

ARTIGO

O habeas-corpus na prisão civil de depositário infiel de penhor mercantil

ROBERTO DELMANTO E
FABIO MACHADO DE
ALMEIDA DELMANTO

A prisão civil de devedores executados, como depositários infieis de bens dados em penhor mercantil — e não como depositários judiciais —, tem sido decretada nos próprios autos das ações de execução.

Não pago o saldo devedor nem encontrados os bens depositados para efeito de penhora, a prisão é pedida pelos autores. E alguns juízes, após prévia intimação dos depositários para apresentar tais bens ou o equivalente em dinheiro, sob pena daquela sanção, não atendidos, a vêm decretando.

Tal situação tem reflexos constitucionais e processuais, por implicar na privação do maior de todos os bens: a liberdade.

A necessidade da propositura de ação de depósito — Estabelece o art. 5º, LXVII, da Constituição da República: "Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel."

Comentando este inciso, escreve Celso Ribeiro Bastos: "Há duas modalidades de depósito: a convencional e a judicial. Ambas comportam a prisão civil, o que varia é o momento da sua decretação. No caso de depósito convencional, a sua decretação e execução só pode se dar após o trânsito em julgado da sentença proferida em ação de depósito, isto por força do art. 904 do Código de Processo Civil. No caso de depósito judicial ao juiz da execução é dado, independentemente do ajuizamento da ação de depósito, decretar a prisão civil do auxiliar infiel do juízo." (Comentários à Constituição da República, em co-autoria com Ives Gandra Martins, ed. Saraiva, 1989, 2º vol., pág. 310).

No mesmo sentido, o magistério de Pinto Ferreira: "A prisão civil também pode ser decretada

contra o depositário infiel, pessoa a quem foram confiados bens ou valores para guarda e conservação e que se recusa a restituí-los ante mandado judicial. Existe na legislação processual a ação de depósito, que tem por finalidade a restituição da coisa depositada. Sendo tal ação julgada procedente, o juiz ordena a expedição de mandado para a devolução da coisa, sob pena de decretação da prisão do depositário infiel (CPC, arts. 901 a 906). A prisão do depositário infiel só pode ser executada com o trânsito em julgado da decisão proferida na ação de depósito (CPC, art. 904)." (Comentários à Constituição Brasileira, ed. Saraiva, 1989, 1º vol., pág. 196).

A respeito da matéria, decidiu o Egrégio Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro: "Não cabe em autos de ação de execução a prisão civil do devedor executado, pois é requisito para decretação da medida prisional que tenha sido proposta pelo credor a competente e necessária ação de depósito, uma vez que o CPC só a contempla no capítulo referente àquela ação, não se encontrando em nenhum outro dispositivo legal tal determinação." (AgIn 153/96 - 5ª Câm. - j. 3/4/96 - rel. desig. juiz Marcus Tullius Alves - DORJ de 1/4/97, in RT 741/411).

Tal entendimento está em consonância com a orientação do Pretório Excelso, verbis: "A prisão civil do depositário infiel é consequência de ação de depósito julgada procedente; se, ao contrário, a ação é julgada improcedente, não se cogita da prisão civil." (HC 73.058-2-SP - 2ª T. - j. 19/3/96 - rel. min. Maurício Corrêa - DJU de 10.05.1996, in RT 731/503).

Orientação essa que também não destoa da Súmula 619 do STF que, tratando do depósito judicial — e não do convencional — está assim enunciada: "A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura da

ação de depósito."

Essa jurisprudência é hoje predominante não só no STF, como também no STJ e em praticamente todos os tribunais estaduais, podendo ser trazidos à colação, como exemplo dessa assertiva, os seguintes arestos: STJ, RHC 2523/93 - RJ, RSTJ 55/291; 1º TAC/SP, HC 565702-2/007, JTA-LEX 145/203; TAMG, HC 214822-9/00, j. 30/4/96; TJDF, AgIn 6461/96,

co adotado pelo constituinte, com o significado doutrinário e o conjunto de características que o constituinte teve em consideração ao elaborar o preceito da prisão civil. O legislador ordinário pode criar novos casos de depósitos, em face do seu poder legiferante; não pode é sujeitá-los à prisão civil, sob pena de descaracterizar o tipo conceitual do constituinte. É que as leis restritivas dos direitos, li-

da liberdade de ir e vir é remediável por habeas-corpus, ainda que civil a prisão, mas desde que alicerçada em ilegalidade ou abuso de poder." (Prisão Civil por Alimentos e Depositário Infiel, Aide Editora, Rio de Janeiro, 1989, pág. 44).

No mandamus caberá ainda pedido de liminar para o efeito de determinar-se a sustação do mandado de prisão expedido, até o julgamento da ordem. Estará presente, como visto, o fumus boni juris.

E igualmente o periculum in mora, pois sendo a prisão civil decretada por curto prazo — em geral trinta dias —, até o julgamento do remédio heróico provavelmente já terá ela sido efetuada ou mesmo cumprida.

Abordando o tema da liminar em habeas-corpus, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo, respectivamente Doutora e Mestra em Direito Processual Penal pela USP, em artigo intitulado "Habeas-corpus e advocacia criminal: ordem liminar e âmbito de cognição", publicação na Revista Justiça Penal, nº 5, coordenada por Jaques de Camargo Penteado, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, anotam: "Sabe-se que de nada adianta existirem instrumentos jurídicos, destinados a resguardar e preservar direitos e garantias fundamentais, se eles, na concretude, não operam, com eficiência, na tutela da liberdade individual."

Os tribunais, em vanguarda, sensíveis à necessidade, em alguns casos, do adiantamento da tutela, passaram a admitir a possibilidade de concessão da ordem liminar em habeas-corpus. Lastrearam-se na lei que disciplina o mandado de segurança, sem deslembrar que o Código de Processo Penal não a proibiu, mas ensejou.

A admissibilidade de ordem liminar em habeas-corpus, hoje, sedimentou-se." (págs. 140, 142 e 143).

Pois, como bem disse o ínclito min. Marco Aurélio, do STF, em voto proferido no HC 75.512-7/SP, publicado na RT 748/154, ninguém poderá devolver a liberdade já perdida, ultrapassada pelo tempo, ao próprio preso...

Roberto Delmanto é advogado criminalista, ex-Vice-Presidente da AASP e ex-membro do Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária. Fabio Machado de Almeida Delmanto é advogado criminalista e membro do Conselho Diretivo da Revista Brasileira de Ciências Criminais.

"Alguns juízes, após prévia intimação dos depositários para apresentar tais bens ou o equivalente em dinheiro, sob pena daquela sanção, não atendidos, a vêm decretando"

DJU de 6/2/97, p. 1207; TAPR, AgIn 84229500, j. 13.02.96, DOE de 1º/3/96.

A impossibilidade de prisão civil em depósito atípico ou por "equiparação" — Grande parte da jurisprudência, ao nosso ver com inegável acerto, tem ido mais além, proclamando a impossibilidade da decretação da prisão civil, mesmo com a propositura de ação de depósito, nos casos de depósitos "atípicos" ou por equiparação, como os resultantes de penhor mercantil ou alienação fiduciária.

Nesse sentido, decidiu o Egrégio 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: "A prisão civil, segundo a CF, tem por objeto um contrato real, o de depósito, não avença pessoal que decorre do contrato de alienação fiduciária, assim, não pode o credor fiduciário pedir a prisão do devedor insolvente, em face da limitação constitucional expressa no art. 5º, LXVII. Conclui-se, pois, que a prisão civil, a menos que esteja relacionada com dívida atinente à pensão alimentícia ou com descumprimento do encargo de depositário judicial, será sempre ilegal." (Ap. 614.320-8 - 11ª Câm. - un. - j. 14/11/96 - rel. juiz Ary Bauer - RT 739/290).

Com igual orientação, os seguintes acórdãos: STJ, Resp 2320-RS, JSTJ e TRF 31/89; TAPR, Ap. 75.101-3, RT 726/418; TARS, Ap. 196.123.343, RT 738/424; TJSC, HC 12689, RT 730/334; TJDF, HC 7020/95, RT 734/587.

Outra não é a doutrina de José Raul Gavião de Almeida, ilustre juiz substituto de segundo grau no Estado de São Paulo: "O conceito de depósito que admite prisão civil corresponde ao tipo históri-

berdades e garantias não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais, não podem subverter as normas constitucionais transformando as restrições em regra, redundando, praticamente, na sua supressão." (Prisão Civil em Contrato de Alienação Fiduciária, in RT 563/42).

Na mesma esteira, o entendimento de Netônio B. Machado (Depositário por Equiparação - Inadmissibilidade - Prisão do Depositário Infiel, in RT 744/91), Adhemar Ferreira Maciel (Aspectos Penais na Constituição, in RBCCRIM 13/97) e Roberto Caldeira Barioni (Prisão Civil do Depositário Infiel, in Bol IBCCRIM 42, p. 3).

O cabimento de habeas-corpus com pedido liminar — A propósito do cabimento de writ contra decisão que decreta prisão civil, sustenta, com inteira procedência, Arnaldo Marmitt: "Muito se discute sobre o cabimento ou não do habeas-corpus na prisão civil, sobretudo se existente recurso específico para a revisão do decisum, como o agravo de instrumento. Para alguns a prisão decretada ao depositário infiel, nos autos de execução, por exemplo, não se enquadra no âmbito do remédio heróico, sendo cabível o agravo de instrumento. Outros, porém, e com maior razão, têm por cabível o habeas para desconstituir prisão civil de depositário infiel, vez que a decisão é agravável de instrumento, sem suspensividade. A suspensividade prevista no artigo 588 e seu parágrafo único é faculdade deixada ao prudente arbítrio do juiz. Ademais disso, em tese, o constrangimento comprometedor