna!

Se a Constituição da República estipula a possibilidade da prisão do depositário infiel e o Pacto de São José da Costa Rica fala justamente o contrário, sendo norma infraconstitucional, independentemente de ser uma norma supralegal, esse artigo do Decreto 678/1992 é inconstitucional.

Não se pode admitir que essa norma seja aceita em nosso ordenamento jurídico com status constitucional, sendo que não é.

O Douto Ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu voto na decisão que impossibilitou a prisão do depositário infiel, realmente estava correto ao afirmar que o Decreto estava acima das normas legais, tendo status de supralegalidade e que, em razão disso, não seria possível a aplicação dos dispositivos legais que tratavam da prisão do depositário infiel.

Mas o Nobre Ministro se olvidou acerca do controle de constitucionalidade a ser feito entre o Decreto 678/1992, norma supralegal, e a Constituição Federal, nossa norma maior. Ao fazer esse controle, não restam dúvidas de que esse dispositivo do Pacto de São José da Costa Rica não poderia ter sido aceito em nosso ordenamento jurídico, por ser inconstitucional, em razão de violar o artigo 5º, LXVII.

Não bastasse o exposto, mesmo se o Pacto de São José da Costa Rica tivesse sido aprovado em dois turnos sucessivos, por três quintos dos membros das casas legislativas, não se poderia falar em retirada da prisão do depositário infiel, em razão do entendimento majoritário de doutrina e jurisprudência que acredita que todo o artigo 5º de nossa Constituição é cláusula pétrea, não podendo esse ser alterado ou ser retirado do ordenamento jurídico.

Diante disso, concordamos que a prisão do depositário infiel é inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade, já que existem outros recursos que podem compelir o depositário a devolver o bem.

Todavia, não podemos aceitar o fundamento de que a prisão civil do depositário infiel deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante do Pacto de São José da Costa Rica em relação à legislação infraconstitucional, pois essa norma seria inconstitucional ao levarmos em consideração o artigo 5º, LXVII de nossa Magna Carta.

Inclusive, já há a Proposta de Súmula Vinculante nº 54, proposta pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), em que pleiteiam a alteração da Súmula Vinculante n° 25, para "ressalvar expressamente, em geral ou ao menos no restrito âmbito da Justiça do Trabalho, a prisão civil do depositário infiel, "si et quando" economicamente capaz." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. PSV 54)

Em que pese esse não ser o tema de nossa abordagem, é interessante observar que já há diversas correntes se manifestando contra essa súmula vinculante, em razão de seu caráter abrangente e também em razão de seus fundamentos.

Haja vista a natureza alimentar da relação de emprego, já que o empregado precisa de seu salário para seu próprio sustento e o de sua família, assim como aquela relacionada à obrigação alimentícia, faz sentido ressaltar os casos inerentes à justiça do trabalho, a fim de compelir o empregador a pagar as verbas salariais do empregado e garantir, assim, sua sobrevivência.

Todavia, ressalvado esses casos, realmente, a prisão civil do depositário infiel deve ser considerada inconstitucional, não em razão de sua inaplicabilidade, mas sim em virtude de violar o princípio da proporcionalidade, já que existem outros meios viáveis para compelir o depositário a entregar o bem ou a pagar a indenização por perdas e danos.

4) Da Ação de Depósito no Novo Código de Processo Civil

O novo Código de Processo Civil foi publicado no dia 16 de março de 2015, através da Lei 13.105/2015. Todavia, em razão do mesmo ser extremamente importante para a vida de qualquer advogado, tendo suas alterações impacto significativo em todo o ordenamento jurídico brasileiro, apesar do mesmo ter sido publicado no corrente ano, ele somente terá vigência daqui a um ano, a partir de 16 de março de 2016, em razão da *vacatio legis* de um ano fixada.

Esse período de *vacatio* também foi estabelecido para o nosso atual Código Civil de 2002, que entrou em vigou somente em 2003.

O objetivo desse novo Código, segundo a exposição de motivos (BRASIL, Exposição de Motivos do Novo CPC, 8 de junho de 2010) é "obter-se um grau mais intenso de funcionalidade".

Ainda segundo a exposição de motivos do novo CPC:

> O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo.
> A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa. (BRASIL, Exposição de Motivos do Novo CPC, 8 de junho de 2010).

Diante disso, percebe-se que um dos principais objetivos do novo CPC é garantir celeridade ao processo, fazendo com que o mesmo se torne mais simples e mais fácil de manejar, evitando-se, dessa maneira, que o processo demore anos e anos para ser solucionado.

Tanto isso é verdade que o novo CPC possui 1.072 artigos, ao contrário do CPC de 1973, que possui 1.220 artigos. Observa-se que nossos legisladores tentaram reduzir a quantidade de artigos e também de institutos jurídicos nesse novo Código.

Provavelmente, por essas razões, o capítulo do antigo CPC que falava a respeito da ação de depósito foi suprimido.

Todavia, não podemos negar que a supressão dos artigos 901 a 906 que tratam a respeito da ação de depósito no CPC de 1973 já era esperada, principalmente em razão da criação, a partir de 1994, das técnicas de proteção específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461-A do CPC.

Conforme já mencionado no item 2 desse artigo, a ação de depósito perdeu muito espaço em nosso ordenamento jurídico, já que artigos citados possuem a mesma eficácia dos específicos para a ação de depósito. A título de exemplo, o artigo 461-A, que fala sobre a entrega de coisa, elucida que o juiz, ao conceder a tutela específica, já deve especificar o prazo para cumprimento da obrigação de entregar a coisa.

Em razão disso, consoante já abordado anteriormente, o procedimento da ação de depósito deixou de ser um procedimento especial e passou a ser a regra geral, não havendo mais razão para ser individualmente intitulado em nosso CPC, como realmente não o foi.

Contudo, a retirada desse instituto do CPC em nada afeta a busca de direitos, caso hajam problemas relacionados a um contrato de depósito, pois o mesmo estará garantido com o artigo 498 do novo CPC (antigo artigo 461-A).

A grande questão que deve ser pensada é saber se, efetivamente, esse novo Código conseguirá atingir seu objetivo de ser mais célere e funcional.

Definitivamente, compreendemos a razão da supressão do procedimento específico da ação de depósito, haja vista que imaginamos que o novo artigo 498 conseguirá atender àqueles que precisarem reaver a coisa tida em depósito através de processo judicial.

Contudo, não basta a supressão de um procedimento. Há que se ter mecanismos efetivos para que haja a celeridade do processo com a efetividade da busca do bem em litígio. O que precisamos é de um processo que atenda a população de forma eficiente e rápida. Se, para isso, precisamos suprimir procedimentos que, nos dias de hoje, já não tem tamanha valia, excelente.

O que não podemos admitir é a criação de um novo código que, apesar de novo, tenha os mesmos defeitos do antigo, como a morosidade no procedimento e a má prestação jurisdicional.

Diante disso, esperamos que a criação do novo CPC, com a consequente supressão do procedimento da ação de depósito tenha um fim útil, qual seja, a efetiva celeridade e funcionalidade da justiça brasileira.

5) Conclusão

Diante de tudo o que foi acima esposado, podemos concluir que, nos dias de hoje, a ação de depósito perdeu significativo espaço em nosso ordenamento jurídico.

E toda essa situação não ocorreu "do dia para a noite". Desde o ano de 1994, várias foram as mudanças que fizeram com que não houvesse mais necessidade de um procedimento específico para se requerer de outrem a coisa depositada.

Ao longo dos anos, foi-se criando artigos no CPC de forma a se fazer com que as medidas exclusivas dos procedimentos especiais se tornassem a regra geral para todas as obrigações de fazer, não fazer, e entregar coisa certa, visando, com isso, uma melhor e mais rápida prestação jurisdicional.

Não bastasse o exposto, a medida mais rigorosa requerida em razão do não cumprimento da entrega da coisa, que era a prisão do depositário infiel, foi declarada inconstitucional pelo STF, por razões que, conforme já elucidadas, não concordamos. Realmente, a prisão civil do depositário infiel viola o princípio da proporcionalidade, razão pela qual sua inconstitucionalidade é latente. Todavia, não podemos admitir que a prisão do depositário infiel seja considerada ilícita com base no fato do Pacto de São José da Costa Rica ser norma supralegal, que impediria a aplicabilidade das normas infraconstitucionais.

Na verdade, tendo a prisão civil do depositário infiel previsão constitucional, sendo estabelecida no artigo 5º de nossa Constituição que, diga-se de passagem, é cláusula pétrea, na verdade, o artigo do Decreto que proíbe a prisão do depositário infiel é inconstitucional, por ser essa norma inferior à nossa Carta Magna e contrária a ela.

Contudo, é importante frisar que a ação de depósito não acabou, ela apenas deixou de ser um procedimento especial e passou a ser a regra geral, podendo qualquer pessoa que celebrou um contrato de depósito – voluntário ou obrigatório, tácito ou por escrito, gratuito ou oneroso – requerer a entrega da coisa ou o seu ressarcimento em caso de negativa do depositário em devolvê-la.

O objetivo da retirada de grande parte dos procedimentos especiais foi fazer com que o novo CPC fosse mais efetivo e célere, garantindo a rápida e razoável duração do processo. O que esperamos é que esse novo CPC seja realmente mais eficaz e célere, o que fará com que todas as ações sejam solucionadas em um curto espaço de tempo.

Dessa forma, se realmente os processos forem mais céleres, com a garantia de qualidade, justiça e pacificação social, parece-nos que a ação de depósito propriamente dita não fará tanta falta, já que haverá outros meios igualmente eficazes para a solução dos conflitos inerentes à ação de depósito.

6) Referências Bibliográficas

1) JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*, Volume III, Procedimentos Especiais, 42ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2010, pág. 48.

2) LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2012, página 608.

3) MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. *Procedimentos Especiais*, 4ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, pág. 69 e 70.

4) BRASIL, Exposição de Motivos do Novo CPC, 8 de junho de 2010. Disponível em <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-8>. Acesso em 19/03/2015.

5) BRASIL, Lei n° 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em 24/02/2015.

6) BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 24/02/2015.

7) BRASIL, Supremo Tribunal Federal, SV 25. Relator Ministro Celso de Melo, 10 de junho de 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>. Acesso em 18/03/2015.

8) BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Súmula 419. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, 11 de março de 2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=101>. Acesso em 18/03/2015.

9) BRASIL, Supremo Tribunal Federal. PSV 54. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3964906>. Acesso em 18/03/2015.