

CAPÍTULO I

CONCEITO E NATUREZA DO CONTRATO DE DEPÓSITO

§ 4.655. CONCEITO DO CONTRATO DE DEPÓSITO

1. CONCEITO. – O contrato de depósito é o contrato pelo qual alguém, depositário, se incumba de guardar (custodiar) coisa móvel de outrem, e entregá-la ao depositante. “Pelo contrato de depósito”, diz o Código Civil, art. 1.265, “recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame”. No parágrafo único, acrescenta-se: “Esse contrato é gratuito; mas as partes podem estipular que o depositário seja gratificado”.

No Código Civil, art. 1.265, há a referência à guarda, à custódia. Mas frisa-se que se entrega o bem “para guardar”. Como que se grifou a finalidade do contrato de depósito. A guarda, a custódia, tem, no depósito, a função de assegurar o adimplemento, e não há encobrir-se o fato de ter o depositário interesse em bem custodiar o bem depositado, ou os bens depositados, uma vez que assume riscos além daqueles que em outros contratos assume.

Tem-se dito que falta ao depósito elemento específico, procurando-se ver a “guarda” assim em contratos de locação como de mútuo, de mandato, etc. Na locação, não há “guarda”, – ou há dação, pelo locador, de espaço para a coisa, ou transferência da posse imediata sobre a coisa para uso e gozo do locatário. Algumas vezes a guarda vai a especificações mais rentes, como conservação de máquinas, lavagens do objeto, alimentação de animais (H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, 4.^a ed., II, 2, 629). O mútuo é no interesse do que recebe a coisa; o depósito, no interesse de quem deposita. Por outro lado, o depósito não se confunde com as *relações de gentileza*, que nascem quando se permite *deixar a coisa*, ainda que não se toque nela, sem se assumir o dever de depósito (P. OERTMANN, *Das Recht*

der Schuldverhältnisse, 3.^a-4.^a ed., 832, 6, c). Cada era tem o seu contrato ou contratos prediletos; e o depósito, com as responsabilidades que dele emanam, tem sido menos favorecido pelos juristas da época do capitalismo século XX, preocupados em tornar locação todos os contratos, como há alguns séculos atrás tudo se reduzia a mandato e nos tempos romanos tudo se procurou explicar pela venda ou pela troca. O contemporâneo, não-técnico, diante de papéis de legitimação, vê a êsses, e não o contrato de depósito que lá está, porque essa atitude mental é a mais perceptível à sua maneira de viver.

No art. 1.266 do Código Civil, fala-se de *guarda e conservação*, porque a guarda, aí, não compreende essa (cf. FR. X. BRUCKNER, *Die Custodia nebst ihrer Beziehung zur vis maior nach römischem Recht*, 31 s.). No ato de se guardar, põe-se a coberto de ofensas de origem estranha o bem depositado; no ato de se conservar, protege-se a integridade do bem depositado, contra o intrínseco e o que se pode tornar intrínseco. Por isso mesmo, a conservação pode ser conteúdo de dever, fora do dever de guarda. Presta-se o que é necessário à integridade, à eficiência e à utilização do bem. Quem se encarrega de conservação do cavalo pode não ser quem o guarda.

O depositário responde pelas causas estranhas evitáveis. Tem a guarda. Responde pelas causas intrínsecas, ou que se possam fazer intrínsecas, se é possível tal atividade protectiva.

2. OBJETO DO CONTRATO DE DEPÓSITO. – Objeto do contrato de depósito é, em princípio, a coisa móvel. No plano do direito privado, o depósito de pessoa ou de bens imóveis não se confunde com o contrato de locação de serviços, ou com contrato de obra (empreitada), ou com o contrato de mandato, ou de pensão-e-colégio (internato). No plano do direito público, também há depósito de pessoa ou de bem imóvel, posto que mais se fale de “responsabilidade de depositário”, ou de alguém “responder como depositário”.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 4.655. A – Legislação

O art. 1.265, *caput* e parágrafo único, do CC/1916, foi reproduzido pelos arts. 627 e 628 do CC/2002. Quanto à gratuidade do contrato de depósito, inclusive,

acrescenta o art. 628 do CC/2002, que esta será a regra, salvo se houver convenção em contrário, se resultante de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão.

No tocante aos deveres principais de guarda e conservação da coisa, o art. 1.266 do CC/1916, revogado, tem seu conteúdo reproduzido no art. 629 do CC/2002.

O Código de Defesa do Consumidor se aplica aos contratos de depósito que se caracterizem como relação de consumo, a saber, aquelas em que depositante e depositário qualifiquem-se como consumidor e fornecedor, a teor dos arts. 2.º e 3.º dessa lei, ou ainda quando haja hipótese de equiparação legal (especialmente art. 29 do CDC).

§ 4.655. B – Doutrina

Embora mantenha-se a regra legal da gratuidade do depósito, a doutrina bem identifica que atualmente, a maior parte das situações práticas são de depósito oneroso (LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 7. p. 340). Em especial, considerando-se que a unificação do direito das obrigações, pelo qual se passa, sob as mesmas disposições, o depósito que seja ou não realizado para fins profissionais com o intuito de lucro (ANDRIGHI, Nancy; ANDRIGHI, Vera e BENETTI, Sidnei. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. 9. p. 358). Assinala-se, igualmente, que quando seja oneroso, e considerando que tem no seu núcleo prestação de serviços, pode atrair a incidência, além das disposições do Código Civil, também do Código de Defesa do Consumidor, quando presentes os sujeitos, consumidor e fornecedor, segundo definição legal (arts. 2.º e 3.º, bem como por equiparação, o art. 29, todos do CDC).

Na linha indicada por Pontes de Miranda, admite a doutrina, embora ausente da disciplina legal, o depósito de imóveis, especialmente tendo em conta o depósito judicial (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. 3. p. 328; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – Contratos em espécie*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 248) Esta visão, contudo, é divergente, especialmente sob argumento de que, nesses casos, o depósito do imóvel resulta de ficção legal (Lobo, Paulo. *Direito civil – Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 396-397; Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 649). E nesses casos não se há de se referir a contrato, mas depósito por força de lei, ou como eficácia de ato diverso do contrato.

§ 4.655. C – Jurisprudência

Admite a jurisprudência, nos termos de previsão legal expressa do art. 645 do CC/2002, o depósito de coisas fungíveis, qualificados como depósito irregular (STJ, AgRg 259.475, 3.ª T., j. 24.05.2005, rel. Humberto Gomes de Barros, DJ 01.07.2005). Nessa mesma linha, também os depósitos bancários, normalmente de dinheiro, em relação aos quais entende-se aplicável o Código de Defesa do

Consumidor aos depósitos bancários (STJ, REsp 226921/SP, 4.ª T., j. 19.04.2001, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 02.08.2004), mas não a lei de falências no que se refere à restituição dos bens em poder do falido (STJ, REsp 501.401/MG, 2.ª Seção, j. 14.04.2004, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 03.11.2004).

No tocante a depósito de grãos em armazéns gerais, a jurisprudência entende cabível a ação de depósito, nos termos da legislação processual dado que mesmo fungíveis, a finalidade do contrato não o faz consumível pelo depositário (STJ, REsp 783.471/GO, 4.ª T., j. 22.03.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 25.03.2011).

§ 4.656. CUSTÓDIA E DEPÓSITO

1. DEVER DE CUSTODIAR. – No contrato de depósito, o elemento de custódia é assaz relevante, característico, pelo que se insere no conteúdo da relação jurídica e pela função que exerce. O escopo de custódia e de seguridade, que tem o depositante, faz nascer, da parte do depositário, o *dever de custodiar*. Mas o elemento de custódia não esgota o conteúdo do negócio jurídico de depósito. Nem só o depositário custodia, nem a custódia, só por si, faz o depósito. Custodia o transportador, o próprio trabalhador em muitos casos; e há dever de custodiar por parte de pessoas que nem sequer têm de prestar o objeto custodiado (e.g., hoteleiros e donos de casa de cômodos ou albergues, pelos bens do hóspede que não lhes foram entregues; bancos, ou empresas de custódia, pelos objetos postos na caixa do cofre alugada ao cliente).

No depósito irregular restitui-se o *tantundem*: o depositário pode alienar o que recebeu, de modo que não se pode dizer que tem o dever de conservar. Seria absurdo pensar-se em custódia quando se pode *destruir, derrelinquir* ou *alienar*. Há ficção no dever de custodiar, se irregular o depósito? Ou se quis, com o instituto do depósito, exigir a responsabilidade pela força maior ou pelo caso fortuito, a despeito da fungibilidade do objeto? Se assim foi, a equiparação é imperfeita, por haver o risco da insolvabilidade do depositário (MARIO DE SIMONE, *I Negozi irregolari*, 76). A incidência de regras jurídicas sobre o depósito regular a propósito de depósito irregular resulta de só ter ocorrido a distinção por um ser quanto a bens fungíveis e o outro quanto a bens infungíveis. Quis-se o depósito. As manifestações de vontade são as mesmas. A diversidade decorre da diferença entre os objetos que são “depositados”.

2. CONTRATOS DE CUSTÓDIA. — A propósito do *dever de custódia*, tem-se dividido a doutrina. Os dois ramos principais são os dos que entendem que o dever de custódia é *dever facienda*, e a custódia seria o *opus*, e o dos que vêem no dever de custódia *dever de resultado*. No direito romano, o que ressaltava era a responsabilidade pela custódia, responsabilidade objetiva ou responsabilidade sem culpa (cf. VINCENZO ARANGIO RUIZ, *La Responsabilità contrattuale nel diritto romano*, 2.^a ed., 65 s.; J. ROSENTHAL, *Custodia und Aktivlegitimation zur Actio furti*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, 68, 217 s.). A custódia como elemento do conteúdo de negócios jurídicos ou da relação jurídica já se prende aos tempos modernos; mas a distinção não conseguiu fazer-se nítida, dando ensejo a anfibologia (e. g., em VINCENZO SIMONCELLI, *Scritti giuridici*, I, 445 s. e 452 s.), ou a variações perigosas de sentido. Em verdade, o dever de custodiar e a responsabilidade pela custódia não são o mesmo. O depositário, por exemplo, que não cumpre o dever de custodiar, pode, por felicidade, não ter de responder, porque o objeto ficou incólume a todos os riscos por que passou, e o cuidadoso depositário pode ter de responder, a despeito do exercício do dever de custódia.

3. CUSTÓDIA E DEVER DE PRESTAÇÃO. — A custódia é dever de prestação, que o custodiante assume. Aí, o que importa é o momento em que se há de adimplir (cf. ISIDORO LA LUMIA, *Depositi bancari*, 98), razão por que alguns juristas mais vêem a disponibilidade do bem depositado do que a custódia mesma (por exemplo, MARIO CASANOVA, *Disciplina giuridica delle Obbligazioni di restituzione nel fallimento*, 33 s.; BERTO BRACCO, *Depositi a risparmio*, 108 s. e 116). Aliás, dá no mesmo dizer-se que a custódia tem por fito manter o bem naquele estado em que se achava no momento em que se constituiu o negócio jurídico (GIOVANNI BALBI, *L'Obbligazione di custodire*, 15 s.).

A questão devia resumir-se em se saber se, durante a eficácia dos contratos de custódia, se pode verificar se há a diligência, os atos preservativos da possibilidade do adimplemento, ou se não há. Se não se pode, custodiar não é diligenciar, é responder objetivamente. Se se pode, não há razão para as distinções entre diligência e custódia, salvo para se acentuar a maior extensão daquela. Pela distinção, e. g., EMILIO BETTI (*Teoria generale delle Obbligazioni*, 1953, I, 127), DOMENICO BARBERO (*Sistema istituzionale del Diritto privato italiano* II 4.^a ed., 53 s.) e MARIO GIORGIANNI (*Lezioni di Diritto civile [L'Adempimento]*, 245 s.). Daí se vai ao conceito de custódia

como a manutenção da possibilidade de adimplemento (contra, G. COTTINO, *L'Impossibilità sopravvenuta della prestazione e la Responsabilità del debitore*, 53 s.).

No fundo, é a determinação do bem infungível ou infungibilizado que permite pensar-se em custódia, e não só em diligência. Por isso, a relevância é da *responsabilidade objetiva*, e não da preservação. Por isso, é artificial falar-se de *dever de resultado*, o que só se entenderia como reação à teoria do *dever de meios* (teóricos das “obligations de résultat” por exemplo, RENÉ DEMOGUE, *Traité des Obligations en général*, V, 538 s., e R. SAVATIER, *Traité de la Responsabilité civile*, 2.^a ed., 168; contra, e. g., RENATO SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla Teoria del Negozio giuridico*, 454, e UGO MAJELLO, *Custodia e Deposito*, 41 s.).

No depósito, a custódia é elemento essencial, porque a causa do negócio jurídico é a integridade do objeto. Não só se deve a restituição, mas sim a restituição do que se depositou tal qual: *depositum est quod custodiendum alicui datum est*. Sem razão, afastam que a causa do depósito seja a custódia aqueles que não atendem à custódia como *fin*, que se quer no contrato de depósito.

Dir-se-á que o conceito de custódia não tem conteúdo rígido. Mas, a rigor, a custódia, no depósito, é o que se há de fazer para que se restitua o *idem corpus*. Mesmo se o depósito, de que se cogita, é depósito irregular, tão profunda se fêz a concepção jurídica do depósito, através das idades, que não se pode confundir com o depósito irregular o mútuo: naquele, há o interesse precípua do depositante; nesse, o do mutuário. Ali, quer o dador a disponibilidade do que dá; aqui, o recebedor quer o gozo do bem. No depósito irregular, de que trataremos mais de espaço, só não incidem as regras jurídicas sobre o depósito regular que sejam incompatíveis com a transmissão da propriedade ao outorgado (cf. COPPA-ZUCCARI, *Il Deposito irregular*, 81 s.; BERTO BRACCO, *I Depositi a risparmio*, 108 s.). É ineliminável a inserção do depósito regular na classe dos depósitos. Há a figura jurídica do depósito, e o depósito irregular depósito é. Não é contrato de crédito, como pensam ADRIANO FIORENTINO (*Deposito, Commentario del Codice Civile*, 98) e ERNESTO SIMONETTO (*I Contratti di credito*, 418), nem se há de tolerar a escapula da referência a contrato *sui generis* (LUIGI LORDI, *Istituzioni di Diritto commerciale*, II, 384 s.), nem a má caracterização de contrato misto (ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*, 8.^a ed., 743). Não é contrato misto, nem significa qualquer coisa dizer-se que um contrato é *sui generis*; nem há crédito, no sentido estrito.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 4.656. A – Legislação

O dever de guarda e conservação da coisa no depósito, consta do art. 629 do CC/2002. De outra parte, seu art. 645 do CC/2002, dispõe que no caso de depósito de coisas fungíveis, incidem as normas acerca do mútuo.

Já o art. 642 do CC/2002 estabelece que o depositário não responde pelos danos a coisa decorrentes de coisa maior, porém lhe incumbe a prova da sua ocorrência.

§ 4.656. B – Doutrina

Mantém-se a doutrina majoritária convergente no sentido de distinguir o depósito irregular segundo o critério da fungibilidade do objeto depositado, mas também do seu fim econômico (GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 420; ANDRIGHI, BENETI, ANDRIGHI. Op. cit., p. 411) Há cuidado, todavia, de uma parte da doutrina para distinguir, dentre os depósitos irregulares, o depósito bancário, pela dificuldade de reconduzi-lo à disciplina legal existente (COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 3. p. 149; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 649).

O dever de guarda e custódia é identificado como obrigação principal, conteúdo principal do contrato (LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 396; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA e MORAES. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, p. 384; LOPEZ, Teresa Ancona. Op. cit., p. 343).

A responsabilidade do depositário, de natureza contratual, reputa-se por regra geral, eximida no caso de caso fortuito ou força maior, independente da regra do art. 640 do CC/2002 que, no ponto, reproduz o disposto no Código Civil anterior. Afirma a doutrina, que pelo princípio do *res perit domino*, os riscos da coisa em depósito serão do seu proprietário, o depositante (TEPEDINO, BARBOZA, MORAES. Op. cit., p. 405), com exceção das situações previstas na lei, como a mora da obrigação de restituir (Orlando Gomes. Op. cit., p. 419). Há, todavia, o cuidado de distinguir-se os depósitos em geral, daqueles que se configurem relação de consumo, cujo regime é o da responsabilidade objetiva, com hipóteses restritas de afastamento da responsabilidade do fornecedor (LOPEZ, Teresa Ancona. Op. cit., p. 400), como é o exemplo do furto de caixas fortes e depósitos em agências bancárias (Lôbo, Paulo. Op. cit., p. 404-405).

§ 4.656. C – Jurisprudência

A jurisprudência rejeita a interposição da ação de depósito, com exceção da do depósito em armazéns gerais, nos casos de depósito irregular (STJ, REsp 959693/PR, 4.ª T., j. 22.04.2008, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 19.05.2008; e REsp 293024/SP, 4.ª T., j. 29.05.2011, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJ

20.08.2001), aos quais aplica as regras do mútuo (STJ, AgRg no Ag 458.117/PR, 3.ª T., j. 06.10.2009, rel. Min. Vasco Della Giustina (convocado), DJe 21.10.2009). O dever de custódia, por sua vez, compreende o dever de conservar o bem com cuidado e diligência que empregaria com as coisas próprias que lhe pertencem (TJRS, ApCiv 70008619025, 5.ª Câmara, j. 13.05.2004, rel. Umberto Guaspari Sudbrack). Da mesma forma, qualifica como depósito e identifica a violação do dever de custódia o estacionamento de veículos no caso de furto ou roubo do bem (STJ, REsp 8069, j. 29.04.1991, rel. Nilson Naves, RT 677/223; TJSP, ApCiv 0138146-17.2006.8.26.0000, 9.ª Câmara de Direito Privado, j. 22.09.2011, rel. José Luiz Gavião de Almeida). Neste sentido a Súmula STJ 130, indicando que a empresa responde pelo furto ou roubo de veículo em seu estacionamento. Precedentes, inclusive, imputam responsabilidade do Estado quando haja estacionamento em área pública, porém guarnecida de grades, de modo a fazer presumir custódia (STF, RE 255.731-5, 1.ª T., j. 09.11.1999, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 26.11.1999, RT 774/193). Mas não quando o furto ocorre em área condominial comum (TRF-1.ª Reg, ApCiv 96.01.39639-0, j. 31.03.2000, rel. Vera Carla Cruz, DJU 26.05.2000). Elimina a responsabilidade do custodiante pela violação do dever de custódia o caso fortuito (TJSP, ApCiv 911.782-2, 18.ª Câmara de Direito Privado, j. 15.09.2005, rel. Roque Mesquita, RT 844/255). Na entrega de bens do cooperado à cooperativa distingue-se na hipótese, o ato cooperativo, descaracterizando o contrato de depósito (1.º TACIVSP, ApCiv 735.614-7, 3.ª Câmara, j. 15.06.1998, rel. Luiz Antônio de Godoy, RT 758/237).

§ 4.657. NATUREZA DO CONTRATO DE DEPÓSITO

1. GRATUIDADE E ONEROSIDADE. – No direito comum, o depósito era sempre *gratuito*. Se intervinha no suporte fático *remuneração*, tornava-se contrato de locação de serviços. No parágrafo único do art. 1.265 do Código Civil, fala-se de poder ser gratificado o depositário, de modo que, segundo a lei, o contrato de depósito não se desvirtua, não se transmuda em locação de serviços, se os contraentes acordam em gratificação ou remuneração. Aqui, as duas expressões equivalem-se. Em consequência, o contrato de depósito pode ser *gratuito* e pode ser de depósito *remunerado*. Todo contrato gratuito de depósito é contrato unilateral, porém nem todo contrato remunerado de depósito é bilateral. O contrato de depósito somente se bilateraliza se a remuneração é contraprestação: continua unilateral, ou imperfeitamente bilateral (O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, III, 730; O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 1118), se a remuneração foi apenas para indenização de despesas a serem feitas, ou a título de auxílio à custó-

dia. O contrato de depósito é contrato *real*, ainda que se bilateralize. Por isso mesmo, se por qualquer razão se não entrega a coisa, não é devida a remuneração. Se, antes do tempo que se estipulou ao depósito, o depositante retira a coisa, a remuneração só é devida em parte, proporcionalmente ao tempo da custódia.

O depositante pode não ser o dono do bem depositado. Pode só ter a posse imediata, que êle transfere ao depositário.

Ainda a respeito do depósito remunerado temos de dizer que, se A guarda os carros ou as armas de caça ou de pesca das pessoas que passam pelo local e demoram, mas apenas exige que a quota de despesas anuais prováveis sejam pagas pelo lugar ocupado (em relação à garagem ou ao espaço destinado à custódia) e pelo tempo, não há onerosidade do depósito.

2. DEPÓSITO, CONTRATO REAL. – O depósito, de regra, é o contrato pelo qual se *entrega* a outrem a posse do bem móvel corpóreo, para que o guarde gratuitamente. É a definição mesma que o Código Civil, art. 1.265, redigiu: “Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame”. No direito romano e, no direito brasileiro, o contrato só se conclui com a entrega da posse do bem.

Se o acôrdo de vontades foi no sentido de se dar em depósito, mais tarde, a coisa, não há contrato de depósito, mas apenas *pré-contrato* de depósito.

O contrato de depósito de regra não se torna contrato consensual; é contrato real. Se é de interpretar-se como consensual, o caso que se compõe é de pré-contrato, ou apenas há o dever do futuro depositário de receber o depósito. A entrega para custódia é que faz o conteúdo único ou principal do contrato de depósito. Aqui, surgem alguns problemas de interesse prático. Se, por exemplo, o contrato de depósito se fêz para mobiliário, antes de ser transportado, a tradição opera-se no momento em que o veículo pertencente à empresa de depósito, ou à empresa que essa incumbiu de transportar, apanha as peças. Cada peça entregue faz íntegro, quanto a ela, o contrato. Não é preciso que as peças entrem no veículo. Basta que o pôder fáctico tenha passado à empresa de depósitos, inclusive se o depositante, ou alguém por êle, disse que estavam entregues e podia retirá-las. Dá-se o mesmo se a empresa recebe na agência, ou autoriza a entrega em alguma estação, porto ou estabelecimento.

Aqui, convém que se precise bem a diferença entre contrato real de depósito, contrato consensual de depósito e pré-contrato de depósito.

Se real o contrato de depósito, antes da entrega do bem não há contrato de depósito, porque se considerou a entrega elemento indispensável para qualquer irradiação de efeitos. Nem o possuidor do bem depositando pode exigir que o futuro depositário receba o bem, nem a pessoa que seria o depositário teria qualquer ação contra o depositante, no depósito remunerado, para haver a remuneração.

Se consensual o contrato de depósito, o depositário vinculou-se a receber o bem depositando, sem que se possa pensar, portanto, em que faltasse a tradição para se considerar concluído o contrato de depósito. Se concluído não estivesse, não se irradiaria o *dever de receber* e, recebendo, guardar e conservar.

Se os contraentes se vincularam a concluir contrato de depósito, seja real seja consensual, não tem pretensão e ação o possuidor do bem depositando para que o depositário receba o bem depositando. A pretensão é a que se conclua o contrato de depósito. Se o contraente, que o exige, não obtém o contrato, a ação é a do art. 1.006 do Código de Processo Civil.

No direito suíço, o contrato de depósito é consensual. Mas o depositário não tem ação para a entrega da coisa a ser depositada. O depositante deposita, ou não; se o não faz, não tem de pagar perdas e danos.

No direito brasileiro e nos demais, que têm o contrato de depósito como contrato real, a ação do depositário não poderia nascer, porque o contrato não se concluiu, sendo real; não nasce, tão-pouco, a ação do depositante para que o depositário receba a coisa em depósito: não há, ainda, depositante e depositário. *Aliter*, se consensual o contrato. Ação tem o possuidor da coisa se (a), em vez de haver contrato *ainda não concluído* de depósito, há pré-contrato de depósito e o possuidor quer a conclusão do contrato *real*, ou o que terá de ser depositário quer haver a remuneração ou o uso da coisa, se houve a cláusula pré-contratual que lhe criou tal interesse na perfeição do contrato, ou (b) se as cláusulas contratuais são explícitas quanto à consensualidade.

3. DIREITO BRASILEIRO. – No direito brasileiro, o contrato de depósito é *real*. Se apenas se acordou em que se tomasse a coisa, futuramente, em depósito, há contrato *consensual* de depósito. Se apenas se promete o contrato de depósito, não há contrato de depósito, e sim pré-contrato de depósito, pois os figurantes prometeram concluir contrato de depósito. A tal *pactum de deponendo*, que o Código Civil não regulou, concernem também, por analogia, os arts. 1.278 e 1.208, *in fine* (para recusa de receber

e depositar). Se a coisa já estava na posse do depositário, consensualmente contraente ou pré-contraente, como se a vendeu ao outro figurante ou ao pré-contraente depositante, com cláusula de *constituto possessório*, o contrato consensual, ou o pré-contrato, torna-se contrato real, pelo adimplemento do *pactum de deponendo*.

Na dúvida, o *pactum de deponendo* entende-se com dever e obrigação do que vai guardar, e não do que tem de guardar (O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, III, 729, nota 10; P. OERTMANN, *Schuldrecht*, II, 830; sem razão, E. GOLDMANN-L. LILIENTHAL, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, I, 714; CARL CROME, *System*, II, 742, nota 12; F. SCHOLLMEYER, *Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse*, 141).

Hoje, seria obsoleto duvidar-se da existência, validade e eficácia do contrato consensual de depósito, como também do pré-contrato de depósito. Quem vai para fora e quer deixar guardados os bens móveis, contrata com a empresa de guarda-móveis, ou de cofres, e pode estabelecer que só se entregarão (ou só se apanharão) os objetos que vão ser custodiados quando o depositante avisar, ou na véspera da partida, ou em determinado dia. Em vez do contrato consensual, pode ser concluído o pré-contrato. O que seria elemento constitutivo essencial, no contrato real, passa a ser, no contrato consensual, elemento de adimplemento, ou, no pré-contrato, simples objeto do contrato que se promete.

Se o contraente que teria de depositar não deposita no tempo devido, está obrigado ao que prometeu pagar pelo depósito, porque os contraentes estavam vinculados. Aliás, é justo que receba o que seria retribuição quem reservou o lugar, ou por outra razão contou com a entrega.

Tratando-se de pré-contrato, há a indenização por inadimplemento por parte de quem prometeu o contrato de depósito e não o quis concluir. Não há a *execução judicial específica*, porque não cabe tal execução nos pré-contratos e contratos que não se *executam* contra a vontade do figurante inadimplente. Aliás, aí, o que em verdade há é *mora creditoris*. Do lado do que prometeu receber o depósito, ou firmar, como pré-contraente depositário, o contrato de depósito, também não se pode pensar em *execução judicial específica*, porque se iria contra o art. 880 do Código Civil (*Nemo potest cogi ad factum*). Nas obrigações de fazer, se o obrigado recusa a prestação só a ele imposta, ou só por ele exequível, só há um meio para se atender à pretensão do outro figurante, que é o da indenização de perdas e danos.

É de uso – e não mais se poderia contra ele opor a letra do Código Civil – contratar-se o depósito, com a indicação do lugar em que o depositá-

rio há de apanhar o objeto que se quer depositar. O contrato está concluído. Há o dever de ir buscar o bem depositando. Seria ir-se contra as realidades da vida sustentar-se que não houve conclusão do contrato; e artifício intolerável pretender-se que há dois contratos, um de que se irradia o dever de ir buscar e outro, que seria, à tomada da posse, o contrato de depósito, ou que, *em quaisquer casos*, a autorização para ir tomar posse já é tradição. O documento de legitimação certamente bastaria. Mais: qualquer eficaz cessão da pretensão à entrega. Porém temos de atender a que nem sempre há a tradição ou a cessão da pretensão à entrega, como acontece sempre que a transmissão da posse depende de o depositário ir à hora certa à casa indicada, onde estará o depositante ou alguém autorizado a transferir a posse. Daí ter-se de admitir ser possível, em tal caso, entre outros, o contrato consensual de depósito.

A questão de se saber se a pessoa que vai guardar e conservar o bem depositando, com a carta, ou outro meio de legitimação, já se fêz possuidor a título de depósito, ou se a autorização para ir buscar ainda não importa tradição, é *quaestio facti*. Se a interpretação assenta que tradição houve, o contrato real de depósito se concluiu, ou se adimpliu o contrato consensual que antes se concluíra.

4. POSIÇÕES JURÍDICAS DOS FIGURANTES. – O depositante tem a pretensão à restituição da coisa e a pretensão a que o depositário guarde a coisa. O depositário tem a posse direta ou imediata (Código Civil, art. 486), e como tal pode usar dos remédios possessórios. Se resulta do contrato, cabem-lhe as pretensões ao uso da coisa (Código Civil, art. 1.275). O Código de Processo Civil só se interessou pela ação ligada à pretensão do depositante a ser-lhe restituída a coisa que foi depositada. Negócio jurídico bilateral, nem sempre *real* (e. g., um dos figurantes é obrigado a receber). Contrato real, de modo que pode existir o pré-contrato ou promessa de depositar, com o depósito da coisa a riscos e perigos para o obrigado (Código de Processo Civil, arts. 1.006 e 302, XII). É o *pactum de deponendo*, que não foi regulado pelo Código Civil e se rege pelos princípios gerais. Na dúvida, só se entende obrigado por êsse pacto o futuro depositário, não o futuro depositante (O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, III, 729, nota 10); PAUL OERTMANN, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 13.^o-14.^o ed., 830); mas aquêle tem, eventualmente, pretensão a ser indenizado do que despendeu para pôder depositar (PAUL OERTMANN, 830; L. ENNECERUS, *Lehrbuch*, I, 2, 489). A responsabilidade dos empresários de teatros, casinos, clubes, hotéis, pelas peças de vestiaria, é responsabilidade de depo-

sitário (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 1118). Os estúbulos para guarda de animais são depósitos, se não prevalece a figura do contrato de locação. Os restaurantes e cafés abertos, sem serviço de fichas para chapéus e outros objetos, não respondem como depositários. Também não respondem os escritórios de advogados e os gabinetes de médicos e dentistas quanto a chapéus, bolsas, etc., se não têm serviços de custódia (*e. g.*, porteiros recebedores). O oficial de justiça, ou outro auxiliar da justiça, enquanto a coisa não é entregue ao depósito público e permanece com ele, responde como depositário. Se a confia a outrem, há, também, o contrato de depósito entre ele e esse terceiro (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 1119).

Sempre que a lei dá a alguém a incumbência de receber quantia, ou coisa pertencente a outrem, e de depositar, em nome daquele a quem pertence a quantia, ou a coisa, a equiparação ao depositário é implícita.

A 7.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 10 de maio de 1949 (*D. da J.* de 16 de outubro de 1952), negou, radicalmente, ao “depósito” em garantia de dívida a ação de depósito. A 6.^a Câmara Cível, a 12 de dezembro de 1950 (*D. da J.* de 7 de novembro de 1951), pré-excluiu a ação de depósito se o objeto do depósito é coisa fungível. A questão é de direito material: não é verdade que o depósito regular de coisa fungível não tenha a ação de depósito e a cominabilidade da pena de prisão. Adiante, § 4.663, 6.

Quanto ao depósito em garantia, se a garantia não mais tem razão de ser, nenhum óbice há a que se exija a restituição.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 4.657. A – Legislação

O parágrafo único do art. 1.265 do CC/1916 que referia-se à gratuidade do depósito salvo convenção em contrário das partes foi desdobrado no art. 628 do CC/2002, para acrescentar – além da hipótese já existente – os casos de depósito resultante de atividade negocial decorrente da atividade profissional do depositário.

Na ausência de celebração do contrato, observa Pontes de Miranda a impossibilidade de realizá-lo em vista de medida judicial, constringendo aquele que deveria receber o bem em depósito para que o faça. Indica no caso a possibilidade apenas da ação condenatória para suprir declaração de vontade, conforme o art. 1.006 do CPC/1939, que no Código de Processo Civil vigente é o art. 466-A. Pon-

tes de Miranda, ao afastar a possibilidade de execução específica de pré-contrato, traça entendimento distinto do que hoje resulta da incidência do art. 461 do CPC, o qual prevê a ação de cumprimento específico da obrigação de fazer. Nesse sentido, sustenta aplicação do art. 880 do CC/1916, segundo o qual responde por perdas e danos o obrigado que recusa a prestação só a ele imposta ou só por ele exequível. Por outro lado, o art. 635 do CC/2002, todavia, reconhece ao depositário a pretensão de requerer o depósito judicial quando por motivo plausível não possa guardar, e haja recusa do depositante em receber.

A ação de depósito é procedimento especial regulado pelos arts. 901 a 906 do CPC.

A referência a pré-contrato de depósito atrai a incidência do art. 462 et seq do CC/2002, que disciplinam o contrato preliminar.

O art. 1.278 do CC/1916 corresponde ao art. 643 do CC/2002. O art. 1.208, citado por Pontes de Miranda foi revogado, e não tem paralelo no Código Civil ou na Lei de Locações Imobiliárias (Lei 8.245/1991).

A remissão ao art. 486 do CC/1916, reconduza-se ao art. 1.197 do CC/2002 que o reproduz em parte, mas que essencialmente consagra legislativamente a identificação da posse direta e indireta e a legitimação de ambos para as ações de defesa da posse. Da mesma forma, pode resultar do contrato a pretensão de uso da coisa, conforme art. 640 do CC/2002, a *contrario sensu*, que reproduz o art. 1.275 do CC/1916.

§ 4.657. B – Doutrina

A doutrina anota a importância de distinguir-se o depósito gratuito do oneroso, especialmente em face de sua repercussão prática, na disciplina da responsabilidade das partes, nos termos do art. 392 do CC/2002 (TEPEDINO, BARBOZA, MORAES. *Op. cit.*, p. 388). A equivalência indicada por Pontes de Miranda entre as expressões gratificação e remuneração do depósito, na doutrina contemporânea se estende também à noção de remuneração indireta, desenvolvida especialmente no direito do consumidor, pela qual a ausência de contraprestação direta, mas existência de vantagem econômica indireta permite que se qualifique como remunerado determinado contrato, como é o caso do depósito bancário em caderneta de poupança (MARQUES, Cláudia Lima. *Relação de consumo entre os depositantes de caderneta de poupança e os bancos ou instituições que arrecadam a poupança popular. Revista dos Tribunais*, vol. 760, p. 107. São Paulo: Ed. RT, fev. 1999), ou no estacionamento de automóveis, hipótese em que alguns doutrinadores destacam a necessidade do exame da finalidade do contrato para sua classificação (LOPEZ, Teresa Ancona. *Op. cit.*, p. 350). Admite-se, nesses casos a bilateralização do contrato a que se refere Pontes de Miranda.

No tocante a natureza real do contrato de depósito converge a doutrina, fiel às origens romanas do contrato (ANDRIGHI, BENETI, ANDRIGHI, *Op. cit.*, p. 361; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 327; GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 414), o que se realiza, como regra, com a transmissão da posse, tal qual indicado por Pontes de Miranda. Assinalam alguns autores, contudo, que nem sempre há efetiva tradição

do bem, admitindo-se a tradição simbólica (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 658).

§ 4.657. C – Jurisprudência

Afirma a jurisprudência que quando o depósito se dá no interesse do negócio, o dever de vigilância não é elidido pela gratuidade da prestação (STJ, REsp 8069, j. 29.04.1991, rel. Nilson Naves, RT 677/223). A Súmula STJ 130, prevê que "a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento". A jurisprudência atual do STJ entende pelo cabimento da ação de depósito para entrega de bens fungíveis em contrato de depósito propriamente dito (STJ, REsp 877.503/MG, 3.º T., j. 06.10.2009, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 11.11.2009). Da mesma forma, a morte do depositário não extingue necessariamente a ação de depósito, que segundo a jurisprudência, pode prosseguir contra os herdeiros, visando à cobrança da dívida (TRF-4.ª Reg., ApCiv 0013751-19.1998.404.7100, j. 30.08.2010, rel. Marga Inge Barth Tessler, DJe 10.09.2010).

Reconhece-se, ainda, a remuneração indireta nos contratos de depósito aparentemente gratuitos (STJ, REsp 226.921/SP, 4.ª T., j. 19.04.2001, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJ 02.08.2004). Da mesma forma, compreende-se que a falta da entrega efetiva dos bens descaracteriza o contrato de depósito (STJ, REsp 1006340/PE, 4.ª T., j. 24.03.2009, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 06.04.2009).

§ 4.658. DEPÓSITO E OUTRAS FIGURAS JURÍDICAS

1. CUSTÓDIA. – *Custodiar* é conservar materialmente, ou, pelo menos, tomar as providências para isso. Supõe-se, portanto, o estado em que o bem foi recebido. A atividade, que se tem de exercer, depende da natureza do bem em custódia. Essa é que dá os limites ao conteúdo do dever de fazer e de não fazer que o custodiar implica. Tal dever é exercido de maneira que os riscos sejam do depositário. Isso não pré-exclui que no contrato se apontem atos positivos e atos negativos que a custódia imponha. Lê-se no art. 1.266 do Código Civil: "O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acréscidos quando lho exigir o depositante".

Com a custódia salvaguardam-se interesses do depositante. Há dever de custódia que não deriva da *relação jurídica de depósito*, mas sim da lei ou das circunstâncias, tal como acontece com o pai, a mãe, o tutor ou o curador que tem de guardar títulos ou documentos do filho, do tutelado, ou

CAPÍTULO II EFICÁCIA DO CONTRATO DE DEPÓSITO

§ 4.661. DIREITOS E DEVERES DO DEPOSITANTE

1. DESPESAS FEITAS PELO DEPOSITÁRIO. – Se o depositário faz despesas para a guarda e a conservação da coisa depositada, tais como gastos de reparação ou de conserto, alimento, medicação, ou prêmio de seguros, desde que sejam, conforme o costume do tráfico ou as circunstâncias, indispensáveis, ou que pareçam indispensáveis, tem o depositante o dever e a obrigação de as pagar. No art. 1.278 do Código Civil estabelece-se: "O depositante é obrigado a pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa, e os prejuízos que do depósito provierem" Quanto às despesas, não é preciso que *sejam* indispensáveis; basta que razoavelmente ao depositário pareçam ser indispensáveis. O erro inescusável é que obsta a que lhe nasça a pretensão ao reembolso.

O que faz típico o negócio jurídico bilateral do depósito é a confiança do tradente na custódia pelo que tem de guardar a coisa. Guardar é pôr em lugar seguro. Pode haver, noutros negócios jurídicos, o dever de guardar, e essa é a razão por que as leis se referem a certas pessoas dizendo-as responsáveis "como depositários", e algumas respondem como o depositário responderia, sem serem depositários (*e. g.*, os administradores de títulos representativos ou de crédito).

As discussões em torno de haver, ou não, dever de custódia procederam, como vimos, de se atentar ora na duração do depósito ora no seu adimplemento. O dever, para a segunda atitude, seria dever de adimplir com integralidade do objeto depositado, ao passo que, para a primeira, dever permanente, desde a entrega do objeto para depósito até a restituí-

ção. O argumento contra essa consistiu, principalmente, em ser sem grande alcance a exigibilidade da custódia e da diligência se a responsabilidade é pelo que resulte da própria força maior ou do caso fortuito, que não se possa provar. Cf. Código Civil, arts. 1.266-1.271 e 1.273.

2. POSSE, ELEMENTO DO SUPORTE FÁCTICO. – A coisa que se quer depositar pode não pertencer ao depositante. Basta que seja possuidor, para que dê ao depositário a posse imediata. Todavia, o tenedor da coisa que precisa depositá-la pode fazê-lo: o contraente é êle, o depositário recebe posse imediata, em virtude de ato de gestão de negócios alheios por parte do depositante. Pode ser o caso do achador que não se fez possuidor (Tomo X, §§ 1.064, 7, 1.081, 3, 6, e 1.137, 1).

Para a entrega da posse ao depositário, basta qualquer dos meios de transferência da posse (tradição simples, tradição *brevi manu*, tradição *longa manu*, *constituto possessório*, cessão da pretensão à entrega da posse). O vendedor que transfere a propriedade e acorda em que a coisa fique depositada é alienante que transfere o domínio e a posse e se faz possuidor imediato, pelo *constituto possessório*.

3. ELEMENTOS DE OUTROS CONTRATOS. – Se, além da custódia, com o requisito de lugar e guarda, o contrato atribui ao depositário atividade especial de vigilância e cuidado (essa atividade pode ser intrínseca ao depósito, caso em que não se precisa de cláusula ou de pacto adjecto), há, a mais, contrato de locação de serviços, ou de mandato, ou há qualquer desses e, a mais, o contrato de depósito. Se o contrato é apenas de locação de serviços ou de mandato, com a cláusula de responsabilidade *como depositário*, o contrato não é de depósito, e apenas se agrava a responsabilidade em relação à que resultaria do tipo do contrato. Faz irradiar-se o dever de custódia.

4. CONTRATO DE EXPOSIÇÃO. – O contrato de exposição (exposição artística, tecnológica, científica, industrial, comercial, agrícola; local, municipal, estadual, nacional, internacional) pode envolver a responsabilidade de depositário e de regra a envolve. O interesse preponderante é o do depositante, em que se guarde e conserve e em que se exponha o que foi entregue. O contrato é de depósito, com a obrigação de expor; ou de exposição (contrato atípico), com a cláusula de depósito (contrato misto); ou simples mandato. Não há solução *a priori*. O que mais acontece é o contrato misto (expor e guardar).

5. CONTRATO ONEROSO OU GRATUITO. – De regra, o contrato de depósito é gratuito, no sentido de não haver remuneração ao depositário, mas isso só tem, hoje, a relevância para se considerar *dispositivo* o princípio. Os contraentes podem fazê-lo oneroso para o depositante, e é o que resulta do art. 1.265, parágrafo único, do Código Civil: “Este contrato é gratuito; mas as partes podem estipular que o depositário seja gratificado”. Se a remuneração apenas indeniza gastos que tem de fazer o depositário, ou se não há qualquer gratificação, o contrato é unilateral e gratuito. As gorjetas e mais presentes que o depositante dá aos empregados do depositário de jeito nenhum fazem oneroso o contrato de depósito. Tão-pouco é oneroso o contrato de depósito porque o depositante teve de pagar as despesas de transporte para o lugar do depósito, feitas pelo depositário, ou porque alguém fez presente ou alguns presentes ao depositário.

A extinção do dever de restituir importa, correlativamente, a extinção do dever do depositante de pagar qualquer remuneração ao depositário, que se haja estabelecido em cláusula ou em pacto adjecto. Tem-se, então, de remunerar somente pelo tempo em que foi diligentemente exercido o dever de custódia.

6. REMUNERAÇÃO PARCIAL. – Se a remuneração foi por período ou tempo único antes de cujo termo foi exigida a restituição da coisa, é de entender-se, *na dúvida*, que só se presta a parte correspondente ao tempo em que a coisa esteve depositada. Se, a despeito de acordarem no depósito os interessados, a coisa não foi entregue, não há pensar-se em remuneração, salvo cláusula expressa em que se preveja tal obrigação pré-contratualmente assumida, como se o contraente, que teria de receber a coisa, tem de reservar lugar para ela, ou fazer gastos. Se o contrato de depósito é consensual, ou se houve pré-contrato, a remuneração pode ser cobrada em caso de inadimplemento e exigida a indenização de perdas e danos.

Nos contratos consensuais de depósito, é usual pagar-se, à assinatura do contrato, ou à sua conclusão, com o só recibo da remuneração (“Recebi de B em cuja casa serão apanhados hoje os móveis descritos no verso”), parte ou toda a prestação periódica. Se o depositante muda de vontade e deixa de entregar o objeto, tem-se de interpretar que a parte ou o total da prestação periódica é irrepitível pelo depositante.

7. “SEQUESTRATIO” E SEQÜESTRO. – Caso especial de depósito, no direito romano, era a *sequestratio*. Supõe-se pluralidade de pessoas interes-

sadas no depósito, a uma das quais se há de entregar a coisa, conforme fôr determinada. É interessante observar-se que o seqüestratário tinha a posse, à diferença dos outros depositários. A ação para a restituição era a ação de depósito, a *actio depositi sequestraria* (POMPÔNIO, L. 12, § 2, D., *depositi vel contra*, 16, 3; PAULO, L. 6). Exemplos de seqüestração no direito romano, tinham-se no depósito da coisa sôbre cuja propriedade pendia litígio (cf. FLORENTINO, L. 17, D., *depositi vel contra*, 16, 3).

Adverta-se em que é rara, hoje, a seqüestração, depósito voluntário; o que há é o seqüestro por força de lei, ou como medida cautelar.

A má terminologia de algumas leis confunde o seqüestro e a penhora, que é início de execução. O que há de comum, entre eles, quando determinado aquêlo pelo juiz, é o serem medidas constritivas, aquela cautelar, e essa, não.

Sôbre a diferença entre a *sequestratio* e o seqüestro, Tomo X, § 1.114, 1.

No direito brasileiro, o seqüestro extrajudicial, que é aquêlo que se perfaz com a entrega da coisa, por uma ou mais pessoas, para que posteriormente se diga quem lhe pode exigir a restituição, só se refere a coisas móveis. No tocante a imóveis, o negócio jurídico, com os poderes e deveres de administração, de regra não é o depósito (aí, *sequestrum*). Mas há o depósito cautelar e executivo de bem imóvel.

8. LUGAR DADO SEM ASSUNÇÃO DE DEVER DE CUSTÓDIA. – Se alguém recebe ou permite que outrem deixe em certo lugar, ou em qualquer lugar que ocupa, algum objeto, sem assumir dever de custódia (= com a só vigilância geral, inespecializada), não há contrato de depósito. É o que se passa com o abrigo que se põe na salinha de entrada da frisa ou do camarote, ou com o cavalo ou com a bicicleta que se encostou ao muro ou à árvore do jardim, ou com a pasta que se entregou à porteira do gabinete médico ou do escritório de advocacia, para se vir buscar mais tarde. O abrigo que se entrega ao encarregado ou encarregada do guarda-chapeus fica em depósito, mas o cartão, que se dá para a retirada, é título suficiente de legitimação. O chapeleiro do edifício da fábrica ou da casa comercial e o responsável pelos automóveis ou bicicletas dos operários são depositários.

Sempre que a guarda é *forçada*, como se dá nas alfândegas, pontos de fiscalização, seqüestro judicial ou policial, nos cartórios e secretarias de tribunais (no que concerne a documentos e escritos), há contrato de depósito.

§ 4.662. C – Jurisprudência

É uníssono na jurisprudência que o direito de retenção, para ser exercido, deve ter comprovação suficiente acerca das despesas e/ou remuneração a que se refere (TJSP, ApCiv 9075336472006826, 19.ª Câm. de Direito Privado, j. 28.02.2011, rel. João Camillo de Almeida Prado Costa, p. 21.03.2011). No que se refere à responsabilidade dos armazéns gerais, a incidência do Decreto 1.102/1903 implica na responsabilidade objetiva sobre danos a mercadorias em depósito (STJ, REsp 523.884/GO, 4.ª T., j. 14.09.2010, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 23.09.2010). Da mesma forma, o reconhecimento do roubo ou furto dos bens depositados em banco firma-se como espécie de fortuito interno, de modo a não afastar a responsabilidade do depositário (STJ, REsp 1133111/PR, 3.ª T., j. 06.10.2009, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 05.11.2009).

§ 4.663. DEVERES E DIREITOS DO DEPOSITÁRIO

1. DEVER DE CUSTODIAR. – (a) Tem o depositário o dever de custodiar. O depositante, ao entregar-lhe a coisa, presumivelmente se informou quanto à idoneidade e aos hábitos do depositário a respeito do que guarda, seu ou seu e dos outros. Por isso, há de esperar que o depositário tenha com o depósito o cuidado que costuma ter com o que lhe pertence.

Na L. 32, D., *depositi vel contra*, 16, 3, CELSO lembrou a PRÓCULO e a NERVA: “O que dizia Nerva ser o dolo culpa mais lata, e não agradava a Próculo, a mim me parece mui verdadeiro. Pois que, também, se alguém é diligente pelo modo que a natureza dos homens requiere, mas não tem cuidado com o depósito a seu modo, não precisa de fraude: porque, de boa fé, não porá menor cuidado nelas do que nas suas coisas” (*nec enim salva fide minore is quam suis rebus diligentiam praestabit*).

No contrato de depósito, o dever de custodiar é o dever principal. O depositário recebe o bem depositável para guardá-lo, porque êsse é o fim que tem o depositante. Se algum outro dever passa à frente, não se trata de depósito, mas de outro contrato, ou de contrato misto.

Custódia não é administração. Administra quem assume gestão econômica. Não basta que mantenha o bem no estado em que o recebeu. O depositário não tem, sequer, dever de segurar o bem. De regra, quem administra custódia, mas quem custodia de regra não administra.

Todos os bens ocupam espaço. Porém seria errôneo dizer-se que custodiar implica reservar espaço, ou, *a fortiori*, reserva imutável de espaço.

Cláusula contratual pode determiná-lo, o que é plus, em relação ao contrato típico.

No contrato de depósito pode-se (e usa-se) inserir a cláusula de o bem ser posto em determinado lugar em que o depositário costuma colocar os bens depositados, ou num dos lugares, ou de ser a certa altura ou com exigências de frio ou de calor, de ar seco ou úmido, ou sem (ou com) a proximidade de outros objetos.

O dever de custódia, em princípio, se limita à *dação de lugar e de proteção eficaz*, que supõe a prática de atos de conservação e a omissão de atos danosos ou que possam expor a danos. O depositário tem de estar atento ao que se passa com o bem depositado, para que a tempo possa afastar o que prejudicaria o bem depositado. Não é, salvo cláusula contratual, adstrito a conservar o bem no estado *estrito* em que se achava, embora se leia no art. 1.266 que lhe toca dever de “conservação” do bem. Os bens depositados também sofrem deteriorações pelo tempo. Também se estragam em peças. Também requerem reparos e podem, por defeitos estranhos à conservação, diminuir de valor ou de utilizabilidade.

Diz o Código Civil, art. 1.277: “O depositário não responde pelos casos fortuitos nem de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-los”.

O que importa, quanto ao art. 1.277, é atender-se a que êle sòmente estabeleceu, contra o depositário, o *ônus de alegar e provar*. Se houve caso fortuito ou força maior e o depositário alega e prova o que ocorreu, não responde pelo dano, mesmo que tenha havido destruição do bem. Se, em vez disso, houve o caso fortuito e êle deixou de alegar, oportunamente, ou alegou porém não provou o caso fortuito ou a força maior, responde pelos danos, quaisquer que sejam.

No art. 1.278 do Código Civil estatui-se que o depositante tem de pagar ao depositário as despesas feitas com o bem e os prejuízos que do depósito lhe advieram. Entenda-se: despesas que não hajam resultado de culpa do depositário e prejuízos que provenham de culpa do depositante na conclusão do contrato, isto é, se êsse não comunicou a causa ao depositário ou êle mesmo não a conhecia.

O dever de custódia compreende o de reparos e alterações que o estado do bem depositado exija, tais, que o depositário, se o bem fôsse seu, faria, e que o depositante, conhecendo o que ocorre, exigiria ou permitiria. Todavia, o depositário, antes de qualquer reparo ou alteração, deve avisar o depositante, a tempo de receber a resposta, salvo se há algum risco na espera.

(b) O depositário é possuidor imediato, que pode ter servidores da posse. Não pode entregar a posse a outrem. No direito brasileiro, a regra jurídica, não-escrita, é *ius dispositivum*. No direito alemão, o § 691 do Código Civil alemão é interpretativo, o que, *de iure condendo*, não é solução recomendável. Se o depositário, sem permissão, dá a outrem a posse imediata, fazendo-o ou não depositário, infringe o contrato e responde por perdas e danos. Se foi inserta a cláusula de entregar a guarda, a responsabilidade do depositário é por sua própria culpa, inclusive *in eligendo*.

Quanto a servidores da posse, como ajudantes na custódia ou na conservação, têm eles de operar rigorosamente conformé o conteúdo e a finalidade do contrato. De ordinário, são permitidos os ajudantes que a natureza do objeto depositado exija. A responsabilidade do depositário é pela culpa *in eligendo* ou com fundamento no art. 1.521, III, do Código Civil, sem se afastar a de infrator.

O depositário pode modificar a guarda da coisa, inclusive quanto ao lugar, se, pelas circunstâncias, seja de supor-se que o depositante aprovaria a modificação se conhecesse o ocorrido. Tem de comunicá-lo ao depositante e aguardar a resposta, se não há perigo na demora das providências aconselháveis.

Mesmo se foi inserta cláusula de determinado lugar para a guarda do bem, a superveniência de perigo que não podia ser previsto, ou que se não previu, permite ao depositário mudar o lugar do depósito. Tem, conforme os princípios, de previamente avisar o depositante, ou de avisar em prazo razoável, se a demora na mudança poderia ser lesiva.

(c) O depositante pode, a qualquer momento, exigir a restituição da coisa. O art. 1.268 do Código Civil é dispositivo: “Ainda que o contrato de depósito fixe prazo à restituição, o depositário entregará o depósito, logo que se lhe exija, salvo se o objeto fôr judicialmente embargado, se sôbre êle pender execução, notificada ao depositário, ou se êle tiver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi furtada, ou roubada (art. 1.273)”. O art. 1.268 põe o *princípio da restituibilidade do depósito*. O depositário, em exceção, pode e tem de alegar que sobreveio *medida constritiva*, que lhe conservou a posição jurídica de depositário, mas o tornou (também) depositário judicial, ou que lhe foi tomada a posse imediata para se entregar a depositário judicial. A medida constritiva, a que a lei se refere, é qualquer medida constritiva que estabeleça vedação de alteração da posse imediata ou outra posse perante a justiça (arresto, seqüestro, busca e apreensão, exibição, penhora).

O arresto veda dispor, restringindo a posse, pois o arresto é feito, *ex hypothesi*, em mãos do depositário. O seqüestro retira posse imediata e dá a posse imediata ao depositário ou a outrem. Quando o juiz retira a posse imediata ao depositário, em verdade *mediatiza* a posse do depositário. Têm-se, então, em ordem: posse própria, mediata, do dono; posse imprópria, mediata, do depositário negocial; posse imprópria, imediata, do depositário judicial, que pode ser o depositário negocial.

Se o depositante exige a restituição, mas o faz inoportunamente, como se quer, sábado, ou domingo, ou em dia feriado, os títulos que estão depositados no escritório ou no banco, o depositário pode responder que o expediente está fechado e somente recomeça no primeiro dia útil.

2. BEM E ACESSÕES. – A coisa há de ser restituída com as suas *accessões*. Quanto às *pertenças*, hão de constar do instrumento de depósito, ou de pacto posterior. As *partes integrantes* consideram-se entregues em sua totalidade, porque foi entregue a coisa e não se pode admitir que só se haja entregue a coisa sem alguma parte dela constar do instrumento do contrato ou de pacto posterior (declarativo) que faltava.

3. RESTITUIÇÃO. – Lê-se no art. 1.269 do Código Civil: “No caso do artigo antecedente, última parte, o depositário, expondo o fundamento da suspeita, requererá que se recolha o objeto ao depósito público”.

O art. 1.269 do Código Civil é *ius cogens*. Também o é o § 695 do Código Civil alemão, a despeito das divergências da doutrina. Entendem G. PLANCK (*Kommentar*, II, 707), L. ENNECCERUS-H. LEHMANN (*Lehrbuch*, I, 2, 31.^a-35.^a ed., 550) e O. VON GIERKE (*Deutsches Privatrecht*, III, 736, nota 50) que se trata de direito dispositivo; porém não era essa a opinião de P. OERTMANN (*Das Recht der Schuldverhältnisse*, 836), F. SCHOLLMAYER (*Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse*, 135), H. DERNBURG (*Das Bürgerliche Recht*, II, 2, 1329) e outros. Se a vontade dos contraentes não pudesse retirar o princípio da restituibilidade a libito do depositante, no caso do art. 1.269 haveria razão para a espera.

No direito alemão (Código Civil alemão, § 695), se há tempo marcado para a restituição, o depositante pode exigí-la a qualquer tempo. Bem assim no direito brasileiro: o depositante pode exigir a restituição quando queira; é inteiramente a seu libito. Só há as exceções de que acima se falou.

Conforme dissemos (§ 4.660, 3, 4), o art. 1.268 do Código Civil é *ius dispositivum*, pôsto que a cláusula de prazo possa ser sem qualquer fundamento.

Surgem os problemas do terno a favor do depositário e do terno a favor do depositante. Somente se devem atender se há *interêsse* legítimo em que haja o terno.

A restituição há de fazer-se no lugar em que se previu, ou no lugar em que se fez o depósito, ou em que, sem culpa do depositário, se acha. O depositário não tem de levar ao depositante o bem depositado. Em todo caso, pode o depositante determinar que se entregue a terceiro, ou se remeta a terceiro, às expensas e a risco do depositante. Na L. 12, § 1, D., *depositi vel contra*, 16, 3, POMPÔNIO deixou-o em termos claros: “O depósito deve ser restituído naquele lugar em que se acha, sem dolo mau daquele com que está o depósito: e não importa onde está o depósito (*Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo eius est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est, nihil interest*). Comumente, o mesmo se há de entender em todos os juízos de boa fé. Mas é de dizer-se que, se quer o autor que de sua conta e risco se leve a coisa a Roma, há de ser ouvido, porque isso também se observa na ação de exibição (*eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bonae fidei iudiciis. sed dicendum est, si velit actor suis impensis suoque periculo perferri rem Romam, ut audiendus sit, quoniam et in ad exhibendum actione id servatur*)”.

Não é essencial ao contrato de depósito que haja a contínua disponibilidade pelo depositante. Pode ocorrer, por exemplo, havendo interêsse do depositário, como o de somente restituir o quadro de pintor célebre, que está em depósito, ao terminar a exposição de pintura que êle, ou grupo a que pertence planejou. O prazo para a restituição, a que se refere o art. 1.268 do Código Civil, é prazo de restituição a favor do depositante. Pode haver a cláusula de não-restituibilidade até certo tempo, cláusula a favor do depositário.

4. RESTITUIÇÃO FORA DE TEMPO. – O depositário, se foi fixado prazo, somente pode antecipadamente restituir o depósito se há razão relevante para isso. Se não foi fixado, pode fazê-lo a qualquer tempo, desde que não seja inoportuno o momento. Se o depositante não retira o depósito, ou não o recebe, incorre em *mora accipiendi* e também em *mora debendi*, porque tem a obrigação de retirar.

5. AÇÃO CONTRA O DEPOSITÁRIO, DITA AÇÃO DE DEPÓSITO. – O Código de Processo Civil, arts. 366-370, disciplinou a ação de depósito.

O depósito não é negócio jurídico formal. Pode fazer-se por instrumento particular, ou público; ou mediante cautela, que é título de legiti-

mação. Tal documento tem de ser junto com a petição inicial (Código de Processo Civil, art. 159).

A escrita é de exigir-se *ad probationem* para o contrato (Código Civil, art. 1.281); mas o instrumento – contrato particular, ficha, cartão, recibo de depósito, etc. – dito “documento” no art. 367, é *necessário* ao exercício da ação dos arts. 366 e 367. Não sendo êle pressuposto da pretensão, a ação pode ser exercida com o rito ordinário. A afirmação do autor é confessável pelo réu (com razão, TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, art. 430, nota 1, e CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil Comentado*, V. 20; sem razão, JOÃO MONTEIRO, *Direito das Ações*, 175, nota). O escrito não é de modo nenhum sujeito a formalidades; não é, necessariamente, o contrato “assinado do art. 135 do Código Civil. No próprio direito civil, não se poderia exigir a forma do art. 135, tratando-se de casos do art. 1.284 do Código Civil. No direito comercial, menos ainda. A questão da forma tem de ser examinada em cada espécie. Mas está assente que a certidão do registo do documento particular de depósito (sem firmas reconhecidas deixou de explicar a 3.ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 4 de março de 1942, *R. dos T.*, 136, 621) não basta. Aí, a solução seria a mesma para qualquer outro contrato.

A lei processual não falou de frutos e de acessões (Código Civil, art. 1.266). Quanto às acessões, – aderiram; é, pois, acadêmica essa questão. Quanto aos frutos, tratando-se de frutos naturais, como a cria da égua ou da vaca, pedem-se pela ação do art. 366, desde que haja documento. Tratando-se de títulos de crédito com cupões, pedem-se títulos e cupões o dinheiro recebido com a apresentação dêsses. Nem são frutos, nem acessões; porque se depositaram o título e o cupão, e não o título só. Quanto aos frutos que tenham sido pedidos, ou não tenham sido pedidos, uma vez que se trata de coisa certa, a sentença é, por lei (Código de Processo Civil, art. 994, § 1.º), título hábil para a execução pelos frutos.

O depósito pode ter por objeto coisas infungíveis, ou coisas fungíveis (Código Civil, art. 1.280), regulando-se, nesse caso, pelos princípios que regem o mútuo (cf. Código Civil, arts. 1.256-1.264).

A ação de depósito contém elemento de condenação, a forte dose, mas é ação *executiva*. A lei joga com três técnicas executivas, – a da restituição da coisa (cf. Código de Processo Civil, arts. 367, *verbis* “entregar o objeto depositado” 992 e 993), a da entrega do equivalente (art. 367, *verbis* “ou seu equivalente em dinheiro”) e a da constrição psicológica processual (art. 367, *verbis* “sob pena de prisão”). A resolução judicial é concebida nos

seguintes termos: (1) ou *a*) entrega da coisa, ou *b*) entrega do equivalente em dinheiro; (2) ou prisão. A executividade é evidente se consideramos o primeiro caso da lei que corresponde a (1), ou se consideramos o segundo, inclusive a decretação da prisão (Código de Processo Civil, art. 369). O segundo somente possui uma fase: citação, não-(1), (2); o primeiro tem duas: citação, *a*) ou *b*), não-(2); contestação, curso ordinário.

Podem dar-se o caso de haver o depósito da coisa, ou do equivalente, o não haver contestação.

Têm legitimidade ativa para a ação de depósito: (*a*) os depositantes; (*b*) os herdeiros e sucessores; (*c*) os que penhorarem pretensões dos depositantes ao depósito. Se divisível a coisa, o pretendente, quanto à sua parte (Código Civil, art. 1.274). No caso de mandato *ad recipienda solutione*, ou de contrato a favor de terceiro, ou terceiros, dá-se a legitimação do mandatário, ou do terceiro ou dos terceiros.

Têm legitimidade passiva para a ação do art. 366 do Código de Processo Civil:

(a) O depositário, ou quem seja processualmente legitimado, em vez dêle.

(b) Os herdeiros e demais sucessores do depositário. A intransmissibilidade das pretensões e ações oriundas do depósito é lenda, que se vai repetindo, com certa aparência de chavão sábio. O que não se herda é o efeito extracivil dos atos do depositário.

PEREIRA E SOUSA (*Primeiras Linhas*, IV, § 482, nota 950) disse que somente não cabia o procedimento da captura contra o herdeiro (naturalmente pela razão de ser fato de outrem). Bebeu-o em MANUEL MENDES DE CASTRO (*Practica Lusitana*, 112), que ia mais longe, excluindo, contra os herdeiros e a mulher, a via executiva, citando julgado isolado daquele tempo. SILVESTRE GOMES DE MORAIS (*Tractatus de Executionibus*, 2.ª ed., I, 57) repetiu a MANUEL MENDES DE CASTRO: “iste modus executivus exigendi depositum solum admittatur contra ipsum depositarium, non contra eius haeredes, aut successores”. Vê-se bem que entre SILVESTRE GOMES DE MORAIS e PEREIRA E SOUSA houve diferença. Êsse suspeitou da generalidade do que ousaram MANUEL MENDES DE CASTRO e, antes dêle, o “Senatus” lusitano. O problema técnico, viu-o ULPIANO (L. 1, § 47, D., *depositi vel contra*, 16, 3). Tem-se de indagar se o herdeiro ou sucessor conhecia a causa da posse (“ignarus depositam vel commodatam”), para se saber se obrou com dolo, ou não. A pretensão ao valor da coisa é independente disso; o que pode tombar é a pretensão à restituição da coisa (“non

tenebitur de re”), se o herdeiro ou sucessor de boa fé a alienou. Portanto, a ação pode ser movida contra o herdeiro ou sucessor. Ele, que se defenda, nas quarenta e oito horas, provando que alienou de boa fé, ou sofra a prisão e se defenda na contestação. O argumento de alguns Códigos de Processo Civil anteriores, na esteira do Reg. n. 737, de 25 de novembro de 1850, art. 268, terem excluído o herdeiro ou sucessor, prova exatamente o contrário do que pretendem os que o invocam: o Código de Processo Civil riscou a regra. Entre os comentadores, J. M. DE CARVALHO SANTOS está certo; sem razão, LUÍS MACHADO GUIMARÃES (*Comentários*, IV, 639).

(c) Os depositários por força de lei (depósito não-convencional), tais como: os hospedeiros e estalajadeiros, pelas bagagens dos viajantes, dos hóspedes e dos fregueses (Código Civil, art. 1.284); os empresários, gerentes ou administradores das empresas de armazéns gerais (Lei n. 1.102, de 21 de novembro de 1903, art. 11, inciso 1.º); os leiloeiros (Decreto n. 21.981, de 19 de outubro de 1932, art. 27, § 4.º); o síndico da massa falida (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 69); o terceiro que confessa ter dinheiro de outrem em sua mão (art. 937, § 1.º). As pessoas jurídicas podem ser depositários (sem razão, o acórdão da antiga Corte Suprema, a 31 de março de 1937, aliás com indevido fundamento no art. 268 do Reg. n. 737, que não mais aparece no Código de Processo Civil, de modo que nenhuma pertinência tem hoje).

A pena de prisão é, na ação de depósito, apenas meio coercitivo para se obter a execução da obrigação de restituir o depósito. Advirta-se em que – se o depositário se adianta em consignar a coisa, ou o equivalente fixado por perito – citado o depositante, não cabe pensar-se em cominação de prisão (ALEXANDRE CAETANO GOMES, *Manual Prático*, 145 e 146).

A pena de prisão é a cominação usual da ação de depósito, que tem o depositante contra o depositário. Não poderia o autor substituí-la pelo pedido de condenação à entrega, com aplicação final do art. 993 (imissão na posse). Ainda quando pareça prudente ao réu não requerer a prisão, por haver dúvida quanto à legitimação passiva. Se o depositário é pessoa jurídica, a pena há de ser cominada a quem fôr o presentante dela em juízo. Trata-se de efeito de pretensão civil, e não criminal; de modo que o argumento da “personalidade” não cabe. O princípio de que a pena não passa da pessoa do delinquente é de direito penal, e não civil; e no próprio direito penal não isenta os herdeiros de responder dentro das forças da herança.

O autor, estimando a coisa, fixa-lhe o valor para o caso de não poder ser-lhe restituída. Só haverá liquidação final de perdas e danos, quando,

tendo o réu depositado o equivalente, restituir a coisa, ao passar em julgado a sentença, e existirem perdas e danos (Código de Processo Civil, art. 994, § 2.º). O valor estimativo, prévio, do art. 367 do Código de Processo Civil nada tem com o valor posteriormente estimado segundo o art. 994, § 4.º. O art. 994, § 1.º, do Código de Processo Civil, é aplicável, na execução.

No art. 367 do Código de Processo Civil, diz-se que o autor pede que o depositário, sob pena de prisão, deposite o objeto ou seu equivalente. Não há alternativa da pretensão, a favor do devedor. Há alternativa na primeira fase do processo. Se a coisa pode ser restituída, isto é, se está com o depositário, – ou é depositada para que êsse conteste, ou é depositado o equivalente em dinheiro, seguindo-se a contestação. Se o réu deposita dinheiro, e não contesta, alegando a impossibilidade de restituir a coisa *in natura*, é condenado à restituição. Não se interprete o art. 367 do Código de Processo Civil como permissivo de aquisição da coisa. Não é verdade que se dê alternativa do pedido, ou da pretensão. O depósito do art. 370 do Código de Processo Civil é que é alternativo, a favor do réu; não o do art. 367, que se refere à pretensão (certa, a Corte Suprema, a 6 de dezembro de 1934, *R. F.*, 66, 577). Cabe ao réu o ônus da alegação e da prova da impossibilidade de restituir (cf. O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 1121).

A aparição da coisa cria obrigação de restituir. A desapareção cria a de comunicar e depositar o equivalente. O equivalente ou está explícito no título mesmo (Código Civil, arts. 1.534 e 1.535) e é valor “equivalente” a que se refere o Código de Processo Civil, ou foi estimado, na inicial, pelo autor, entendendo-se que há de ser razoável a estimação. Se o réu foi condenado, ou se expede mandado de busca e apreensão (Código de Processo Civil, art. 933), ou se levanta o depósito, cabendo alternativa a favor do autor. O art. 994, § 2.º, salvo no caso de ter sido depositado o equivalente e sobrevir restituição do bem, e § 4.º, é inaplicável. O valor da *perda* já está, *ex hypothesi*, fixado.

Ou o réu entrega a coisa e não vai contestar, devendo lavrar-se o auto; ou o réu a entrega ao juízo, requerendo que se deposite, pois que vai contestar; ou requer o depósito somente para haver as despesas e prejuízos de que fala, por exemplo, o Código Civil, arts. 1.278 e 1.279. O art. 368 do Código de Processo Civil só se refere ao primeiro caso. Se o réu oferece o equivalente ou o autor o aceita, ou não o aceita. Se o aceita, lavra-se o termo como se lavraria se o réu tivesse entregue a própria coisa, solvida ficando a dívida de depósito. Se o autor não o aceita (*e. g.*, Código Civil, arts. 1.266 e 1.267), tem de requerer o depósito judicial, impugnando o

oferecimento. JORGE AMERICANO (*Comentários*, II, 217) adota a solução de ser a impugnação no tríduo, *ad instar* do art. 294, IV; LUÍS MACHADO GUIMARÃES (*Comentários*, IV, 655) prefere que o autor receba a coisa e promova a vistoria *ad perpetuam rei memoriam* para instruir a ação de indenização, ficando a coisa conservada em depósito. Nem uma nem outra solução é a do Código de Processo Civil. Entrega só se dá se o autor se satisfaz. Se não se satisfaz, o réu ou oferece o equivalente dos danos, e o autor aceita; ou não oferece, ou o autor não aceita o que ele oferece, e a coisa tem de ser avaliada e depositada (ou o seu equivalente, fixado na petição inicial), discutindo-se o assunto de acordo com o Código de Processo Civil, art. 370. O que dissermos sobre dano vale para o caso de alegar o autor não-identidade da coisa oferecida.

O auto de entrega é solução da dívida, em direito material, e negócio jurídico processual, que extingue, de regra, a relação jurídica processual, tal como a transação e a desistência (Código de Processo Civil, art. 206). O termo tem de ser assinado pelo juiz, porém há de ser homologado para valer como *sentença*, isto é, para ter a eficácia processual a que acima nos referimos? A questão tem toda a pertinência porque as relações jurídicas processuais precisam *terminar*. Termina com o termo, que é assinado pelo juiz? Ou é de mister a homologação? Praticamente, produzidos os efeitos de direito material, é vulgar que se desinteressem as partes. Para o juiz, sabe ele que a desistência prescinde de termo e não de homologação (Código de Processo Civil, art. 16); a transação depende de termo de homologação, ou, se feita extra judicialmente, por escritura pública, de homologação (Código de Processo Civil, arts. 206 e 207); a entrega do depósito, de termo (Código de Processo Civil, art. 368) e, para a cessação da relação jurídica processual, de homologação.

A defesa tem de versar sobre a não-existência da pretensão do autor, ou sobre a impossibilidade física ou jurídica da restituição, ou sobre direito do réu a ficar com a coisa. Não-existência da pretensão do autor ou da ação, ainda que continue a pretensão (depósito de objeto ganho em jogo ao réu pelo autor). Impossibilidade física: perda, ou deterioração (*e. g.*, morte do animal depositado), sem culpa do depositário (Código Civil, arts. 1.277 e 1.274); ou furto, ou roubo, devidamente provado. Impossibilidade jurídica: penhora ou embargo da coisa, tendo sido notificado disso o depositário (Código Civil, art. 1.268); depósito judicial da coisa, no caso do art. 1.270 do Código Civil; desapropriação da coisa; ter-se já substituído a coisa (Código Civil, art. 1.271). Exceção do depositário: compensação,

quando fundada noutro depósito também de coisas fungíveis, ou de títulos de crédito, ou “irregular”, suspeita de furto ou roubo (Código Civil, arts. 1.268, 1.273 e 1.280); condição da entrega pelo depositário judicial, pagamento do valor das despesas provadas e líquidas feitas com a coisa ou dos prejuízos que do depósito provierem (Código Civil, arts. 1.278 e 1.279). Sobre embargo judicial e execução, ver Código de Processo Civil, arts. 676, I e II, 935, 931, 930 e 937, § 1.º. O depositário convencional é nomeado depositário judicial, podendo excepcionar à restituição da coisa, segundo o princípio de que o depositário judicial só atende ao juiz que mandou depositar (MANUEL ALVARES PÊGAS, *Commentaria ad Ordinationes*, III, 567; ALEXANDRE CAETANO GOMES, *Manual Prático*, 144). Aliás, o depositário convencional, que sofre a penhora, arresto ou seqüestro, deve dar ciência disso ao depositante convencional (“per notificationem, vel aliam quamlibet diligentiam”, explicou MANUEL ALVARES PÊGAS, *Resolutiones Forenses*, V, 439, que o tirou dos glosadores, entre eles GREGÓRIO LÓPEZ).

Se o depositário suspeita que a coisa fora roubada ou furtada, deve recolhê-la ao depósito público (Código Civil, arts. 1.268 e 1.270; Código de Processo Civil, art. 318, sobre ignorância ou dúvida), a favor daquele a quem pertencer, ou de quem seja o dono ou possuidor conhecido. Se foi citado na ação do art. 366, deve entregá-la, com a explicação do que sabe (art. 369), devendo pedir que se notifique pessoalmente ou por edital, conforme o caso, o terceiro, que passa a ser interveniente litisconsorcial na ação que não deixa de ser de depósito, pois o depositário continua como réu, a despeito de ter o terceiro ônus da prova da propriedade ou posse. O depositário tem de provar a “suspeita”. Se não o prova, pode ter de responder em ação de abuso do direito. Quanto à compensação em quaisquer casos, seria absurdo do Código Civil: ainda se houve culpa do depositante autor quanto ao primeiro depósito, é difícil justificar-se a regra jurídica fora da interpretação que lhe demos.

Não cabe reconvenção em processo de depósito (Código de Processo Civil, art. 192, II).

Pode dar-se que o réu alegue ter domínio sobre a coisa, o que era frequentíssimo já ao tempo de AGOSTINHO BARBOSA e de PEDRO BARBOSA (século XVII); como se alguém emprestou bens para outrem nomeá-los à penhora, ficando o dono como depositário judicial (ALEXANDRE CAETANO GOMES, *Manual Prático*, 145).

Se as despesas, ou prejuízos, a cujo ressarcimento tem direito o depositário, não estiverem provados suficientemente, ou forem ilíquidos, pode

o depositário exigir caução idônea do depositante, ou, na falta dessa, remoção da coisa para o depósito público, até que se liquidem (Código Civil, art. 1.279). Se estão provados e líquidos, pode opor o direito de retenção, nos termos do Código Civil, art. 1.278. Aliás, é de “depósito com condição à entrega” que se trata. O depositário, depositando, perde a posse imediata; e a entrega ao depositante é condicional. Tem de alegá-lo ao requerer o recolhimento da coisa ao depósito de outrem, ou em suas mãos, e é como depositário judicial. No último caso, ainda seria de construir-se como direito de retenção; e é a melhor construção, porque a posse de depositário convencional que *cessou* foi somente a posse *imediate*.

O art. 367, parágrafo único, do Código de Processo Civil, diz que, no depósito judicial, a entrega do objeto será requerida ao juízo da execução. Aí está *legitimação processual* de quem pediu e obteve o depósito judicial, criando-se a relação jurídica entre o juiz e o depositário judicial. Essa atribuição de legitimidade processual de modo nenhum altera a eficácia daquela relação jurídica, de que se irradiam direitos, pretensões cíveis e penais e ações cíveis e penais do Estado contra o depositário judicial, nem descarrega o Estado da responsabilidade perante quem pediu e obteve o depósito e perante a pessoa a que posteriormente se defira o pedido da entrega do bem depositado.

6. AÇÃO DE DEPÓSITO E PROCEDIMENTO. – O réu é citado para que entregue o bem depositado, ou o seu equivalente em dinheiro. Se o não faz, não pode contestar. O juiz expede, então, o mandado de prisão, se o autor o *requere*. O requerimento supõe que se haja escoado o prazo das quarenta e oito horas. Discutiu-se se já na petição inicial podia estar o requerimento, e a 1.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 20 de fevereiro de 1951 (*R. dos T.*, 190, 765), entendeu que não.

A 7.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 10 de maio de 1949 (*D. da J.* de 16 de outubro de 1952), negou ao depósito em garantia de dívida a ação de depósito. A 6.ª Câmara Cível, a 12 de dezembro de 1950 (*D. da J.* de 7 de novembro de 1951), pré-excluiu a ação de depósito se o objeto do depósito é coisa fungível. Já o dissemos no § 4.657, 4. Mas aqui convém que mais de espaço cogitemos do assunto.

(a) Quanto à primeira proposição, que é a de não haver prisão em caso de depósito em garantia de dívida, o que se há de dizer é que tal depósito tem, de regra, a seguinte função: o bem é entregue, para depósito, por A, a B, mas no interesse de C; B comunica a C o que se passou ou C manifesta

a sua adesão, o que o insere no contrato de depósito como favorecido pela eficácia negociai; o depositário não pode liberar-se, restituindo o bem ao depositante, sem que o terceiro, C, consinta. É ineliminável, na exposição da matéria, o fato de haver-se o depositário – que é depositário como qualquer outro – vinculado ao terceiro, (óbvio é que, para essa vinculação, é preciso que o terceiro tenha interesse na vinculação, como se o depositante lhe deve, ou prometeu vender-lhe o bem, ou já o vendeu e ainda não está com os pressupostos para a tradição da posse própria.)

As espécies configuráveis são muitas e à expressão “depósito em garantia” preferível seria outra, como “depósito no interesse de outrem” porque, aí, outrem seria o próprio depositário, uma vez que, no depósito, o interesse é, caracteristicamente, do depositante.

A restituição pode ser ao depositante ou ao terceiro, espécie em que se introduziu *cláusula a favor de terceiro*. Nenhum óbice há, no sistema jurídico brasileiro, que tem os arts. 1.098-1.100 do Código Civil, a que se faça o depósito com tal cláusula. Nem à sua eficácia.

A restituição ao depositante se o terceiro consente também resulta de cláusula do contrato de depósito e não há duvidar-se da sua validade e da sua eficácia, no direito brasileiro. No Código Civil italiano, art. 1.773, há regra jurídica expressa.

Se comparamos as duas espécies, ressalta que, na primeira, o depositário deve ao terceiro a restituição do bem, pois foi isso o que se irradiou do contrato de depósito, em que foram figurantes quem podia depositar e transferir a posse (própria ou imprópria, conforme os fatos) a terceiro; ao passo que, na segunda, o terceiro tem apenas o direito a ser interpelado antes da entrega ao depositante. Ali, tem êle as pretensões e as ações para haver o bem e para a indenização dos danos pelos quais respondem os depositários, ou pelos quais responde, *in casu*, o depositário. Aqui, não.

Discute-se se a segunda espécie, que é a da exigência do consentimento, se enquadra na figura do contrato de depósito com cláusula a favor de terceiro. A resposta afirmativa impõe-se. Aliás, o Código Civil brasileiro fala de “estipulação a favor de terceiro”, o que abrange a estipulação em contrato a favor de terceiro, a estipulação em negócio jurídico unilateral, ou nesse ou em contrato, como cláusula.

Se o depositário, que devia entregar o bem ao terceiro, entrega o bem ao depositante, ou, se tinha de conhecer a manifestação de vontade do terceiro, o entrega sem interpelação ou contra a vontade do terceiro, responde pelo inadimplemento, ou pelo adimplemento lesivo.

No que respeita ao depositante e ao terceiro, o que importa é o negócio jurídico subjacente, justajacente ou sobrejacente que há ou havia entre eles.

(b) No tocante à disciplina do depósito irregular, o depositário tem de restituir bem da mesma espécie e qualidade e na mesma quantidade do que recebeu. Os riscos, durante a relação jurídica de depósito e até que seja restituído o bem depositado, são do depositário. Se o bem depositado não foi dinheiro e ocorre a impossibilidade da restituição, sem culpa do depositário, a restituição há de ser do valor, calculado conforme o tempo e o lugar da restituição. Não há, porém, diferença entre a ação de restituição do depósito irregular e da ação de restituição do depósito regular.

7. DEPOSITÁRIO E CARÁTER PESSOAL DA CUSTÓDIA. – O depositário não pode dar em depósito a outrem o que lhe foi entregue, salvo se houve prévio assentimento do depositante. Se há “motivo plausível”, para que o depositário não o “possa guardar”, o que a lei permite é o depósito judicial (Código Civil, art. 1.270: “Ao depositário será facultado, outrossim, requerer depósito judicial da coisa, quando, por motivo plausível, a não possa guardar, e o depositante não lha queira receber”). Outras razões para a restituição, ou o depósito judicial, são a suspeita de que a coisa foi furtada ou roubada (arts. 1.268 e 1.269), o arresto, ou o seqüestro, casos em que o depositário não é adstrito a ficar como depositário judicial.

Se o depositário, sem assentimento do depositante, deposita em poder de outrem o bem, continua de responder como depositário. Se diz ser depositário e indica (ou não) quem é o depositante, o contrato de depósito continua com toda a sua eficácia e o depositante, que não assentiu, tem as ações contra o depositário e, como quem vai contra terceiro tenedor, contra o depositário em segundo grau (*e. g.*, a ação de reivindicação). Se havia assentimento, a ação contra o depositário também pode ser exercida contra o depositário em segundo grau (subdepositário). Não há, porém, relação jurídica contratual entre o *depositante* e o *subdepositário*. Tal relação jurídica somente existe se foi permitida a transferência do contrato, caso em que o depositário deixa de ser depositário.

8. INCOMPENSABILIDADE DA DÍVIDA. – Diz-se no art. 1.273 do Código Civil: “Salvo os casos previstos nos arts. 1.268 e 1.269, não poderá o depositário furtar-se à restituição do depósito, alegando não pertencer a coisa ao depositante, ou opondo compensação, exceto se noutro depósito se fundar (art. 1.287)”. Tem-se dito, sem razão, que a dívida oriunda do depósito ir-

regular é compensável. Regular ou irregular o depósito, o crédito é de *restituição de bem*, não se devendo afirmar que só exista incompetibilidade se o credor tem situação possessória. Cf. Tomo XXIV, § 2.987, 2.

O argumento mais usual a favor da compensabilidade contra o depositante irregular é o de serem compensáveis as “dívidas” de bens fungíveis. No art. 1.010 do Código Civil, diz-se, é verdade, que a compensação se efetua entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis. Não se acrescentou: “sempre”, ou “em qualquer hipótese”, “qualquer que seja a espécie”; nem se pode deixar de atender ao que está explícito no art. 1.015, que, aludindo à diferença de *causa* das dívidas, afastou a compensação “se uma se originar de comodato, depósito ou alimentos”. Ora, a *causa*, no depósito regular e no depósito irregular, é a mesma, e chocar-se-ia com a causa (ou a abstratividade) da outra obrigação.

(De passagem, observemos que a proibição de compensação, em se tratando de depósito, não se prende à infungibilidade, mas à própria natureza do depósito, mesmo se irregular, pois dêle derivara a *actio depositi* para se obter a restituição do bem depositado, embora a propriedade se haja transferido ao depositário. Quando o contrato era de mútuo, em vez de depósito irregular, o outorgante, para obter o que emprestara, tinha a *actio certae creditae pecuniae*. A fungibilidade é pressuposto necessário da compensabilidade; o depósito é pressuposto suficiente da incompetibilidade.)

A falta ao depositante, no depósito irregular, de posse própria mediata também não é explicação para a incompetibilidade, o que pretendeu UGO MAJELLO (*Custodia e Deposito*, 276). Certo, no sentido da incompetibilidade, ERNESTO SIMONETTO (*I Contratti di credito*, 358).

O art. 1.273 do Código Civil refere-se à possível compensação se o depositante também é depositário e tinha de restituir o que lhe fôra entregue. Aí, a compensação entre dívidas de depósitos irregulares é mais fácil, porém não as únicas. A compensação, no caso de depósito regular, é mais difícil, e de ordinário é entre valores.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 4.663. A – Legislação

O art. 1.277 do CC/1916, relativo à exclusão da responsabilidade do depositário na hipótese de caso fortuito e força maior, é reproduzido pelo art. 642 do

CC/2002, sem a menção ao caso fortuito. O comando do art. 1.278 do CC/1916, que impunha o dever do depositante de pagar as despesas e prejuízos do depósito ao depositário, é reproduzido pelo art. 643 do CC/2002.

No tocante à responsabilidade dos auxiliares e servidores da posse subordinados ao depositário, invoca Pontes de Miranda a aplicação do art. 1.521, III, do CC/1916, relativo à responsabilidade solidária do patrão, amo ou comitente, pelos atos praticados por empregados, serviçais e prepostos. O Código Civil de 2002, neste particular dispôs em seu art. 932, reproduziu a regra de imputação da responsabilidade pelo fato de terceiro, apenas atualizando a redação à terminologia técnica contemporânea, substituindo a expressão “patrão” por “empregador”. Todavia, a mudança substantiva diz respeito à natureza da responsabilidade do empregador nesse caso, que no regime do Código Civil anterior suscitava dúvidas, em vista do art. 1.523 do CC/1916, ou ainda da figura da presunção de culpa. O art. 933 do CC/2002 é expressivo ao indicar que a responsabilidade nesse caso é independente de culpa. Significa dizer, responsabilidade objetiva, mantendo-se, naturalmente, a solidariedade com o infrator.

Neste particular, recorde-se que se a relação de depósito se caracterize como relação de consumo, atraída será a incidência do Código de Defesa do Consumidor, de modo que, dependendo da circunstância concreta, impõe-se a regra de solidariedade entre os fornecedores causadores do dano (art. 7.º, parágrafo único, do CDC), as regras de imputação da responsabilidade objetiva por fato do serviço (art. 14 do CDC) e vício do serviço (art. 20 do CDC), bem como a que indica solidariedade entre o fornecedor, seus prepostos e representantes autônomos (art. 34 do CDC).

O art. 1.268 do CC/1916 é reproduzido pelo art. 633 do CC/2002, determinando o dever de restituição incontinenti do bem pelo depositante ao depositário, salvo nas hipóteses em que o objeto foi judicialmente embargado, recaía sobre ele execução notificada ao depositário, ou tenha motivo razoável para suspeitar que se trata de coisa furtada ou roubada. Além destas exceções, ressalva expressamente o direito de retenção com fundamento no art. 644, do mesmo Código, para fins da remuneração do depositário, ressarcimento de despesas e prejuízos porventura havidos com o depósito. A redação do art. 644, neste particular, faz expressa referência à retribuição/remuneração do depositário, no que diz mais que seu corresponde art. 1.279 do CC/1916).

O art. 1.269 do CC/1916, que prevê a providência do depositário de requerer que seja encaminhado ao depósito público, frente à suspeita de que o bem tem origem ilícita, é reproduzido pelo art. 634 do CC/2002.

Em relação à ação de depósito, trata-se de procedimento especial regulado pelos arts. 901 a 906 do CPC – os artigos mencionados por Pontes de Miranda, neste particular, remontam ao Código de Processo Civil de 1939. A indicação feita em relação à necessidade de acompanhamento da prova do depósito com a petição inicial (art. 159 do CPC/1939), ora tome-se pelo art. 283 do CPC vigente, o qual aduz que a petição inicial deve se fazer acompanhar dos documentos indispensáveis à propositura da ação. Tratando-se de coisa divisível, a legitimidade

para ação refere-se apenas à parte do bem que caiba ao autor, salvo solidariedade, nos termos do art. 639 do CC/2002, que corresponde ao art. 1.274 do CC/1916, citado por Pontes de Miranda.

Cabe ao réu da ação de depósito, conforme art. 902 do CPC vigente, entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro, ou contestar a ação. Se conduz, tanto na legislação revogada, quanto na vigente, pelo procedimento sumário (art. 903 do CPC).

Havendo transação, a homologação do juízo faz título executivo judicial, nos termos do art. 475-N, III, do CPC vigente. A desistência também deve ser homologada para que gere efeitos (art. 158, parágrafo único, do CPC).

A forma do contrato *ad probationem* remete ao disposto no art. 646, do Código Civil vigente. Os arts. 366 e 367 do CPC/1939, que disciplinam aos requisitos da petição inicial e os primeiros atos do procedimento devem ser tomados pelos arts. 901 e 902 do CPC, que adotou parcialmente sua redação. Nesse particular tem relevo a sanção de prisão civil do depositário infiel, prevista tanto na legislação revogada, quanto vigente, mas que não mais subsiste frente ao entendimento afirmado pelo Supremo Tribunal Federal ao editar a Súmula vinculante STF 25 que estabelece como ilícita “a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

No caso de desaparecimento da coisa dada em depósito, a obrigação do depositário de comunicar e restituir o equivalente mais perdas e danos, nos termos do art. 234 do CC/2002, sem prejuízo de cláusula penal convencional, nos termos do art. 408 e seguintes da mesma lei.

A condenação do réu implica expedição de mandado de busca e apreensão, nos termos do art. 625 do CPC, que reproduz parcialmente o art. 993, do Código de Processo Civil de 1939. O art. 627 do CPC vigente refere-se ao direito do autor de receber, além das perdas e danos, o equivalente a coisa, quando esta não possa ser entregue.

De aplicar igualmente, na ação de depósito, o disposto nos arts. 461, § 4.º e 461-A, § 3.º, do CPC vigente, que autoriza a fixação de multa diária por descumprimento.

No tocante à disciplina da execução, remete Pontes de Miranda a disposições do Código de Processo Civil de 1939, arts. 676, I e II, 935, 931, 930 e 937, § 1.º, que dispunham sobre as medidas de arresto, o sequestro e a penhora de bens, os quais são disciplinados, atualmente, pelo disposto nos arts. 813 et seq (arresto), 822 et seq (sequestro), 646 et seq (penhora), do Código de Processo Civil vigente.

Observou Pontes de Miranda, ainda o silêncio da lei processual quanto à restituição de frutos e acessões, que integram o dever firmado pelo art. 1.266 do CC/1916, reproduzido pelo art. 629 do CC/2002. Indica, todavia, que a sentença da ação constitui por lei título hábil para execução também dos frutos, conforme o art. 994, § 1.º, do CPC/1939, que corresponde ao art. 624 do CPC em vigor.

A possibilidade de celebração do contrato de depósito de coisas fungíveis e sua submissão às regras sobre o mútuo consta do art. 645 do CC/2002. A disci-

plina do mútuo, de sua vez, que no Código Civil de 1916 correspondia aos arts. 1.256 a 1.264, ora é estabelecida pelos arts. 586 a 592 do CC/2002.

Quanto ao conteúdo da defesa do réu na ação de depósito, observa Pontes de Miranda que pode versar sobre a impossibilidade física de cumprimento, sem culpa do depositário, para o que se remete, no Código Civil vigente, ao art. 642, que exclui a responsabilidade por força maior, bem como ao art. 639, indicando ou que já entregou, ou lhe cabe entregar apenas parte, considerando a pluralidade de depositantes de coisa divisível em que não haja solidariedade. Reproduzem, neste particular parcialmente, o disposto nos arts. 1.277 e 1.274 do CC/1916 revogado. Da mesma cabe alegar algumas das exceções ao dever de restituição que prevê o art. 633, correspondente ao art. 1.268 do CC/1916. Ou ainda, opor exceção de compensação em relação a outro depósito havido com o autor, do qual seja credor, nos termos do art. 638 do CC/2002 vigente, correspondente ao art. 1.273 do CC/1916.

As qualidades do objeto da dívida suscetível de compensação a que referia o art. 1.010 do CC/1916 revogado, ora são indicados em norma de mesma redação, do art. 369 do CC/2002. No mesmo sentido à norma que impunha óbice à compensação quando houvesse diferença de causa entre as dívidas quando uma se originasse de comodato, depósito ou alimentos (art. 1.015, II, do CC/1916), foi reproduzida pelo art. 373, II, do CC/2002.

§ 4.663. B – Doutrina

A responsabilidade do depositário pela perda ou deterioração da coisa é objeto de discussão doutrinária, especialmente em vista da redação do art. 642 do Código Civil vigente, que menciona apenas a força maior como causa de exoneração, deixando de mencionar o caso fortuito. Neste particular, oscila-se dentre os que remetem o reconhecimento do caso fortuito como causa de afastamento da responsabilidade à regra geral sobre inadimplemento das obrigações que expressamente o refere, e os que entendem que o esclarecimento na norma seria útil para efeito de distinguir a situação do depositário no Código Civil e aquela que emerge do direito do consumidor, com a distinção entre caso fortuito interno e caso fortuito externo, para efeito de não afastar a responsabilidade daquele cuja atividade negocial é causa de risco interno da ocorrência de danos.

No tocante à responsabilidade do depositário como empregador, por atos praticados por empregados, serviços ou prepostos (art. 932, III, do CC/2002), igualmente a doutrina reconhece aí hipótese de responsabilidade objetiva fundada no risco, alterando entendimento havido sob a égide do Código Civil revogado, pela demonstração de culpa *in eligendo* ou pela culpa presumida. Da mesma forma, tratando-se de relação de consumo, sustenta-se a incidência do art. 34 do CDC, ensejando a responsabilidade solidária do fornecedor pelos atos de prepostos e representantes autônomos.

A doutrina converge com Pontes de Miranda no tocante à regra que restringe a extinção por compensação apenas de dívidas decorrentes de depósito. Es-

pecialmente com relação ao fundamento da restrição, que é o fato de se tratar, no depósito, de crédito de restituição (ANDRIGHI, Nancy; BENETTI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. 9. p. 396).

Em relação ao lugar da restituição pelo depositante, é unânime que deve ser o do lugar da guarda, mesmo quando o depositante a tenha recebido em outro lugar, de modo que a obrigação do depositante é *quérable*, e não *portable* (LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 7. p. 364; TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA; MORAES. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II. p. 392). Esta regra todavia, pode ser afastada por convenção das partes, nos termos do art. 631, tratando-se de norma dispositiva.

Da mesma forma, refere-se Pontes de Miranda ao caráter pessoal da custódia, de modo que incumbe, como regra, ao depositário o dever de guarda da coisa, não podendo fazer ele depósito a terceiro sem autorização expressa do depositante – conforme o art. 640, parágrafo único, do CC/2002. Sobre esta característica do contrato de depósito, refere-se a doutrina qualificando o depósito como contrato *intuitu personae* (GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 414), todavia o dever de custódia não é personalíssimo, uma vez que pode se utilizar o depositário de auxiliares e prepostos, tal qual assinalado neste Tratado (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. 3. p. 330). Neste sentido a confiança é considerada elemento decisivo na decisão de contratação (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 638).

Já no que se refere à sanção de prisão do depositário infiel, afirmada por Pontes de Miranda com fundamento no Código Civil anterior, no Código de Processo Civil, e inclusive no art. 652 do CC/2002, trata-se de tema que permaneceu dos mais controversos durante muitos anos. O próprio Supremo Tribunal Federal o admitia, inclusive por intermédio de entendimento sumular anterior à Constituição vigente (Súmula STF 619). Da mesma forma a Constituição de 1988 a admitiu, junto a do devedor de alimentos (art. 5.º, LXVII, da CF). Todavia, desde sempre a doutrina a entendeu como inaplicável a todas as situações de depósito, afastando seu cabimento, por exemplo, no depósito irregular – de coisas fungíveis como o dinheiro, por exemplo – e ainda, no depósito regular, quando haja oferecimento de garantia pelo depositário (ANDRIGHI, BENETTI, ANDRIGHI. Op. cit. p. 433). Porém houve quem a admitisse se maiores restrições, uma vez legitimada pelo texto constitucional de modo expresso (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – Contratos em espécie*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 262). A discussão, contudo, mostrou-se de grande repercussão prática no tocante à equiparação legal a depositário que o Dec.-lei 911/1969 fez em relação ao proprietário fiduciário, nos contratos de alienação fiduciária em garantia. Isto porque, conforme assinala a doutrina, não há tecnicamente um contrato de depósito (LOPEZ, Teresa Ancona. Op. cit., p. 652). É ficção legal, em que a prisão, como regra, se aplicava mediante a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, se-

gundo a técnica processual, como meio de execução indireta (ALVES, José Carlos Moreira. A ação de depósito e o pedido de prisão. Exegese do § 1.º do art. 902 do Código de Processo Civil, *Revista de processo*, vol. 36, p. 7. São Paulo: Ed. RT, out. 1984). Nesse sentido, de um lado passou-se a questionar a natureza da equiparação (RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., p. 656), e de outro o próprio status dos tratados sobre direitos humanos quando incorporados no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em vista da redação dada ao § 3.º, do art. 5.º, da CF, especialmente em vista da Convenção Americanas de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) que, ratificado sem reservas pelo Brasil, por intermédio do Decreto Legislativo 27/1992, em seu art. 7.º, § 7.º, estabelece como inerente ao direito à liberdade pessoal que ninguém será detido por dívida, com exceção do dever de obrigação alimentar. A partir de uma mudança na interpretação do STF sobre o tema, com fundamento na convenção em questão e seu status supralegal no direito brasileiro, e consequente edição da Súmula vinculante STF 25, de 2009, razão passou a assistir, na perspectiva do direito vigente, ao entendimento que sustenta a impossibilidade de prisão civil como sanção aplicável ao depositário infiel.

A de aplicação de astreintes, no caso de descumprimento da decisão judicial que manda restituir, arts. 461-A, § 2.º e 904 do CPC, é hipótese admitida pela doutrina (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 824).

§ 4.663. C – Jurisprudência

Não admite a jurisprudência ação de depósito tratando-se de bens fungíveis e consumíveis (STJ, REsp 15.597/MS, 4.ª T., j. 23.03.1993, rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 10.05.1993; no mesmo sentido: STJ, REsp 551.956/MS, 4.ª T., j. 24.08.2010, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJe* 14.09.2010); excetuados os depósitos em armazém geral, cuja atividade social é a conservação e guarda de mercadorias dessa natureza (STJ, REsp 783.471/GO, 4.ª T., j. 22.03.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 25.03.2011) Não é a ação de depósito, contudo, meio adequado para reclamação de perdas e danos (STJ, REsp 8.880/SP, 4.ª T., j. 27.09.1993, rel. Min. Fontes de Alencar, *DJ* 27.06.1994)

No contrato de leasing, contudo, entende a jurisprudência incabível a cláusula de depósito (STJ, REsp 155999/MG, 4.ª T., j. 05.03.1998, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 01.06.1998)

Incabível a ação de depósito quando verse sobre safra futura, o que descaracteriza o depósito, uma vez que impossibilita sua restituição (STJ, AgRg no AgIn 35.177/RS, 3.ª T., j. 01.06.1993, rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJ* 28.06.1993).

Na ação de depósito, a estimativa do valor refere-se ao bem depositado, não ao débito porventura havido na relação entre as partes, salvo se este for menor (STJ, AgRg no AgIn 852.388/SP, 4.ª T., j. 11.12.2007, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* 11.02.2008; e HC 62739/MG, 4.ª T., j. 23.10.2007, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJ* 19.11.2007)

No tocante à prisão do depositário infiel como sanção à violação do dever de custódia no depósito (art. 1.287 do CC/1916; art. 652 do CC/2002), após longo período em que foi admitida pela jurisprudência, especialmente pela equiparação que por muito tempo admitiu-se em relação ao devedor-alienado no contrato de alienação fiduciária em garantia, com fundamento na regra inscrita no Dec.-Lei 911/1969, a jurisprudência contemporânea passou a considerá-la indevida. Primeiro, a Súmula STJ 304, passou a afirmar como ilícita a prisão civil daquele que não assume expressamente o encargo de depositário judicial. Porém, decisivo foi o entendimento quanto à sua inconstitucionalidade, pela interpretação conjunta do art. 5.º, LXVII e §§ 1.º, 2.º e 3.º, da CF/1988, à luz do art. 7.º, § 7.º, da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (STF, RE 466.343/SP, j. 03.12.2008, rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 05.06.2009), dando origem à Súmula vinculante STF 25, que veda a prisão civil do depositário infiel em qualquer modalidade de depósito. Porém, mesmo antes, precedentes do STF davam conta da impossibilidade de custódia efetiva do bem exclusiva, por si, e caracterização da infidelidade do depositário (STF, HC 83.416-7, 1.ª T., j. 14.10.2003, rel. p/ acórdão. Min. Antonio Cezar Peluso, *DJU* 12.08.2005).

§ 4.666. NATUREZA E EFICÁCIA DO DEPÓSITO IRREGULAR

1. PRECISÕES. – Alguns negaram ao depósito irregular ser depósito; outros afirmaram que não perde na classificação dos contratos o lugar do depósito, e daí caber a *actio depositi*. Para aquêles, o pacto adjecto não o alteraria (e. g., DANIEL NETTERBLADT e G. OELRICHS), de modo que, com o pacto adjecto, teria o depositante a *actio depositi* e a que resultasse do pacto adjecto. Para êsses (e. g., J. L. J. DEDEKIND e FR. G. ZOLLER), não: o depósito, que excede o seu tipo, não é depósito. Terceira opinião é a que distingue os *essentialia* e os *naturalia depositi*, donde a necessidade de análise (J. VOET, C. VAN BYNKERSHOEK, J. AVENARIUS, R. CHR. HENNE, J. GOTTFR. SAMMET, A. F. J. THIBAUT, C. G. OVERBECK).

A discussão peca por se extremarem as opiniões: ou é depósito, ou é mútuo. Por outro lado, não se há de pensar em união de contratos. Só há um contrato. Perlustrando-se os textos romanos e dando-se desconto ao que revela de indecisão e tendo-se pesquisado o depósito irregular dos nossos dias, o que se há de responder é que, às vezes, há mútuo, com falso *nomen iuris*; e, outras vezes, o depósito, apesar da transmissão de propriedade, continuou depósito. Além disso, é preciso não se confundir o depósito com transmissão de propriedade, que é o de que trata o art. 1.280 do Código Civil, e o depósito em que entre os bens dados em depósito se estabelece *comunhão*, tornando-se depósito coletivo. Aí, os depositantes tornam-se comuneiros, comproprietários, e o depositário de modo nenhum adquire a propriedade, nem suporta os riscos como se dá no depósito irregular do art. 1.280 do Código Civil.

2. DEPÓSITO IRREGULAR E OUTROS CONTRATOS. – Como o depósito regular se distingue do comodato, mesmo coincidindo serem, *in casu*, gratuitos, o depósito irregular não se pode confundir com o mútuo. O depositante, no depósito regular como no irregular, precisa de depositar, o comodatário e o mutuário precisam de que se lhes dê o bem. Mesmo no depósito irregular, o depositante pode pedir, a todo tempo, a restituição, conforme os princípios que expusemos.

Se o contrato é de mútuo, e não de depósito irregular, a que corresponde o art. 1.280 do Código Civil, a ação do tradente é a *actio certae creditae pecuniae* (cf. NERVA, PRÓCULO e MARCELO, em ULPIANO, L. 9, § 9, D., *de rebus creditis si certum petetur et de conditione*, 12, 1). Se o contrato é de depósito, irregularizado com a transferência da propriedade, havia a *actio depositi* (*iudicium bonae fidei*) e não podemos negar a existência de tal

ação, hoje, se o contrato não deixou de ser contrato de depósito. O próprio direito romano chegou a admitir, aí, os interesses, e a atitude contrária à admissão da figura do depósito irregular, inclusive no tocante a interesses (e. g., juros) pagáveis pelo depositário, dificultaria, enormemente, a explicação científica dos depósitos bancários. Basta pensar-se, para a confirmação do que dissemos sobre o depósito com transmissão de propriedade, sem se levar em conta (porque não vem ao caso) as interpolações à L. 25, § 1, D., *depositi vel contra*, 16, 3, e a L. 28, em que aquêle texto e êsse falam da *actio depositi* ainda para reclamar os interesses.

3. CONTRATO DE DEPÓSITO DE TÍTULOS DE CRÉDITO E DE TÍTULOS REPRESENTATIVOS. – De ordinário, o contrato de depósito de títulos de crédito ou de títulos representativos é *depósito* regular, de jeito que não há qualquer diferença entre êle e o contrato de depósito de outro bem móvel. Todavia, além do *dever de custódia*, tem o depositário o *dever de administração*, isto é, de receber os dividendos ou os interesses, informar-se quanto a bonificações, prêmios e reembolsos, preferência para subscrição de aumento de capital ou do empréstimo. Dever de administração somente pode existir se o depósito é regular, pois é preciso que continue titular do direito de propriedade, ou do usufruto ou do uso, o depositante. O depositário só tem a posse imprópria, imediata, e não pode usar dos títulos, nem, *a fortiori*, dêles dispor.

Os riscos da perda de posse dos títulos ao portador e dos títulos endossáveis levam os portadores a depositar em bancos ou estabelecimentos especializados os seus títulos. Ou se oferece aos clientes o *depósito de títulos*, ou a *locação de cofres fortes*. A segunda solução é menos completa, em segurança, porque o depositário dos títulos tem o dever de administração, o que falta ao locador de cofres fortes. O dono ou usufrutuário dos títulos postos em cofre forte têm de retirá-los para apresentação e formalidades, de lhes cortar cupões e de informar-se, e providenciar quanto às operações a que tem direito. O locador do cofre forte ignora-lhe o conteúdo. Por isso mesmo, não pode, sequer, aconselhar o locatário em qualquer dos pontos de fato e de direito, inclusive quanto a acontecimentos previsíveis.

Com o depósito de títulos, o depositário exerce a administração, comparecendo, inclusive, a assembléias gerais, tomando resoluções sobre aumento de capital e sobre conversão.

O cofre forte tem o inconveniente de poder alguma pessoa, que saiba da morte próxima do locatário, apanhar a chave, ou a chave e o segredo.

Discute-se se o depósito de títulos pode ser *anônimo*, isto é, sem que o recibo diga quem depositou. Tem-se de responder negativamente, não só porque poderia ocultar crime como porque se fraudaria o fisco, em casos de infiscalizabilidade das rendas (cf. R. CORDIER, *Des Operations sur titres dans les banques*, 332).

Dizem-se *depósitos simples de títulos* os que não têm regras jurídicas especiais que os rejam. *Depósitos clausulados*, os depósitos em nome de incapazes, ou de cônjuges, e os coletivos. Não há razão para não se considerarem simples os depósitos em nome de pessoas jurídicas. Quem exerce os poderes e direitos a propósito dos depósitos de pessoas jurídicas são os *órgãos*, ou, se êles lhes outorgaram poderes especiais, os *representantes*. Os depósitos de títulos, se há nu proprietário e usufrutário, são depósitos coletivos. Os depósitos para a garantia de certa conta, ou para despesas futuras e eventuais, são depósitos clausulados.

É possível abrir-se conta corrente de títulos, mas ou a figura é a do depósito bancário em conta corrente, ou a do contrato de conta corrente em que as remessas são em títulos.

O depositário de títulos tem os deveres de conservação e de restituição, quase sempre o de administração.

Se advém *direito de subscrição*, o depositário ou procede conforme as instruções recebidas, ou tem o dever de consultar o depositante. Ou subscreve, ou cede o direito de subscrição. Se o depositante não atende ao aviso, sem que seja caso de se reputar manifestação de vontade o silêncio, no caso, o que se há de entender é que, no último dia, o depositário pode *ceder*, onerosamente, o direito de subscrição. Se não o cedesse, perdê-lo-ia o depositante.

O depósito de títulos de crédito ou de títulos representativos pode ser *irregular*, mas isso é excepcional. A aquisição da propriedade, por parte do depositário, supõe que se haja tratado o bem como bem fungível. Se o título é *a) título de massa*, ou se é *b) título de série*, ou *c) título singular*, é questão de fato, que se supõe resolvida para que se possa raciocinar a respeito da *irregularidade* do depósito. Os títulos da classe *c)* são infungíveis, ao passo que os das duas outras classes podem ser tratados como fungíveis ou como infungíveis. Se ao portador, a fungibilidade é fácil; se à ordem, o endosso em branco pode bastar, se admitido. O fato de haver sorteio, pelo número, não é óbice à fungibilização, se fica preestabelecido que o depositante tem comunicação do novo número antes do sorteio (sem razão, FRANCESCO MESSINEO, *Operazioni di borsa e di banca*, 330;

ADRIANO FIORENTINO, *Le Operazioni bancarie*, 256, que não aludem a essa possibilidade).

Se os títulos foram mencionados sem se referir o elemento individualizante que serve ao sorteio, o que se há de entender é que se abstraiu disso.

A fungibilização pode dar ensejo a contrato de depósito irregular, ou a contrato de mútuo. Numa e noutra figura, a propriedade passa ao depositário ou ao mutuário. Só a restituição pode individualizar o bem instituído. No mútuo, o fim do contrato é a transferência; no depósito irregular, efeito. Aqui, o que se entrega entrega-se para segurança da posse e, pois, da propriedade, a despeito da contingência da fungibilidade. Ali, o que o mutuante dá ao mutuário a êsse vai para seu uso e disposição. No mútuo, o mutuário só pagar interesses; no depósito, o depositante é que paga remuneração, pôsto que se possa admitir que o depositário conta juros a favor do depositante, ou o depositante remunera.

4. DEPÓSITO IRREGULAR E REGRAS JURÍDICAS CONCERNENTES AO CONTRATO DE MÚTUO. – Dentre as regras jurídicas sobre o mútuo, que o Código Civil diz invocáveis a respeito do depósito irregular – as dos arts. 1.256-1.264 do Código Civil – somente podem incidir, a propósito do contrato de depósito irregular e dos seus efeitos, o que não se choque com o conceito de depósito. Faltou, evidentemente, ao art. 1.280, mas subentende-se, o usual “no que fôr aplicável”. Passemos ao exame das regras jurídicas.

Não há dúvida quanto ao art. 1.256, 2.^a parte, onde se estabelece que “o mutuário” – portanto, na espécie, o depositário, se irregular o depósito – “é obrigado a restituir ao mutuante o que dêle recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade”. Apenas se há de notar que a expressão restituir é anfibológica, se se fala de o locatário de coisa restituir e de restituir o mutuário, de restituir o depositário ou o fiduciário, na propriedade fiduciária, e de restituir o comodatário. O depositante, no depósito irregular, restitui como o locatário de coisa, como o fiduciário, se a propriedade fiduciária volta ao constituinte do fideicomisso, e como o depositário, no depósito regular. Não é possível abstrair-se da diferença, a despeito da expressão “restituição”.

No art. 1.257 do Código Civil, estatui-se que o mutuante – portanto, na espécie, o depositante, se irregular o depósito – “transfere o domínio da coisa emprestada”, digamos depositada, “ao mutuário”, isto é, ao depositário, “por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição”. A sorte do bem e a do figurante são iguais num e noutro contrato. As razões

são óbvias: a fungibilidade obrigou a que se tivesse a posse recebida pelo depositário como posse própria, pela impossibilidade de determinação do bem possuído; nas duas relações jurídicas, tinha de incidir o mesmo princípio *Res perit domino*.

É invocável, no tocante ao depósito irregular, como a respeito do mútuo, o art. 1.258 do Código Civil, que trata de moeda de ouro ou de prata, observada a legislação especial.

No art. 1.259 do Código Civil diz-se que “o mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores, ou abonadores (art. 1.502)”. Cf. arts. 155 e 1.502. Se a figura do depósito irregular foi *in fraudem legis*, claro é que o art. 1.259 incide. Se houve depósito irregular, inválidamente feito, o que pode acontecer é trazer-se à discussão o art. 155 do Código Civil, ou o art. 1.260.

O art. 1.261 do Código Civil diz que “o mutuante pode exigir garantia da restituição, se antes do vencimento o mutuário sofrer notória mudança na fortuna”. Em princípio, o depositante pode exigir, quando entrega, a restituição do bem depositado, seja regular seja irregular o depósito (Código Civil, art. 1.268). Se irregular o depósito, o art. 1.261 do Código Civil incide, *a fortiori*.

O mútuo civil pode ser oneroso, se há cláusula expressa (Código Civil, art. 1.262). O mútuo mercantil dispositivamente o é (Código Civil, art. 248). O depósito irregular é gratuito, *mesmo se mercantil*. Na prática, a solução é sem grande alcance, devido a não ser freqüente o depósito irregular mercantil. O *depósito bancário* – assunto de que trataremos em conjunto com os outros negócios jurídicos bancários – exerce função relevante. O depósito irregular, como depósito, que é, tem de ser considerado gratuito, *dispositivamente*, mesmo porque o diferimento da restituição foi no interesse do *tradens*, e não do *accipiens*. Daí falar-se, no art. 1.265, parágrafo único, do Código Civil, de *gratificação* ao depositário, e não de *interesses* pagáveis por esse. Isso não importa vedar-se que se paguem interesses pelo depósito irregular, como é de praxe geral no depósito bancário.

O art. 1.264 do Código Civil não é invocável a propósito do depósito irregular.

Se algum prazo foi estabelecido entende-se a favor do depositante, e não do depositário. Nenhuma regra jurídica sobre termo do mútuo se há de invocar a propósito do depósito irregular, a despeito da referência do art.

1.280 ao art. 1.264. Se, no contrato a que se chamou depósito irregular, se diz que o bem depositado, produto agrícola, se destina a semeadura, ou ao consumo, não houve contrato de depósito irregular, mas sim contrato de mútuo, e o art. 1.264, I, incide. Se o depósito irregular foi de dinheiro, é exigível quando o depositante o queira, porque a prevalência do interesse do depositário o tornaria mútuo.

5. DEPÓSITO IRREGULAR E REGRAS JURÍDICAS SOBRE DEPÓSITO REGULAR. – Há regras jurídicas sobre depósito que são comuns ao depósito regular e ao depósito irregular e regras jurídicas sobre depósito peculiares ao depósito regular.

O depositário, no depósito irregular, faz-se dono e possuidor próprio do bem depositado. Isso não impede que o depositante invoque o art. 1.268 do Código Civil ou o art. 1.269 ou o art. 1.273, em vez de invocar outros princípios.

No art. 1.265, parágrafo único, do Código Civil permite-se a cláusula de gratificação ao depositário. A despeito da transferência da propriedade e da posse, o interesse do depositante pode ser tal que abra margem à cláusula de gratificação.

No art. 1.266, 2.^a parte, do Código Civil, há o dever de restituição do bem depositado “com todos os frutos e acréscidos”. O problema tem de ser considerado conforme as espécies. Se o objeto do depósito irregular foram *créditos*, êsses podem ter juros. Se foram ações ao portador, podem ter dividendos e bonificações em ações ou em dinheiro. São frutos e, salvo cláusula em contrário, restituíveis. Aliás, usa-se o depósito irregular de ações ao portador, com fins de o depositário participar em eleições, sem que êsse fique isento de restituir os proventos. O problema faz-se mais delicado se o objeto depositado é dinheiro. O dinheiro não produz frutos naturais nem frutos civis. Se o depositário, no depósito irregular, dá em mútuo o que recebera em depósito irregular e percebe juros, ou com o dinheiro comprou ações, ou animais, qualquer produto resulta do investimento que fez, e hão do contrato de depósito.

Se o depositário prometeu juros ou outro interesse do dinheiro, houve negócio jurídico de mútuo, e não negócio jurídico de depósito irregular.

O fato de existirem regras jurídicas a propósito de depósito regular que são invocáveis quando está em exame depósito irregular mostra que não é possível reduzir-se ao mútuo o depósito irregular. A técnica jurídica

poderia ter chegado a êsse ponto extremo; mas a ordem histórica impediu a inovação e foi bom que isso acontecesse.

(Quando se fala de *onerosidade* no depósito, há ambigüidade: ora se atende a que o depositante remunera, ora a que o depositário paga juros. Aqui, marcha-se para o lado da locação de coisas ou do mútuo; ali, para o lado da locação de serviços.)

Panorama atual pelo Atualizador

§ 4.666. A – Legislação

O art. 1.280 do CC/1916, que remete o depósito fungível à aplicação das regras sobre mútuo, corresponde ao art. 645 do CC/2002. A indicação das regras do mútuo que a que refere expressamente a norma revogada (arts. 1.256 a 1.264 do CC/1916), ora são disciplinadas pelos arts. 586 a 592 do CC/2002.

O art. 1.257 do CC/1916, corresponde ao disposto no art. 587 do CC/2002. Já o art. 1.258 do CC/1916, não foi reproduzido no Código Civil vigente. A regra sobre mútuo celebrado por pessoa menor, disciplinado pelo art. 1.259 do CC/1916, ora o é pelo art. 588 do CC/2002. Os arts. 155 e 1.502, revogados, sobre as consequências do contrato celebrado em proteção do incapaz e do fiador são reproduzidos nos arts. 180 e 837 do CC/2002. A ausência de obrigação do incapaz e do fiador cessa nas hipóteses do art. 1.259 do CC/1916, ora reproduzidos no art. 588 do CC/2002.

O art. 1.261 do CC/1916, que assegura ao mutuante exigir a restituição quando houver notória alteração da condição econômica do mutuário, corresponde ao art. 590 do CC/2002.

As disposições que regulavam o mútuo mercantil foram revogadas, unificando-se a disciplina do mútuo civil e do mútuo mercantil no Código Civil de 2002, do qual se presumem devidos juros se realizado com fins econômicos (art. 591 do CC/2002), ao contrário do art. 1.262 do CC/1916, que admitia a cobrança apenas por cláusula expressa.

O art. 1.268 do CC/1916 é reproduzido pelo art. 633 do CC/2002, determinando o dever de restituição incontinenti do bem pelo depositante ao depositário, salvo nas hipóteses em que o objeto foi judicialmente embargado, recaia sobre ele execução notificada ao depositário, ou tenha motivo razoável para suspeitar que se trata de coisa furtada ou roubada. O art. 1.269 do CC/1916, que Pontes de Miranda sugere poder ser invocado também no depósito irregular, prevê a providência do depositário de requerer que seja encaminhado ao depósito público, frente à suspeita de que o bem tem origem ilícita, sendo reproduzido pelo art. 634 do CC/2002. O depositário, no depósito irregular, faz-se dono e possuidor próprio

do bem depositado. Isso não impede que o depositante invoque o art. 1.268, art. 1.269 ou o art. 1.273, do CC/2002 em vez de invocar outros princípios. O art. 1.273 do CC/1916, foi reproduzido pelo art. 638 do CC/2002, admitindo a possibilidade de compensação apenas entre créditos de mesma natureza, decorrentes de contratos de depósito.

A possibilidade do contrato de depósito ser oneroso, mediante gratificação do depositário, previsto no art. 1.265, parágrafo único, do CC/1916, hoje corresponde ao art. 628 do CC/2002, que amplia a hipótese para os casos em que se estipule remuneração por convenção, se resultante de atividade comercial ou se o depositário o praticar por profissão. O art. 1.266, 2.ª parte, do CC/1916, corresponde ao art. 629 do CC/2002, que obriga o depositante a ressarcir com todos os frutos e acrescidos.

§ 4.666. B – Doutrina

Sustenta a doutrina contemporânea que o princípio do *res perit dominum* não se aplica ao depósito irregular, uma vez que o gênero não perece (*genus non perit*) (LOPEZ, Teresa Ancona. Op. cit., p. 412). Aí o fundamento pelo qual se diz que suporta o caso fortuito (LORENZETTI, Ricardo. *Contratos. Parte especial*, II. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003. p. 525). Todavia, aspecto frequentemente destacado pela doutrina para distinguir o depósito irregular e o mútuo é de que enquanto o primeiro tem por finalidade precípua atender ao interesse do depositante, o outro é empréstimo, e como tal visa atender o interesse do mutuário de fazer uso da coisa (ANDRIGHI; BENETI; ANDRIGHI. Op. cit., p. 412).

§ 4.666. C – Jurisprudência

Conforme a jurisprudência, configura espécie de contrato misto de depósito e mandato a entrega de títulos ao banco para que efetue a cobrança, respondendo por eventual extravio (STJ, REsp 6.298/DF, 4.ª T., j. 26.04.1994, rel. Min. Fontes de Alencar, DJU 27.06.1994). O mesmo ocorre em depósito de grãos junto ao ente público de armazenamento, que responde pelo desvio ou extravio do produto (TRF-4ª Reg., ApCiv 2003.04.01.049641-6/RS, 3.ª T., j. 20.01.2009, rel. Maria Lúcia Leiria, p. 26.02.2009). Observe-se o mesmo, ainda, no desembarço aduaneiro de mercadoria perecível, pode-se constituir o representante legal da empresa como depositário em depósito irregular (TRF-4.ª Reg., Ag 2007.04.00.024323-7, 1.ª T., j. 05.09.2007, rel. Álvaro Eduardo Junqueira, p. 25.09.2007). Não cabe, todavia, pedido de restituição do depósito bancário pelo depositante, com fundamento na Lei de Falências, dado o regime especial de liquidação a que se submetem as instituições financeiras (STJ, REsp 501.401/MG, 2.ª Seção, j. 14.04.2004, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 03.11.2004). Nesse sentido, entende-se que passam a integrar a massa falida (STJ, REsp 492956/MG, 1.ª T., j. 06.03.2003, rel. Min. José Delgado, DJ 26.05.2003).

CAPÍTULO IV DEPÓSITO NECESSÁRIO

§ 4.667. CONCEITO E NATUREZA DO DEPÓSITO NECESSÁRIO

1. CONCEITO. – Por vêzes, em virtude de leis de direito público, o Estado toma posse de bens alheios, ou por *medidas cautelares*, ou por *medidas executivas*, ou por *medidas de requisição* (Constituição de 1946, art. 141, § 16, 2.^a parte). O Estado responde como se tivesse havido contrato de depósito.

Lê-se no Código Civil, art. 1.282: “É depósito necessário:

I. O que se faz em desempenho de obrigação legal (art. 1.283).

II. O que se efetua por ocasião de alguma calamidade, como o incêndio, a inundação, o naufrágio ou o saque”. O art. 1.283 acrescenta: “O depósito de que se trata no artigo antecedente, n.º I, rege-se-á pela disposição da respectiva lei, e, no silêncio, ou deficiência dela, pelas concernentes ao depósito voluntário (arts. 1.265 a 1.281)”. E parágrafo único: “Essas disposições aplicam-se, outrossim, aos depósitos previstos no art. 1.282, n.º II; podendo estes certificar-se por qualquer meio de prova”.

O art. 1.282 do Código Civil não é exaustivo. A necessidade do depósito tem abrangência maior, razão por que começamos por apontar casos a que o art. 1.282 não se referiu.

2. BAGAGENS DE VIAJANTES, HÓSPEDES OU FREGUESES, NAS HOSPEDARIAS, ESTALAGENS OU CASAS DE PENSÃO. – Lê-se no art. 1.284: “A esses depósitos” – está-se a falar dos depósitos necessários – “é equiparado o das bagagens dos viajantes, hóspedes ou fregueses, nas hospedarias, estalagens ou casas de pensão onde elas estiverem”. E no parágrafo único:

“Os hospedeiros ou estalajadeiros por elas responderão como depositários, bem como pelos furtos e roubos que perpetrarem as pessoas empregadas ou admitidas nas suas casas”.

Quem permanece, ainda que por poucas horas, em hotel, hospedaria, estalagem, albergue ou casa de pensão, precisa de guardar o que consigo traz. Saindo, só as gentes do hotel, da hospedaria, da estalagem, do albergue ou da casa de pensão podem vigiar o que, por minutos, por horas, ou por dias, ou por mais tempo, o freguês deixou. Não se pode, indistintamente, considerar de depósito qualquer das situações estabelecidas, nem como sendo sempre de natureza diversa da situação contratual de depósito.

As opiniões pendem para a unicidade de figura jurídica. Assim, aparecem as que assentam só haver, em todos:

a) *Responsabilidade legal do hospedeiro*, decorrente do fato de haver consentido na introdução de equipagem no lugar em que exerce a sua indústria (L. ENNECCERUS-H. LEHMANN, *Lehrbuch*, II, 14.^a recomp., 694; G. PLANCK, *Kommentar*, II, 4.^a ed., 715; PAUL OERTMANN, *Das Recht des Schuldverhältnisse*, 842; H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, II, 2, 645; CARL CROME, *System*, II, 752, nota 7; F. ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, 1167, nota 7; F. SCHOLLMAYER, *Recht der Schuldverhältnisse*, 137; JOSEF ESSER, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 338; H. SIBER, *Schuldrecht*, 377).

b) *Efeito do contrato de hospedagem* (A. LANGEN, *Die privatrechtliche Stellung der Wirthe und der Gastaufnahmevertrag*, 27 s.).

Aí, tem-se o contrato pelo qual se aloja alguém com a sua bagagem como irradiador do efeito de *dever de custódia*, de modo que hospedar é, necessariamente, assumir tal dever. Em todo o caso, advirta-se em que seria de levantar-se a questão de ser permitida, ou não, a cláusula que pré-excluisse êsse efeito. Noutros têrmos: seria de discutir-se se a regra jurídica, não escrita, sobre o dever de custodiar, é *ius cogens*, ou *ius dispositivum*, ou mesmo *ius interpretativum*.

c) *Efeito de contrato especial de hospedagem* distinto do efeito do contrato de hotel ou de albergue (K. POLENSKE, *Gastschaftsverträge*, 313 s.).

Segundo tal opinião, há contratos de hospedagem de que resulta o dever de custódia e contratos de hospedagem de que não deriva tal efeito. A regra seria a não produção do dever de custódia, pelo menos do dever de custódia que importasse a figura do depósito. Essa opinião levaria a ter-se de fixar qual a espécie de contrato de hospedagem de que se emanaria o dever de guardar em depósito.

d) Efeito de contrato autônomo de depósito (OTTO GIERKE, Deutsches Privatrecht, III, 743).

A opinião d) nega o efeito de dever de custodiar, que implique ser depositário o hospedeiro. Exige que se haja concluído, expressa ou tácitamente, contrate de depósito, que funcionaria como pacto adjecto, ou talvez como contrato inteiramente à parte, isto é, sem adjecticidade.

No direito brasileiro, a despeito do art. 1.284 do Código Civil, que se poderia interpretar como se houvesse adotado a solução b), ou a solução d), não se pode assumir qualquer atitude *a priori*.

O contrato de hospedagem é *unitário*, a despeito da pluralidade de prestações que dêle derivam, a cargo do hospedeiro. O mais simples é o contrato de casa de cômodo, uma vez que se aloja o hóspede sem se lhe fornecer comida. Discute-se se a prestação principal é a do alojamento, o que faria contrato de locação de coisa qualquer contrato de hospedagem, ou se o contrato é misto (locação de coisa, de obra e de depósito); ou se é contrato atípico.

A responsabilidade do hoteleiro tem limite *espacial*. Só é responsável pelo que está ao hotel, ou em carro do hotel, ou já está ou ainda está em mãos dos seus empregados. Tem-se como incluso no espaço custodiante o que foi entregue. Se foi dada ficha ou cartão para retirada, tem-se como atribuída ao hotel a posse mediata para obtenção da posse imediata: até esse momento, a responsabilidade é de mandatário, e não de depositário; recebido o bem, inicia-se a responsabilidade de depositário. Mas a responsabilidade do hoteleiro começa de ser responsabilidade de depositário desde o momento em que êle retarda, sem ser por caso fortuito ou força maior (que êle tem de provar), a retirada dos bens a que a ficha, o recibo, ou o cartão se refere.

Há também limite *funcional*. A responsabilidade do hoteleiro é somente quanto ao que é de uso normal do freguês.

Há limite *temporal* à responsabilidade: é preciso que já esteja concluído o contrato de hospedagem, reputando-se conclusão do contrato a resposta de haver quarto, ou apartamento, ou lugar para o hóspede. Se o dano ocorreu antes da resposta negativa, a responsabilidade rege-se pelos princípios comuns.

Cumpra observar-se que, mesmo nos casos em que não há responsabilidade de depositário, por parte do hoteleiro ou outro explorador de acomodações, nem outro dever de custódia, pode êle ser responsável pelos danos,

segundo o direito comum, ainda extracontratualmente, quer provenham de culpa sua, quer de seus empregados.

Os bens *entregues* e os bens *portados* não têm o mesmo trato. Os bens entregues podem ser *portáteis*, ou não; os bens portados são os que são portáteis (e. g., a mala de mão, a pasta, a bolsa de viagem) e os que foram levados com o viajante como se portáteis fossem (e. g., a mala que o viajante ou o hóspede quis que pusessem no apartamento, quarto ou cabina).

A responsabilidade do hospedeiro não é a mesma se o bem lhe foi entregue, ou se o bem apenas foi portado ao hotel, porém a diferença é pequena. Maior é a que concerne àqueles objetos que o hóspede traz sempre consigo, como o relógio de bolso ou de punho, a cigarreira e o isqueiro.

Se algum bem foi entregue ao hoteleiro para guarda, há custódia especial, não se devendo pensar apenas no art. 1.285 do Código Civil, pois há o elemento da voluntariedade (arts. 1.267-1.275). A acessoriedade dilui-se, tanto assim que pode ter deixado o hotel o freguês e ter pedido que os bens continuassem em custódia especial. A gratuidade não é obstáculo a essa conclusão.

Sempre que falamos de hoteleiro, aludimos a quaisquer hospedeiros, inclusive hospitalais, estabelecimentos balneários de estadia, ônibus com leitos, navios em que se dorme, aeronaves e trens de leito. O que importa é indagar-se se, na espécie, o freguês poderia custodiar êle mesmo os bens que não possam ficar consigo, ou não se costuma pôr sob a vigilância do próprio freguês.

Quem permanece no hotel, ou na pensão, ou mesmo em clube que hospeda, tem de pôr nas dependências do prédio as malas e outros objetos. Desde o momento em que os empregados retiram as malas e os pacotes e os levam para lugares que não são de freqüência ordinária, o que se há de entender é que os coloca onde fique a coberto de furtos e êrros de entrega. Não se compreende que não haja chaves, ou vigias em número suficiente. A solução a) é a que se impõe se não há elementos a mais, que se hajam de levar em conta. Uma vez que há a entrada e colocação de equipagem, há responsabilidade, sem que se tenha de alegar e provar a culpa do hospedeiro ou dos seus empregados.

Todavia, se há nota das peças entregues, ou se é de interpretar-se que o contrato supõe a dação de lugar, a solução b) intervém.

Porém não só. Se há quartos ou espaços que se tomam (=se pagam) à parte, como se o preço do hotel é *x e mais y* para as bagagens de porão, há a

figura da solução c). Quando os registos do hotel avisam que, a respeito de jóias e valores estranhos às vestes, sapatos e chapéus, a responsabilidade só existe se foram entregues para depósito, há a figura da solução d).

No que observamos quanto aos hotéis de muitos Estados-membros do Brasil, ressaltou que há as quatro figuras. Uma só não esgotaria o problema.

¿Como se há de interpretar o art. 1.284 do Código Civil?

Primeiramente, o art. 1.284 do Código Civil nada tem com os restaurantes e outros estabelecimentos que somente fornecem comida e bebida. Aí, os chapéus e pacotes quase sempre são dados ao porteiro, ou ao chapeleiro, às vezes com o cartão ou a ficha. Nem o art. 1.284 do Código Civil pode ser invocado se o hospital ou casa de saúde não tem leitos para dormidas à noite, ou para internações. No tocante aos vagões-leitos, o art. 1.284 somente há de incidir se a bagagem não fica junto ao viajante. Se fica, a solução é a).

O art. 1.284 do Código Civil de modo nenhum pode ser invocado pela pessoa que apenas visita o hoteleiro, ou é hóspede pessoal (invitado) da pessoa que é o gerente ou o hoteleiro, e não da empresa.

A responsabilidade começa desde que o motorista, ou encarregado de fregueses do hotel, os apanha no porto, ou no aeroporto, ou na estação ferroviária ou rodoviária. Ou desde o momento em que o hotel já devia estar de posse, imediata, dos bens de cuja retirada se incumbiu.

É preciso que o dano tenha sido por perda ou mau trato da bagagem. Tanto pode ser aos bens que chegaram com o hóspede, como aos que ele recebeu depois, mesmo se não pertencem ao hóspede, posto que só o hóspede possa reclamar. Idem, quanto aos bens que chegaram antes do hóspede e foram recolhidos como bens de hóspede a chegar.

Não há a responsabilidade do hotel se o dano é imputável ao próprio freguês, a empregado desse ou a pessoa da sua família, ou a pessoa recebida pelo hóspede, ou sua família, ou empregado. Idem, se houve força maior (cf. Código Civil, art. 1.277). Mas ao hospedeiro incumbe o ônus da prova.

A pré-exclusão negocial da responsabilidade é permitida, desde que escrita e com explícita aceitação do freguês. Não basta o cartaz, o letreiro, o aviso posto na portaria ou no apartamento. Todavia, a cláusula pré-exclusiva deixa margem à responsabilidade por culpa do hoteleiro ou do serviço; e nula, por ilícita, é a cláusula que não se coadune com a indústria de hospedagem e de hotéis, e. g., com os regulamentos.

O art. 1.284 do Código Civil não apanha os ônibus e os carros de viagem, porque aí o contrato é de transporte, e não de hospedagem, nem os lugares em que se toma banho de mar ou de piscina, barcos de passeio, ou barracas de praia. Ainda assim, há hospedagem nos navios, aeronaves, ônibus, e outros veículos em que se dorme. Por outro lado, se há entrega de trinetes, estabelece-se a responsabilidade pela custódia de que adiante se falará.

Não há inteira correlação entre a responsabilidade do hospedeiro e o seu eventual direito de penhor legal. Responde ele pela perda ou dano dos bens, não pertencentes ao hóspede, que por ele foram levados para a guarda do hotel (PAUL OERTMANN, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 846), embora ao dono, não hóspede, faltem a pretensão e a ação; e não tem direito de penhor legal sobre o que se acha na bagagem sem ser do hóspede (G. PLANCK, *Kommentar*, II, 4.ª ed., 724; OTTO GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, III, 745; A. LANGEN, *Die privatrechtliche Stellung der Wirthe und der Gastaufnahmevertrag*, 130; A. STURM, *Die Einbringung von Sachen bei Gastwirten nach dem Recht des BGB.*, 31).

A responsabilidade do hospedeiro supõe a existência de contrato de hospedagem entre o hospedeiro e o hóspede, devendo-se evitar a referência a hospedeiro e a pessoa que sofreu o dano. O dano pode ser a bem que está com o hóspede, como se é empregado de empresa e tem consigo amostras ou encomenda. O que importa é que o cliente haja introduzido no hotel o bem a que se refere o dano, ou haja entregue a empregado do hotel, mesmo se no aeroporto, ou no porto de mar ou de rio ou de lago, ou na estação de trem ou de outro veículo.

Não importa qual o tempo que haveria de durar, ou durou, a hospedagem.

Pôsto que as leis especiais, de ordem administrativa, exijam formalidade de inscrição de hóspede, a introdução com permissão tácita basta para que se tenha como concluído o contrato de hospedagem. Se a pessoa, a cuja presença no hotel se liga a estada de objeto, não é cliente, a responsabilidade do hospedeiro rege-se pelos arts. 159 e 1.521, III e V, do Código Civil. Lê-se no art. 1.521, IV, que são também responsáveis pela reparação civil “os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos”. Já o art. 1.521, III, estatui também ser responsável “o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou por ocasião

dêle (art. 1.522)". A distinção é de relevância, porque, se é de invocar-se o art. 1.284 e parágrafo único, rege o art. 1.285, ao passo que, nas espécies que se prendem aos arts. 159 e 1.521, III e IV, a quem sofreu o dano é que incumbe fazer a prova da culpa do hospedeiro.

O direito brasileiro não tem regra jurídica escrita que distinga da responsabilidade em se tratando de bem entregue ao hospedeiro a responsabilidade se o bem foi apenas levado ao hotel, ou hospedaria, ou estalagem, ou albergue, ou casa de cômodos. A distinção tem relevância pela *precisão* que se dá com o dever de custódia se o bem foi entregue para guardar.

Aí, o guardar é guardar especialmente (*e. g.*, em quarto especial, em cofre, em lugar seguro, em lugar fresco ou quente).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 4.667. A – Legislação

Refere-se, Pontes de Miranda, ao poder do Estado para requisitar bens, hipótese que na Constituição de 1988, em vigor, está prevista como efeito da decretação do estado de sítio (art. 139, VII), na forma disciplinada por lei federal (art. 22, III). Nesses casos observa que o Estado responde como se tivesse havido contrato de depósito.

As hipóteses de depósito necessário previstas no art. 1.282 do CC/1916 são reproduzidas integralmente pelo art. 647 do CC/2002. O mesmo ocorre com o art. 1.283 da lei revogada e o art. 648 vigente, *caput* e parágrafo único, que remetem a disciplina do depósito necessário pelo desempenho de obrigação legal às respectivas leis ou às regras de depósito voluntário.

O art. 1.284 do CC/1916, de sua vez, equivale ao texto atualizado do art. 649, do Código Civil vigente, equiparando ao depósito necessário o de bagagens dos viajantes ou hóspedes nas hospedarias onde estiverem. Assim também o parágrafo único desse artigo, ao indicar a responsabilidade das hospedarias pelos furtos e roubos realizados por empregados ou pessoas admitidas no estabelecimento. O art. 1.285 revogado estabelece as causas de exclusão de responsabilidade, tal qual o art. 650 vigente, que lhe simplifica a redação indicando que não responde o hospedeiro se provar que o fato não poderia ser evitado. Todavia, considerando a indicação de Pontes de Miranda nas situações em que na entrega pelo hóspede ao hospedeiro, há voluntariedade, invoca os arts. 1.267 e 1.275 do CC/1916, que correspondem aos arts. 630 e 640 do CC/2002.

A sistemática da responsabilidade civil nestes casos, segundo o direito vigente, é que difere sensivelmente da disciplina legal examinada por Pontes de Miran-

da. Inicialmente, mencione-se que a técnica legislativa do Código Civil de 2002 alterou-se. Neste sentido, enquanto no Código Civil anterior o art. 159 configurava cláusula geral de atos ilícito, contendo suporte fático e sanção, correspondente ao dever de indenizar, no Código Civil vigente o art. 186, que lhe corresponde, restringe-se à definição conceitual do ato ilícito, com o acréscimo de previsão expressa do dano moral que dele pode resultar. A obrigação de indenizar, contudo, consta em título próprio, da responsabilidade civil, no art. 927, cabível também a uma segunda sanção de ato ilícito constante na parte geral, do art. 187 do CC/2002 (do abuso do direito). Decisivo, contudo, é que o parágrafo único do art. 927 vigente, impõe também uma nova causa de responsabilidade, esta independente de culpa, com fundamento no risco da atividade, na medida em que imputa o dever de indenizar os danos causados pelo titular da atividade que por sua natureza gere risco aos direitos de outrem.

Mais expressivo ainda, deve-se dizer, é a incidência, como regra, aos contratos de hospedagem, e conseqüentemente ao depósito que a eles se vincula, do Código de Defesa do Consumidor. Considerando que, como regra, trata-se de hospedagem remunerada realizada como parte de atividade profissional no mercado de consumo, incide a legislação consumerista, que no caso impõe a regime de responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores, tanto no tocante ao fato do serviço (art. 14), quanto por vício do serviço (art. 20), e os prejuízos que causem aos consumidores-hóspedes e, mesmo, a terceiros. Neste último caso é de relevo, igualmente, o art. 932, III a V, do CC/2002, que reproduz, na essência, o disposto no art. 1.521, III a V, do CC/1916 em disciplina à responsabilidade por fato de terceiro, no qual o sistema vigente impõe responsabilidade objetiva aos empregadores, hospedeiros e aqueles que gratuitamente concorrem com o produto do crime, até a respectiva quantia.

§ 4.667. B – Doutrina

A referência legal às hospedarias, conforme aduz a doutrina, deve ser entendida como exemplificativa, uma vez que pelo mesmo critério deve fazer a norma abranger todos os lugares que ofereçam hospedagem por dinheiro, como é o caso de alguns colégios e pousadas (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. III, p. 337).

Aspecto essencial a ser atualizado no entendimento de Pontes de Miranda, especialmente em relação a alterações legislativas que serviram para alterar a natureza da responsabilidade do hospedeiro no contrato de hospedagem diz respeito à natureza objetiva dessa, independente de culpa, seja em razão das disposições do Código de Defesa do Consumidor que a ele se aplicam, seja pela regra do Código Civil. Constitui, entretanto, responsabilidade por risco do negócio. Nesse sentido, há um reconhecimento da doutrina contemporânea, do acerto da lição de Pontes de Miranda, compreendendo o contrato de hospedagem e de depósito com um mesmo caráter unitário que lhe empresa finalidade. Ou, ainda, sua acessoriedade ao contrato de hospedagem (GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Dos contratos de hospedagem, transporte de passageiros e de turismo*. São Pau-

lo: Saraiva, 2007. p. 36; RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos bancários*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 643).

A doutrina largamente majoritária reconhece que as hipóteses em que se dá o contrato de hospedagem, como regra se constituem relação de consumo (Lopez, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 7, p. 424; Tepedino, Gustavo; Barbosa; Moraes. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, p. 414). Nesse sentido é atraído, igualmente, o depósito que lhe é parte integrante. Isso porque, ademais, o depósito necessário neste caso não é gratuito. O art. 651 do CC/2002, define que a remuneração do depósito está incluída no preço da hospedagem.

Da mesma forma, há convergência com o entendimento de Pontes de Miranda no sentido de que o dever do hospedeiro nasce desde a entrega da bagagem, mesmo antes do preenchimento ou assinatura de ficha ou termo que formaliza a hospedagem. Alguns autores, diante desta situação, falam mesmo em responsabilidade pré-contratual (Lôbo, Paulo. *Direito civil – Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 402). Pressupõem, contudo, a necessidade de formalização do contrato, o que nem sempre é de exigir. Certo é que o dever de custódia não se extingue necessariamente com a hospedagem, uma vez que mantidas as bagagens em poder do hospedeiro, persiste a eficácia de depósito.

Questão mais difícil estará na interpretação atual da distinção bem posta por Pontes de Miranda entre bens entregues e bens portados. Os primeiros, entregues ao hospedeiro, o são em depósito. Não os segundos. E nesse caso, eventual responsabilidade por extravio desafia, na prática, a responsabilidade dos hospedeiros, que é objetiva, e a possibilidade de prova pelo hóspede de que o bem em questão estava nas dependências do estabelecimento hoteleiro quando desapareceu. Nesse caso, a indicação da inversão do ônus da prova, como permite o Código de Defesa do Consumidor (art. 6.º, VIII), a ocorrer nas situações autorizadas pela norma e segundo convencimento judicial, não é suficiente para dar uma resposta única à questão. Isso porque, se não há dúvida da responsabilidade objetiva do estabelecimento hoteleiro também neste caso, não é menos verdadeiro que nem sempre terá o hóspede – ou porque não aconteceu, ou porque não tem meios de provar – como demonstrar o dano. O mesmo ocorre nas situações indicadas por Pontes de Miranda de estabelecimentos em que a guarda de peças de roupa ou pacotes se faz mediante entrega de cartão ou ficha, hipótese em que servem de prova, ou no mínimo, para juízo de verossimilhança de que trata o art. 6.º, VIII, do CDC.

Por fim, refira-se que o regime de responsabilidade previsto no Código de Defesa do Consumidor tem natureza objetiva e solidária, abrangendo todos os membros da cadeia de fornecimento (arts. 14 e 20).

§ 4.667. C – Jurisprudência

Fundamenta, a jurisprudência, a responsabilidade do hospedeiro no risco do negócio (TJRJ, ApCiv 0016990-10.2009.8.19.0208, 9.ª Câm. Civ., j. 07.06.2011, rel. Des. Carlos Eduardo Moreira da Silva), mediante aplicação do Código de De-

CAPÍTULO V EXTINÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE DEPÓSITO

§ 4.673. CAUSAS DE EXTINÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA E DEPÓSITO

1. DEPÓSITO E EXTINÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA. – A relação jurídica de depósito extingue-se pelas mesmas causas pelas quais se extinguem as outras relações jurídicas contratuais. Se o contrato de depósito é nulo, não há relação jurídica de depósito. Se é anulável, a desconstituição do contrato extingue a relação jurídica. Há, ainda, outras causas de desconstituição, uma das quais é a resolução ou a rescisão. Se o depósito é com dano de uso, há a rescindibilidade por vícios do objeto depositado.

2. RESTITUIÇÃO DO BEM DEPOSITADO. – Se a relação jurídica de depósito se extingue, tem de ser restituído o objeto depositado. Se a causa da extinção é o advento de termo, ou o implemento de condição, ou o termo foi convencionado no interesse do depositário, ou o foi no interesse do depositante. O depositário vinculou-se a custodiar, de modo que o restituir tem significação especial, pois o interesse do depositante permaneceu durante todo o tempo da relação jurídica.

Se nenhum termo se fixou no contrato de depósito, nem há condição, a presunção de ser o depósito no interesse do depositante induz a que êsse possa, a qualquer momento, denunciar o contrato (denúncia vazia) e exigir a entrega. Não importa se o depósito é gratuito, ou se é remunerado.

Quanto ao depositário, reconhece-se-lhe o direito à denúncia, mas à *denúncia cheia*. O art. 1.270 do Código Civil diz que êle pode, por *motivo plausível*, denunciar o contrato e restituir o bem depositado. Se o deposti-

tante não o quer receber, pode o depositário requerer o *depósito judicial*. É assim que se há de entender o art. 1.270.

O direito escrito brasileiro não diz qual o trato de tempo que há de correr entre o ato de denúncia e a entrega do bem depositado ao depositante. O prazo há de ser *prazo razoável*, conforme a espécie.

3. PLURALIDADE DE DEPOSITANTES. – Se o contrato foi concluído por dois ou mais depositantes, ou a favor de dois ou mais terceiros, a quem se há de fazer a restituição, ou há divisibilidade do bem depositado e incide o art. 1.274 do Código Civil, ou não há divisibilidade. Pode dar-se: *a*) que todos sejam acordes em que a tradição seja a um ou mais, com ou sem a presença de todos; *b*) que um só ou só alguns tenham exigido a entrega, ou compareçam para receber o bem depositado. Se o bem é divisível, há a restituição *pro parte*, de modo que, se um só exige, só esse recebe a sua parte. Se algum ou todos exigem, cada um recebe a sua parte. Tal solução é resultante do *ius dispositivum* do Código Civil, art. 1.274; de jeito que pode haver, em virtude de cláusula expressa, solidariedade. No direito italiano, a solução é diferente (cf. Código Civil italiano, art. 1.772).

No direito brasileiro, também é possível, além da ação de depósito, regulada nos arts. 366-370 do Código de Processo Civil, a ação de preceito cominatório (art. 302, XII).

Se o único depositante falece e há herdeiros, o art. 1.274 do Código Civil é de invocar-se.

Se há pluralidade de depositantes e algum ou alguns falecem, o art. 1.274 do Código Civil incide, devendo a quota do falecido ser dividida pelos seus herdeiros, ou as quotas dos falecidos ser divididas pelos herdeiros.

No caso de indivisibilidade, sem haver solidariedade, ou todos os depositantes exigem a restituição, ou o exigem os depositantes vivos e o herdeiro ou os herdeiros do falecido ou dos falecidos, ou o depositário pede o depósito do bem, invocando o art. 1.270 do Código Civil.

4. PLURALIDADE DE DEPOSITÁRIOS. – A pluralidade pode ser de depositários. Se há dois ou mais depositários, a restituição pode ser exigida a qualquer dêles. Aí, há solidariedade *ex lege* (Código Civil art. 904).

Se faleceu algum dos depositários e a *res deposita* é divisível, a cada herdeiro só se pode exigir a quota que lhe corresponde (Código Civil, art. 905).

Se algum ou alguns dos depositários não têm a posse imediata, por ter sido mediatizado, ou terem sido mediatizados, o que tem a posse imediata e vai entregar o bem depositado tem o *dever de aviso* ao outro ou aos outros depositários que não têm posse imediata. Se falta o aviso, o depositário que restitui responde pelos danos que possam resultar da sua omissão.

5. DEPOSITÁRIO TORNADO INCAPAZ. – Se o depositário se tornou incapaz (ou se o era e sobreveio a interdição), o curador tem de diligenciar para que imediatamente seja restituído o bem depositado, ou sejam restituídos os bens depositados. Lê-se no art. 1.276 do Código Civil: “Se o depositário se tornar incapaz, a pessoa que lhe assumir a administração dos bens, diligenciará imediatamente restituir a coisa depositada, e, não querendo ou não podendo o depositante recebê-la, recolhê-la-á ao depósito público, ou promoverá a nomeação de outro depositário”. Esse depositário, que o juiz nomeia, é depositário judicial, e não o depositário público. A fonte foi o Projeto de Coelho Rodrigues, art. 1.117: “Quando o depositário se torna incapaz, a pessoa que assumir a administração dos seus bens deverá promover logo a entrega da coisa e, se o depositário não quiser ou não puder recebê-la, deverá pedir a transferência dela para o depósito público, ou a nomeação de outro depositário”. Há bens depositados para os quais não seria recomendável a remessa para o depósito público. Ao fazer o pedido de depósito judicial, o curador escolhe, sem que o juiz fique adstrito a essa escolha.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 4.673. A – Legislação

O art. 1.270 do CC/1916, que admite a possibilidade do depositário denunciar o contrato e restituir o bem por motivo plausível, e havendo resistência do depositante, requerer depósito judicial, é reproduzido pelo art. 635 do CC/2002.

O art. 1.274 do CC/1916, que disciplina o contrato quando existam mais de um depositante de coisa divisível, é reproduzido pelo art. 639 do CC/2002, com alterações de redação que não lhe retiram a identidade de sentido.

A ação de depósito, no Código de Processo Civil vigente, constitui procedimento especial regulado pelos arts. 901 a 906 do CPC – os artigos mencionados por Pontes de Miranda, neste particular, remontam ao Código de Processo Civil de 1939. No que se refere à ação cominatória para que alguém realize ou se abstenha de realizar determinado ato, o sentido do art. 302, XII, do CPC/1939 é contemplado

e ampliado, atualmente, pelo disposto no art. 461 do CPC vigente. A regra geral de solidariedade no Código Civil vigente consta nos arts. 275 e 276, que reproduzem o disposto nos arts. 904 e 905 do CC/1916. A incapacidade do depositário, a que se refere o art. 1.276 CC/1916, é disciplinado pelo art. 641 do CC/2002.

A Lei 2.313/1954, estabelece que o depósito regular e voluntário de bens de qualquer espécie se extingue em vinte e cinco anos. Havendo decurso de prazo, devem ser recolhidos ao Tesouro Nacional, e se não reclamados no prazo de cinco anos, se incorporam ao patrimônio nacional, com exceção das contas de depósito popular, que são imprescritíveis.

§ 4.673. B – Doutrina

Converge a doutrina com relação às causas de extinção do contrato de depósito, seja por inadimplemento, pelo advento do termo, mediante exigência do depositante, ou a perda da coisa (Lobo, Paulo. *Direito civil – Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 408). Por outro lado, quando há morte do depositário, nem sempre se extingue o depósito, no que podem seguir seus sucessores, especialmente para assegurar a guarda e restituição. No caso de incapacidade do depositário a extinção do contrato se dá quando o contrato for exclusivamente *intuitu personae* (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. 3. p. 336; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – Contratos em espécie*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 264).

Por outro lado, nota-se abertura da doutrina para identificar situações que a teor do art. 635, do CC/2002, possam constituir motivo plausível para o depositário requerer o depósito judicial caso não possa guardar a coisa, e recuse-se o depositante a recebê-la, que de regra guardam sentido com a superveniência da incompatibilidade do exercício do dever de guarda.

§ 4.673. C – Jurisprudência

Precedentes judiciais assentam que a morte do depositário não extingue necessariamente a ação de depósito, que segundo a jurisprudência, pode prosseguir contra os herdeiros, visando à cobrança da dívida (TRF-4.ª Reg., ApCiv 0013751-19.1998.404.7100, j. 30.08.2010, rel. Marga Inge Barth Tessler, *DE* 13.09.2010). Da mesma forma, orienta-se a jurisprudência, no depósito irregular, que quando os bens, por ato de império, ficam sob guarda do Estado, não responde o depositário original (banco) pelo dever de custódia (STJ, REsp 53.282/SP, 3.ª T., j. 28.11.1995, rel. Min. Cláudio Santos, *DJ* 05.02.1996). Não é o caso de correções de valores depositados em conta, pela incidência de planos econômicos governamentais, pelos quais a instituição financeira tem legitimidade ativa para responder (STJ, REsp 253482/CE, 4.ª T., j. 03.08.2000, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 25.09.2000). No depósito bancário, provado o depósito cabe ao depositário restituir ou provar transferência dos valores ao Tesouro Nacional, nos termos da Lei 2.313/1954 (TJRS, ApCiv 70045323128, 20.ª Câmara, j. 14.12.2011, rel. Carlos Marchionatti).

§ 4.674. PARTICULARES EVENTUALIDADES NO TOCANTE À RESTITUIÇÃO

1. RESTITUIÇÃO VOLUNTÁRIA E RESTITUIÇÃO EXIGIDA. – O depositário restitui, nas espécies em que pode, por vontade sua, restituir, e pode ter de restituir por exigência do depositante ou de terceiro legitimado.

2. RESTITUIÇÃO AO TERCEIRO REFERIDO NO CONTRATO. – Se o bem foi depositado em nome de terceiro, houve contrato a favor de terceiro e regem os arts. 1.098-1.100 do Código Civil. A substituíbilidade do terceiro somente ocorre se foi reservado pelo depositário o direito de substituição.

Se foi convencionado que não se restituiria ao depositante o bem depositado sem que houvesse assentimento ou consentimento do terceiro, não houve, propriamente, contrato a favor de terceiro, porque não se falou de restituibilidade ao terceiro, mas sim ao depositante, com a anuência do terceiro. Algumas vezes é recomendável essa cláusula, que reconhece interesse do terceiro sem que o contrato seja a favor dele. Não tem o terceiro pretensão à restituição, mesmo em alternativa com a pretensão do depositante.

Se no contrato de depósito ou em pacto adjecto foi dito que o depósito é feito também no interesse de terceiro, sem cláusula de substituíbilidade (Código Civil, art. 1.100), o depositário não pode restituir ao depositante o bem depositado, sob pena de ter de ressarcir os danos ao terceiro, se não mais pode ser satisfeita a exigência do terceiro. Se o depositário quer restituir o bem, nos casos em que o pode fazer, tem de comunicar a sua vontade ao depositante e ao terceiro.

3. FRUTOS E ACRESCIDOS DO BEM DEPOSITADO. – O depositário tem de restituir o bem depositado, com os frutos e quaisquer acréscidos (cf. Código Civil, arts. 607-617). Lê-se no Código Civil, art. 1.266: “O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la com todos os frutos e acréscidos, quando lho exija o depositante”. Fala-se dos frutos. Entenda-se do bem não fungível, porque, se fungível o bem, o contrato é de depósito irregular, e não se supõem devidos os interesses. Se, porém, o bem fungível é título que dê juros ou dividendos, têm-se por devidos, a despeito da irregularidade do depósito.

No sistema jurídico brasileiro, o depositário tem de restituir com os frutos. (L. 1, § 24, D., *depositi vel contra*, 16, 3). No dever de custodiar

como custódia os seus próprios bens entende-se incluído o de colher os frutos e evitar que se percam.

O uso do bem depositado, se não foi permitido, é infração do contrato. Se houve dano, há o ressarcimento (Código Civil, art. 1.275). O uso pode não ser danificante. Então, não há indenizabilidade. Não há pretensão a interesses pelo uso indevido do bem depositado, mesmo se o depósito foi depósito de dinheiro. Não basta para se sustentar o contrário o argumento de que o depositário transforma em depósito irregular o depósito que seria regular. Nem seria cabível a ação de enriquecimento injustificado.

4. HERDEIRO DO DEPOSITÁRIO. – Morto o depositário, o herdeiro pode ignorar que o bem, de que o falecido tinha a posse, não fôsse propriedade dêsse. Se o herdeiro aliena o bem depositado, êle, a quem se transferiu o dever de restituição, tem de assistir ao depositante ou seu sucessor, na reivindicação (alienou-se coisa alheia; portanto, ineficazmente) e a restituir o equivalente. Se há a reivindicação, ao que a sofreu, o herdeiro há de restituir o que recebera como preço. Se o herdeiro doou, também se dá a reivindicação. No Código Civil, art. 1.272, estatui-se: “O herdeiro do depositário que de boa fé vendera coisa depositada é obrigado a assistir o depositante na reivindicação e a restituir ao comprador o preço recebido”. Se não foi possível a reivindicação, a restituição do preço é ao depositante. Se o preço ainda não fôra pago, ou não o fôra integralmente, o depositante sub-roga-se, *ope legis*, nos direitos do depositário contra o terceiro.

A alienação de má fé é ato ilícito, furto ou apropriação indébita.

5. BEM DEPOSITADO E SUCEDÂNEO. – Pode ocorrer que no lugar do bem depositado algo juridicamente se ponha, como se houve pagamento de seguro, ou se houve indenização por ato ilícito de terceiro, ou, mesmo se lícito, nas espécies dos arts. 160, II, 1.519 e 1.520 do Código Civil. O art. 1.271 do Código Civil refere-se a uma das espécies, que é a de ter recebido outro bem em lugar do bem depositado, mas apenas se formulou o que resulta de princípio geral. Lê-se no art. 1.271: “O depositário que por força maior houver perdido a coisa depositada e recebido outra em seu lugar, é obrigado a entregar a segunda ao depositante e ceder-lhe as ações, que no caso tiver contra o terceiro responsável pela restituição da primeira”. O texto contém graves imperfeições. Ao depositante passam, *ope legis*, as ações que tem o depositário contra o terceiro, automaticamente, porque foi o depositante que atribuiu a posse imprópria imediata ao depositário; e não

há pensar-se em cessão coativa das ações. O terceiro é sujeito passivo nas relações jurídicas com o depositante e com o depositário.

Sempre que o depositário vem a saber de que terceiro se diz com direito sobre o bem depositado, tem o *dever de comunicar* ao depositante. Se ocorre propositura de ação pelo terceiro, o depositário pode requerer o depósito judicial do bem depositado, se o depositante não o quer receber, ou se foi impedido, cautelarmente, de fazê-lo.

Se o depositário foi citado como réu, pode nomear à autoria o depositante (Código de Processo Civil, art. 99).

Desde o momento em que o depositário é citado em ação de medida cautelar ou em ação executiva, não pode restituir o bem ao depositante (Código Civil, art. 1.268). Fora daí, para que deixe de restituir, é preciso que tenha “motivo razoável de suspeitar que a coisa foi furtada ou roubada” (Código Civil, art. 1.268), mas terá de recolher o bem ao depósito público, ou requerer o depósito judicial (cf. art. 1.270).

6. BEM PRÓPRIO DO DEPOSITÁRIO. – O depositário tem de restituir ao depositante o bem, sem poder ou ter de exigir que o depositante prove o seu direito de propriedade, ou a posse imprópria. O depositante pode não ser proprietário, nem ter posse própria. Se o depositário descobre que é seu o direito de propriedade, ou a posse própria, ou posse que lhe permitisse depositar, o contrato de depósito é *nulo*. Se o depositário é o dono, mas o depositante podia depositar (*e. g.*, é usufrutuário, ou locatário), o depositário proprietário, ou possuidor próprio, tem dever de restituição.

Se A é dono do bem (*e. g.*, jóia) e deu em locação a B, por um ano, e B teve de ausentar-se, nada obsta a que B entregue o bem em depósito a A, pois B é possuidor impróprio. Passa A a ter, além de sua posse própria mediata, a posse imediata, continuando B com a posse imprópria mediata, que fica entre as duas posses que estão com A.

7. ESBULHO E TURBAÇÃO DA POSSE DO DEPOSITÁRIO. – Se ocorre perda da posse do bem depositado, sem se poder imputar ao depositário, deve o depositário comunicá-lo, imediatamente, ao depositante. Se cumpre o dever de comunicação, libera-se do dever de restituir. Todavia, o dever de custódia inclui o de defesa de mão própria (Código Civil, art. 502 e parágrafo único), se dentro dos hábitos do depositário a respeito dos seus bens.

A ofensa à posse pode ser somente à posse própria, ou imprópria, do depositante, ou somente à posse do depositário, ou a ambas. Se foi à posse do depositante, sem atingir a posse do depositário, àquele é que tocam as ações possessórias e de indenização.

Quanto ao dever de comunicação, a infração põe o depositário como responsável por todos os danos que da falta resultem.

Quem, depositário, sabe, como depositário, da situação que se criou ou que se vai criar contra o depositante, tem dever de comunicar e de praticar os atos, extrajudiciais e judiciais, necessários ou oportunos para recuperação, ou para obstáculo a ofensa, ou para acautelamento; e a responsabilidade apenas exige nexa causal entre evento e dano.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 4.674. A – Legislação

Disciplina a estipulação em favor de terceiro no Código Civil vigente, os arts. 436 a 438, que reproduzem os arts. 1.098 a 1.100 do CC/1916. A regra do art. 1.275 do CC/1916, que proíbe o depositário de utilizar-se do bem em depósito sem a autorização do depositante é reproduzido no art. 640 do CC/2002.

O art. 1.272 do CC/1916, que dispõe sobre o dever de restituição e assistência ao reivindicante, relativamente ao herdeiro de boa-fé do depositário, que vende a coisa em depósito, é reproduzido pelo art. 637 do CC/2002.

A norma de exclusão de ilicitude prevista no art. 160, II, do CC/1916, é reproduzida no art. 188, II, do CC/2002. Em relação aos arts. 1.519 e 1.520 do Código Civil revogado, tome-se o disposto nos arts. 929 e 930 do CC/2002, notando-se em relação ao primeiro dispositivo (art. 929), que diferente da norma revogada, nele se faz referência, além do dono da coisa, também ao lesado, como titulares do direito de indenização, caso não sejam culpados do perigo.

O art. 1.271 do CC/1916 corresponde, *ipsis literis*, ao disposto no art. 636 do CC/2002. A regra do art. 1.268 do CC/1916, é reproduzido no art. 633 do CC/2002, integralmente, contemplando tanto o dever de restituição incontinenti do depositário, às exceções ao cumprimento deste dever, cuja ocorrência o obriga a fazer depositar em depósito público, nos termos do art. 634 da lei vigente, ou requerer depósito judicial, na hipótese do depositante negar-se a recebê-la (art. 635).

A nomeação à autoria, referida no texto em vista do art. 99 do CPC/1939, ora é disciplinado pelos arts. 62 et seq do CPC vigente.

O art. 502, *caput* e parágrafo único, do CC/1916, sobre o direito do possuidor de defender sua posse é reproduzido, com breves alterações de redação, no art. 1.210, *caput* e § 1.º, do CC/2002.

§ 4.674. B – Doutrina

Ao observar que o uso pode não ser danificante, Pontes de Miranda condiciona a ação de perdas e danos mais do que ao simples inadimplemento, mas ao efetivo prejuízo havido pela parte. A doutrina nacional apenas acrescenta que também responde, porque há inadimplemento no caso de uso não autorizado do bem depositado pelo depositário, à responsabilidade desse pelos riscos da coisa, inclusive o fortuito, de modo a afastar nesse caso o princípio do *res perit domino*.

Da mesma forma, afirma a doutrina a necessidade de que o consentimento do depositante para que o depositário faça uso da coisa deva ser expresso. O dever do depositário de comunicar ao depositante sobre a perda ou turbação da posse da coisa em depósito, segundo firme doutrina, deve ser atendido, assim como deverá o mesmo ceder as ações que tenha contra terceiros, sob pena de não o fazendo vir a responder pelos danos (LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 7. p. 377; TEPELINO, Gustavo; BARBOSA; MORAES. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II. p. 398).

§ 4.674. C – Jurisprudência

A ação de depósito pode prosseguir contra os herdeiros do depositário, visando à cobrança da dívida (TRF-4.ª Reg., ApCiv 0013751-19.1998.404.7100, j. 30.08.2010, rel. Marga Inge Barth Tessler, DE 13.09.2010). No depósito bancário, o banco depositário que utiliza dinheiro depositado para satisfazer a dívida em que é credor responde por perdas e danos perante o correntista (TJSC, 2007.040443-6, 1.ª Câmara, j. 07.07.2010, rel. Carlos Prudêncio), inclusive quando feito por terceiro em seu favor (STJ, REsp 250.523/SP, 4.ª T., j. 19.10.2000, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., DJ 18.12.2000).