

## PRISÃO CIVIL E "EQUIVALENTE EM DINHEIRO" NO DEPÓSITO ACESSÓRIO

Edson Ribas Malachini

Prof. Assistente do Dept<sup>o</sup> de Direito Civil e Processual Civil da Faculdade de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR, Juiz de Direito da 1.<sup>a</sup> Vara Cível de Curitiba.

SUMÁRIO: 1. A Constituição Federal e o art. 1.287 do Código Civil. 2. Doutrina da não-excepcionalidade da prisão do depositário infiel. 3. Singularidade do direito brasileiro. O direito francês. 3.1. O direito italiano. 3.2. O direito alemão e o direito português. 3.3. A nova Constituição portuguesa e o depósito judicial. 4. Anacronismo da legislação brasileira. 4.1. O Projeto de Código Civil (Projeto 634-B, de 1975) e a nova Constituição. 4.2. Equiparações legais à figura do depositário. 5. Interpretação restritiva, especialmente do conceito de "equivalente em dinheiro". 5.1. Não-inclusão de honorários advocatícios e despesas processuais. 5.2. Adoção desse critério na jurisprudência.

1. A Constituição Federal ainda em vigor contém, no art. 153, § 17, ao lado do preceito básico, de que "*não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas*", a ressalva do "*caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei*".

Com isso (e a regra foi repetição da que constava da Constituição de 1946, art. 141, § 32) mantém-se a plena vigência do art. 1.287 do Código Civil, *verbis*: "*Seja voluntário ou necessário 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*" (cf. Cód. Comercial, art. 284).

Como corolário dessa disposição do direito material o Código de Processo Civil, disciplinando a *ação de depósito*, nos arts. 901 a 906, prevê, no art. 902, § 1º, e 904, parágrafo único, que “não sendo cumprido o mandado” (de entrega da coisa “ou do equivalente em dinheiro”) o juiz “decretará a prisão do depositário infiel”, “até um (1) ano”.

2. A primeira indagação a fazer-se, ao início deste trabalho, é se deve esse meio de *execução indireta* continuar a existir entre nós, como singularidade do direito brasileiro.

Comentando o art. 1.287 CLÓVIS BEVILAQUA já anotara (*Código Civil*, ed. histórica, Ed. Rio, 1975, II, p. 397):

“O Código não quis seguir a doutrina liberal, que, entre nós, condenava qualquer prisão civil por dívida. Mas, ao menos, limitou o arbítrio das prisões por tempo indeterminado. O constrangimento não poderia durar mais de um ano” (no Código Comercial de 1850, art. 284, cit., assim como nas Ordenações, 4, 76, 5, não há tal limitação temporal).

“A Constituição da República, de 16 de julho de 1934, art. 113, abolira a prisão por dívida (nº 30)” (nela se dizia, diversamente do que se diz na Constituição atual — isto é, sem qualquer ressalva —, tão-somente: “Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas”). “Estava, portanto revogado o preceito do art. 1.287 do Código Civil, como era aspiração dos espíritos liberais. O Supremo Tribunal Federal decidiu, porém, que não se considera prisão por dívida a decretada contra o depositário, como meio compulsório para a restituição do depósito (*Revista de Jurisprudência*, XXXIX, p. 273-274)”.

Esse entendimento do Supremo Tribunal, antes da vigência da Constituição de 1946, que, com a ressalva já aludida, consagrou a manutenção da prisão, como meio coercitivo, do depositário infiel (assim como do devedor de alimentos), seguia o raciocínio exposto por PONTES DE MIRANDA (nos *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*, V, 1971, pp. 264-5), de que “o que a Constituição proíbe é a pena de prisão por não-pagamento de dívidas, de multas ou de custas, e não a prisão como meio para impedir que o que tem a posse imediata de algum bem se furte à entrega dele”; que a prisão do depositário infiel “é simples meio coercitivo para a entrega de bens ilegítimamente detidos”; e que:

“Sempre que se trata de dívida, no sentido estrito, e não de entrega de bem alheio, a prisão por dívida é constitucionalmente proibida. Salvo se por dívida de alimentos. Noutras termos se a ação executiva seria pessoal, sem ser por alimentos, incide o art. 153, § 17, da Constituição de 1967; se a ação executiva é real, não. O que faltou à 1.<sup>a</sup> Câmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal foi exatamente atender a que ‘dívida’, no art. 153, § 17 (como no art. 113, 30, da Constituição de 1934), está em sentido estrito (dívida correspondente a direito pessoal)”.

Essa doutrina, da “não-excepcionalidade da prisão civil do depositário infiel”, é invocada por ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, que, com precisão, sintetiza:

“A rigor, só aquela primeira é uma autêntica exceção, porque aí se cuida realmente de prisão por dívida; o depositário não é somente e propriamente um devedor, mas um detentor de coisa alheia. Há diferença profunda entre a situação de quem, com o que é seu e está em seu poder, deve deve restituí-lo. Mesmo que se rejeite um compromisso definitivo com a distinção dogmática entre direitos ‘absolutos’ e ‘relativos’, é inocultável o vigor maior com que o Estado assegura e protege o direito do dominus à restituição do que outrem possui ilegítimamente, em comparação com a tutela dispensada do direito do ‘credor’, sujeito ativo de uma relação meramente obrigacional” (Comentários ao Código de Processo Civil, nº 136, col. Forense, VIII, t. III, 1.<sup>a</sup> ed., 1980, p. 197; “aquela primeira”, referida como “autêntica exceção”, prevista no art. 153, § 17, da Const. Fed., cit., é a hipótese do devedor de alimentos).

Em nota, esse autor informa que “a distinção tratada no texto, entre ‘devedor’ stricto sensu e detentor de coisa alheia fora agudamente percebida e posta em solar evidência pelo gênio de CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, p. VTB e segs.” (*ibidem*, nt. 198).

3. Aludimos, no início do número anterior, à “singularidade do direito brasileiro”, em estabelecer a prisão civil do depositário infiel.

De fato, fazendo-se um rápido exame de direito comparado, verificamos que os ordenamentos jurídicos dos principais países europeus, que geralmente nos servem de modelos, não contem-

plam, na regulamentação do contrato de depósito, esse meio extremo para forçar à restituição da coisa, que se exercita sobre o próprio corpo do devedor. Como diz o comentarista por último citado, “os sistemas jurídicos modernos baniram, por odioso, o instituto da prisão por dívidas, fazendo aplicação do princípio segundo o qual, responde por estas o patrimônio, não a pessoa do devedor” (A. F. FABRÍCIO, ob. cit., nº 136, p. 197).

Expressiva era, a respeito, a denominação dada à prisão civil pelo Código Civil francês: “*contrainte par corps*” (arts. 2.059 a 2.070); e entre os casos em que havia sujeição a ela estava o depósito necessário (art. 2.060), mas, já então, não o depósito voluntário. E a restrição àquela espécie era assim explicada por J. A. ROGRON (*Code Civil Expliqué*, 4.<sup>a</sup> ed., Paris, 1830, p. 935):

“Se o depósito é voluntário, a lei não confere ao depositante o direito de constrangimento pelo corpo” (*contrainte par corps*) “para a restituição do depósito, porque ele devia escolher bem seu depositário: é a si próprio que deve imputar a perda, se a sofre. Mas em um depósito necessário, o depositante não teve o tempo de escolher aquele em que podia confiar. Se, pois, o depositário abusa da situação em que ele se encontrou, para recusar-se a restituir o depósito, será submetido ao constrangimento pelo corpo”.

Mas a “*prisão por dívidas*”, informa JOSSERAND (*Derecho Civil*, trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, E.J.E.A., B. Aires, 1950, t. II, vol. I, nº 587, pp. 468-9), foi abolida por lei de 22 de julho de 1867, que derogou os arts. 2.059 a 2.070 do Código Civil, deixando subsistir apenas a prisão por dívidas para assegurar o cumprimento das condenações pecuniárias por infração da lei penal; “em matéria civil e em matéria comercial, está completamente abolida (L. 22 de julho de 1867, art. 1º); o credor não dispõe já desse meio para pôr à prova a solvência de seu devedor e para incitá-lo ao adimplemento”.

É verdade, continua, que o cumprimento da *obrigação de alimentos* está assegurado, pelo menos nas relações entre ascendentes, descendentes e cônjuges, não só com sanções civis mas também com sanções penais, até com pena de prisão (L. 07-02-1924 e L. 03-04-1928); e da mesma maneira se procede quanto ao dever imposto ao pai ou à mãe de *apresentar os filhos* a quem, por decisão judicial em processo de divórcio ou de separação de corpos, tenha obtido sua guarda (L. 05-12-1901). E conclui:

“O direito penal vem em tal caso em ajuda do

*direito civil, e a antiga concepção segundo a qual a pessoa mesma do devedor responde pelo cumprimento da obrigação se nos oferece de novo; mas observar-se-á que esse aumento de rigor só concerne ao cumprimento de obrigações legais ou juúciais, não ao de obrigações nascidas do contrato”.*

3.1. Na Itália, historia BIAGIO BRUGI que “das leis de todos os povos” chegara ao direito italiano a prisão do devedor, como última forma de escravidão por dívidas; e que em vão a comissão coordenadora do Código Civil de 1865 propôs sua abolição por unanimidade. Fazia ela observar que ao menos a escravidão por dívidas era lógica, pois facilitava obter um preço do devedor, que trabalhara para o credor, enquanto a moderna prisão tornava-o improdutivo para esse, obrigado às vezes ainda a manter o preso. Argumentava também que a prisão era uma verdadeira tortura moral, demonstrada ineficaz, ademais, por sérias estatísticas; e que no sistema do Código, tendo caducado outros institutos, não representava senão uma pena contra o dolo, invadindo assim a lei civil o domínio da lei penal. Mas a proposta abolição, não aceita então por parecer “reforma demasiado avançada, precoce e pouco propícia aos negócios civis”, foi feita com lei de 6 de dezembro de 1877, de nº 4.166, em virtude da qual a prisão por dívidas civis e comerciais contra nacionais e estrangeiros foi reduzida a uma rara exceção; e assim os arts. 2.093 a 2.104 do Código Civil, e 750 a 777 do Código de Processo Civil, ambos de 1865, foram em larga parte abolidos (*Istituzioni di Diritto civile italiano*, 4.<sup>a</sup> ed., Milão, 1923, pp. 696-8, § 70, II; cf. *Instituciones de Derecho Civil*, trad. mexicana de Jaime Simo Bofarull, 1946, pp. 383-5, § 70, II).

Corroborando essa exposição, escreve ROBERTO DE RUGGIERO (*Instituições de Direito Civil*, trad. da 6.<sup>a</sup> ed. ital., com notas remissivas aos Códcs. Civis bras. e port. pelo Dr. Ary dos Santos; 3.<sup>a</sup> ed. bras., revista e adaptada aos novos Códcs. Civis italiano e português pelos Profs. Antônio Chaves e Fábio Maria de Mattia, Saraiva, 3º vol., 1973, § 98, III, pp. 129-30):

*“Estes meios” (meios executivos) “são, hoje, exclusivamente a execução forçada sobre os bens, estando excluída aquela sobre a pessoa e, assim, uma execução que em regra só de modo indireto consegue a satisfação do crédito.*

*Execução sobre os bens e nunca sobre a pessoa, visto a nossa lei ter abolido todos os mais anti-*

gos e desumanos procedimentos de execução pessoal. Os seus últimos traços no código eram a prisão por dívidas (arts. 2.093-2.104 do C.C. e arts. 750-777 do C.P.C.)” (de 1865), “que todos os códigos italianos antigos admitiam e alguns (como o Cód. napolitano, arts. 1.931 e segs.) de modo tao amplo e com tão limitadas garantias para a liberdade pessoal do devedor, que bem se podia dizer que esta era abandonada ao arbítrio dos particulares. Esse meio era considerado particularmente eficaz, quer para obrigar o devedor a pagar, quer para o dissuadir de contrair obrigações, que sabia não poder depois satisfazer. Mas porque essa eficácia se mostrou, na prática, bastante duvidosa e, por outro lado, pareceu repugnar ao sentimento e à dignidade humana privar o devedor, mesmo com a intervenção do juiz, da liberdade pessoal, a prisão por dívidas civis ou comerciais, admitida já só dentro de limites bem restritos, foi completamente abolida com a Lei nº 4.166, de 6 de dezembro de 1877, e só excepcionalmente foi conservada para execução das condenações proferidas nos tribunais criminais, para restituições, indenizações e reparações contra os autores ou cúmplices de crimes e delitos (a execução pessoal foi abolida não mais aparecendo no C.C. e no C.P.C.)” (isto é, nos Códigos Civil e de Processo Civil em vigor).

E particularmente em relação ao contrato de depósito, objeto de nossas considerações neste trabalho, pode-se acrescentar que os arts. 1.766 a 1.797, que o disciplinam, não prevêm absolutamente, como o nosso Código Civil, a prisão do depositário infiel como meio coativo.

3.2. Da mesma forma não contém o Código Civil alemão, no título que rege o contrato de depósito (§§ 688 a 700), qualquer disposição permissiva da prisão do depositário que não restituir a coisa depositada, quando exigida, estatuinto apenas, no § 695: “(Obrigação de devolução ao depositante) — O consignante pode, a qualquer tempo, exigir de volta a coisa consignada, mesmo quando tenha sido estabelecido um tempo para a custódia” (*Rückgabepflicht des Hinterlegers* — Der Hinterleger kann die hinterlegte Sache jederzeit zurückfordern, auch wenn für die Aufbewahrung eine Zeit bestimmt ist). (Cf. ENNECCERUS-LEHMANN, *Tratado de Derecho Civil*, trad. da 35.<sup>a</sup> ed. alemã por Blas Pérez González

e José Alguer, 2.<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 1950, t. II, vol. II, § 167, I, 2 e 3, p. 373).

E o mesmo se diga do Código Civil português (arts. 1.185 a 1.206), apesar da disposição do nosso singular art. 1.287 nos ter vindo das Ordenações Filipinas (Liv. IV, Tít. LXXVI, § 5º), *verbis*:

*“E se a dívida descender de malefícios, ou quasi-malefício, em que alguém seja condenado, deve indistintamente ser preso, até que pague da Cadea. Portanto se fosse alguma cousa posta em guarda, e deposito, e o depositario recusasse entregá-la ao senhor sem justa, e legitima rasão, 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 vontade de seu dono. ....*

*E não será solto, posto que dê fiadores, nem poderá dar lugar aos bens”* (i.e., fazer cessão deles em juízo aos credores). *“E sendo delle querelado em fôrma devida, haverá a pena de bulrão, e inliçador”*.

3.3. E é interessante, aqui, estabelecer um paralelo com uma das hipóteses de prisão civil que era prevista no Código de Sache jederzeit zurückfordern, auch wenn für die Aufbewahrung Processo Civil português, qual seja a do depositário judicial (depositário de bens penhorados). Como referia JOSÉ ALBERTO DOS REIS (*Processo de Execução, I, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1.957*), o art. 854 determinava “que, se o depositário de bens penhorados os não apresentar dentro de cinco dias a contar daquele em que foi ordenada a apresentação, será preso pelo tempo correspondente ao valor do depósito, calculado a 10\$00 por dia, não podendo porém a prisão exceder a dois anos”.

Mas a Constituição portuguesa de 2 de abril de 1976, no art. 27, sem fazer qualquer ressalva em relação à prisão civil, assim dispôs sobre o “direito à liberdade e à segurança”:

*“1. Todos têm direito à liberdade e à segurança.*

*2. Ninguém pode ser privado da liberdade a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.*

*3. Exceptua-se deste princípio a privação da*

*liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, nos casos seguintes:*

*a) Prisão preventiva em flagrante delito ou por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena maior;*

*b) Prisão ou detenção de pessoa que tenha penetrado irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou expulsão.*

*4. Toda pessoa privada da liberdade deve ser informada, no mais curto prazo, das razões da sua prisão ou detenção”.*

Por isso o Decreto-lei nº 368, de 3 de setembro de 1977, que “contém, antes de mais nada, as alterações ao Código de Processo Civil exigidas pelo art. 293º, nº 3, da Constituição”, esclarece, em seu preâmbulo (nº 2, letra c):

*“A exigente tutela de direito à liberdade e à segurança, contida no artigo 27º da Constituição, determinou a supressão de figuras de prisão destinadas, não a punir, mas a compelir ao cumprimento de obrigações cuja garantia se encontrava deste modo reforçada. O Código previa claras medidas de prisão nos artigos 410º (arresto em caso de alcance), 854º (depósito judicial), 904º e 906º (arrematação)”.*

Assim, o art. 854, citado, passou a ter a seguinte redação: *(Dever de apresentação dos bens) — 1. O depositário é obrigado a apresentar, quando lhe for ordenado, os bens que tenha recebido, salvo o disposto nos artigos anteriores. 2. Se os não apresentar dentro de cinco dias e não justificar a falta, é logo ordenado arresto em bens do depositário suficientes para garantir o valor do depósito e das custas e despesas acrescidas, sem prejuízo de procedimento criminal; ao mesmo tempo é executado, no próprio processo, para o pagamento daquele valor e acréscimo. 3. O arresto é levantado logo que o pagamento esteja feito, ou os bens apresentados, acrescidos do depósito da quantia de custas e despesas, que será imediatamente calculada”.*

*4. Contudo, em que pese a evolução do direito nos países de mais adiantada civilização, e de mais amadurecida ciência jurídica, o nosso legislador — nem mesmo o constituinte — não se dispõe a rever sua posição de, numa atitude que se pode dizer his-*

toricamente regressiva, forçar à restituição da coisa depositada com a medida extrema da prisão do devedor; facultando ao credor, ao lado da verdadeira e própria execução — caracterizada pela atividade substitutiva do Estado, para obter-lhe a satisfação do direito —, a chamada *execução indireta*, que recai sobre a própria pessoa do obrigado, para compeli-lo a, ante a aflição extrema a que se vê submetido, cumprir de qualquer maneira a prestação.

Não se duvida, é verdade, da eficácia da medida. Todos os que militam no foro, e particularmente os juizes (que, no estado de deterioração de nossa economia, têm de decretar a prisão de depositários com freqüência cada vez maior), sabem que, cumprido o mandado de privação da liberdade, os familiares, parentes e amigos do devedor correm a procurar meios com que depositar em juízo o equivalente pecuniário da coisa depositada, ou simplesmente o valor da dívida que ela garantia, como penhora ou como objeto de alienação fiduciária. (Pensa-se aqui nas hipóteses largamente predominantes, hoje, como suportes fácticos da decretação da prisão de depositários: a da execução por quantia certa em que o devedor permanece na posse do bem móvel penhorado, naquela qualidade, e a da alienação fiduciária em garantia).

Quanto à eficácia da medida no caso concreto, para obter-se (a qualquer preço, diríamos) a satisfação do credor, não parece, pois, que assistisse razão à comissão coordenadora do Código Civil italiano de 1865, ao argumentar que “sérias estatísticas” demonstravam o contrário (cf. BIAGIO BRUGI, no passo citado no nº 3.1, *supra*); ou a ROBERTO DE RUGGIERO, ao pô-la em dúvida “na prática” (*ibidem*). Mas pensamos que se deve concordar com essas advertências a respeito da questão, de há muito superada no direito positivo da Itália e de outros países, como os já mencionados; quanto ao outro escopo visado com a medida de coerção corporal: a de “dissuadir” o devedor “de contrair obrigações, que sabia não poder depois satisfazer” (cf. BIAGIO BRUGI, *Instituzioni*, cit., § 70, II, p. 696; RUGGIERO, transcrição feita no nº 3.1, *supra*). Aí, sim, parece-nos, ante a realidade forense antes mencionada, que como contra-estímulo, como medida de prevenção geral (a exemplo da pena criminal, que acumula também essa função), a prisão civil demonstra-se efetivamente ineficaz (como observou a comissão do Código italiano); que tal eficácia se mostra, “na prática, bastante duvidosa” (como anotou RUGGIERO).

Por outro lado, não menos relevante, cremos indiscutível a afirmação de ser a prisão civil “uma verdadeira tortura moral”, e de “repugnar ao sentimento e à dignidade humana” (cf. nº 3.1, *supra*).

4.1 Contudo, como dizíamos, o legislador brasileiro, inclusive o constituinte, não parece querer rever sua atitude, e eliminar o descompasso que se verifica entre a nossa legislação, no particular, e a das principais nações juridicamente adiantadas, de que herdamos nosso sistema jurídico.

Assim é que o já referido Projeto de Código Civil, já aprovado na Câmara dos Deputados (Projeto nº 634-B, de 1975), mantém, no art. 652, com fórmula idêntica à do art. 1.287 do Código Civil atual, a prisão do depositário infiel. E — o que, sim, nos parece mais grave —, de sua vez a Assembléia Nacional Constituinte, que revelou preocupação de avançar em tantos aspectos sociais, manteve igualmente, no art. 5º, que contém extenso rol dos “direitos e deveres individuais e coletivos”, no inciso LXVIII,\* disposição correspondente à do art. 153, § 17, da Constituição ainda em vigor (e tal matéria já foi aprovada no segundo turno de votação).

É verdade que, com relação à “obrigação alimentícia”, se restringiu a ressalva ao “inadimplemento voluntário e inescusável”; mas quanto ao depósito manteve-se simplesmente a dicção: “salvo ... a do depositário infiel”:

*“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurada 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:*

*LXVIII — não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.*

4.2. Assim, continuará atual, com a nova Constituição, a advertência de ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (*Comentários*, cit., nº 136, pp. 197-8):

*“É relevante assinalar, contudo, que o texto constitucional se absteve de caracterizar o que seja o depositário infiel, ou o próprio depósito, deixando à lei ordinária essa tarefa. E logo veremos que daí decorre a possibilidade, potencialmente perigosa, de extrapolações e equiparações debilitadoras de princípio geral na medida em que alargam o*

\* Const. Fed. de 5 de outubro de 1988, art. 5º, inc. LXVII.

*campo das exceções em detrimento da efetividade da garantia constitucional”.*

E, com agudeza, assim desenvolve o tema o excelente comentarista (ob. cit., nº 137, pp. 198-9):

*“De um lado, há um bem definido conceito legal e doutrinário, identificando como depositário aquele que recebe coisa alheia para guardar — estando justamente na guarda o traço característico da correspondente relação jurídica — com a obrigação de restituí-la ao fim de certo tempo, ao verificar-se determinada condição ou simplesmente quando a devolução lhe for exigida. Mas de outra parte — e aí nasce o perigo a que antes aludimos — vão-se acumulando os casos de equiparação ao depositário, para o fim de responderem como se o fossem, de pessoas que absolutamente não são depositários. O neomercantilismo vigente, elevando à quase sacralidade os interesses do comércio, e mui especialmente as do comércio de dinheiro, não se conforma com a aparente inferioridade das garantias com que se pode ferrar à inadimplência. E sonha com a adoção de mecanismos legais tão poderosos, em termos de pressão psicológica, como os permitidos para forçar o depositário à restituição.*

.....

*Objeto de preocupações maiores deve ser a tendência à equiparação quando se trata de bens dados em garantia. Está nesse caso a volumosa legislação sobre penhor rural e industrial. Mas sobremaneira significativa pelo largo uso que hoje se faz do instituto e pela extensão do segmento populacional atingido é a responsabilização ao modo de depositário do fiduciante, nos contratos de abertura de crédito com garantia de alienação fiduciária. É manifesto o artifício a que recorreu o legislador, com vistas a possibilitar essa estranha equiparação. Há na ‘alienação’ fiduciária uma forma de transmissão de domínio que toca os limites da pura ficção. Contudo a jurisprudência tem aceito pacificamente o cabimento da ação de depósito, especial-*

mente após a edição do Dec.-lei nº 911, de 1969, que disciplinou de modo explícito a matéria”.

E adiante (nº 151, p. 224), como fecho dessas considerações:

“Tudo isso, aliás, confirma o artificialismo, a que cedo aludimos, da ‘equiparação’ do fiduciante ao depositário. Tem-se, em verdade, uma ação de cobrança sob ameaça de prisão, e sua consagração legislativa é atestado deveras eloqüente do poderio que entre nós alcançaram as empresas que comerciavam com dinheiro. Os males que daí advieram e ainda advirão, como conseqüência do abuso do poder econômico, possivelmente forçarão, em futuro próximo, o reexame da constitucionalidade das disposições legais em foco”.

5. Partindo-se, pois, dessa premissa — a de que o instituto da prisão do *depositário infiel* foi e será mantido entre nós, até que emenda constitucional remova, finalmente (como certamente ocorrerá, tarde embora), esse resíduo histórico de tempos em que a execução se fazia predominantemente sobre a *pessoa* do devedor e não sobre seu patrimônio à maneira da *manus iniectio* —, temos de, na interpretação dos contratos em que o devedor assume a condição de depositário, especialmente naqueles acessórios de outro principal (como nos casos de penhor com depósito, e alienação fiduciária em garantia, adjetos a contrato de mútuo, de financiamento), adotar a que restrinja a possibilidade de prisão aos seus mais estreitos limites.

Particularmente, devemos enfocar nossa atenção sobre o conceito do “equivalente em dinheiro” da coisa depositada, referido nos arts. 902, I, e 904, do Código de Processo Civil. *Odiosa restringenda, favorabilia amplianda*. Não se pode permitir que, para aplicar disposição legal excepcional — e, inequivocamente, odiosa —, se amplie o conceito de “equivalente”, de sorte a branger valores acessórios e não, unicamente, o estrito valor da coisa. *Equivalente* significa, estritamente, “de igual valor” (do lat. *aequivalente*; cf. AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1.<sup>a</sup> ed.).

*Equivalente em dinheiro* da coisa depositada é, portanto, exatamente o valor dessa coisa, o valor real, de mercado, e não qualquer outro valor. Particularmente, não é o valor da dívida! — como se pretende muitas vezes —, quando o contrato em que se dá o depósito é acessório de contrato de mútuo, de financiamento.

Por isso temos de divergir, neste ponto, do lúcido comentarista há pouco citado, quando, escrevendo sobre a “alienação fiduciária e ação de depósito” (ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, *Comentários*, cit., nº 151, pp. 221 e 223-4), afirma: “O ‘equivalente em dinheiro’ a que se refere o art. 902 não será o valor da coisa fictamente depositada, mas o do saldo devedor — que pode ser maior ou menor do que aquele”.

Essa afirmação é encontrada também, com muita freqüência, na jurisprudência. Mas não pode, a nosso ver, ser formulada em termos assim simples.

O que inspira, ao que pensamos, a jurisprudência referida (e provavelmente inspirou o comentário acima transcrito), é a consideração de que, quase sempre, o valor da dívida resultante do financiamento, de bem durável alienado fiduciariamente em garantia, ou garantido com penhor, é menor do que o valor desse bem.

E só essa consideração é que justifica dizer-se que o “equivalente em dinheiro” do bem depositado é o valor da dívida. Só nesse caso é que ela pode ser aceita. Trata-se, na verdade, de afirmação elíptica: não é que o equivalente pecuniário do bem seja o valor da dívida; o que acontece é que, sendo o depósito resultante de contrato acessório — sendo o objetivo principal do credor, e a obrigação principal do devedor, a satisfação do débito, e não a restituição do bem depositado, que apenas garante essa prestação —, seria absurdo e iníquo desvirtuar-se a finalidade principal do contrato para exigir-se a entrega da coisa em lugar do pagamento da dívida, ou o valor real dela ao invés do valor integral da dívida, quando este seja menor que aquele

Prestando-o — isto é, pagando o débito total, resultante do mútuo ou do financiamento, com seus acréscimos legais — o devedor obtém quitação, libera-se da obrigação, e nada mais pode ser-lhe exigido. Não lhe pode ser exigida a entrega da *res deposita* nem o seu valor, ou a diferença entre esse e o valor da dívida, se superior a este. Com a extinção da obrigação principal extingue-se a acessória.

Mas, se o valor da dívida for superior ao valor do bem garantidor, objeto do depósito, aquela afirmação já não será verdadeira: nessa hipótese o “equivalente em dinheiro” que se procura obter do devedor, sob ameaça de sua prisão ou mediante a efetivação dela, não poderá transmudar-se no valor do débito total mas terá de restringir-se, estritamente, ao valor do bem dado em garantia. Porque, de acordo com o art. 1.287 do Código Civil, é esse bem que o depositário era obrigado a restituir sob pena de prisão.

Exigir-se, em tal caso, que ele prestasse valor superior ao do próprio bem depositado — embora igual ao da dívida que esse garantia —, seria o mesmo que exigir que ele restituísse *outra* coisa, que não aquela objeto do depósito. E tudo quando está em jogo o *ius libertatis* do devedor, o que impõe que a ressalva excepcional, contida no preceito constitucional que o consagra, seja interpretada restritamente: *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (cf. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, nºs 270 s., 9.<sup>a</sup> ed., 1979, pp. 225 s.).

5.1. Por isso mesmo, também, no “equivalente em dinheiro” dos arts. 902, I, e 904, do Código de Processo Civil, não podem ser incluídos os honorários advocatícios e as despesas processuais. O valor dessas verbas não pode, jamais, legitimar a prisão do devedor como meio coercitivo para obrigá-lo à prestação, com base no art. 1.287 do Código Civil.

Com isso não se está dizendo que o credor não pode cobrar tal crédito acessório, inclusive no mesmo processo. É evidente que poderá fazê-lo, de acordo aliás com o art. 906, se se quiser invocar a este por analogia. Aí se prevê que, no caso de “não receber a coisa ou o equivalente em dinheiro, poderá o autor prosseguir nos próprios autos, para haver o que lhe foi reconhecido na sentença, observando-se o procedimento da execução por quantia certa”.

Assim como poderá cobrar o “equivalente em dinheiro” pelo processo de execução por quantia certa, poderá igualmente haver, por esse modo, o ressarcimento dos honorários advocatícios e das despesas processuais que adiantou, pois tais verbas lhe terão sido “reconhecidas na sentença”.

E, como acima assinalamos, nem há qualquer necessidade de invocar-se essa regra para fundamentar a execução para haver honorários e despesas; pois a sentença do art. 904 (de natureza predominantemente *executiva*) certamente condenou o réu ao respectivo pagamento (art. 20); e essa parte condenatória da sentença evidentemente comporta execução em sentido próprio (art. 584, I).

O que quisemos esclarecer, portanto, foi tão-somente que esse crédito acessório não pode ser exigido sob a cominação da prisão prevista no art. 1.287 do Código Civil, não pode integrar o equivalente pecuniário da *res deposita*: este tem de restringir-se estritamente ao valor dela. (C. ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, *Comentários*, cit., nº 171, p. 262, e nºs 184, p. 282, e 186, pp. 284-5).

5.2. Esse entendimento foi adotado em acórdão da 2.<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, em 28 de outubro

de 1987 (Apelação Cível nº 425/87, de Curitiba, 4.<sup>a</sup> Vara Cível — Acórdão nº 5.176), em que o relator, Desembargador SYDNEY ZAPPA, consignou:

*“Com efeito, a ação de depósito, segundo os termos da definição legal, tem por fim a restituição da coisa depositada (cf. art. 901). Procedente o pedido, deverá o réu entregar a coisa ou o equivalente em dinheiro (cf. art. 904). A última alternativa, tendo em vista que não se trata de ação de cobrança, mas ação por meio da qual se pede a restituição da coisa, só pode referir-se ao valor pecuniário desta, sem outros acréscimos, resultantes da inexecução contratual ...”.*

Nesse acórdão invocou-se aresto do Supremo Tribunal Federal, proferido no Agravo de Instrumento nº 97.600 (AgRg), de São Paulo, 1.<sup>a</sup> Turma, unânime, em 27 de março de 1984, constando do voto do Ministro relator, RAFAEL MAYER (RTJ 109/1.110):

*“Com efeito, razoável é o entendimento de que o equivalente em dinheiro é o exato correspondente do valor pecuniário da coisa, sem contar portanto com os acréscimos e cominações que possam advir do descumprimento do contrato, e que terá outra sede normativa que não a do prequestionado art. 904.*

*Basta ver, em favor da razoabilidade da tese do acórdão recorrido, que da petição inicial da ação de depósito, deve constar, além da óbvia referência à coisa reclamada, a estimativa do valor da coisa, se não já constar do contrato, e outra razão aí não há senão porque a citação se faz para no prazo de cinco dias entregar-se a coisa, depositar-se em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro. Ora, o equivalente em dinheiro, que o próprio acórdão teve em conta, foi aquele que o próprio autor indicara na inicial da ação”.*

O acórdão do Tribunal de Justiça acolheu nossa fundamentação, na apreciação de embargos de declaração interpostos contra a sentença que determinara que o réu, “no prazo de vinte e quatro (24) horas”, entregasse à autora “o automóvel inicialmente descrito, ou seu equivalente em dinheiro, ou “pagasse” o total da dívida (podendo optar pela alternativa que lhe “fosse” economicamente mais favorável), sob pena de ser-lhe decretada a prisão até

um (1) ano, uma vez transitada esta em julgado e intimado para fazê-lo”.

Foi esta a fundamentação, transcrita no acórdão:

“Se não tivesse havido a conversão em ação de depósito, e o automóvel financiado tivesse sido encontrado, qual seria o benefício patrimonial imediato alcançado pela autora, na ação de busca e apreensão? Seria superior ao valor do mesmo automóvel? Evidentemente, não. Como se sabe, no contrato de alienação fiduciária em garantia, como regulado entre nós, o credor fiduciário não pode ficar com a coisa apreendida: tem de vendê-la para pagar-se da dívida, restituindo o saldo ao devedor fiduciante, se houver, ou cobrando-lhe, *em ação própria*, executiva, o que faltou para a satisfação do crédito (cf. Lei 4.728/65, art. 66, §§ 4º a 6º, e notas de T. NEGRÃO, nºs 4 e 6, ao art. 1º do DL 911/69, com remissão à jurisprudência: JTA 59/145 e RTJ 95/868 — *Código*, 14.ª ed., 1985, p. 411).

“Portanto, o credor faz a opção: ou propõe a ação de busca e apreensão (conversível em ação de depósito) — caso em que o benefício patrimonial que poderá alcançar (nessa ação) fica limitado ao valor do bem alienado fiduciariamente, já que será o preço obtido no mercado — ou propõe desde logo a execução por quantia certa (DL 911, art. 5º). No caso de propor a primeira, como já visto, não conseguindo cobrar-se do total do crédito com a venda do bem apreendido, poderá, sim, depois, promover a cobrança do saldo devedor em ação executiva (execução de título extrajudicial). Mas — e é isso o que importa ora assinalar —, na própria ação de busca e apreensão, terá de contentar-se com o valor alcançado com a venda do bem — e esse valor é o *equivalente em dinheiro* do mesmo bem.

“Ora, se assim é: se o credor, na ação de busca e apreensão, não pode obter *mais* do que o equivalente em dinheiro do bem alienado fiduciariamente — o preço de mercado —, seria contra os princípios admitir que na *ação de depósito*, em que ela se converte, pudesse obter mais — com a agravante de que a execução (*lato sensu*) da sentença proferida nessa ação se faz, à moda da antiga *manus inectio*, sobre o *corpo* do devedor, recolhendo-o à prisão (como meio de coerção para que pague).

“O princípio constitucional é o de que ninguém será preso por dívidas (Const. Fed., art. 153, § 17), sendo excepcional a permissão para que isso ocorra com o devedor de alimentos e com o *depositário infiel* (consoante a ressalva no mesmo dispositivo da Lei Maior); e sendo, assim, a regra que o permite exceção, não pode, por comezinho princípio de hermenêutica, ser interpretada

ampliativamente. Logo, *equivalente em dinheiro* do bem (alienado fiduciariamente e depositado) não pode ser senão — o próprio equivalente em dinheiro, ou seja, o preço que tal bem pode alcançar no mercado, que é o seu valor real.

“Por aí se vê que a faculdade que tem o réu de livrar-se da prisão pagando o total da dívida é, realmente, *alternativa* a seu favor: sim, pois não se pode compreender que, pagando a dívida que motivou a alienação fiduciária e o depósito, pudesse ainda ser ou continuar preso, ainda que o bem alienado em garantia e depositado tivesse valor superior ao da mesma dívida. *Accessorium sequitur suum principale*.

“E, por isso mesmo, não é, a nosso ver, contrária a esta orientação a jurisprudência transcrita pela embargante a f. 58: como já mencionamos na decisão fotocopiada, o sentido de tal jurisprudência, ao que pensamos, é justamente em benefício do devedor, dada a excepcionalidade da prisão por dívida: visa-se, com preferir-se o valor dela como *equivalente em dinheiro*, obviar a iniquidade que seria a prisão de quem pagou o total da dívida... (Porque geralmente o valor da dívida é menor que o valor do bem, não só por exigir-se que uma parte do preço — 20%, por exemplo — seja paga sem financiamento, como porque muitas vezes diversas prestações já foram pagas pelo devedor que se torna inadimplente. Cf., nesse sentido, PAULO RESTIFFE NETO, *Garantia Fiduciária*, 1975, nº 126, pp. 500-503)”.