

Os efeitos da falência sobre a alienação fiduciária

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro e em
Brasília. Professor Catedrático da Fa-
culdade de Direito da Universidade do
Rio de Janeiro

1. O Decreto-Lei nº 911, de 1º-10-1969, equiparou o devedor ou alienante fiduciário ao depositário para o fim exclusivo de admitir, no seu artigo 4º, a conversão da busca e apreensão em ação de depósito. Trata-se de uma norma excepcional que amplia a responsabilidade do devedor que, para este fim, passa a ser considerado depositário. Após algumas hesitações, os tribunais reconheceram a constitucionalidade dessa norma, sempre frisando, todavia, que a sua interpretação devia ser declaratória ou restritiva, por ser a prisão do depositário uma exceção ao princípio geral constitucional, que não admite a prisão por dívida (art. 153, § 17), inspirando-se de uma tradição do direito romano que vem da Lei Petélia.

2. Determina o art. 4º do Decreto-Lei que:

“Art. 4º — Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do 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 Código de Processo Civil” (*).

3. Na realidade, a norma somente é aplicável no caso de caber a busca e apreensão, que a legislação não admite no caso de falência, regulamentado de modo específico no art. 7º do mesmo diploma, de acordo com o qual:

“Art. 7º — Na falência do devedor alienante, fica assegurado ao credor ou proprietário fiduciário o direito de pedir, na forma prevista na lei, a restituição do bem alienado fiduciariamente.”

(*) N.R.: Redação dada pela Lei nº 6.071, de 3-7-74, que “adapta ao Código de Processo Civil as leis que menciona” (art. 4º).

4. Há, assim, evidentemente, dois regimes distintos para a execução da alienação fiduciária, que são os seguintes:

a) não havendo falência, cabe a busca e apreensão, que pode ser convertida em ação de depósito;

b) ocorrendo a falência do devedor, deve ser pedida a restituição, que não admite a sua conversão em ação de depósito, pois a lei não consagrou essa possibilidade que exigiria a formulação de texto legal expresso.

5. Aliás, a própria Exposição de Motivos do Decreto-Lei trata das duas situações como sendo distintas e merecendo soluções próprias. Assim, o eminente Ministro Delfim Netto, ao apresentar o Decreto-Lei nº 911, teceu as seguintes considerações, que comprovam qual deve ser a interpretação autêntica do texto legal:

“O projeto admite que, não sendo encontrado o bem dado em garantia, possa ser intentada a ação de depósito. O credor preferindo, também poderá renunciar à garantia e executar os bens do devedor, nos termos do contrato. Na hipótese de concordata ou falência, o adquirente fiduciário — dada a sua condição de credor privilegiado — terá direito à restituição do bem, podendo, em seguida, proceder à venda do mesmo.”

6. A exposição ministerial reserva explicitamente a hipótese de ser admissível a ação de depósito ao caso da busca e apreensão, que presume a inexistência de concordata ou falência. **A contrario sensu**, se impetrada a concordata ou decretada a falência, a hipótese é de restituição que se resolve, nos termos da lei falimentar, **in natura**, pela efetiva devolução, ou **em dinheiro**, pelo pagamento do equivalente. O legislador não previu que, tendo ocorrido a falência, fosse possível propor a ação de depósito que, em tese, somente caberia contra o administrador da massa falida, ou seja, o síndico, mas jamais poderia ser proposta contra os antigos administradores que perderam o poder de dispor dos bens sociais, em virtude da arrecadação dos mesmos nos termos da Lei de Falências.

7. Na realidade, a posição do legislador foi lógica e coerente, pois a lei falimentar dá ao síndico os poderes necessários para arrecadar todos os bens sociais, sejam eles onerados ou não com gravames em favor de terceiros. Entre esses bens, se incluem os alienados fiduciariamente que, após a arrecadação, poderão ser objeto de restituição.

8. Aliás, a própria restituição pressupõe a arrecadação, só se podendo pedir a devolução daquilo que efetivamente foi arrecadado pelo síndico em favor da massa. Se os bens não foram arrecadados, os terceiros interessados poderão intentar contra o síndico as ações cabíveis para obrigá-lo a proceder à arrecadação ou responsabilizá-lo pelas suas omissões. O que não é possível é pretender constranger, pela ação de depósito, os antigos administradores, que não mais podem intervir na gestão da massa falida e, conseqüentemente, não têm legitimidade para reaver de terceiros os bens sociais restituendos.

9. Toda a sistemática processual vincula, aliás, a prisão do depositário à busca e apreensão, como também se verifica pelo art. 905 do Código de Processo Civil que considera ambas as medidas como complementares, ao determinar que:

“Art. 905 — Sem prejuízo do depósito ou da prisão do réu, é lícito ao autor promover a busca e apreensão da coisa. Se esta for encontrada ou entregue voluntariamente pelo réu, cessará a prisão e será devolvido o equivalente em dinheiro.”

10. Ao contrário, na falência, não cabendo mais a busca e apreensão, a prisão não pode ser pedida nem contra o síndico, que deve arrecadar os bens da empresa, nem contra os antigos administradores, que perderam a legitimidade para praticarem qualquer ato em relação aos mesmos bens.

11. Comentando o Decreto-Lei nº 911, na sua monografia sobre a garantia fiduciária, esclarece o magistrado PAULO RESTIFFE NETO que, após a decretação da falência, deixa de ter aplicação o art. 4º do mencionado diploma, não mais se admitindo nem a busca e apreensão, nem a ação de depósito. Escreve a este respeito o juiz paulista que:

“Na falência do devedor não se admite a ação de busca e apreensão, uma vez que o art. 7º do decreto-lei assegura o pedido de restituição, na forma da Lei de Falências, como já decidiu com descortino o Tribunal de Justiça de São Paulo, através da 1ª Câmara Civil, assentando: “Vindo a falir o devedor de bem alienado fiduciariamente, o direito do credor é o de pedir a restituição com base no art. 76 da lei falimentar, acrescentando: “Em razão da diversidade de ritos processuais, impraticável a conversão do pedido de busca e apreensão em restituição” (RT 427/136).”

12. E acrescenta:

“O legislador demonstrou sábia coerência ao dar a solução da restituição em caso de falência. Remédio efficacíssimo, traz a vantagem de retirar a autonomia das medidas reservadas normalmente ao credor e proprietário fiduciário, conferindo ao pedido a conotação de **incidente da falência**, subordinado à competência do foro falimentar. Ao arredar, de outra parte, a ação de busca e apreensão, teve em vista a **absoluta incompatibilidade da ação de depósito, que lhe sucede quando negativa aquela, com o regime falimentar, em face das disposições dos artigos 40 e 59 da Lei de Falências.**

Com efeito, desde o momento da abertura da falência, perde o devedor o direito de administrar os seus bens ou deles dispor (art. 40), passando a administração da falência a ser exercida pelo síndico, sob a imediata direção e superintendência do juiz. Não se compreenderia como pudesse quem já não dirige os negócios e não tem a disponibilidade dos bens ser compelido, sob pena de prisão, a praticar atos que por lei está proibido, como restituir os bens da massa ou o seu equivalente em dinheiro (art. 1.287 do Código Civil e art. 902 do novo Código de Processo Civil).

Admitir-se a ação de depósito do art. 4º do **Decreto-Lei nº 911 contra o devedor fiduciante em regime de falência seria aceitar que o comando legal envolva uma impossibilidade jurídica que conduz ao absurdo**. Sem se falar que não passaria pela cabeça de ninguém que, estando a administração dos bens da massa a cargo do síndico, sob imediata direção e superintendência do juiz, pudesse a dita ação ser intentada contra os titulares legais da administração da falência.

É o que foi por nós mostrado em decisão proferida na 9ª Vara Cível em princípio de 1972, que alcançou grande repercussão (**Diário do Comércio & Indústria**, de 5-4-1972, pág. 4; **O Estado de S. Paulo**, de 9-4-72, pág. 166), porque mais radical ainda nosso entendimento, uma vez que a ação de busca e apreensão fora ajuizada antes da declaração da falência e mesmo a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito se dera momentos antes da quebra.

Enfeixamos o decisório na seguinte súpula: **“Alienação fiduciária — Ação de depósito contra diretor de firma falida — Incabível quando sobrevenha a falência porque perde o devedor, desde o momento da decretação da quebra, a administração e disponibilidade dos seus bens, que passam a ser exercidos pelo síndico, sob imediata direção e superintendência do juiz (arts. 40 e 59 da Lei de Falências). Ao credor cabe o direito de pedir a restituição dos bens alienados fiduciariamente em garantia, na forma do art. 7º do Decreto-Lei nº 911, combinado com o art. 76 da Lei de Falências, e não mais a prisão do devedor como depositário infiel, por não aplicação, ao caso, do art. 4º do Decreto-Lei nº 911, de 1969. A única possibilidade de decretação de prisão do falido é por um dos motivos relacionados à falta de cumprimento de deveres impostos pela Lei de Falências, nos termos do art. 35, entre os quais não se enquadra, evidentemente, a prisão por infidelidade depositária, pelo simples fato de já não ter o falido a guarda ou disponibilidade dos seus bens ou direitos. A falência prejudica o andamento das ações de busca e apreensão e de depósito. E, exatamente, para resguardo do superprivilégio inerente aos créditos garantidos por alienação fiduciária, é que a lei assegura ao credor ou proprietário fiduciário, na falência do devedor, o direito de pedir restituição, na forma da Lei de Falências, com preferência sobre todos os créditos, por mais privilegiados que sejam.”**

Essa orientação foi fixada em outro caso pela 1ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em 26-2-1973, no Agravo de Instrumento nº 2.836, cujo acórdão vem relatado pelo Juiz Nóbrega de Salles.

Mesmo declinando da competência daquele Tribunal em favor do Tribunal de Justiça, em face da competência privativa deste, por força da Lei de Organização Judiciária do Estado para apre-

ciação dos recursos que envolvam interesse de massa falida, não deixou passar a oportunidade de manifestar-se contra o andamento e solução dados à ação de depósito em primeira instância.

É a seguinte a íntegra do julgado:

“Acordam, em 1ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, não conhecer do recurso e ordenar remessa dos autos ao Tribunal de Justiça, que é o competente para apreciação do recurso, desde que se trata de massa falida.”

“Rebela-se a recorrente contra despacho que decretou a prisão de seus representantes legais, em **ação de depósito** que lhe move a firma **omissis**.”

“Vê-se da certidão que o Juízo da 6ª Vara Cível desta Capital decretou a falência da agravante, ante impossibilidade de cumprimento da concordata, nomeado síndico, aguardando-se diligência de arrecadação de bens, dentre os quais, provavelmente, se encontram aqueles objetos da ação de depósito.”

“Assim, como salienta a Procuradoria da Justiça, a referida ação não poderia ter continuado, desde que importa em verdadeira execução individual, cabendo à agravada ingressar na falência com pedido concernente” (PAULO RESTIFFE NETO, **Garantia Fiduciária**, 1975, pág. 220).

13. Uma vez decretada a falência, entendeu a Egrégia Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que devia ser ordenada “a suspensão do processo de depósito, revogando-se a prisão dos sócios da falida”, conforme decisão unânime da qual foi relator o atual Presidente daquela Corte, o eminente e culto Desembargador Young da Costa Manso (**Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**, vol. 25, pág. 220).

14. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Egrégia Segunda Turma, teve o ensejo de decidir que, decretada a falência, não mais pode prosperar a ação de depósito, só podendo o credor requerer a restituição. Efetivamente, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 79.384, em 12-11-74, a Egrégia Turma acompanhando o eminente e culto relator, o Ministro Leitão de Abreu, não conheceu do recurso contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo cuja ementa era a seguinte:

“Falência. Proferida a sentença declaratória, suspende-se ação de depósito movida contra sócios da falida, revogando-se a prisão decretada nos autos da execução individual. O credor interessado deverá pedir a restituição dos bens ou de seu equivalente em dinheiro, no processo da falência. Agravo de instrumento a que se dá provimento” (fl. 74).

15. O acórdão confirmado tinha salientado que:

“Trata-se de recurso interposto contra a decisão que, numa ação de depósito, ordenou a prisão dos representantes legais da sociedade falida. Alega a agravante, com esse objetivo, que os bens estão sob a tutela e administração do síndico, não podendo exigir-se que a falida, pelos seus antigos gerentes, entregue a coisa depositada, sob pena de prisão.

Os bens, doutro lado, estavam sob garantia fiduciária, cabendo, pois, simplesmente, o pedido de sua restituição, na falência, conforme o disposto no art. 7º, do Decreto-Lei nº 911, de 1º-10-69” (fl. 74).

A falida tem interesse em que se declare suspensa a ação de depósito, em virtude da falência, cassando-se, por via de consequência, o mandado de prisão dos sócios, tidos como depositários infiéis.

E, realmente, decretada a falência, no curso da ação de depósito, esta não deveria prosseguir.

Caberia à agravada pedir, na falência, a restituição dos bens ou de seu equivalente em dinheiro.

O que não se concebe é que, aberta a falência, ainda se prosiga numa execução individual coercitiva, dirigida contra os sócios da falida.

Pelo exposto, sem divergência, o Tribunal de Justiça, em Terceira Câmara Civil, provê ao agravo, para ordenar a suspensão do processo do depósito, revogando-se a prisão dos sócios da falida” (fl. 75).

16. O parecer da Procuradoria-Geral da República, da autoria do Procurador Walter José de Medeiros, com aprovação do Procurador-Geral, substituto, Oscar Corrêa Pina, está assim concebido:

“Cuida-se de saber se, sobrevindo a declaração de falência quando em curso ação de depósito contra o devedor de bem alienado fiduciariamente, deve esta última demanda ser sustada, ou não, assegurado ao credor fiduciário o direito de pedir a restituição do bem em cuja posse se achava o falido.

Sustenta a recorrente, contrariamente ao entendimento esposado pela r. decisão recorrida, que a ação de depósito deve prosseguir com o síndico, pois, como credor de título não sujeito a rateio, à demanda deu início antes do decreto de quebra do devedor.

Com arrimo na letra a da norma constitucional permissiva, acoima de vulnerado o art. 24, § 2º, da lei falimentar.

Não lhe socorre, porém, razão.

Sobre razoável, a interpretação dada pela decisão atacada ao art. 7º do Decreto-Lei nº 911/69 parece a mais acertada, tendo em vista a nova regulamentação legal sobre a alienação fiduciária, que, no particular, sofreu flagrante modificação em face da vetusta lei falimentar.

Com efeito, dispõe o Decreto-Lei nº 911/69 em seu art. 7º:

“Na falência do devedor alienante, fica assegurado ao credor ou proprietário fiduciário o direito de pedir, na forma prevista na lei, a restituição do bem alienado fiduciariamente.”

Ora, tudo quanto se assegura ao credor fiduciário é o direito de pedir a restituição do bem alienado. E isto foi o que decidiu o v. acórdão combatido.

Não há, assim, lugar para a invocação ao art. 24, § 2º, do Decreto-Lei nº 7.661, de 1945, genericamente citado pela recorrente, que não especifica sequer a natureza de seu crédito para enquadrá-lo em qualquer das várias hipóteses ali previstas.

Ademais, a orientação embalada pela decisão recorrida tem a respaldá-la o magistério de ORLANDO GOMES, quando sobre a matéria assim preleciona:

“Produzindo a falência o vencimento antecipado do contrato de financiamento, cumpre à financeira pedir a restituição do bem em cuja posse se achava o falido” (**Alienação Fiduciária em Garantia**, pág. 133).

Trata-se, como se vê, de interpretação razoável que tem a confortá-la a opinião da doutrina, não merecendo por isto, o v. acórdão recorrido, a censura que se lhe quer impor.

Com o apoio na Súmula 400, opina-se, pelo não conhecimento do apelo último ou, eventualmente, pelo seu improvimento” (fls. 115-17).

17. Finalmente, o voto do relator acompanhado por unanimidade pela Turma foi do seguinte teor:

“Razoável também se me afigura a exegese emprestada pela decisão recorrida ao art. 7º do Decreto-Lei nº 911, de 1º-10-69. Na Lei de Falências, art. 24, § 2º, se prescreve, por certo, não ficarem suspensas, prosseguindo com o síndico, as ações e execuções que, antes da falência, hajam iniciado os credores por títulos não sujeitos a rateio.

O Decreto-Lei nº 911, que alterou a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14-7-65, dispositivo no qual se disciplinou a alienação fiduciária em garantia, estabeleceu, no art. 7º, em caso de

falência do devedor alienante, regra na qual não se faz a distinção estabelecida pela Lei de Falências. Ao proceder dessa maneira, assegurou, entretanto, plenamente, o direito do credor fiduciário, que é o de pedir a restituição do bem alienado fiduciariamente. Essa regra se aplica ainda que tenha sido movida contra o devedor, antes da falência, ação de depósito. Responde o alienante, porém, no juízo criminal, como é evidente, pelos ilícitos penais de caráter falimentar, em que houver incorrido, não havendo falar-se, por conseguinte, em vantagem que possa ele tirar da própria quebra.

Por estes fundamentos, não conheço do recurso” (*Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, vol. 72, págs. 274 a 277).

18. Se no caso de ação de depósito já julgada procedente, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a prisão devia ser revogada e que a única alternativa, para o credor, consistia em pedir a restituição, **a fortiori** a tese se aplica, no caso em que, julgada a restituição, pretendeu, posteriormente, o credor obter a prisão civil dos antigos administradores da devedora.

19. Acresce que os poderes dos sócios gerentes sobre os bens sociais desaparecem com a decretação da falência, sendo evidente que os sócios não os podem arrecadar para entregá-los ao banco credor, pois somente o síndico poderá fazê-lo.

20. É preciso atender, no particular, ao que dispõe o art. 40 da lei falimentar de acordo com o qual:

“Art. 40 — Desde o momento da abertura da falência, ou da decretação do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e deles dispor.

§ 1º — Não pode o devedor, desde aquele momento, praticar qualquer ato que se refira, direta ou indiretamente, aos bens, interesses, direitos e obrigações compreendidos na falência, sob pena de nulidade, que o juiz pronunciará de ofício, independentemente de prova de prejuízo.”

21. Assim sendo, a atuação dos sócios gerentes para apreender os bens dados em garantia importaria em violação da lei e responsabilidade pessoal. A violação da lei consistiria, no caso, no comportamento do gerente que, após a decretação da falência, fosse buscar em mãos de terceiros os bens alienados fiduciariamente, numa atuação que, nos termos da lei falimentar, é da competência exclusiva do síndico a quem cabe, entre outros deveres, o de “arrecadar os bens e livros do falido, e tê-los sob a sua guarda, conforme se dispõe no título IV, fazendo as necessárias averiguações, inclusive quanto aos contratos de locação do falido . . .” (art. 63, inciso III, do Decreto-Lei nº 7.661, de 21-6-1945).

22. Não há, pois, qualquer dúvida quanto à impossibilidade jurídica absoluta que têm os sócios gerentes de proceder à arrecadação dos bens da falida para, em seguida, entregá-los ao credor garantido pela alienação fiduciária.

23. Tanto a doutrina como a jurisprudência reconhecem que não existe qualquer dúvida razoável que possa ser suscitada na interpretação do art. 40 da lei falimentar acima transcrito.

24. TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, autor do projeto que veio a transformar-se na Lei de Falências, escreve a este respeito que:

“Tirando-se ao falido o direito de administrar seus bens e deles dispor, perde ele a posse direta de tais bens, que passa para o síndico, e cuja tomada se faz pela arrecadação, que equivale, assim, à penhora das execuções singulares. O síndico, como o inventariante no espólio, é que fica com a posse corporal e a administração dos bens, competindo-lhe dispor do ativo do patrimônio do falido, pelo modo e forma determinados na lei” (TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Comentários à Lei de Falências*, Rio, Forense, 1948, vol. I, pág. 230, nº 248).

25. Por sua vez, WALDEMAR FERREIRA esclarece que o desapossamento dos bens do falido não depende de entrega dos mesmos ao síndico “porque opera desde logo, *ex vi legis*, da data daquela sentença (declaração da falência)... Este desapossamento tem caráter imperativo. É de ordem pública. Reveste-se, por isso mesmo, do caráter de generalidade” (*Tratado de Direito Comercial*, S. Paulo, Saraiva, 1965, vol. 14, pág. 494, nº 3.709).

26. O Tribunal de Justiça de São Paulo pela sua Egrégia Quinta Câmara Cível já teve o ensejo de decidir, interpretando o art. 40 da lei falimentar, que “desde que o falido perde a administração e disposição dos seus bens, não pode dar execução a contrato de crédito pela ação de depósito” (acórdão unânime da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, no Agravo de Petição nº 166.526, do qual foi relator o eminente Desembargador Toledo Piza, in *Revista dos Tribunais*, vol. 394, pág. 184).

27. Na realidade, em todas as restituições e nas ações que contra ela são propostas, a massa falida é sempre representada pelo seu síndico e não pelos seus antigos administradores. Contra eles não pode ser intentada a ação de depósito após a decretação da falência. A opção que a lei atribui ao devedor, nos casos de alienação fiduciária, entre pagar o valor devido (art. 3º e seus parágrafos do Decreto-Lei nº 911) e entregar os bens dados em garantia, deve ser sempre exercida pelo síndico, como bem salienta parte da doutrina que admite essa alternativa (RUBENS REQUIÃO, *Curso de Direito Falimentar*, Saraiva, São Paulo, 1975, 1º volume, pág. 244, nº 226).

28. A totalidade da doutrina reconhece, outrossim, que o bem dado em alienação fiduciária deve ser arrecadado pelo síndico, embora possa não integrar a massa falida, pois tratar-se-ia de posse exercida em nome alheio (nomine alieno), conforme salientam ORLANDO GOMES (*Alienação*

Fiduciária em Garantia, 4ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, pág. 144, nº 103) e JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES (*Da Alienação Fiduciária em Garantia*, 1ª edição, S. Paulo, Saraiva, 1975, pág. 167).

29. Acresce que, nos termos do art. 36 da lei falimentar, o falido pode intervir nas ações contra a massa na qualidade de assistente. **A contrario sensu**, não pode ser, no caso, nem réu, nem autor. Conseqüentemente, não é admissível que a ação de depósito possa ser intentada contra os antigos sócios gerentes da empresa falida e **a fortiori** que contra eles seja julgada procedente.

30. Verificamos, assim, que, de acordo com a letra, o espírito e a sistemática da lei:

a) não pode ser intentada ação de depósito contra a massa falida, só cabendo no caso a restituição legalmente prevista;

b) se, em tese e **ad argumentandum**, a ação de depósito pudesse ser intentada, somente poderia sê-lo contra a massa falida representada pelo síndico e nunca contra os antigos administradores (*Revista dos Tribunais*, vol. nº 394, pág. 184, e 427, pág. 136, e *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo*, vol. 25, pág. 220).

31. A prisão do depositário infiel prevista pelos artigos 1.287 do Código Civil e 904 do Código de Processo Civil, que não se confunde com as sanções penais, nem com a prisão administrativa, constitui uma **medida coercitiva** para obrigar o devedor a cumprir as suas obrigações, nos casos excepcionais de depositário infiel ou de alimentando.

32. O Repertório Enciclopédico esclarece neste sentido que:

“A prisão civil não objetiva, desta maneira, a imputação de uma penalidade ou castigo, mas a compelir o faltoso ou inadimplente a realizar determinada obrigação não observada, seja prestar alimentos devidos, devolver o depósito, ou pagar a dívida rural. Em síntese, se impõe para coagir o faltoso ou omissor a fazer o que é de sua obrigação ou dever, não importando, pois, em condenação criminal, uma vez que é tão-somente meio legal compulsório de obter o cumprimento de determinado dever. Não é uma pena” (CARVALHO SANTOS e outros, *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Rio, Borsoi, vol. XXXIX, pág. 216).

33. Por sua vez, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, ao analisar a prisão do depositário infiel, ensina que:

“Para a decretação da prisão, que não é propriamente uma pena, **mas medida compulsória de natureza civil ou administrativa**, não importa que o depositário tenha agido com culpa ou dolo. Só pode ser decretada, porém, no curso da ação de depósito, em que se assegure plena defesa ao devedor, desde que existam seguros elementos comprobatórios da infidelidade.”

.....

“O processo de **habeas corpus** não comporta apreciação da legitimidade da referida sanção. Ainda que haja responsáveis solidários, só o verdadeiro depositário deve sofrer as conseqüências da relapsia” (**Curso de Direito Civil, Direitos das Obrigações**, 2ª parte, 10ª edição, S. Paulo, Saraiva, 1975, págs. 236 e 237).

34. Do nosso lado, já tivemos o ensejo de escrever a este respeito que:

“Protegendo de modo particular a confiança que é o fundamento do contrato de depósito, a lei civil admite a prisão do depositário infiel, como medida coercitiva a fim de obrigá-lo a devolver a coisa depositada.

A medida é cabível tanto no depósito voluntário, como no depósito necessário, sendo prevista pelo art. 1.287 do CC, que fixa um prazo máximo de um ano para a prisão administrativa. Embora a Constituição Federal proíba a prisão por dívida, reconhece de modo expresso a possibilidade de prisão do depositário infiel e do devedor de alimentos (art. 153, § 17, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969).

Entende-se que a palavra depositário empregada pela lei civil não deve sofrer interpretação extensiva, diante da severidade da sanção estabelecida. Assim, a jurisprudência não tem equiparado o inventariante ao depositário e tem havido oscilação no tocante à situação do comprador com reserva de domínio, especialmente quando o contrato não o considera explicitamente como depositário da coisa até o pagamento da totalidade do débito. Leis especiais equiparam ao depositário o leiloeiro, em relação ao preço por ele recebido na venda em hasta pública e o alienante fiduciário, no tocante ao bem alienado fiduciariamente (art. 4º do Decreto-Lei nº 911, de 1º-10-1969)” (ARNOLDO WALD, **Obrigações e Contratos**, 5ª edição, S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, págs. 324 e 325, nº 156).

35. CLÓVIS BEVILAQUA esclarece que a prisão do depositário infiel tem as suas origens nas Ordenações Filipinas (Livro 4, 76, § 5º) e no art. 284 do Código Comercial que determina:

“Não entregando o depositário a coisa depositada no prazo de quarenta e oito horas da intimação judicial, será preso até que se efetue a entrega do depósito ou do seu valor equivalente.”

36. Acrescenta o autor do projeto do Código Civil que o art. 1.287 também encontra as suas raízes nos artigos 2.060 do Código de Napoleão e 2.094 do **Codice Civile** italiano de 1865 que, ambos, admitem a prisão como medida coercitiva para obrigar o depositário infiel a devolver o bem no caso de ter ocorrido depósito necessário.

37. Conclui CLÓVIS BEVILAQUA que:

“A prisão de que tratava este artigo (1.278), era meio coercitivo para obter-se a restituição do depósito. Terminava, logo que

esta se dava" (**Código Civil Comentado**, 6ª edição, Rio, Edição da Livraria Francisco Alves, 1947, vol. V, pág. 27).

38. É, assim, evidente que, tratando-se de medida coercitiva ou compulsiva destinada a alcançar um fim determinado, a prisão civil não pode ser aplicada a quem evidentemente não tem condições jurídicas e fáticas de devolver o objeto do depósito, por estar o mesmo comprovadamente em mãos de terceiros, importando a decretação da falência em retirar dos sócios gerentes da empresa qualquer legitimidade para reaver aquilo que, nas suas mãos, foi depositado, mas que, pela sua própria natureza, se destinava a ser utilizado e repassado para terceiros dos quais somente o síndico pode obter a sua devolução.

39. Não constituindo a prisão civil uma pena, mas uma medida que se destina a obrigar o depositário a restituir o que lhe foi entregue, é evidente que somente se concebe a sua aplicação quando o depositário ou quem a ele legalmente foi equiparado tem condições de devolver, pois, **ad impossibilia nemo tenetur**.

40. O nosso direito não admite que o depositário possa reaver de terceiros os bens depositados, após a decretação da falência, quando a representação da massa passou a pertencer exclusivamente ao síndico. Outras soluções existem em legislações que permitem, em todas as oportunidades, ao depositário reaver os bens de terceiros, como ocorre na jurisprudência francesa que cuida das relações entre depositário e "subdepositário" (HENRI, LÉON ET JEAN MAZEAUD, **Leçons de Droit Civil**, 4ª edição, Paris, Éditions Montchrestien, 1974, Tomo III, vol. 2, pág. 749, nº 1.501).

41. Assim sendo, não tendo o depositário condições legais de reaver de terceiros os bens depositados, a medida coercitiva não lhe pode ser aplicada por completa impossibilidade de ser alcançado o objeto que a medida legal visa a alcançar.

42. Pelo exposto concluímos que:

a) uma vez decretada a falência, a lei determina que não mais pode ser intentada a ação de depósito, só admitindo a restituição, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e das demais Cortes do País;

b) se a ação de depósito pudesse ser intentada, deveria sê-lo contra a massa falida representada pelo síndico e jamais contra os antigos administradores da empresa, de acordo com o que dispõe o art. 40 da lei falimentar e demais disposições do mesmo diploma legal;

c) a prisão civil é medida coercitiva ou compulsiva, não constituindo uma pena, e destina-se a obrigar o depositário a devolver o bem depositado. Assim sendo, se aquele que a lei ou o contrato equipara ao depositário não tem condições jurídicas de reaver os bens dos terceiros, nas mãos dos quais se encontram, para devolvê-los ao depositante, é evidente que desca-be a prisão civil nos termos em que foi definida pela Constituição e pelo Código Civil.