

**AINDA A PRISÃO CIVIL EM CASO DE ALIENAÇÃO
FIDUCIÁRIA. DA DESCONSIDERAÇÃO DO DEPÓSITO**

Milton Paulo de Carvalho*

1 Introdução

Muito se tem discutido sobre o cabimento da prisão civil do alienante fiduciário, tanto em sede doutrinária, inscrevendo-se na disputa mestres abalizados e especialistas na matéria, como no terreno da jurisprudência – com pontificações magistrais, dignas de reflexão –, ora questionando a legalidade, ora enfrentando mesmo a constitucionalidade de tal prisão, à vista do disposto no artigo 66 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965 (Lei do Mercado de Capitais), na redação dada pelo artigo 1º do Decreto-lei nº 911, de 3 de outubro de 1969, que considera o alienante ou devedor “possuidor direto e depositário, com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal”, em confronto com a garantia constitucional que proíbe a prisão civil por dívida, salvo nos casos do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar e do depositário infiel (artigo 5º, LXVII).

2 Objetivo, plano e limites do presente trabalho

Neste trabalho, que se ocupará de um reexame perfunctório das posições em contenda sobre o cabimento ou não daquela prisão civil, tencionamos adicionar modesta contribuição para o estudo do assunto, na busca de uma necessária e urgente harmonização das tendências acima enunciadas, dada a instabilidade jurídica que o confronto provoca.

Embora digressões sobre outros temas relacionados com o assunto pudessem oferecer-se como extremamente interessantes, deter-nos-emos, todavia, no

.....
* Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito Processual Civil dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie e do Centro de Extensão Universitária de São Paulo.

que entendemos como o cerne da disputa entre o cabimento e o não cabimento da prisão civil na alienação fiduciária, abordando outras questões, de passagem, quando tal se fizer indispensável à sustentação das nossas conclusões.

Assim, o plano deste trabalho compreenderá, observados os limites de um artigo:

- a) considerações sobre as regras do direito infra-constitucional que admitem a prisão civil do depositário à luz da proibição constitucional da prisão civil por dívida;
- b) notícia sobre o fundamento, a natureza e o escopo da prisão do depositário;
- c) a *fictio legis* em que se consubstancia a equiparação da alienação fiduciária ao depósito;
- d) o procedimento da ação de busca e apreensão e sua conversão em ação de depósito;
- e) o exame das teorias contrárias à conversão e à prisão do depositário; e
- f) a desconsideração do depósito como defesa, solução que alvitramos.

É nosso intuito, enquanto se expõem os fundamentos das teses acima referidas, demonstrar que a Lei do Mercado de Capitais criou depósito por ficção, ao disciplinar o negócio da aquisição de certo bem (sempre coisa móvel) por meio de financiamento com todos os elementos do mútuo, e considerando depositário ao mutuário, alienante fiduciário, o que por si só não bastaria para fundamentar a rejeição da prisão. A nossa posição, todavia, completar-se-á com a análise da equiparação legal da alienação fiduciária ao depósito, submetida aos princípios que regem as ficções de direito e com aplicação das pertinentes medidas processuais.

3 O artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição da República, e a prisão do depositário civil, do depositário mercantil e do depositário judicial

3.1 O artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição da República

Preceito fundamental que enumera grande cópia de direitos e deveres componentes da cidadania, o artigo 5º da Constituição da República estatui no seu inciso LXVII que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Deve entender-se o vocábulo “dívida” no sentido obrigacional civil, segundo o qual devedor é aquele que tem o encargo de cumprir obrigação de qualquer natureza, prevista na lei ou no contrato, incluindo-se no conceito o depositário? Ou deve ser entendido no sentido restrito, de obrigação pecuniária? A resposta afirmativa à primeira pergunta autoriza a conclusão de que a permissão de prisão do depositário

constitui um caso excepcional de prisão por dívida; enquanto a resposta afirmativa à segunda leva à conclusão de que a norma constitucional distingue duas hipóteses para permitir a prisão civil:

- a) por dívida, só no caso de inadimplência de obrigação alimentícia;
- b) a do depositário, porque se trata de obrigação fundada na fidúcia, na confiança, na boa fé.

Diferenciam-se, pois, as causas, da mesma forma como se distinguem as finalidades: a Constituição admite a coerção para cumprimento dessas diferentes espécies obrigacionais por meio do gênero prisão civil, no caso da de alimentos, por sua gravidade, pois interessa à sobrevivência do alimentando; e no caso do depósito, por sua natureza intuitu personae, de “estipulação fundada, sobretudo, nas qualidades pessoais do depositário, como a honradez e estrita probidade”, nas palavras de Washington de Barros Monteiro (1995, p.224).

O nosso direito constitucional proibiu a prisão “por dívidas, multas ou custas” a partir da Carta de 16 de julho de 1934 (artigo 113, nº 30). Já vigorava, evidentemente, o artigo 1.287 do Código Civil. Questão semelhante à de hoje emergiu àquela época: Clóvis Bevilacqua (1954, p.217) entendia que a proscricção da Lei Magna alcançara o citado artigo 1.287, revogando-o, por prever este uma “pena, que é de prisão por dívida” e realizando, com isso, uma “aspiração dos espíritos liberais” (Clóvis Bevilacqua, 1976, nota 5 ao artigo 1.287); mas, o Supremo Tribunal Federal assentou que “não se considerava prisão por dívida a decretada contra o depositário, como meio compulsório para a restituição do depósito”.¹

Omissa a Constituição de 10 de novembro de 1937, revigorou-se a vedação da prisão pelo artigo 141, § 32, da de 18 de setembro de 1946, agora excetuando o “caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei”.

A doutrina e a jurisprudência viam, como incidência no gênero *prisão civil*, as espécies *dívida* e *depositário infiel*, estas individualmente distintas (Pontes de Miranda, 1953, p.424-425).

A Constituição de 1967 (artigo 150, § 17) e a Emenda nº 1, de 1969 (artigo 153, § 17) mantiveram a proibição da prisão civil e as mesmas exceções. Fran Martins, (1977, p.425), escrevendo ao tempo de vigência desta última, repete a arguição de Clóvis, acima exposta. Mas repete também a referência do civilista ao julgado do Supremo e conclui que a ressalva constitucional ripristinou os artigos 1.287 do Código Civil e 284 do Código Comercial, vindo “a resolver de vez o assunto.”

¹ Clóvis Bevilacqua (1976), indicando como fonte a *Revista de Jurisprudência*, XXXIX, p.273-274.

A interpretação do preceito fundamental vigente, acima transcrito, pode entender-se a mesma, a partir da lição de Pontes de Miranda (1968, p.251) sobre o preceito constitucional de 1967 com a Emenda de 1969, vigente à época da promulgação do Decreto-lei nº 911, que era o § 17 do artigo 153, nestes termos: a prisão que se proíbe é aquela “por não pagamento de dívidas, de multas ou custas, e não a prisão como meio para impedir que o que tem a posse imediata de algum bem se furete à entrega dele. O legislador ordinário pode estender, indefinidamente, a prisão de quem está de posse ou com a tença de bem alheio, ou deve alimentos...”² Conclui-se, pois, que a Constituição determina que não se deve prender pelo inadimplemento obrigacional, excepcionando se ameace a liberdade do inadimplente quando se trate de obrigação alimentícia e quando de depósito, neste caso em razão das suas peculiaridades, podendo-se entender, assim, ao nosso ver, claramente, que a segunda obrigação não integra o conceito de “dívida”, da primeira.

No que respeita ao nosso assunto, esclarecedora a lição de Celso Bastos (1989, p.310): “A expressão *depositário infiel* é utilizada de maneira ampla pela Constituição, dando assim margem à lei ordinária para que possa cominar a pena de prisão a modalidades diferentes de depósito”.

3.2 A prisão do depositário civil e do depositário mercantil. A natureza executiva *lato sensu* da ação de depósito

O Código Civil, diploma que rege o direito comum brasileiro, distingue o depósito voluntário (aquele consensual, aperfeiçoado por contrato), do necessário (aquele que se faz pelo desempenho de obrigação legal ou por ocasião de alguma calamidade, como incêndio, inundação etc.), e remata o capítulo com esta disposição (artigo 1.287): “Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo, mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos (artigo 1.273).”

Tal regra é tradicional no nosso direito privado, sempre entendida como meio civil de compelir o depositário a restituir o depósito, como dispuseram todas as Ordenações do Reino,³ sendo que nas Ordenações Filipinas se prescrevia que

se o depositário recusasse entregá-la (a coisa) ao senhor sem justa, e legítima razão, ou usasse della sem vontade expressa do senhor, deve ser preso até que da Cadea entregue a cousa, e pague o dano que nella fez por usar della contra a vontade de seu dono.

E não será solto, posto que dê fiadores, nem poderá dar lugar aos bens. E sendo delle querelado em fórmula devida, haverá a pena de bulcão, e inliçador.⁴

² A seguir, acrescenta: “Sempre que se trata de dívida, no sentido estrito, e não de entrega do bem alheio, a prisão por dívida é constitucionalmente proibida. Salvo se por dívida de alimentos” (p.252). José Cretella Júnior (1992, p.561-563), também fornece alguns elementos que permitem essa definição.

³ Nas *Afonsinas*, Livro IV, Título LXVII, § 5º; e nas *Manuelinas*, Livro IV, Título LII, § 5º.

⁴ *Ordenações Filipinas*, Livro IV, Título LXXVI, § 5º *Bulcão* (arcaico) ou *inliçador* (hoje *enliçador*) é o estelionatário.

O Código Comercial, ao disciplinar o depósito mercantil, ameaça o depositário renitente com a prisão até a entrega do depósito ou seu equivalente (artigo 284).

Diploma complementar do Código Comercial e lei comum de processo, servindo às jurisdições civil e comercial até o advento dos Códigos Estaduais, o Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, no seu Título IV regulava as “ações especiais” e, entre estas, no Capítulo II, a de depósito, prevendo também a prisão do depositário que, citado para restituir o bem, não o fizesse em 48 horas (artigo 276).

Com o mesmo sentido teleológico, o Código de Processo Civil de 1939, em cinco dispositivos, do artigo 366 ao artigo 370, estabelecia, resumidamente, o seguinte: “a ação de depósito tem por fim a restituição de *objeto* depositado e poderá ser exercida contra o depositário *ou pessoa que lhe seja por lei equiparada*” (artigo 366); o réu é citado para entregar o objeto depositado no prazo de 48 horas, sob pena de prisão; se o réu entrega, *tollitur quaestio*: há reconhecimento jurídico do pedido e o processo por aí termina; se, todavia, nas 48 horas seguintes à citação, o réu não entrega ou não consigna o objeto nem o seu equivalente em dinheiro, o juiz expede mandado de prisão contra ele, depositário infiel, *se o autor o requerer*; o prazo para contestar é de dez dias, mas a defesa só se aceita depois de depositado o objeto ou o seu equivalente em dinheiro.

Como se vê, a ação de depósito participava da natureza das chamadas “ações executivas *lato sensu*” (no dizer de hoje), que traziam no seu procedimento um misto de cognição e de execução. Em seguida à citação já se praticavam atos de execução: nesse caso, o réu, uma vez citado, já deveria apresentar o objeto. Bastava, portanto, a citação na “ação especial” de depósito. O processo acudia à norma substancial, do Código Civil, ordenando a prisão do depositário que, interpelado, não restituísse, bem assim à do Código Comercial, no artigo acima citado.

A doutrina processual civil, com Liebman (1963, p.22) e José Frederico Marques (1958, p.54-55), já designava executiva *stricto sensu* a ação fundada em título extrajudicial, cujo procedimento abrigava um misto de cognição e execução, permitindo-se, para desconstituição do título executório, a oferta de contestação pelo réu. Executiva *lato sensu* era a execução fundada em título judicial.

Na doutrina atual, analisando os efeitos dos comandos jurisdicionais, Kazuo Watanabe (1996, p.522) reconhece como categorias autônomas o provimento executivo *lato sensu* e o provimento mandamental, caracterizado o primeiro como aquele que dispensa a execução *ex intervallo*, isto é, o que dispensa a propositura de “nova ação” (ação executória). A execução, embora dependente da manifestação de vontade pelo interessado, é efetivada em seguida à sentença, às vezes antes mesmo do seu trânsito em julgado (quando o recurso é recebido somente no efeito devolutivo).⁵

Evidente, portanto, que, embora designada, em tempos diferentes, ação executiva *stricto sensu* e ação executiva *lato sensu*, o procedimento que mescla a cognição com atos de execução é tradicional no nosso direito.⁶

⁵ Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, in: *Reforma do Código de Processo Civil*, coordenação de Sálvio de Figueiredo Telxela, p.22-3; *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado*, comum aos artigos 83 e 84, p.520 e et seq. especialmente p.522.

⁶ Estamos a empregar os termos *ação* e *procedimento* no sentido em que comumente são utilizados.

A ação de depósito, hoje, mesmo com sua natureza de executiva *lato sensu*, não dispensa a sentença condenatória a ensejar a constrição para a entrega da coisa.

3.3 A prisão do depositário judicial

A prisão do depositário civil ou mercantil é de direito material; a do depositário judicial toca ao direito processual.

A prisão do depositário judicial resulta de provimento incidental em processo de conhecimento, de execução ou cautelar, no qual tenha havido o depósito, de natureza cautelar na maioria das vezes, de coisa à disposição do juízo, para atender a decisão a ser posteriormente proferida. São casos, entre muitos outros, no Código de Processo Civil, além da custódia que se faz na própria ação de depósito: de bens penhorados e arrestados (artigos 664 e 821) ou seqüestrados (artigo 824); de bens, no exercício do poder geral de cautela (799); da coisa vendida com reserva de domínio (artigo 1.071); da coisa alheia achada, de que se não conhece o dono ou legítimo possuidor (artigo 1.171 – caso de jurisdição voluntária) etc.

Nessas hipóteses, o depositário, sujeito auxiliar entre os sujeitos do processo, é considerado a longa manus do juiz, a pessoa em quem o julgador confia para exercer, in casu e na pendência daquele processo, um verdadeiro serviço público. Não há, aí, um contrato (depósito voluntário), nem o depósito se configura miserável, isto é, necessário. Atende o depositário a uma convocação judicial e, ao aceitar o compromisso, passa a exercer um múnus público, naquele procedimento em que foi nomeado, de cognição, execução, cautelar, ou de jurisdição voluntária. “A função de depositário é indelegável e personalíssima. Ele pode ter empregados ou prepostos que o auxiliem, mas a responsabilidade é sempre sua” (Greco Filho, 1997, v. 3, p.76). Responsabilidade de apresentar a coisa recebida em depósito, no estado em que a recebeu, tanto que o determine o juízo. Daí que a prisão do depositário judicial prescinde de cognição que vá além da simples verificação de que foi ele intimado e o objeto não foi restituído ou apresentado. Contra ele, nesses casos, não cabe a ação de depósito. Para a decretação da prisão, basta a prova sumária da não apresentação do bem. A Súmula 619 do Supremo Tribunal Federal consigna: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”. Ao nosso ver, qualquer alegação do depositário deve ser deduzida no mesmo processo em que se constituiu o encargo, em simples incidente, a ser resolvido, portanto, por decisão interlocutória. A ação de depósito não tem essa finalidade.

Ainda só para realçar a distinção entre o depósito judicial e as outras modalidades de depósito, lembre-se que aquele pode ter por objeto bens imóveis.

4 Fundamento, natureza e escopo da prisão do depositário

O depósito é contrato que se realiza *intuitu personae*: o depositário recebe objeto móvel alheio, para guardá-lo e conservá-lo com o cuidado e diligência em-

pregados nas suas próprias coisas, até que o depositante o reclame, para que o primeiro lho devolva com todos os frutos e acréscidos (Código Civil, artigos 1.265 e 1.266).⁷ A essência desse contrato é a custódia da coisa (*custodia rei*).

A não restituição da coisa pode configurar o crime doloso, de apropriação indébita, definido no artigo 168 do Código Penal, cujo elemento subjetivo é o *animus rem sibi habendi*. Esse delito pode ser praticado pelo depositário, pelo locatário, pelo comodatário, enfim, por aqueles que tenham a posse direta de coisa alheia móvel. Logo se vê que a ação delituosa do depositário pode levá-lo à prisão penal, na esfera do direito público, eis que o ilícito provoca reação *social*, mas não é dessa prisão que cuidamos. Estamos a considerar a prisão *civil* do depositário, a prevista pelo direito privado, aplicável para compelir ao cumprimento da obrigação de restituir, destinada, portanto, à satisfação de um interesse *individual*. Nisto se extrema da prisão penal, preventiva ou resultante de condenação.

Qual a razão fundamental de exigir-se o cumprimento dessa obrigação pelo meio coercitivo da prisão?

O direito não se realiza somente por meio da ameaça de sanções aplicáveis *a posteriori* da ocorrência de ilícitos; é da sua essência, também e com a mesma gravidade, como ciência do dever-ser, a prescrição de medidas que *a priori* conduzam ao cumprimento das prestações devidas. Entre o compelir à satisfação da obrigação por meio de coerção pessoal e o compelir por meio de imposição de pena pecuniária (multa), esta tem sido a medida aplicada pelo direito positivo escrito, que, entretanto, adota a primeira modalidade, no caso específico do depósito, dados os característicos desse contrato, de relação jurídica calcada essencialmente no valor moral do depositário. A coisa não lhe pertence; o depósito é gratuito, em regra; o dever de custodiar resultou da consideração em que o depoente tem o depositário, tido como zeloso e diligente na conservação das próprias coisas; este, livremente, aceitou o encargo de entregar a coisa no mesmo estado em que a recebeu. Por esses motivos, a lei adverte ao depositário que, se reclamado o objeto pelo depositante e por este chamado a juízo para restituir, ficará preso enquanto não cumprir o que lhe toca. O fundamento é essencialmente ético, moral.

Vejamos, agora, a natureza jurídica e o escopo da prisão do depositário.

De todo o exposto facilmente se percebe a distinção entre a prisão civil, de que tratamos, consubstanciando meio coercitivo para cumprimento de obrigação, e aquela imposta pelo juiz penal, seja cautelarmente, quando acessória e derivada de cognição sumária, seja resultante de cognição penal plena em sentença definitiva, esta prevista no preceito secundário da norma incriminadora material.

Cabem, entretanto, algumas considerações relativas à posição que tal prisão ocupa no sistema dos métodos de coerção para o cumprimento de obrigações e de decisões judiciais.

⁷ Bevilacqua (1954, p.214) refere que, entre os gregos, esse contrato tinha "alguma coisa de sagrado. Aquele, que se apropriava do depósito, que lhe fora confiado, era estigmatizado pela opinião pública, irritada contra a sua vilania, e, a cada momento, devia esperar um rude golpe vibrado pela cólera divina." Explica que a lei civil só concedia uma ação privada, sem pena corporal, contra o depositário infiel, e por isso, diante dessa imprevidência e fraqueza legal, é que se buscava o apoio da moral e da religião. Preferiam-se, por essa mesma razão, e para melhor garantia, "os depósitos feitos nos templos, entregues à guarda incorruptível dos deuses".

5 Métodos coercitivos para cumprimento de obrigações e de decisões judiciais. As *astreintes* e o *Contempt of Court*

Dois são os meios, genericamente utilizados pelos sistemas jurídicos, para compelir o devedor – considerado agora lato sensu, de qualquer obrigação – a cumprir o que lhe cabe por força de lei ou de contrato: um consiste na imposição de pena pecuniária enquanto durar a mora; outro, na prisão, pelo mesmo tempo. Mas, não se pode separar tais métodos de maneira absolutamente estanque, porque, em verdade, há como que uma zona de indistinção a aproximá-los.

Realcemos, rapidamente, alguns traços característicos de cada um.

O primeiro é de origem pretoriana. Nasceu nos tribunais de França e tem o nome intraduzível de *astreinte*. É a pena pecuniária por dia de atraso (ou por outra unidade de tempo) no cumprimento do *facere*, se a obrigação é positiva e o réu não fez, ou do desfazimento, se este desobedeceu a um *non facere*, ou, ainda, se infringe o dever de tolerância (o *prestare patientiam*) ao exercício de direitos potestativos pelo autor. Alcides de Mendonça Lima aplaude a adoção das *astreintes*, pelo Código de Processo Civil vigente, como aplicação do *princípio da proibidade*, presente nesse diploma, por seu alto sentido ético com que se rompe a resistência obstinada e ímproba do devedor, o qual além de lesar o credor ainda zomba do Estado-juiz. “É um modo, assim, de zelar pela própria dignidade da Justiça, como entidade sócio-política, utilizando-se de todos os meios legais e civilizados para fazer cumprir o julgamento, sem violentar a pessoa humana.”⁸

As *astreintes* têm caráter mais ressarcitório do que punitivo: a multa reverte em benefício do credor; predomina o aspecto privatístico.

O segundo, que não é propriamente um meio de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação, o *Contempt of Court*, tem origem no direito anglo-saxônico e remonta aos tribunais de equidade, sendo muito aplicado no direito inglês e no norte-americano. Nele releva o caráter de ofensa à autoridade da Justiça, caracterizada tal ofensa pela insubordinação ou desconsideração, confundindo-se com as *astreintes* nos casos em que impõe pena pecuniária e não de restrição de outros direitos. O *Contempt* chega a compreender pena corporal aplicada pelo juiz do cível, com o fim de coerção ao cumprimento das suas determinações (não, primordialmente, ao cumprimento de obrigações civis). A doutrina, entretanto, ao conceituar o *Contempt*, ocupa-se mais do seu preceito primário, que é a infração, e menos do secundário, ou seja, a sanção prevista na lei de processo.⁹

Temos para nós que a prisão do depositário aproxima-se do *Contempt of Court* enquanto método que compreende medidas de ordem pessoal, diferente daquele que se utiliza de medidas de natureza pecuniária.

⁸ Verbete *Astreintes*, in: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 8, p.354.

⁹ Conforme Pasquel (1954, p.23): “frecuentemente consiste en que un litigante haga lo que le ha sido prohibido hacer, o en que no haga aquello que le ha sido ordenado, mandado o requerido que hiciese por resolución, orden o proveído del tribunal”.

Vamos concluindo que a prisão civil do depositário, no direito brasileiro, assemelhada a hipóteses do *Contempt of Court*, tem natureza de meio coercitivo auxiliar da execução.

A lei processual determina, no artigo 901 acima citado, de maneira igual à disposição do artigo 287, que a petição inicial já contenha a cominação de prisão para o caso de descumprimento do preceito. É espécie de pedido qualificado (Carvalho, 1992, p.100) formulado por previsão no próprio direito material (Código Civil, artigo 1.287), entendendo-se corretamente que se o autor não pedir a prisão na inicial, o juiz não a ordenará (Marcato, 1986, p.52). De sorte que, como ação executiva *lato sensu*, ratificando o que acima dissemos, a execução se faz pela própria sentença, trazendo ela o decreto de prisão para o caso de não entrega da coisa (Marcato, 1986, p.52).

6 A equiparação da alienação fiduciária ao depósito como ficção legal

Em 14 de julho de 1965, foi promulgada a Lei nº 4.728 com esta ementa: “disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento”. Ficou conhecida como a “Lei do Mercado de Capitais”. O artigo 66 dessa lei constituía, só ele, a seção XIV, sob o título “Alienação fiduciária em garantia”.

Criava-se um contrato de garantia, portanto secundário e acessório, destinado a assegurar o adimplemento de uma obrigação principal, em regra o mútuo de dinheiro, atividade ordinária das instituições financeiras. Era uma figura contratual atípica e absolutamente inédita no direito brasileiro. Caio Mário da Silva Pereira realçou-lhe esses característicos ao incluí-la e explicá-la em *A nova tipologia contratual no direito civil brasileiro*.¹⁰

Com a redação definitiva que lhe deu o artigo 1º do Decreto-lei nº 911/69, o *caput* do artigo 66 da Lei do Mercado de Capitais ainda vigora nestes termos:

A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e a penal.

A instituição financeira, que é o adquirente fiduciário, passa a ter a propriedade *resolúvel* do bem móvel transferido pelo mutuário, alienante fiduciário. Essa é a propriedade prevista no artigo 647 do Código Civil: “Resolvido o domínio pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos etc.” Implementada a condição do pagamento total da quantia mutuada e assim resolvida a propriedade da instituição financeira, incorpora-se plenamente a coisa ao patrimônio do alienante.

¹⁰ In *Revista de direito comparado luso-brasileiro*, v. 1, julho de 1982, p.119. Remonta a figura, em semelhança, aos negócios fiduciários do direito romano, *fiducia cum amico* ou *fiducia cum creditore*, negócios assentados na confiança.

Outros característicos são os seguintes: mesmo em se tratando de alienação de coisa móvel, a aquisição pela instituição bancária dispensa a tradição, excepcionando, assim, a regra do artigo 620 do Código Civil; o alienante mantém a posse direta, e o adquirente, a indireta; o alienante, tendo transferido o domínio ao mutuante, exerce a posse direta como depositário, submetendo-se, por força do texto legal, à disciplina do contrato de depósito.

O legislador compôs um instituto híbrido¹¹ e equiparou por ficção a alienação fiduciária ao depósito.

As ficções são comuns no contexto do direito. A construção jurídica serve-se de atos aparentes, presunções e ficções.

Ao lado da legislação e da equidade, as ficções jurídicas entram na construção formal do direito. A teoria geral do direito não pode prescindir, portanto, dessas criações. Diz-se que a ficção jurídica estaria para a ciência jurídica assim como a hipótese científica para as ciências exatas e ciências naturais. Portanto, a ficção jurídica desempenha um "papel" importante na teoria jurídica (Macedo, 1979, p.160).

Os romanos já se utilizavam das ficções como instrumentos de criação do direito. São muito conhecidas a *bonorum emptio*, em que o *emptor* age contra o devedor como herdeiro fictício do credor,¹² a *actio Publiciana*, em que se finge o transcurso do tempo necessário para o usucapião,¹³ a *fictio legis Corneliae*, pela qual o cidadão que não volta do cativeiro inimigo se considera morto quando da sua prisão, mas *in civitate*, confirmando-se-lhe o testamento que tivesse deixado;¹⁴ e o *ius post liminium*, pelo qual o pai capturado pelo inimigo, embora se torne propriedade deste, ao retornar se finge que sempre esteve na cidade ("*... quia postliminium fingit eum, qui captus est, semper in civitate fuisse...*"), recuperando todos os antigos direitos, suspensos os direitos dos descendentes.¹⁵

As ficções são aplicadas como equiparações (*perinde ac si*) e dessa forma "entram no labor lógico de interpretação, comparação e assimilação" (Cifuentes, 1963, p.59). Se assim foi no direito romano, diferente não é no direito moderno, como ensinam, entre outros, estes conceituados estudiosos da teoria geral do direito: F. Gény (1921, p.21); Kipp-Wolff (1943, p.113); Dabin (1935, p.275) e Brethe De La Gressaye e Laborde-Lacoste (1947, p.151).

Por conseguinte, ficção e equiparação constituem o mesmo instrumento de elaboração jurídica.

Do gênero ficção jurídica participa a espécie ficção legal, que é o caso da equiparação da alienação fiduciária ao depósito. A ficção legal é

¹¹ Mútuo + propriedade resolúvel + alienação que não é venda + fidúcia + depositário com posse direta + adquirente com posse indireta. Não parece que isso seja um penhor.

¹² Galo, *Institutas*, 4, 35, In: Alexandre Corrêa e Gaetano Sciascia, *Manual de Direito Romano*, v. 2, p.237.

¹³ Galo, *Institutas*, 4, 36, op. cit.

¹⁴ *D. 28, 1, 12 e 28, 6, 28*. Ver também em Cifuentes (1963, p.58-59).

¹⁵ Justiniano, *Institutas*, 1, 12, 5, In: Alexandre Correia e Gaetano Sciascia *Manual de Direito Romano*, v. 2, p.329.

un instrumento de técnica legislativa por el que, equiparando formalmente en una norma dos supuestos de hecho realmente diferentes, se consigue una equivalencia en su tratamiento jurídico, al otorgar a uno los efectos jurídicos que otra norma adjudica al otro, sin necesidad de enumerar esos efectos.¹⁶

Conquanto incorporadas aos sistemas jurídicos, as equiparações e ficções sempre suscitaram celeumas: ora são afirmadas e reconhecidas como tais, ora não se aceitam como ficções, mas sim como realidades verdadeiras.¹⁷ O que se discute, como se vê, é se em tal ou qual caso se está diante de uma ficção ou de uma realidade; não se questiona se a lei, para obter a equivalência no tratamento jurídico, outorgou a esse engenhoso negócio chamado alienação fiduciária os efeitos que atribui ao depósito. Quis o legislador que como depósito se tratasse. *Tollitur quaestio*.

Resultado da engenhosa elaboração do texto legal em exame, é inconteste e clara a existência de um depósito por ficção na alienação fiduciária, como o reconheceu o eminente Ministro Eduardo Ribeiro, ao rematar, com estas palavras, voto que proferiu em embargos de divergência em recurso especial:

Em verdade, está-se diante de uma ficção jurídica tendente a encobrir o que realmente se verifica. Trata-se de empregar a coerção pessoal como meio de forçar o pagamento do débito.¹⁸

7 O escopo ético da ficção

Fictio est legis adversus veritatem in re possibili, ac ex iusta causa dispositio. Como todos os institutos e instrumentos de constituição do direito positivo, a ficção há de dirigir-se a um fim moralmente aceitável. Não se concebe seja ela meio de constranger ou compelir o homem à perda, injustificada, de qualquer de seus direitos naturais. Brethe De La Gressaye e Laborde-Lacoste, na obra atrás mencionada, depois de afirmarem que

Avec la fiction, nous sommes en présence d'un procédé technique, encore plus arbitraire et artificiel que les précédents (as presunções). C'est le degré le plus élevé de l'artifice. La déformation propre à la technique atteint ainsi son point culminant. Alors que les présomptions, par exemple, se fondent sur l'ordre normal des choses, la fiction, elle, contredit la vérité; elle prend le contrepied. C'est un mensonge: ce qui est faux est tenu pour vrai en vue d'arriver à un certain résultat convenable,

acrescentam:

¹⁶ Cifuentes (1963, p.196.). Ou, segundo o nosso Oliveira (1979, p.53): "É que a doutrina moderna considera a ficção como técnica de remissão, que manda reger determinada situação pelas normas pertinentes a situação distinta." (*Sociedade comercial, parecer in Revista dos Tribunais*, 561).

¹⁷ Um dos inumeráveis exemplos seria a *pessoa jurídica*. Clóvis Bevilacqua (1976, p.159) enumera as teorias a respeito e acolhe a chamada *organicista*, concluindo que "a pessoa jurídica não é um homem fictício, porém uma pessoa real, criada pela ordem jurídica." Outro é o *crime continuado*. Vejam-se, por exemplo, as posições de Aldo Moro (1954, p.209), Manzini (1961, p.656), Bettiol (1971, p.313). Outro exemplo é o próprio *Estado*.

¹⁸ STJ, Embargos de divergência em recurso especial nº 149.518, de Goiás.

La fiction ne se justifie que par la fin poursuivie. Il ne faut pas en abuser et, de plus, elles sont d'interprétation étroite; il faut en limiter l'application au domaine circonscrit par le législateur (Bevilaqua, 1976, p.159).

Seja o fim ético da equiparação, e por isso destinado ao homem, o norte a conduzir, caso por caso, o acolhimento ou a rejeição da ficção.

8 O processo da alienação fiduciária

Modificando o artigo 66 da citada Lei nº 4.728/65, o Decreto-lei nº 911/69 inovou, introduzindo no processo civil brasileiro a ação de busca e apreensão como procedimento especial autônomo, pois com essa designação era conhecida apenas como procedimento cautelar.

Tivemos oportunidade de discorrer sobre os aspectos desse procedimento, no primeiro trabalho que se escreveu sobre o processo da alienação fiduciária (Da proteção processual da alienação fiduciária em garantia, *Revista dos Tribunais*, v. 410, p.32).¹⁹

No tocante à colocação doutrinária do assunto, ressalvada a adaptação terminológica ao sistema adotado pelo Código, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1974, quase cinco anos depois de vigente o Decreto-lei nº 911/69 e de termos escrito aquele comentário, quase nada teríamos a ele acrescentar ou nele modificar, a não ser no capítulo da prisão, nos termos em que o faremos a seguir, isso depois de mais de trinta anos de vigência, levando em conta a permanência dessa medida no ordenamento jurídico brasileiro e a sua repercussão na consciência jurídica nacional tal como expressa na doutrina e na jurisprudência.

Assim, mantemos o que dissemos a respeito da natureza executória ou executiva *lato sensu* desse procedimento especial. Nada a modificar quanto à legitimação ativa e passiva para essa ação, bem assim quanto às demais notas sobre o procedimento, sobre o julgamento antecipado da lide (figura então inexistente no Código de Processo Civil) e sobre a ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição, considerada, evidentemente, a época em que o texto foi comentado e o meio de impugnação da sentença nele previsto.

Por economia de tempo e de espaço, damos por superada a fase de instauração da demanda de busca e apreensão. Cuidemos da sua possível conversão em ação de depósito.

9 A conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito

Estabelece o artigo 4º do Decreto-lei nº 911/69:

Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do

¹⁹ Veja-se *Garantia fiduciária*, de Paulo Restiffo Neto e Paulo Sérgio Restiffo (2000, p.528).

devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do CPC.

Essa é a redação dada pelo artigo 4º da Lei nº 6.071, de 3 de julho de 1974, adaptando o texto do decreto-lei à disciplina da ação de depósito pelo Código superveniente, que constitui o Capítulo II do Título I do seu Livro IV. A redação original do artigo 4º do decreto-lei autorizava a conversão da busca e apreensão na ação de depósito tratada no Título XII do Livro IV do Código de 1939.

A disciplina da ação de depósito, no Código revogado, continha duas diferenças em comparação com a do vigente, que merecem rápidos comentários.

Uma estava na letra do dispositivo referente à legitimação passiva, ou seja, enquanto naquele a ação de depósito poderia ser exercida “contra o depositário ou pessoa que lhe seja *por lei equiparada*” (artigo 366), neste a disposição é mais precisa: “Esta ação tem por fim exigir a restituição da coisa depositada”. Ambos os textos podem ser interpretados no sentido de que eram e são legitimados passivos tanto o depositário que realizou contrato de depósito quanto aquele que se fez depositário por ficção (o alienante fiduciário).

A dúvida, que existia ao tempo do Código de 1939 e perdura na vigência do Decreto-lei 911/69 e do Código, esta sim, é a de saber se podem ser objeto de alienação fiduciária bens fungíveis, porque o depósito de tais bens (depósito irregular) mútuo se considera (Código Civil, artigo 1.280). Tal dúvida ainda desafia a jurisprudência, porque implica diretamente no exercício da ação de depósito. Como restituir bens consumíveis, destinados a servir de insumo ou matéria-prima de outros produtos? Ou os destinados à venda imediata pelo devedor? Vejam-se os julgados In: Baasp 1673/17 – STJ – 4ª Turma – 1991; Baasp 1583/96 – 1º TACSP – 1989; Baasp 1661/253 – STJ – 3ª Turma – 1990; Baasp 1666/293 – STJ – 3ª Turma – 1990; e Baasp 2116/215-e – TJSC – 1998. Temos para nós que repugna à natureza do instituto a alienação fiduciária de coisas fungíveis. E, caso tenha sido realizado tal contrato, como veremos adiante, não terá sentido a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito. Justamente porque este não existe na espécie.

Outra diferença situa-se no fato de que, pelo Código de 1939, o réu da ação de depósito somente podia contestar se exhibisse previamente o depósito. Pelo disposto no artigo 902 do Código de Processo Civil vigente, o réu, uma vez citado, poderá: entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro (inciso I); ou contestar a ação (inciso II), entendendo a doutrina que neste último inciso o legislador *minus scripsit quam voluit*, devendo admitir-se a *resposta*, incluindo, portanto, reconvenção e exceção, e não apenas o ato de defesa (1976, p.50).

Pois bem. Não achada a coisa alienada ou não estando ela na posse do devedor, pode o credor, uma vez que a *causa petendi* não se modificou (foi só

acrescida do fato de não ter sido encontrado o bem), alterar o *petitum*, de busca e apreensão com o fim de vender a coisa e pagar-se do crédito, para o cumprimento das obrigações de depositário, que o réu assumiu ao contratar. No plano processual, essa *fungibilidade* do pedido não constitui novidade: especificamente, tem-se o exemplo do artigo 920, e genericamente, as disposições dos artigos 264 e 294, todos do Código de Processo Civil, caso o réu ainda não tenha sido citado.

Com a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, surge a possibilidade de prisão do devedor, então depositário, como até aqui temos exposto. Esclareça-se que se a prisão não constituir pedido formulado pelo credor no instrumento da conversão, o juiz não a poderá decretar, isso em obediência ao princípio dispositivo (Marcato, 1996, p.49; Adroaldo Furtado Fabrício, 1980, p.226).

Nessa cognição sumária, que o juiz realiza para converter o pedido, já cabe apreciar as condições da ação de depósito, indeferindo a conversão, caso, por exemplo, haja prova de a coisa ter sido objeto de medida constritiva como arresto, penhora, seqüestro, ou, ainda, se foi furtada ou roubada (Código Civil, artigo 1.268), hipóteses em que não concorre a possibilidade jurídica do pedido, carecendo então o credor da ação de depósito. Aliás, nessas hipóteses nem caberia a prisão, dada a sua ineficácia (*Revista dos Tribunais*, v. 711, p.119).

Nada obsta a que o réu se oponha à conversão, apresentando essa ou outras provas *antes* da decisão de conversão, à guisa de *exceção (ou oposição) de não executividade*, pois as situações são análogas.

Estas considerações devem ser entendidas à luz dos argumentos que a seguir exporemos sobre a constitucionalidade e legalidade da prisão do alienante fiduciário e as hipóteses em que achamos que a prisão pode ser evitada quando for possível ou desconsiderar o depósito ou reconhecer ao depositário causa que exclua o dever de entregar a coisa.

10 Teorias contrárias à conversão e à prisão do depositário

Tema dos mais discutidos nos últimos tempos, especialmente na jurisprudência brasileira, é este da permissão ou não da prisão do alienante fiduciário.

À medida que formos respondendo às posições contrárias à prisão, iremos confirmando a sua constitucionalidade e a sua legalidade por força da *fictionis iuris*, como anteriormente expusemos. Cabe arrolar, e respeitosamente responder, ainda que de forma sincopada, as teorias que não admitem tal prisão, incluindo as que, para não permitir o constrangimento, negam a existência autônoma da alienação fiduciária.

Esclarecemos que extraímos de cada expositor ou julgado os pontos que realçam, nas suas doutrinas, o característico epigrafoado, pois muitos dos autores assumem mais de uma posição.

10.1 Teoria que nega a autonomia da alienação fiduciária, entendendo-a um penhor

Sustenta que há um mútuo (empréstimo de dinheiro pela instituição financeira), que a garantia para o credor é uma coisa móvel, que, entretanto, e por exceção não se opera a tradição que caracteriza o *pignus*, e que o encargo se extingue quando solvido o mútuo. Tem entre seus seguidores José Paulo Cavalcanti (1989, p.28) que afirma:

Também nada importa tenha o texto da lei definido aquele penhor como transferência ao credor do domínio resolúvel da coisa empenhada; porque os conceitos e definições incluídos no texto da lei, dela, entretanto, materialmente, não fazem parte.²⁰

Tal posição foi também adotada pelo Eminentíssimo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no voto que proferiu, como relator, nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 149.518-GO.

Data venia, esta conclusão destoa das teorias que vimos examinando.

Pelo que expusemos no item 6, supra, impossível reduzir toda a construção legal desse instituto *sui generis*, que é a alienação fiduciária, a um penhor especial. Nela, há um misto de direito obrigacional, na relação jurídica de fundo, e de direito real, na relação jurídica acessória, ou de garantia, realçando-se nesta, ainda, o componente da propriedade sob condição, que lembra institutos calcados na fidejúcium, como o fideicomisso, em que, operada a cláusula (no caso da alienação, o pagamento), resolve-se o domínio (Código Civil, artigo 647). Extrema-se do penhor, a toda evidência.

E se se pensar que sendo penhor mesmo sem a tradição da coisa por isso se repudia a ameaça de prisão, então, estaremos diante de argumento que prova demais, porquanto nos penhores especiais ou irregulares (aqueles em que o bem apenhado permanece em poder do devedor) a lei estabelece, da mesma maneira como o Decreto-lei 911/69, que o devedor pignoratício responde como se fora depositário. Assim, por exemplo, está disposto nos artigos 1º e 35 da Lei nº 492, de 30 de agosto de 1937, que disciplina o penhor rural; e no artigo 28 do Decreto-lei nº 413, de 9 de janeiro de 1969, que disciplina o penhor industrial, prescrevendo que quando da garantia fizer parte alienação fiduciária, o negócio pelas normas desta se regulará.

10.2 Teoria que nega a existência de ficção legal

Esta corrente não admite a ficção engendrada pelo legislador e por isso não interpreta o texto como se estivesse diante da figura equiparada, censurando, mesmo, a alteração da natureza dos institutos com que opera. Álvaro Villaça Azevedo (1992, p.117), depois de discorrer, com a maestria e profundidade de sempre, sobre os componentes da alienação fiduciária, verbera não só essa construção da Lei do

²⁰ O penhor chamado alienação fiduciária em garantia (Cavalcanti, 1989, p.28).

Mercado de Capitais como todas as que equiparam, seja o alienante fiduciário, seja o devedor pignoratício, ao depositário:

Assim, se a alienação fiduciária tivesse como escopo a guarda de um objeto, para devolução imediata, quando solicitado, pelo depositante, seria correta a equiparação do devedor fiduciante ao depositário. Todavia, alterando a natureza dos institutos, criando situações de depósito, onde este não existe, a lei ordinária fere, antes da Constituição, com suas aludidas restrições, as bases da própria Ciência Jurídica, que tem seus institutos criados com tradições e entendimentos entre povos e civilizações, em um costume sólido que tem apego, mesmo, ao Direito Natural. O Direito cientificamente criado, ao sabor dos tempos, não pode sofrer penas de conveniências passageiras, para atendimento de preferências, em detrimento da própria sociedade.

A recusa de interpretar o texto como se estivesse diante da figura equiparada parece evidente no artigo de Netônio B. Machado, intitulado *Depositário por equiparação – Inadmissibilidade – Prisão do depositário infiel* (*Revista dos Tribunais*, v. 744, p.85) e transparece do acórdão relatado pelo Eminentíssimo Ministro Adhemar Maciel, no julgamento do RHC nº 4.288-5-RJ, na Sexta Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que, depois de afirmar que

“o depositário infiel só pode ser aquele do contrato de depósito tradicional”, conclui: Na realidade, o que a legislação ordinária (LMC e DL 911/69) fez foi uma ‘equiparação’ daquilo que não pode ser equiparado só para, no fundo, ensejar a cobrança de dívida mediante ameaça de prisão. Pôs um rótulo em frasco com conteúdo diverso.²¹

No mesmo sentido, o ver acórdão relatado pelo Ministro Vicente Leal, segundo o qual

o devedor fiduciante, que descumpra a obrigação pactuada e não entrega a coisa ao credor-fiduciário, *não se equipara* ao depositário infiel, passível de prisão civil, pois o contrato de depósito, disciplinado nos artigos 1.265 a 1.287, do Código Civil, não se equipara, *em absoluto*, ao contrato de alienação fiduciária.²²

Embora concordando com o grande civilista paulista no ponto em que reconhece, em tese, carecer de legitimidade o direito constituído em afronta ao direito natural,²³ ousamos objetar que não entrevemos, no caso, tal afronta.

Sua doutrina deve ser considerada de lege ferenda, pois, se a lei é inoportuna e inconveniente, que se mude a lei (o que, aliás, não seria inusitado neste país de “prenhez” legiferante insopitável!).

Integra esta teoria o argumento de que se está a ofender o tradicional princípio *res perit domino*, consagrado por todo o direito obrigacional do Código Civil

²¹ Voto do Ministro Ruy Rosado no julgamento dos Embargos de Divergência. Resp. 149.518-GO – STJ.

²² STJ – 6ª Turma, Habeas Corpus nº 3.552-6-SP, j. 18 de setembro de 1995, v.u. Dizendo, igualmente, que, “no campo da ficção jurídica, (o legislador ordinário) emprestou a certos devedores inadimplentes a qualificação, de todo imprópria, de depositário infiel”, o acórdão relatado pelo Min. Marco Aurélio, STF, HC nº 74.383-8-MG, DJU de 27 de junho de 97.

²³ “Si vero in aliquo (lex humanitus) a lege naturali discordet, iam non erit lex, sed legis corruptio”, Santo Tomás de Aquino (1936, p.78).

(genericamente, artigo 1.058 e, para o depósito, especificamente, artigo 1.268), lembrando o Professor Álvaro Villaça Azevedo (1992, p.118-120) remontar-se tal princípio ao Código de Hammurabi. O mestre conclui que se a coisa perece para o dono, *dominus* então há de ser o alienante fiduciário e não o adquirente. Além disso, deveria o proprietário poder apropriar-se da coisa. Como não pode, proprietário não é.²⁴ E nós ousamos insistir: suponhamos que a alienação fiduciária não tenha realmente autonomia no contexto das espécies contratuais, não passando de um penhor. Ora, no penhor, tanto comum ou regular, como especial ou irregular, o perecimento da coisa onera ao devedor, como se vê do artigo 762, IV, do Código Civil, e dos artigos 5º da Lei nº 492, de 30 de agosto de 1937 (penhor agrícola), e 23 do Decreto-lei nº 413, de 9 de janeiro de 1969 (penhor industrial). Então, aqueles argumentos levam a esta invencível perplexidade: a alienação fiduciária é penhor para negar-se ao adquirente a propriedade da coisa e a inexistência de depósito, mas não é penhor quando se quer rechaçar a incidência da regra legal que considera em detrimento do devedor o perecimento da coisa empenhada.

As ficções são freqüentes no direito, como já vimos. Sabemos que melhor seria se não existissem. Mas existem e vigoram. No caso da alienação fiduciária, *legem habemus*. Enquanto esta vigorar, a ficção existirá. Trata-se “de mais um caso de depósito *ex lege*”, como ensina Moreira Alves (1973, p.158).

E, mais do que direito posto e confirmado, é também direito escrito projetado, constante do Título III, Capítulo IX, artigos 1.360 a 1.367, com a epígrafe “Da propriedade fiduciária”, do Projeto de Código Civil já aprovado pelo Senado Federal, sendo esta a redação do artigo 1.362:

Antes de vencida a dívida, o devedor, a suas expensas e risco, pode servir-se da coisa segundo sua destinação, sendo obrigado, *como depositário*:

- I – A empregar na guarda da coisa a diligência exigida por sua natureza;
- II – A entregá-la ao credor, se a dívida não for paga no vencimento.²⁵

10.3 Teoria que nega a constitucionalidade da prisão do alienante fiduciário

Sustenta que o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição da República impede a prisão por dívida, devendo enquadrar-se nessa proibição a prisão do alienante fiduciário, mesmo quando por lei equiparado ao depositário.

Esta teoria participa das duas anteriores. Seus argumentos principais:

- a) por ser a alienação fiduciária um mútuo com penhor, é dívida pecuniária e como tal não pode levar à prisão por incidir na vedação constitucional; e
- b) a autorização de prisão, pela Constituição, só se aplica aos contratos de depósito real, não aos depósitos por ficção.

²⁴ Estaria aí a “erronia de lógica”, que atribui ao legislador.

²⁵ Observe-se que o Projeto, tal como aqui sustentamos, não admite a alienação fiduciária de coisa móvel fungível (artigo 1.360).

O Desembargador Alves Braga argumentou que se assim não fosse, através de uma cadeia equiparante sem limites, iria o legislador alcançando os responsáveis por dívidas civis, bastando que para isso o texto legal, afrontando os princípios, fosse transformando os devedores em depositários ou responsáveis por dívidas alimentares (*Revista dos Tribunais*, v. 450, p.347).

No mesmo sentido, remata Villaça Azevedo (1992, p.116): “Não há depositário sem contrato de depósito”.

Este argumento da inconstitucionalidade tem sido muito invocado nas disputas judiciais. Estamos extraindo do estágio atual da questão os pontos que interessam ao enfoque dirigido às nossas conclusões.

Dizer que o constituinte somente excepcionou a prisão no caso de depósito real é fazer interpretação pela intenção do legislador, método que a ciência jurídica moderna repudia, como expôs Manoel Gonçalves Ferreira Filho.²⁶ De outra parte, no nosso direito, apenas se pode banir do ordenamento jurídico escrito o diploma inconstitucional pelo meio processual da arguição respectiva, *principaliter* ou incidentalmente. Por isso, no sistema brasileiro, vige o texto legal se não declarado inconstitucional.

Em resposta àqueles dois e a outros argumentos em favor da inconstitucionalidade, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal ao julgar o HC 72.131-RJ, em 23 de novembro de 1995, declarando que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária. E arrolam Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, na obra em que estudam com rigor e profundidade a matéria da garantia fiduciária, estes outros julgados do Supremo Tribunal Federal, todos no mesmo sentido: HC 75.306-0-RJ, 19 de agosto de 1997, DJU de 12 de setembro de 1997, p. 43.715; HC 74.381-1, DJU de 26 de setembro de 1997, p. 47.476; HC 70.718-11; HC 74.739-6; HC 74.473-7; HC 70.718-1; Recursos Extraordinários 201.820-1 e 199.782-6.²⁷

Já tivemos oportunidade de demonstrar no item 3.1, *retro*, que a obrigação do depositário não é pecuniária, não é obrigação por dívida.

A prisão civil que a Constituição veda à lei ordinária cominar é a por dívida pecuniária.

De sorte que, assentada a orientação do mais alto órgão jurisdicional do País, ao qual cabe velar pela conformidade da lei ordinária à Lei Maior (Constituição, artigo 102, caput), parece nada haver a discutir sobre o assunto.

10.4 Pactos internacionais teriam abolido a prisão civil que não seja por dívida alimentícia

Contra a prisão do alienante fiduciário tem sido invocado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12

²⁶ Sobre a constitucionalidade da prisão do depositário infiel em ação de alienação fiduciária em garantia, In: *Revista de Processo*, v. 79, p.224.

²⁷ *Garantia fiduciária*, cit., p. 132. E *Prisão civil do depositário infiel em face da derrogação do artigo 1.287 do Código Civil pelo Pacto de São José da Costa Rica*, In: *Revista dos Tribunais*, v. 756, p.40.

de dezembro de 1991, e mandado cumprir pelo Decreto Executivo nº 592, de 6 de julho de 92. O artigo 11 desse Pacto dispõe: “Ninguém poderá ser preso apenas por não cumprir uma obrigação contratual”. “Mas o ápice da polêmica – dizem Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe (2000, p.38) – foi atingido após a incorporação e integração normativa, formal, pública e vinculante, no direito positivo interno, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, isto é, do Pacto de São José da Costa Rica, concluído em 22 de novembro de 1969 e mandado cumprir pelo Decreto Executivo 678, de 6 de outubro de 1992, cujo artigo 7º, nº 7 (do Pacto) dispõe que: “Ninguém será detido por dívidas; este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Sustentam esses eminentes juristas que a disposição acima transcrita, do Pacto da Costa Rica, acolhida e posta em vigor regularmente no Brasil, revogou todos os casos de prisão civil, mantendo a permissão exclusivamente para o inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar. Assim, ficaram revogados o artigo 1.287 do Código Civil, considerado a “fonte criadora e irradiadora” da prisão coercitiva em caso de depósito e todos os outros comandos legais dele derivados, quer por equiparação em leis extravagantes, como o Decreto-lei 911/69, quer por serem normas de direito formal, como as dos artigos 902 e 904 do Código de Processo Civil, possibilitando-se, tão-só, a detenção do devedor de alimentos (Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, 2000, p.144).²⁸

À arguição de que a lei posterior (o Pacto mandado cumprir), sendo geral, não revoga a especial, respondem os autores citados que, no caso da alienação fiduciária, se especial é o Decreto-lei 911/69, que prevê tal prisão para o caso *específico* daquela garantia, não é entretanto ele o alcançado pelo Pacto, mas sim o Código Civil, artigo 1.287, que é a *lex generalis*. Por conseguinte, sendo o Pacto lei geral, revoga o estatuído pelo Código Civil, que é geral, revogando mais o que dele deriva e vem estatuído em outras normas por equiparação, não deixando, *ipso facto*, de alcançar as leis que “se abeberaram” no citado artigo 1.287 e, bem assim, a respectiva prescrição processual dos artigos 902 e 904. Como a arguição fora feita pelo Supremo no julgamento já referido, do HC 72.131-RJ, em 23 de novembro de 1995 (retro, item 10.3), respondem Restiffe e Restiffe:

Agora, no caso concreto do exame do conteúdo da matéria (prisão civil) objeto do Pacto de São José da Costa Rica, o Supremo Tribunal Federal *não* reconheceu, no aludido Pacto, *especificidade*, mas, sim, normatividade de *caráter geral* (sobre a prisão civil), contraposta à normatividade *específica* da prisão civil do depositário infiel na alienação fiduciária do Decreto-lei 911. Nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal adota corretamente aquela máxima: *lex posterior generalis non derogat legi priori specialí*. Entretanto, equivocou-se em considerar que a prisão civil do fiduciante por infidelidade depositária subsiste como se fosse criação da lei especial, ou da Constitui-

²⁸ No mesmo sentido, Paulo Eduardo Razuk (1998, p.14).

ção diretamente, quando, na realidade, trata-se de cominação exclusiva da lei geral criadora (Código Civil), à qual a lei especial faz expressa remissão (Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, 2000, p.146).

A tese de que o Pacto de São José da Costa Rica revogara, com a natureza de lei ordinária que passou a ter, os preceitos do Código Civil e do Código de Processo Civil instituidores e aplicadores da prisão civil, salvo por dívida alimentar, foi acolhida pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Embargos de Divergência, em Recurso Especial nº 149.518, de Goiás, ocorrido em 5 de maio de 1999, que tinha por finalidade a uniformização do entendimento da matéria. Embora alguns Ministros tenham feito restrição à aplicação do Pacto, em verdade foi unânime a decisão no sentido de não se admitir a prisão do alienante fiduciário.

Da discussão no Superior Tribunal de Justiça adveio uma conclusão que se pode considerar teoricamente interessante: se revogado o artigo 1.287 do Código Civil e seus “apêndices” pelo Pacto, deixando, assim, de existir as leis ordinárias que previam a prisão, não haveria mais que se falar da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, refugindo então o problema da competência do Supremo Tribunal Federal, cuja orientação sempre foi a de admitir a prisão do depositário infiel.

Todavia, posteriormente, na decisão do *Habeas Corpus* nº 79.870-SP, sendo Relator o Ministro Moreira Alves, o Supremo Tribunal Federal assentou:

Se se entender que esse dispositivo (artigo 7º, Item 7, do Pacto de São José da Costa Rica), que é norma infraconstitucional, revogou, tacitamente, a legislação também infraconstitucional interna relativa à prisão civil do depositário infiel em caso de depósito convencional ou legal, essa interpretação advirá do entendimento, que é inconstitucional, de que a legislação infraconstitucional pode afastar exceções impostas diretamente pela Constituição, independentemente de lei que permita impô-las quando ocorrer inadimplemento de obrigação alimentar ou infidelidade de depositário.²⁹

Já se podia distinguir essa interpretação em decisão unipessoal do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Celso de Mello, no *Habeas Corpus* nº 77.631/5-SC, publicada em 19 de julho de 1998, de cujo fundamento se extrai:

Como as *exceções derogatórias* ao postulado fundamental que veda a prisão civil por dívida possuem inquestionável matriz constitucional (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição brasileira*, v. 1/74, 1990, Saraiva; Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2/305-306, 1989, Saraiva), torna-se evidente que a legitimidade jurídica da prisão civil por dívida, nas duas hipóteses previstas em nossa Lei Básica, tem, *na própria Constituição* – e não em outros instrumentos normativos de *inferior* qualificação hierárquica –, o fundamento de sua autoridade e o suporte direto de sua validade e eficácia (Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, 2000, p.46).

²⁹ Informativo STF, nº 207, p.3, 25 de outubro de 2000.

Volta, então, o Superior Tribunal de Justiça a discutir o assunto, por sua Corte Especial, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 11.918-CE, em 20 de outubro de 2000, e já agora não há unanimidade contra a prisão, mas sim, vencidos, pelo seu cabimento, seis ministros.

Como se vê, parece longe de pacificar-se, nos tribunais, a questão objeto do nosso estudo.

Agora, quanto às normas que poderiam ter sido revogadas pelo Pacto de São José da Costa Rica, temos para nós que não são o artigo 1.287 do Código Civil e seus sucedâneos, entre estes o Decreto-lei 911/69 e os artigos 902 e 904 do Código de Processo Civil, pois estes prevêm uma hipótese específica, não alcançada pela lei geral posterior. Em tese, uma lei geral, como o Código Civil no seu todo, poderia ser atingida pelo Pacto; mas o seu artigo 1.287, como lei especial, por disciplinar hipótese específica, não.

Mais ainda: as normas do Pacto não impediriam a prisão do depositário judicial, que não concerne nem a contrato nem a dívida, tendo natureza exclusivamente processual, como se viu.

De sorte que não encontram óbice constitucional, nem perdem sua vigência por força de tratados internacionais, as leis ordinárias brasileiras que impõem a prisão ao depositário infiel e aos a ele equiparados, dada a natureza dessa prisão e daquelas normas.

11 A solução que alvitramos. Resposta do réu na ação de depósito. Procedimento e alegação de desconsideração do instituto

11.1 Pedido qualificado e citação do réu

Na conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, acrescentado ao pedido de restituição da coisa o de prisão do depositário, terá o autor formulado pedido qualificado, isto é, o pedido simples acrescido da cominação de pena pecuniária ou corporal para o caso de descumprimento da sentença. É espécie de pedido cominatório, sendo que, na deste caso, a obrigação não é de fazer, mas de dar, ponto em que difere do previsto no artigo 287 do Código de Processo Civil (Carvalho, 1972, p.100).

Em razão de operar-se a *mutatio libelli*, isto é, a alteração permitida pela lei, que modifica o objeto mediato da pretensão processual no tempo procedimental adequado,³⁰ o réu deverá ser citado para essa demanda, mesmo que o tenha sido para a primeira, de busca e apreensão, no caso, previsto no artigo 4º do Decreto-lei 911/69, de não ter ele em seu poder a coisa alienada. É que de outra se trata, e o

³⁰ Sobre o conceito e definição da alteração do pedido permitida pela lei, ver Carvalho (1972, p.134).

direito ao contraditório e à ampla defesa lhe é assegurado se e quando variar a pretensão.

Estamos, portanto, em ação de depósito.³¹

11.2 Da contestação do réu. Desconsideração do depósito

Diz o CPC que, na contestação, o réu poderá alegar, além da nulidade do título e da extinção das obrigações, todas as defesas previstas na lei civil (artigo 902, § 2º), e que, contestada, seguirá a ação o rito ordinário (CPC, artigo 903). Em verdade, cabe a *resposta* do réu, compreendendo a contestação, a exceção instrumental de incompetência e a reconvenção (Código citado, artigo 299), uma vez que, transmudado o procedimento para ordinário pela contestação, a demanda do réu tem guarida, formando-se o *simultaneus processus*.³²

A defesa não tem mais as limitações do § 2º do artigo 3º do DL 911/69. No corpo da contestação, o réu arguirá a *desconsideração do depósito* como espécie de *defesa direta de mérito*. Esta pode consistir:

- a) na negativa dos fatos narrados pelo autor; ou
- b) na negativa das conseqüências jurídicas daqueles fatos (Calmon de Passos, 1979, p.344; Carvalho, 1972, p.127-128).

A primeira seria feita com a alegação de que inexistente (porque falso o documento, por exemplo) o título literal do depósito, em que se apóia a pretensão do autor; mas esta não seria arguição de desconsideração do depósito. Haverá, em verdade, desconsideração, se o réu *opuser fatos* que demonstrem que *naquele caso* não se consuma o depósito por equiparação legal; que *naquele caso*, dadas as circunstâncias por ele expostas, o contrato (fato) não gera a conseqüência jurídica da ficção cogitada; em suma, que embora a letra do contrato fale em depósito, deve-se considerar inexistente ou elidida a ficção.

Essa alegação é ônus absoluto para o contestante, porque não é matéria que o juiz possa conhecer de ofício, como as objeções (Carvalho, 1972, p.126-128). Conceituamos essa alegação como defesa direta de mérito, pois não nos parece tratar-se da ausência de uma das condições da ação de depósito, qual seria a impossibilidade jurídica do pedido ou o interesse processual na projeção de necessidade ou de adequação do provimento reclamado. Por conseguinte, o resultado buscado pelo réu será o da improcedência e não o da carência da ação. Evidentemente, improcedente será a ação de depósito, remanescendo para o credor as ações de que dispunha antes da conversão, inclusive a de busca e apreensão.

É que a defesa direta de mérito atinge o *direito material* subjacente à pretensão processual. Elidido aquele, esta improcede.

³¹ Empregamos "ação" no sentido comum, de "demanda".

³² Está a ver-se, portanto, que este é um caso em que é necessário contestar para reconvir.

Se incontroverso o depósito enquanto ficção legal e incontroversas as respectivas conseqüências, nada, entretanto, pode impedir a alegação, e sua prova, de inexistência, *in casu*, da ficção, restando inaplicáveis as tais conseqüências.

Em obediência ao escopo ético das ficções, vez por outra os tribunais são chamados a desconsiderá-las, sendo a hipótese mais freqüente a da pessoa jurídica, embora – argumento de maior força para as nossas conclusões – seja esta entendida como entidade real (vide *supra*, item 6 e nota 33).

José Lamartine Corrêa de Oliveira (1979), em alentada e preciosa obra sobre o tema da desconsideração da pessoa jurídica,³³ arrola vários fundamentos, invocados pela jurisprudência ao decretar a desconsideração:

- a) para impedir fraude ao cumprimento contratual;
- b) para coibir fraude à lei;
- c) para servir a limitados efeitos de natureza processual; e
- d) para estender a responsabilidade aos sócios em caso de insolvência (Fábio Ulhoa Coelho, p.521-554).

Mas, em trabalho anterior, Rubens Requião explicava que a *disregard doctrine* “é caso de declaração de *ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos*, prosseguindo todavia a mesma incólume para seus outros fins legítimos”.³⁴

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), no artigo 28, prevê a desconsideração da personalidade jurídica quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Pois bem. O réu pode alegar fraude na elaboração do contrato; erro na manifestação de vontade ao contratar; abuso na caracterização do depósito; simulação do depósito, se a alienação fiduciária tiver sido celebrada em favor de um terceiro, por exemplo; inexistência, *in casu*, do depósito por inexistência atual do bem alienado ou por tratar-se de coisa fungível (pois aqui não haveria depósito, mas mútuo), e quaisquer outras circunstâncias que demonstrem não se caracterizar, *naquele caso*, o contrato de depósito resultante da equiparação feita pelo Decreto-lei nº 911/69, devendo considerar-se a presença de cláusulas extorsivas ou abusivas, condutoras à ilação de um artifício e não de ficção admissível. Entenda-se: não lhe aproveita a arguição de que, *em tese*, na configuração desse diploma legal, não se pode falar em depósito. Nem lhe aproveitará a invocação das demais teorias, acima analisadas, de impossibilidade de prisão do alienante fiduciário, todas ora refutadas, ora acolhidas pelos tribunais. Porque o impasse pretoriano – parece – perdurará enquanto se repetirem tais alegações.

³³ Veja-se também Fábio Ulhoa Coelho, *Pessoa jurídica: conceito e desconsideração*, In: *Iustitia*, nº 137, p.65-86.

³⁴ Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), *Revista dos Tribunais*, v. 410, p.14.

- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. 5.
- MARTINS, Fran. *Depósito mercantil*. verbete In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 23, p.423.
- MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. 4 ed. Torino: Utet, 1961, v. 2.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, v. 4.
- _____. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1968, t. 5.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 5.
- MORO, Aldo. *Unità e pluralità di reati*. 2 ed. Padova: Cedam, 1954.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 2 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- _____. *Sociedade comercial*. Parecer. *Revista dos Tribunais*, v. 561, p.43-59.
- ORDENAÇÕES AFONSINAS, Livro IV. Reprodução *fac-simile* da edição feita em 1792 na Real Imprensa da Universidade de Coimbra. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.
- ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livros IV e V. Reprodução *fac-simile* da edição feita no Rio de Janeiro por Cândido Mendes de Almeida em 1870. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.
- ORDENAÇÕES MANUELINAS, Livro IV. Reprodução *fac-simile* da edição feita em 1797 na Real Imprensa da Universidade de Coimbra. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.
- PASQUEL, Roberto Molina. *Contempt of Court*. México: Fondo de Cultura Económica, 1954.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 3.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. A nova tipologia contratual no direito civil brasileiro. *Revista de direito comparado luso-brasileiro*, v. 1, p.119, jul. de 1982.
- RAZUK, Paulo Eduardo. A prisão civil do depositário infiel em face do direito internacional. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público*, n. 14, p.14, jan. de 1998.
- REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). *Revista dos Tribunais*, v. 410, p.12 et seq.
- RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia fiduciária*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. Prisão civil do depositário infiel face da derrogação do artigo 1.287 do Código Civil pelo Pacto de São José da Costa Rica. *Revista dos Tribunais*, v. 756, p.37-52.

- SCIASCIA, Gaetano; CORREIA, Alexandre. *Manual de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1951, v. 2.
- WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996, p.19.
- _____ et al. *Código Brasileiro de Defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

