

# ***O CONTRATO DE DEPÓSITO***

---

***Claudia Maria Dadico***

*Mestranda em Direito Processual Civil, na Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor José Ignácio Botelho de Mesquita. Juíza Federal substituta do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.*

## **RESUMO**

O trabalho terá como objetivo traçar um perfil atual do contrato de depósito.

Esboçará inicialmente suas raízes históricas. Em seguida, buscará inserir o depósito dentro da categoria dos contratos reais. Para tanto, serão expostas as principais divergências doutrinárias existentes acerca da validade desta classificação. Dentro deste tópico, ainda, e como prolongamento destas discussões será analisada a validade teórica da promessa de depósito e quais seus virtuais efeitos.

Na seqüência, serão expostos os demais caracteres deste contrato típico.

Em outro tópico, será analisado o objeto do contrato de depósito e as obrigações de cada contratante.

Tópico seguinte exporá as principais modalidades de contrato de depósito existentes no direito brasileiro.

Será examinada, ainda, a previsão de prisão do depositário infiel, sua constitucionalidade em face da incorporação da Convenção Americana dos Direitos Humanos ao direito interno e os recentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria.

Por fim, será brevemente analisada a disciplina do contrato de depósito constante do Projeto de Código Civil de nº 634-B, que tramita pelo Senado Federal.

A matéria será tratada de forma eminentemente expositiva, apresentando conclusões ao longo do texto. De igual modo, dispositivos de Direito Comparado serão confrontados com os textos do Direito Interno na medida em que a exposição se processa.

## 1. HISTÓRICO

A origem mais remota do que hoje conhecemos como contrato de depósito encontra-se no antigo instituto da fidúcia. Esta é descrita por Moreira Alves<sup>1</sup> como sendo o “contrato pelo qual alguém (o fiduciário) recebe de outrem (o fiduciante) a propriedade sobre uma coisa, mediante a *mancipatio* ou a *in iure cessio*, obrigando-se, de acordo com o estabelecido num *pactum* aposto ao ato de entrega, a restituí-la ao fiduciante, ou a dar-lhe determinada destinação”.

O instituto da fidúcia era utilizado quer no direito pré-clássico, quer no direito romano clássico para os mais diversos fins, patrimoniais ou não.

Foi o jurisconsulto Gaio quem distinguiu dentre as várias espécies de fidúcia a *fiducia cum creditore*, cuja finalidade era a constituição de uma garantia real, vinculada a uma dívida, e a *fiducia cum amico*, cujo objetivo era “colocar-se em segurança uma coisa junto a um amigo, que, pelo *pactum fiduciae*, se

---

<sup>1</sup> Moreira Alves, José Carlos. *Direito Romano*, vol. II, Borsóti, Rio de Janeiro, 1966, pp. 158/159.

comprometia a restituí-la (retransferindo, portanto, a propriedade sobre a coisa), quando solicitado pelo fiduciante”<sup>2</sup>.

Da *fiducia cum amico* desenvolveu-se o depósito romano, conhecido desde o Digesto de *Ulpiano*, e que apresentava os seguintes elementos:

a) os sujeitos da relação jurídica: o depositante (*deponens*), que entrega o objeto, para a guarda do mesmo pelo depositário (*depositarius*); b) a entrega da *detenção* de uma coisa móvel (bastando a *possessio naturalis* e não *ad interdicta*) ao depositário; c) com a finalidade de que seja guardada gratuitamente; e d) concordância de devolução da coisa, pelo depositário, tão logo seja solicitado pelo depositante.

Diferenciava-se, pois, da antiga fidúcia pelo fato de não haver a transmissão *ad interdicta* da propriedade do objeto, mas simplesmente pela entrega da detenção da coisa.

Por esta nota característica da confiança depositada na pessoa do depositário, o depósito, em sua origem e por muito tempo, ficou considerado fora do âmbito contratual, sendo sua tutela representada por uma antiqüíssima ação de caráter penal. Por isso, a responsabilidade do depositário sempre se apresentou, em sua substância, com esse aspecto *ex delicto*, conforme ressalta o Prof. Álvaro Villaça Azevedo.<sup>3</sup>

## **2. ENQUADRAMENTO DO CONTRATO DE DEPÓSITO NA CATEGORIA DOS CONTRATOS REAIS**

A categoria dos contratos reais é tratada na grande maioria dos tratados da doutrina nacional, na parte pertinente à classificação dos contratos, em oposição aos denominados contratos

---

<sup>2</sup> *Op. cit.*, p. 160.

<sup>3</sup> Azevedo, Álvaro Villaça. *Prisão Civil por Dívida*, RT. São Paulo, 1993.

consensuais. Poucos são os doutrinadores que lhe dedicam espaço um pouco mais dilatado.

Entre estes, está Orlando Gomes, que assim os define:

*Dizem-se reais os contratos para a perfeição dos quais é necessária, ademais do consentimento das partes, a entrega da coisa, feita por uma à outra, como o comodato, o mútuo e o depósito. A vontade é, por si só, impotente para formá-los.*<sup>4</sup>

A nota distintiva desta espécie de contrato, portanto, consiste em que para seu aperfeiçoamento faz-se necessária a tradição, sob qualquer forma, da coisa objeto do contrato.

A raiz histórica da classificação é derivada de um texto de Gaio, que assim lecionou: *Nunc transeamus ad obligationes...Et prius uideamus de his quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.* (Passemos, agora, para as obrigações... E, primeiro, vejamos as que nascem do contrato. Quatro são as espécies delas: ou a obrigação se contrai pela coisa, ou pelas palavras, ou pela escrita, ou pelo consentimento).

José Carlos Moreira Alves observa, entretanto, que Gaio não se referia propriamente aos contratos, mas sim às obrigações. Foram os intérpretes do direito romano que criaram as expressões contrato real, verbal, literal e consensual.<sup>5</sup>

No direito romano, eram conhecidas as seguintes espécies de contratos reais: Gaio, em suas *Institutas* (III, 90-91), referiu-se ao *mutuum*, o *Aureorum Libri* - atribuído ora a Gaio, ora a mera paráfrase às sua *Institutas* - referiu-se a mais três modalidades - *depositum*, *commodatum*, *contractus pignoratiticius*.

As *Institutas* de Justiniano (III, 14) - além destas formas referiam-se ainda aos *contractus innominati*, incluindo também nesta categoria a *permutatio* - entrega de uma coisa por outra,

---

<sup>4</sup> Gomes, Orlando. *Contratos*, Forense, 16ª ed., Rio de Janeiro, 1995, p. 76.

<sup>5</sup> *Op. cit.*, pág 146.

estabelecendo, ainda, a permissão de que a restituição em algumas modalidades contratuais deixasse de ser, obrigatoriamente, do equivalente, podendo-se restituir a própria coisa.<sup>6</sup>

Para bem situar o objeto de estudo, faz-se necessário, ainda, distinguir-se entre os contratos reais *quoad effectum* e *quoad constitutionem*.

Nos contratos reais *quoad constitutionem* ou propriamente ditos, o perfazimento do vínculo contratual supõe a tradição. Já nos contratos *de efeitos reais (quoad effectum)* a tradição de um objeto pode dar-se posteriormente, mas não integra a fase constitutiva do contrato. O exemplo é o contrato de locação. Conforme adverte José de Oliveira Ascensão, mesmo os contratos reais propriamente ditos podem, em alguns casos, não ter efeitos reais, como p. ex.: no depósito de coisa que já se encontra sob a detenção do depositário.<sup>7</sup> Verifique-se, todavia, que mesmo neste caso há tradição, cujo efeito será o de transformar a mera detenção em posse, com os encargos dela decorrentes por força contratual.

Assim, de posse destes elementos, podemos definir o contrato de depósito da seguinte forma:

*Contrato de depósito é a guarda de uma coisa móvel, entregue pelo depositante ao depositário, para tal finalidade, com a obrigação deste de restituir dito objeto, quando reclamado por aquele, ou no termo avençado.*

O contrato de depósito é definido pelo Código Civil, em seu art. 1.265, de forma semelhante: “Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame.”

---

<sup>6</sup> Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contratos Reais e Princípio do Consensualismo*. In Revista da Faculdade de Direito da USP, vols. 84/85, São Paulo, dez/89 - jan/90.

<sup>7</sup> Ascensão, José de Oliveira. *Contratos Reais*. verbete Enciclopédia Saraiva de Direito.

Consiste genuinamente em contrato real, pois depende não só do consenso entre as partes, mas da efetiva entrega da coisa ao depositário.

## **2.1 - CRÍTICAS À CLASSIFICAÇÃO. CORRENTES DOUTRINÁRIAS**

A oposição entre contratos reais e contratos consensuais suscita as seguintes questões:

- É compatível a consideração da entrega como requisito de aperfeiçoamento de um contrato com todo um sistema no qual se consente a formação válida de um vínculo jurídico sobre a base do simples consenso, e mesmo fora dos tipos expressamente disciplinados pela lei?

- De que modo pode conciliar-se a regra *pacta sunt servanda* com a afirmada insuficiência do acordo para a conclusão destes contratos?

Várias elaborações doutrinárias têm sido formuladas para respondê-las, partindo da análise em separado da entrega e do acordo. As principais serão enumeradas a seguir.

### **2.1.1 - A ENTREGA COMO ELEMENTO FORMAL DOS CONTRATOS REAIS:**

Paolo Forchielli<sup>8</sup> analisa a questão partindo dos contratos reais tácitos. Assevera que nestes tipos contratuais a entrega é a forma pela qual o consentimento se expressa. Representa, do ponto de vista psicológico, a única e verdadeira vontade. Sem ela, o acordo será um corpo sem alma. Num segundo momento, generaliza a regra, estendendo tal concepção a toda categoria dos contratos reais, caracterizando-os como aqueles em que a entrega se constitui em elemento formal obrigatório.

---

<sup>8</sup> *I Contratti Reali*, Milano, Giuffrè, 1952.

A crítica que se faz à conclusão deriva do fato de que a entrega, em si mesma, é uma atividade material cuja observação nada revela quanto ao intento das partes.

Um ato de entrega pode estar se operando no mundo dos fatos a título de constituição de garantia real, a título de locação, etc. Sua mera observação é totalmente insuficiente para a caracterização de um contrato real.

Entrega e consenso são elementos distintos e autônomos dentro da estrutura de um contrato real.

### **2.1.2 - O ACORDO SEPARADO DA ENTREGA COMO CONTRATO CONSENSUAL ATÍPICO, PERFEITO E ACABADO**

Os partidários desta elaboração doutrinária entendem que o consenso é suficiente para formar contratos similares aos contratos reais típicos. Sua simples emissão, desacompanhada da entrega do objeto, dá vida, todavia, a contratos atípicos que nenhum parentesco possuem com os contratos reais típicos, produzindo, pois, efeitos diversos e de menor amplitude.<sup>9</sup>

Corrado<sup>10</sup>, na defesa desta posição, afirma: “os contratos reais são tais a causarem apenas mediante a entrega, efeitos jurídicos, e em particular a obrigação de restituir..., enquanto os contratos consensuais causam a obrigação de entregar e de restituir.”

A crítica que se faz a esta teoria é a seguinte: como um acordo, entabulado nestes termos, pode ser identificado, como contrato consensual atípico ou como um contrato real em vias de formação? Qual seria a diferença substancial entre as duas categorias?

---

<sup>9</sup> Neste sentido: Pont, *Des petits contrats*, t. I, p. 190, núm. 392; comp.: Aubry y Rau, *Cours*, 3ª ed., t. 3, § 340, p. 203, n. 3, e § 401, p. 445, n. 1, *apud* Spota, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil - Contratos*, vol. VIII, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 377.

<sup>10</sup> *I contratti di borsa*, p. 185, *apud* Di Gravio, Valerio. *Teoria del Contratto Reale e Promessa di Mutuo*. Giuffrè. Milano. 1989.

Valerio di Gravio<sup>11</sup>, endossando a crítica feita à teoria, afirma que entre um contrato real perfeito e acabado e um contrato consensual elaborado nestes termos não existe uma relação de continência, mas de incompatibilidade. O máximo que se poderia vislumbrar seria uma relação de generalidade-especialidade, no sentido de que especiais serão os contratos reais por conter todos os elementos dos outros, mais um, a entrega.

A explicação é ainda insuficiente, pois resta obscuro qual seria efetivamente o objeto da avença.

### ***2.1.3. O ACORDO SEPARADO DA ENTREGA COMO FASE AUTÔNOMA DO CONTRATO REAL EM FORMAÇÃO***

Esta corrente, aceitando a possibilidade de que o simples consenso dá vida a um contrato atípico, vê a entrega como uma fase relevante do procedimento que conduzirá à conclusão de um contrato real (Giampiccolo, Majello, Fragali). A entrega representa o momento no qual o contrato se transforma de atípico em típico. O procedimento de formação de um contrato real se dividiria em uma fase típica e uma fase atípica.

Às críticas já feitas no tópico anterior, podemos acrescentar que a fragmentação do negócio jurídico não explica qual seria a verdadeira fonte da obrigação; se o contrato atípico, se o contrato típico ou se a simples entrega, o que torna a construção insuficiente.

### ***2.1.4. O ACORDO SEPARADO DA ENTREGA COMO UM PRÉ-CONTRATO DE CONTRATO REAL TÍPICO***

Esta variante vê entrega e consenso como elementos estruturais e indissociáveis da formação de um contrato real. Assim o simples acordo não teria outro efeito senão o de vincular as partes à celebração do futuro contrato real, ainda não aperfeiçoado.

---

<sup>11</sup> *Op. cit.*, p. 125.



O Prof. José de Oliveira Ascensão<sup>12</sup> critica esta concepção, defendendo posição segundo a qual o mero consenso não produz qualquer efeito, simplesmente porque ainda não há contrato. O depósito sem entrega não é uma promessa de depósito, mas simplesmente um depósito incompleto e que nenhum efeito jurídico produz.

### **2.1.5. O ACORDO SEPARADO DA ENTREGA COMO SUFICIENTE PARA A FORMAÇÃO DO PRÓPRIO CONTRATO REAL TÍPICO**

Esta corrente é encabeçada, na doutrina nacional, por Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira e na doutrina estrangeira por Osti, Colin e Capitant, Jossierand, Baudry-Lacantinerie, Carrara e Planiol.

Para seus partidários, o consenso é o fator determinante do aperfeiçoamento destes contratos.

A entrega da coisa apenas representa *início de execução do contrato*, gerando unicamente a obrigação de restituir. “Dizer-se que os acordos são lícitos mas só produzem efeitos com a *traditio* equivale a lhes negar a aplicação da regra *pacta sunt servanda*”, diz Orlando Gomes, e acrescenta: “Baseado no princípio do consensualismo, sustenta-se que a construção é artificial, uma vez que o acordo de vontades basta para criar o vínculo, gerando, para uma das partes, a obrigação de entregar a coisa e o cumprimento desta obrigação seria começo de execução do contrato. A concepção clássica está a exigir realmente uma revisão crítica.”<sup>13</sup>

Assim sendo, para esta corrente doutrinária, a distinção entre contratos reais e contratos consensuais seria mesmo despicienda, posto que o mero ajuste possuiria, quando muito, o mesmo efeito vinculante de um pré-contrato atípico, vale dizer, tornaria obrigatória a entrega da coisa - tornaria obrigatória a execução das

---

<sup>12</sup> *Op cit*

<sup>13</sup> *Op cit* p 77

prestações pactuadas -, dentre as quais, a de entregar a coisa, pelo contratante, e a de restituir, pelo contratado.

Contrariamente a este entendimento, afirma outra parte da doutrina que ao se admitir que o consenso esgota o momento de formação destes contratos, estaria desvirtuada sua característica de unilateralidade, da qual derivam todas as regras aplicáveis a esta espécie de contratos. A bilateralidade ficaria explícita na correspondência das prestações de entregar e de restituir.

A entrega, por outro lado, se constituiria em prestação exigível por parte do depositário, do mutuário ou do comodatário, com todas as conseqüências desta exigibilidade, entre as quais, mora pelo retardamento e perdas e danos pelo inadimplemento com culpa. A estes contratos se aplicariam, ainda, a *exceptio non adimpleti contractus* e a cláusula resolutória tácita.

No caso específico do contrato de depósito, em que somente se estabelece o vínculo contratual em função dos interesses do depositante, o esquema bilateral resta totalmente inadequado. Com efeito, qual seria o interesse do depositário em exigir em Juízo, p. ex., a entrega de uma coisa que somente lhe trará encargos?

Esta conclusão subverte a própria raiz histórica destes contratos, instituídos em razão do interesse do mutuante, do depositante, do comodante que, a despeito de sofrer atenuações com o passar do tempo, ainda não restou superada a ponto de se entender como despicienda a classificação.

Entendemos, assim, que a divisão dos contratos em reais e consensuais ainda mantém atualidade e validade científica.

## **2.2. PROMESSA DE DEPÓSITO?**

Após a exposição destas diversas correntes doutrinárias, tendo concluído que a explicação tradicional ainda se mostra válida cientificamente, cabe indagar: qual seriam, então, os efeitos do consenso validamente manifestado, na fase constitutiva de

contratos reais, sem que a entrega esteja efetivada? Poderíamos vislumbrar algum efeito vinculante nesta emissão de vontade? Há como cogitar-se na existência de uma *promessa de depósito*, à luz do disposto no art. 1.080 do Código Civil?

Para maior clareza, transcrevemos o dispositivo:

*Art. 1.080. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.*

Que ocorreria se, por exemplo, Tício pactuasse com seu amigo Caio que este guardaria seu melhor cavalo reprodutor para que pudesse empreender longa viagem ao exterior e este, às vésperas de tal evento, se recusasse a receber o referido animal, obrigando Tício a remarcar a data de sua viagem e perder compromissos importantes para escolher novo depositário?

O jurista argentino Alberto G. Spota<sup>14</sup>, assinala que a jurisprudência de seu país tem tradicionalmente negado qualquer eficácia à promessa de depósito civil. Propugna, porém, solução *de lege ferenda* diversa, à consideração de que tal posicionamento é axiologicamente injusto, tentando conciliar a natureza real do depósito, com o resguardo das partes que já tenham emitido validamente seu consentimento. Assim, propõe a adoção de dispositivo com a seguinte redação:

*A promessa aceita de guardar uma coisa não constitui depósito enquanto não se haja efetuado a tradição, mas resulta obrigatória para o promitente, e sua negativa em aceitar o encargo da guarda o fará responsável pelas perdas e danos que cause.*  
(Tradução nossa)

Termina por concluir, à luz do direito vigente em seu país que, efetivamente, não é possível atribuir-se eficácia vinculante à promessa de depósito, o que não obsta, todavia, a responsabilidade

---

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 376/377.

pré-contratual por exercício abusivo da faculdade de não contratar diante das circunstâncias da promessa efetuada.

No Direito pátrio, entendemos que a aplicação pura e simples do art. 1.080 do Código Civil não leva à solução mais justa para remediar situações de dano derivadas da simples emissão do consenso em contratos de depósito em vias de formação. Isso porque, admitir-se a eficácia destas manifestações de vontade como um pré-contrato ou promessa de contrato, implicaria apenas em vincular as partes à celebração do futuro contrato real, jamais à entrega da coisa, o que restaria inócuo.<sup>15</sup>

Não cremos possível, portanto, situar tais ocorrências na esfera da responsabilidade contratual ou pré-contratual.

A trilha entrevista por Spota, todavia, parece indicar a solução.

Com efeito, o instituto do abuso do direito é amplamente reconhecido pela doutrina nacional e estrangeira como fonte de responsabilidade extracontratual. Neste sentido Jossierand,<sup>16</sup> Silvio Rodrigues,<sup>17</sup> e José Aguiar,<sup>18</sup> entre outros.

Segundo a definição de Sílvio Rodrigues, “o abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem.”<sup>19</sup>

Assim, o *depositário* que, antes de efetuada a entrega da coisa pactuada, nega-se a recebê-la, a despeito de já haver validamente emitido seu consentimento neste sentido, não pratica qualquer ato ilícito, já que age dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe confere.

---

<sup>15</sup> Neste sentido a lição de Giselda Maria F. N. Hironaka, in *Contratos Reais e o Princípio do Consensualismo*, Revista da Faculdade de Direito da USP, nº 84/85, p. 90.

<sup>16</sup> Jossierand, Louis. *De L'Esprit des Droits et de leur Relativité*, 2ème.ed., 1939.

<sup>17</sup> Rodrigues, Silvio. *Direito civil*, vol. 4, *Responsabilidade Civil*, 12ª ed., Saraiva, São Paulo, 1989.

<sup>18</sup> Dias, José Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, vol II, Forense, Rio de Janeiro, 1944.

<sup>19</sup> *Op. cit.*, p. 49.

Todavia, se tal negativa, no caso concreto, evidenciar nítido exercício anormal e despropositado de seu direito subjetivo de não contratar, causando dano a outrem, exsurge sua responsabilidade extracontratual, devendo arcar com as perdas e danos que ocasionou.

Configura-se, aí, o abuso do direito de não contratar, em nosso entender.

### 3. CARACTERES

#### 3.1. CONTRATO TÍPICO

O contrato de depósito é um contrato nominado e típico, não apenas porque possui um *nomen iuris*, mas porque possui regulamentação legal própria, constante do Código Civil em seus art. 1.265 a 1.287.

A guarda da coisa deve se constituir na própria finalidade do contrato, deve ser prevista de modo essencial e não apenas accidental.

Assim, a guarda é secundária, quando um advogado conserva, sob sua custódia, documentos ou valores, que recebeu de seu cliente (a guarda decorre de um contrato de mandato), quando a coisa é entregue para ser transportada para outro lugar (o detentor tem atitude ativa, de dar destinação à coisa e não de guardá-la, simplesmente); quando um banco custodia bens em seus cofres de segurança (locação e depósito).

Também há de se distinguir o contrato de depósito daqueles outros contratos atípicos em que existe uma prestação de custódia inserida no conjunto de prestações, mas que não se constitui na prestação principal. Isso ocorre, por exemplo, nas casas de diversões públicas (teatros, clubes, salões de dança, etc.) que mantêm uma *chapelaria* para guarda dos pertences pessoais de seus freqüentadores, ou mesmo naqueles estabelecimentos que

mantêm manobristas para efetuar a guarda dos veículos de seus clientes (restaurantes, casas de jogos, etc).

Pelas graves conseqüências que a existência de um contrato de depósito pode acarretar para seus contraentes, em especial ao depositário (prisão civil, em caso de infidelidade), a jurisprudência tem sido rígida quanto a esta nota de tipicidade exigindo configuração de todos os seus elementos.

A tradição simbólica, por exemplo, vem sendo repelida, tendo o Superior Tribunal de Justiça assentado em julgamento realizado em 22 de junho de 1992, em acórdão relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo, que “o depósito simulado não tem agasalho nem na legislação comum (arts. 1.265 do CC e 901 do CPC), nem na Constituição Federal (art. 5º, LXVII). Tivesse, e então estaria premiada a simulação, elevada a nível institucional, como fonte de obrigação legítima.” (RT 688/191)

### 3.2. *CONTRATO INTUITU PERSONAE*

Por advir da histórica noção de confiança, o contrato é *intuitu personae*, o que não significa que seja personalíssimo, pois que não é defeso ao depositário invocar a ajuda de auxiliares ou prepostos, sob sua responsabilidade. O que não se faz possível, diante deste traço essencial do contrato é a figura do *subdepósito*, a não ser que haja clara disposição contratual outorgando tal faculdade ao depositário.

Confirma a assertiva de ser o depósito contrato *intuitu personae*, mas não personalíssimo a previsão do art. 1.272 do Código Civil que estabelece os efeitos da venda da coisa depositada pelo herdeiro do depositário que tenha agido de boa fé. A existência de tal previsão permite afirmar que a morte do depositário não extingue o contrato de depósito, que pode ser transferido a seus herdeiros.<sup>20</sup> Neste sentido, a observação de Maria Helena Diniz, no sentido de que “a morte do depositário

---

<sup>20</sup> Em sentido contrário Orlando Gomes, *Contratos*, p. 344.

não extingue a obrigação de restituir, pois o depósito se transmite como um direito ou como um dever aos herdeiros do depositante e do depositário.” Não obstante, a autora citada elenca entre as causas de extinção do contrato de depósito a morte do depositário, *se o contrato de depósito for intuitu personae*”<sup>21</sup>

Não infirma a tese a previsão do art. 1.276 que prevê a restituição da coisa ou sua entrega a depósito público no caso de incapacidade superveniente do depositário. A solução legal confirma o fato de que as obrigações decorrentes do contrato podem ser cumpridas, em determinados casos, por terceiros, sem que tal fato acarrete a extinção pura e simples do pactuado. Isso porque concede ao depositante a faculdade de não receber a coisa depositada naquele momento determinado, o que significa um *prolongamento* da existência do contrato, mesmo diante da impossibilidade do depositário continuar respondendo pessoalmente por suas obrigações.

Alberto G. Spota<sup>22</sup> entende que o depósito é *contrato de confiança*, mas não necessariamente *intuitu personae*, na medida em que a morte do depositário não extingue o contrato de depósito, por disposição expressa do Código Civil argentino (art. 2.225). Não obstante, o mesmo autor, com base nas lições de Dalmartello y Portale afirma: “no es indiferente asegurarse la custodia por parte de Ticio, notoriamente diligente, ordenado y titular de un patrimonio suficiente para garantizar la eventual obligación de resarcimiento en caso de pérdida o deterioro imputable de la cosa-, o de parte de Cayo, notoriamente negligente, desordenado e insolvente”.

Pensamos que a ressalva feita pelo autor encerra apenas uma divergência terminológica com o que afirmamos anteriormente, mas não afasta a conclusão de que o contrato de depósito é *intuitu personae*, mas não personalíssimo.

---

<sup>21</sup> Diniz, Maria Helena, *Tratado Teórico Prático dos Contratos*, vol. 3, Saraiva, 1993, p. 204 e 206.

<sup>22</sup> *Op. cit.*, p. 371 e 372.

Por fim, em relação a este traço característico do contrato de depósito, cabe uma última observação.

O fato de constituir-se o depósito um contrato *intuitu personae* é que nos permite distingui-lo daquela guarda à qual cotidianamente confiamos nossos pertences em lojas de departamento, supermercados e magazines.

O funcionário não pode responder pessoalmente por eventual extravio do objeto, vez que não foi eleito por nenhum atributo pessoal, mas agiu tão-somente como *preposto* do estabelecimento para cumprir um dever de vigilância.

Nessês casos, trata-se, em verdade, de deixar à disposição do cliente do estabelecimento um local vigiado para que sejam guardados seus pertences. Não há transferência de posse, nem desse ato pode advir nenhum dever de conservação da coisa, razão pela qual não há de se cogitar em depósito.

### **3.3. CONTRATO UNILATERAL**

É, em princípio, unilateral, pois as obrigações decorrentes do contrato cabem apenas ao depositário.

A unilateralidade do depósito não se desconfigura diante da previsão do art. 1.278, do Código Civil, segundo a qual "o depositante é obrigado a pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa, e os prejuízos que do depósito provierem", da qual decorre o direito de retenção da coisa, conferido ao depositário pelo art. 1.279.

Tratam-se, em verdade, de prestações subseqüentes ao momento de formação do contrato e de caráter accidental, não constituindo a contrapartida das obrigações cometidas originalmente ao depositário.

Por esta razão, modestamente, discordamos do Prof. Álvaro Villaça quando afirma que o surgimento de obrigações ao



depositante faz com que o contrato perca sua característica de unilateralidade.<sup>23</sup>

### 3.4. CONTRATO GRATUITO

Em princípio é, também, gratuito, mas a estipulação de uma remuneração ao depositário, igualmente, não o desnatura. Nestes casos, entretanto, o contrato passa a ser bilateral, por importar no estabelecimento de obrigações às duas partes.

Presumem-se onerosos, todavia, o depósito necessário e o depósito referente às hipóteses do art. 1.284, parágrafo único do Código Civil (bagagens de viajantes, hóspedes ou fregueses, nas hospedarias, estalagens ou casas de pensão) em que a remuneração presume-se incluída no preço da hospedagem.

Na ausência de estipulação contratual expressa, Orlando Gomes adverte que se deve obedecer à regra do *post numeratio*, ou seja, ao depositário incumbe satisfazer a prestação em primeiro lugar, aguardando para receber a remuneração<sup>24</sup>. Tal regra, a despeito de tratar-se de contrato bilateral constitui atenuante à possibilidade da *exceptio non adimpleti contractus*.

No direito comercial, a gratuidade não se presume, o depósito mercantil é, por essência, oneroso.

### 3.5. CONTRATO ESCRITO, NÃO SOLENE

O fato de exigir o art. 1.281 do Código Civil a comprovação por escrito do depósito não indica que este deva assumir natureza solene, conforme adverte o Prof. Álvaro Villaça.<sup>25</sup> A disposição estabelece apenas a impossibilidade de se provar o depósito unicamente através de testemunhas.

---

<sup>23</sup> Azevedo, Álvaro Villaça. *Prisão Civil por Dívida*. RT. São Paulo, 1993., pág. 72.

<sup>24</sup> *Op. cit.* pág. 341.

<sup>25</sup> *Op. cit.* p. 73.

Neste sentido, a jurisprudência tem se mostrado rigorosa quanto à exigência.<sup>26</sup>

Também neste particular diferencia-se o contrato de depósito dos contratos de *guarda* anteriormente referidos.

### **3.6. CONTRATO DE EXECUÇÃO CONTINUADA**

O dever de custódia cometido ao depositário prolonga-se no tempo, razão pela qual o contrato de depósito é de execução continuada ou de trato sucessivo.

A consequência desta característica é a aplicação a esta modalidade contratual, em especial aos depósitos onerosos, das regras derivadas da cláusula *rebus sic stantibus*.

## **4. OBJETO E OBRIGAÇÕES DOS CONTRATANTES**

Nosso Código Civil, seguindo o modelo do Código Civil Francês (art. 1.918), do Código Civil Italiano (art. 1.766) e do BGB (art. 688), somente se refere ao depósito de coisa móvel.

A principal razão apontada para que não seja admitida no direito interno o depósito de imóveis consiste em que tal contrato, por envolver atos de administração, mais se aproximaria de um contrato de *guarda*, próximo do depósito.

O Código Civil argentino, todavia, admite o depósito de bens imóveis em seu art. 2.182.

Todavia o DL nº 58, de 10-12-37, em seu art. 17, *caput*, estabelece que, após terem sido pagas todas as prestações do preço, é lícito intimar judicialmente o compromissário comprador a receber a escritura de compra e venda do lote, no prazo de trinta dias, que correrá em Cartório.

---

<sup>26</sup> RT 548/212, JB 84/202.

Não sendo atendida essa interpelação, configurar-se-á a mora desse compromissário, devendo depositar-se o lote comprometido, por conta e risco deste, que responderá pelas despesas judiciais e com o depósito (parágrafo único).

Quanto à alienação de bem imóvel, por depositário, decidiu a 1ª Câ. do 1º TAC/SP, em 20-6-88, que “não se justifica o decreto de prisão civil, pois tal bem, evidentemente, não desaparece, continuando sujeito aos efeitos da execução, como se alienação não existisse.” (RT 637/122)

Além de móvel, deve a coisa ser infungível, posto que o depósito de bens fungíveis é regido pelas regras do mútuo (art. 1.280)

Alude Maria Helena Diniz, ainda, que a coisa deve ser corpórea, “pois a incorpórea não tem consistência e não poderá ser manipulada”<sup>27</sup>

Alberto G. Spota menciona que o depósito de “energias extra-humanas passíveis de apreciação econômica” é possível no Direito Argentino.<sup>28</sup>

As obrigações do depositário são a de custodiar e restituir a coisa depositada, quando solicitada pelo depositante.

A obrigação essencial à caracterização do contrato de depósito, todavia, é sem dúvida a obrigação de custodiar, estabelecendo o Código Civil (art. 1.266) que o depositário deverá “ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma ter com o que lhe pertence”. A obrigação de restituir, embora importante para a caracterização do tipo contratual, não lhe é essencial, já que esta se encontra também presente em outros contratos, mesmo consensuais (locação, p. ex.). Tanto que a obrigação de restituir por si só não impede o uso da coisa no depósito regular, nem que esta se processe perante um terceiro

---

<sup>27</sup> Diniz, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. vols. 1 e 3, Saraiva, São Paulo, 1993, p. 194.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, p. 367.

legitimado a recebê-la. Já a obrigação de custódia é assumida e cumprida em face do próprio depositante.

Ao depositário, não é facultado o uso da coisa depositada, a não ser que haja expressa licença do depositante, a qual deve ser encarada com parcimônia, pois se a utilização for constante, ainda que com autorização nesse sentido, o fim do contrato estará desnaturado. Esta, aliás, a nota distintiva do contrato de comodato.

Quanto ao depositante, não obstante o caráter unilateral do contrato, excepcionalmente podem surgir obrigações, tais como se dá no depósito oneroso, em que a obrigação de custódia tem como contraprestação o pagamento de remuneração.

Veja-se, ainda, os casos já comentados das obrigações decorrentes de despesas com que o depositário tenha se deparado para a adequada conservação da coisa ou de prejuízos que o depósito tenha ocasionado a seu patrimônio. Nestes casos, facultase ao depositário o direito de retenção ou de caução.

## 5. MODALIDADES

Consistem modalidades de contrato de depósito o *depósito voluntário*, cujos caracteres são os já referidos, e que se encontra disciplinado pelos arts. 1.265 a 1.281 do Código Civil e o *depósito necessário*, “aquele em que o depositante, não podendo escolher livremente a pessoa do depositário, é forçado pelas circunstâncias a efetuar o depósito com pessoas, cujas virtudes desconhece”.<sup>29</sup> Resulta de obrigação legal (*depósito legal*), como o depósito de bagagens em hotéis e hospedarias (art. 1.284, *caput* e art. 1.286, 2ª parte, do CC) ou de circunstâncias emergenciais ou de calamidade pública, tais como incêndio, inundação, naufrágio ou saque (*depósito miserável*).

Sobre o depósito necessário, de se ressaltar a posição do Prof. Antonio Junqueira Azevedo, segundo o qual não se trata

---

<sup>29</sup> Rodrigues, Silvio. *Direito Civil*, vol. 3, *Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vida*, 17ª ed., Saraiva, São Paulo, 1988, p. 288

propriamente de um contrato, mas de ato de natureza paraneocial.

Diz o Professor: "Há séculos, em matéria de casamento, distingue-se o casamento como ato constitutivo da família legítima, o *matrimonium in fieri*, com suas exigências de celebração, capacidade, etc, e a relação jurídica que resulta do ato, o *matrimonium in facto*, a união entre marido e mulher com os direitos e deveres recíprocos. *No direito contratual, pode-se semelhantemente, falar de contrato e de relação contratual...*"<sup>30</sup>

Assim, para o Professor Junqueira, há situações em que o consenso de uma das partes é absolutamente irrelevante, tanto que a capacidade da parte que adere aos termos do negócio em nada interfere em sua concretização. Nestas situações, o modelo contratual clássico não se ajusta à explicação do fenômeno. É o que ocorre, por exemplo, quando alguém toma veículo de transporte coletivo ("afinal, que importa se é um rapaz de 14 anos, absolutamente incapaz, ou, mesmo se é alguém capaz que entra no ônibus e declara formalmente, ao motorista e ao cobrador que não quer fazer o contrato de transporte?"), nas sociedades de fato, nos contratos de fornecimento de serviços públicos, como água, energia elétrica e saneamento básico. Tais situações são denominadas pelo Professor como *situações paracontratuais*. Nestas, inclui-se o depósito necessário.

Consistem modalidades de depósito, ainda, o chamado *depósito regular* ou *ordinário*, cujo objeto é bem infungível, individuado e inconsumível, que deve ser restituído *in natura* e o *depósito irregular* que recai sobre bens fungíveis ou consumíveis, cuja restituição pode dar-se em coisas equivalentes, do mesmo gênero, quantidade e qualidade. Aplicam-se ao depósito irregular as mesmas regras do mútuo (art. 1.280 do CC, Projeto 634-B, art. 645). Diferencia-se, todavia, do mútuo pela circunstância de que, no depósito, por se ter em mira sempre o interesse do depositante, a coisa poderá ser exigida a qualquer momento, de sorte a não

---

<sup>30</sup> Azevedo, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico e Declaração Negocial*. Tese 1986, p. 47.

integrar o patrimônio do depositário, que deverá mantê-la sempre destacada para que possa restituí-la assim que necessário.

No empréstimo, o bem mutuado passa a integrar o patrimônio do devedor, ainda que por tempo determinado.

São exemplos de depósito irregular o depósito bancário e o depósito de mercadorias em armazéns gerais (Decreto nº 1.102, de 1903, art. 12 e Decreto-Lei nº 6.319/44).

Pelas peculiaridades do depósito irregular, a jurisprudência tem se mostrado divergente quanto à aplicação da prisão do depositário infiel em tais casos, conforme adverte Arnaldo Wald<sup>31</sup>. Veja-se, por exemplo, o seguinte julgado: “o depósito não se concilia com a natureza fungível dos bens. O construtor, quando emprega na obra os materiais financiados por banco, os quais tinham essa destinação, não pode ser equiparado ao depositário infiel.”(RT 536/124).

Pelas mesmas razões afirma-se descabida a ação de depósito prevista pelo art. 901 do CPC nos casos de depósito irregular.<sup>32</sup>

Por fim, cabe mencionar ainda o *depósito judicial* realizado em razão de atos judiciais de apreensão ou constrição, quer como medida acautelatória, quer como medida executória, quer como medida conservativa de direitos.<sup>33</sup>

Através de tal medida, busca o Juiz, com a entrega da coisa litigiosa a terceiro, resguardá-la até que seja decidido definitivamente seu destino, com a solução da lide.

---

<sup>31</sup> Wald, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Obrigações e Contratos*, 8ª ed., RT, São Paulo, 1989. p. 289.

<sup>32</sup> Marcato, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*, 5ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1993, p. 79.

<sup>33</sup> Marcato, *op. cit.* p. 78.

## 6. PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL

A grande particularidade do contrato de depósito em relação aos demais tipos contratuais é prevista no art. 1.287 do Código Civil que estabelece:

*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.*

Conforme se extrai do citado dispositivo, tal prisão não possui caráter punitivo. É meio coercitivo para compelir o depositário a devolver o bem depositado e evitar a apropriação indébita.

Apesar do movimento progressivo do direito em eliminar as hipóteses de prisão por dívida, a Constituição Federal permitiu a prisão do depositário infiel em seu art. 5º, inc. LXVII.

Atualmente, à vista do disposto no § 2º do art. 5º<sup>34</sup>, discute-se a manutenção desta possibilidade pela incorporação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) ao direito interno (Decreto nº 678/92) que prevê em seu art. 7º, § 7º: *Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.*

Tendo o texto do Tratado sido adotado após a Constituição Federal de 1988, há quem sustente que a possibilidade de prisão do depositário infiel, por se tratar de verdadeira prisão por dívidas, foi banida de nosso sistema constitucional, na medida em que o citado § 2º do art. 5º da própria CF elevou os termos do Tratado à categoria de normas materialmente constitucionais.

Não encontramos nenhum julgado do Supremo Tribunal Federal em que a questão do depositário infiel fosse tratada à luz da Convenção.

---

<sup>34</sup> *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

Em tema correlato, todavia, sobre a prisão provisória para apelar no processo penal, também banida pelo texto da Convenção, o Min. Celso de Mello, em decisão monocrática, assim se pronunciou:

*O Plenário do Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se sobre esse específico aspecto da questão, enfatizou que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade (...), pois o Pacto de São José da Costa Rica, em tema de proteção do status libertatis do réu, proclama que "Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas" (art. 7º, n. 2 - grifei).*

*Na realidade essa cláusula da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao remeter ao plano do direito positivo interno a definição normativa das hipóteses de supressão da liberdade pessoal, admite que o sistema jurídico nacional ou doméstico de cada Estado institua - com o faz o ordenamento brasileiro - os casos em que se legitimará a privação antecipada do status libertatis do réu ou do condenado (...).*

*(HC 73.424-3 - RS - Rel. Min. Celso de Mello, in DJU 14-12-95, Seção I, p. 43.747)*

Tais ponderações poderão ser aplicadas à hipótese do depositário infiel, já que a matéria se insere no mesmo título da Convenção.

Assim sendo, se esta linha interpretativa for mantida, pode-se antever o posicionamento de nossa Suprema Corte no sentido da constitucionalidade da prisão do depositário infiel.



Diante das graves conseqüências que a configuração de um contrato de depósito acarreta ao depositário, a jurisprudência o tem interpretado restritivamente. Em face deste posicionamento do Supremo Tribunal Federal, cremos que tal tendência deverá manter-se.

## **7. O CONTRATO DE DEPÓSITO NO PROJETO 634-B**

O Projeto de Código Civil que tramita pelo Senado Federal sob nº 634-B em nada altera a atual disciplina do contrato de depósito, mantendo todas as atuais disposições.

Entendemos que tal tratamento da matéria se mostra adequado, com a ressalva de dois pontos:

- a questão da *promessa de depósito*”, tratada acima (item 2.2);
- a questão da prisão do depositário infiel.

Quanto ao primeiro item, entendemos que a redação proposta por Alberto G. Spota em relação ao direito argentino solucionaria questão não tratada pela legislação pátria expressamente, evitando injustiças. Isto sem prejuízo da configuração doutrinária do contrato de depósito como contrato real, na medida em que o empréstimo de efeitos ao consenso desacompanhado da entrega se daria no campo da responsabilidade extracontratual, vez que, efetivamente, não se poderia ainda cogitar da existência de um contrato.

Quanto à prisão do depositário infiel, entendemos como o Prof. Álvaro Villaça Azevedo, que o movimento progressivo da história do direito mostra tendência inexorável no sentido de se extinguir qualquer coerção de cunho pessoal por atos de conteúdo meramente patrimonial.

Tal tendência deve necessariamente abranger o contrato de depósito. A origem romana do instituto e a alegada *nota de confiança* que marcam a modalidade contratual não afastam a conclusão de que a prisão do depositário é nitidamente uma prisão

por dívida. Tanto que ao depositário *basta... pagar o valor do bem para que não vá à prisão.*<sup>35</sup>

Assim sendo, entendemos que a apreciação do Projeto poderá mostrar-se excelente oportunidade para que o Brasil alinhe-se aos ordenamentos jurídicos mais civilizados e afine-se, definitivamente, com os dispositivos da Convenção Americana dos Direitos Humanos, abolindo de nossa legislação este odioso instituto.

## 8. BIBLIOGRAFIA

- Ascensão, José de Oliveira. *Contratos Reais*, Verbete Enciclopédia Saraiva de Direito.
- Azevedo, Álvaro Villaça. *Prisão Civil por Dívida*, RT, São Paulo, 1993.
- Azevedo. Antonio Junqueira. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*. Tese, 1986.
- Baudry-Lacantinerie. *Trattato di Diritto Civile, Delle Obrigazioni*, v. 1, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano.
- Bueres, Alberto J. *La Entrega de la Cosa en Los Contratos Reales*. Depalma, Buenos Aires, 1977.
- Di Gravio, Valerio. *Teoria del Contratto Reale e Promessa di Mutuo*. Giuffrè, Milano, 1989.
- Dias, José Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, v. II, Forense, Rio de Janeiro, 1944.
- Diniz, Maria Helena, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, vols. 1 e 3, Saraiva, São Paulo, 1993.
- Distaso, Nicola. *I Contratti in Generale*, v. I, UTET, Torino, 1980.

---

<sup>35</sup> Julgado da 3ª Câm. Civ. do TA gaúcho, citado por Álvaro Villaça Azevedo, *op. cit.* p. 80.

- Gomes, Orlando. *Contratos*, Forense, 16ª ed., Rio de Janeiro, 1995.
- Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contratos Reais e o Princípio do Consensualismo*. in Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 84/85, São Paulo, dez/80 - jan/90.
- Josserand, Louis. *De L'Esprit des Droits et de Leur Relativité*, 2eme. ed., 1939.
- Marcato, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*, 5ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1993.
- Napoletano, Vincenzo et alli. *I Contratti Reali. Mutuo, Deposito, Comodato, Pegno, Contrato Estimatorio*. UTET, 2ª ed., Torino, 1979.
- Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. III, Forense, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1970.
- Rodrigues, Silvio. *Direito Civil*, vol. 3, *Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*, 17ª ed., Saraiva, São Paulo, 1988.
- Rodrigues, Silvio. *Direito Civil*, vol. 4, *Responsabilidade Civil*, 12ª ed., Saraiva, São Paulo, 1989.
- Spota, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil - Contratos*, v. VIII, Depalma, Buenos Aires, 1983.
- Wald, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Obrigações e Contratos*, 8ª ed., RT, São Paulo, 1989.