

A RESPONSABILIDADE DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL

The liability of infidel depositary in tax enforcement action

TATIANA BRUGNERA VAZ

Procuradora da Fazenda Nacional em Lajeado/RS

Pós-Graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural

Pós-Graduada em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera – Rede de Ensino LFG

Sumário: 1 A Ação de Execução Fiscal e a Responsabilização Patrimonial; 1.1 Ação de execução fiscal; 1.2 Legitimação ativa e passiva; 1.3 Responsabilização patrimonial de terceiros; 2 Fraude a credores e fraude à execução; 2.1 Considerações gerais; 2.2 Fraude contra credores; 2.3 Fraude à execução; 2.4 Fraude à penhora; 2.5 Fraude à execução fiscal; 3 A Responsabilidade do Depositário Infiel na Ação de Execução Fiscal; 3.1 O depositário infiel no Direito Brasileiro e a (im)possibilidade de prisão civil; 3.2 O depositário infiel na ação de execução fiscal: ato atentatório à dignidade da justiça; 3.3 Responsabilidade patrimonial do depositário infiel na execução fiscal; 3.4 Responsabilidade criminal do infiel depositário em execução fiscal e possibilidade de configuração de ato de improbidade administrativa; 4 Considerações Finais; Referências Bibliográficas

RESUMO - O presente trabalho trata do instituto do depósito judicial no âmbito da execução fiscal, bem como da possibilidade de responsabilização do depositário, por conjugação de diversas normas componentes do ordenamento jurídico pátrio, quando descumprido o mister que lhe foi conferido por força de decisão judicial. A análise dos textos legais aplicáveis e das opiniões doutrinárias e dos entendimentos jurisprudenciais levam à conclusão de que o depósito judicial não restou esvaziado pela impossibilidade de prisão civil em caso de descumprimento da obrigação assumida, já que prevalece o amparo da legislação que permite o reconhecimento da ineficácia do negócio jurídico fraudulento, bem como a configuração de ato atentatório à dignidade da justiça, de ilícito criminal e de ato de improbidade administrativa.

PALAVRAS-CHAVE - Execução. Fiscal. Depósito. Infiel. Responsabilidade.

ABSTRACT - This paper deals with the institute judicial deposit in tax enforcement action as well as the possibility of liability of the depositary, by combining several components of the legal standards paternal, when breached mister conferred on him by virtue of a court decision. The analysis of the applicable legal texts and doctrinal and jurisprudential understandings lead to the conclusion that the escrow deposit not left deflated by the impossibility of civil imprisonment in case of default of the obligation assumed, since the prevailing support of legislation allowing the recognition of the ineffectiveness of the transaction fraudulent, as well as the configuration of the act offensive to the dignity of justice, criminal and unlawful act of administrative misconduct.

KEYWORDS - Enforcement. Tax. Deposit. Unfaithful. Responsibility.

INTRODUÇÃO

A ação de execução fiscal é o meio judicial utilizado pela Fazenda Pública para cobrar os créditos inscritos em Dívida Ativa, tributária ou não tributária. Encontra regulamentação na Lei nº 6.830/80 e, subsidiariamente, no Código de Processo Civil.

Uma vez ajuizado o executivo fiscal, segue-se o rito legal, com o intuito de ver satisfeito o crédito público e, havendo penhora, nomeia-se um depositário, a fim de se ter assegurada a indisponibilidade do bem garantidor da dívida.

O depositário assume, então, por força de um ato judicial, a guarda e a administração de bens de terceiro ou, mesmo, próprios, com a obrigação de restituí-los ou apresentá-los no momento oportuno, sob pena de responder por perdas e danos. Essa responsabilidade somente poderá ser afastada na hipótese de comprovação de que a perda do objeto depositado se deu em razão de força maior. Não restando demonstrada a ausência de culpa, será o ato tido por ineficaz em face do credor, e, sendo este a Fazenda Pública, ter-se-á a presunção absoluta de fraude, a configurar ato atentatório à dignidade da justiça, sem prejuízo de outras cominações de natureza processual ou patrimonial.

Necessário, portanto, analisar-se a possibilidade de responsabilização civil/patrimonial e, mesmo, criminal do depositário infiel.

1 A AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL E A RESPONSABILIZAÇÃO PATRIMONIAL

1.1 AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL

A ação de execução fiscal é aquela utilizada pela Fazenda Pública na cobrança de sua Dívida Ativa, tributária ou não tributária. Encontra

regulamentação na Lei n. 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal – LEF) e, subsidiariamente, no Código de Processo Civil (CPC).

Dívida Ativa Tributária, conforme definição do §2º do artigo 39 da Lei n. 4.320/64, “é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas”. O mesmo dispositivo legal conceitua a Dívida Ativa não Tributária da seguinte forma:

[...] Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.

A seu turno, o Código de Processo Civil, ao elencar, em seu art. 585, os títulos executivos extrajudiciais, cita, no inciso VII, “a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei”.

Pode-se dizer, portanto, que a certidão de dívida ativa é o documento que atesta que a dívida foi devidamente inscrita e que o débito é líquido e certo (art. 3º da Lei n. 6.830/80), possibilitando à Fazenda Pública o devido ajuizamento da ação de execução fiscal.

Uma vez estabelecido o objeto da ação executiva fiscal, necessário analisar quem são os legitimados a compor os polos da lide.

1.2 LEGITIMAÇÃO ATIVA E PASSIVA

A ação de execução fiscal é o instrumento utilizado pela Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, por suas autarquias e fundações, na cobrança de sua Dívida Ativa, tributária ou não tributária. Em outras palavras, possuem tais entes públicos a legitimidade ativa para ajuizar essa ação.

Por sua vez, o polo passivo da ação de execução fiscal será composto pelo devedor e eventuais corresponsáveis indicados na certidão de dívida ativa, conforme preceitua o art. 2º, § 5º, I, da Lei n. 6.830/1980.

Essa sujeição passiva pode ser atribuída ao próprio contribuinte ou a um responsável, situação que é esclarecida por Alexandre (2011, p. 319):

Será **contribuinte** quando tiver relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; caso contrário, será denominado **responsável**. Em ambos os casos, a sujeição passiva depende de expressa previsão legal.

Assim o responsável integra a relação jurídico-tributária como devedor de um tributo, sem possuir relação pessoal e direta com o respectivo fato gerador.

Dessa forma, poderá a execução fiscal ser promovida em face do contribuinte ou de terceira pessoa que tenha o dever legal de satisfazer a obrigação.

Dada a pertinência da responsabilização de terceiros com este trabalho, passa-se à análise dessa forma de responsabilidade em tópico próprio.

1.3 RESPONSABILIZAÇÃO PATRIMONIAL DE TERCEIROS

O Código Tributário Nacional disciplina a responsabilidade de terceiros perante o crédito tributário nos arts. 134 e 135.

Para o propósito deste trabalho, interessa especialmente o inciso III do art. 134, que estabelece a responsabilidade do administrador de bens de terceiros pelos tributos devidos por estes quanto aos “atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis”, ou seja, trata da responsabilidade de terceiros em decorrência de atuação regular. Interessa, ainda, o inciso I do art. 135, que, ao se reportar ao artigo anterior, fixa a responsabilidade do administrador de bens de terceiros “pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”, é dizer, responsabilidade de terceiros em razão de atuação irregular.

O art. 134 atribui responsabilidade por transferência ou sucessão (ALEXANDRE, *idem*, p. 354) às pessoas que, enumeradas em seus incisos, participem do ato que deu origem ao fato gerador ou indevidamente se omitam. Condiciona, todavia, a responsabilidade dos terceiros à impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo próprio contribuinte. A esse respeito, autores sustentam - como Alexandre (*idem*, p. 353) - que essa responsabilidade seria solidária, seguindo a letra do preceito legal; enquanto outros - a exemplo de Paulsen (2009, p. 971) - asseguram tratar-se de subsidiariedade, pois o texto exige a impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo contribuinte.

De qualquer sorte, assevera o art. 135 que é “pessoal” a responsabilidade das pessoas que refere em relação às obrigações tributárias resultantes de atuação irregular - com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Chega-se, então, à responsabilidade do depositário judicial.

Uma vez ajuizado o executivo fiscal, segue-se o rito da já mencionada Lei n. 6.830/80, com o intuito de ver satisfeito o crédito público. Havendo penhora, nomeia-se um depositário (administrador de bens de terceiros), a fim de ver assegurada a indisponibilidade do bem garantidor da dívida. O ônus/responsabilidade do depositário surge por força de um ato judicial, como *longa manus* do Estado, em atenção aos preceitos do art. 666, II, do Código de Processo Civil (CPC).

Note-se que o texto legal força a conclusão de que o depositário judicial, como administrador de bens de terceiro em execução fiscal, deverá responder pessoal e solidariamente com o devedor originário pela satisfação do crédito público caso deixe de apresentar o bem que lhe foi confiado e frustrar ou dificultar o adimplemento da importância devida.

Dessa forma, em sede de execução fiscal de créditos tributários ou não tributários, se o depositário judicial deixar de apresentar o bem que se encontra sob sua guarda, responderá pessoal e solidariamente com o credor, até o montante da avaliação da coisa, e, caso seja o proprietário, pela devida importância em espécie.

2 FRAUDE A CREDORES E FRAUDE À EXECUÇÃO

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O princípio da responsabilidade patrimonial estabelece que todos os bens do devedor, presentes e futuros, respondem pela obrigação à qual está ele vinculado.

Todavia, como é lógico, o devedor permanece com os poderes de uso, gozo e fruição dos bens de sua propriedade, ou seja, seu patrimônio permanece em sua esfera de disponibilidade, assegurada pelo Direito, mormente pela disposição do *caput* do art. 1228 do Código Civil.

Para evitar que o direito à disposição dos bens cause danos aos eventuais credores, surge o princípio da “limitação da disponibilidade dos bens do devedor”, que, nas palavras de Didier Jr. et al (op. cit., p. 295), “complementa e dá eficácia ao princípio da responsabilidade patrimonial”. Na sequência, o mesmo doutrinador ainda assevera que “De nada adiantaria dizer que o patrimônio do devedor é garantia do credor se o devedor estiver arruinado, sem qualquer bem que integre seu patrimônio”.

Com o intuito de que não haja o esvaziamento da garantia do credor, a lei estabelece limites ao poder de disponibilidade do devedor sobre os bens de sua propriedade, qualificando como fraudulentas as alienações e onerações efetivadas sem a reserva de outros bens suficientes para a satisfação das dívidas.

Venosa (2004, p. 505) conceitua a fraude como “todo artifício malicioso que uma pessoa emprega com intenção de transgredir o Direito ou prejudicar interesses de terceiros”, e, citando, Alvino Lima, transcreve (idem, p. 506):

“A fraude decorre sempre da prática de atos legais, em si mesmos, mas com a finalidade ilícita de prejudicar terceiros, ou, pelo menos, frustrar a aplicação de determinada regra jurídica.” O mesmo autor, porém, acrescenta que não existe unanimidade na doutrina de que o dano constitua elemento essencial ao instituto. É certo, porém, que a existência do prejuízo deve ocorrer para proporcionar ação ao lesado, dentro dos parâmetros do interesse de agir.

A fraude deve ser visualizada sob o prisma da finalidade do ato ou negócio que, muito embora se mostre juridicamente perfeito em seu objeto e condições, é ilegítimo em seu fim, qual seja, prejudicar terceiros. É relevante ainda dizer que a fraude constitui conduta antagônica ao festejado princípio da boa-fé, que pauta tanto as relações negociais quanto os atos processuais. Aliás, a importância da boa-fé é tamanha que hoje é pacífica sua classificação como “cláusula geral”, regendo as mais diversas relações jurídicas, sejam de Direito Processual, sejam de Direito Material, o que é assim esclarecido por Farias e Rosenvald, ao tratar do Direito das Obrigações (2008, p. 58-9):

Destarte, o verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa, pois, graças à sua generalidade, torna-se possível captar um vasto grupo de situações a uma consequência jurídica.

Critica-se a tipicidade que caracteriza a casuística, na medida em que a rigidez do sistema é fator de obsolescência da norma e, por conseguinte, de inteira dependência da atuação do Poder Legislativo para a constante edição de novas previsões, o que acarreta uma inflação normativa e, muitas vezes, perda de eficácia social.

A vantagem da mobilidade da cláusula geral é fruto de sua grande abertura semântica, proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da *fattispecie* – com emprego de expressões ou termos vagos –, afastando-se o risco do imobilismo, pela utilização em grau mínimo da tipicidade.

[...]

A cláusula geral contém implícita uma regra de direito judicial, que impõe ao magistrado examinar o caso em duas etapas. Inicialmente,

estabelece a norma de dever, conforme a realidade do fato e o princípio correspectivo; a seguir, confronta a conduta efetivamente realizada com aquela que as circunstâncias recomendariam. A atividade criadora do juiz não se confundirá com arbítrio, posto contida nos limites da realidade do contrato, sua tipicidade, estrutura e funcionalidade, com aplicação reservada aos princípios admitidos pelo sistema.

No Direito Processual, “o princípio de atuação de acordo com a boa-fé é a fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do ‘abuso do direito’ processual (desrespeito à boa-fé objetiva)” (DIDIER JR. et al, op. cit., p. 293).

O processo executivo alberga instrumentos típicos de proteção da boa-fé, bem classificados por Didier Jr. et al (op. cit., p. 295) em: “a) fraude contra credores; b) fraude à execução; e c) os atos de disposição de bem já penhorado”, classificação essa que se adota para a subsequente análise.

2.2 FRAUDE CONTRA CREDITORES

O patrimônio do devedor constitui a garantia de satisfação de suas dívidas. Dentro dos limites estabelecidos pelo Direito, nada obsta que disponha livremente de seus bens. Contudo, através da alienação gratuita ou onerosa, esse devedor pode se desfazer de seu patrimônio com o intuito de fraudar a execução de suas dívidas.

Para socorrer ao credor, foi criado o instituto da *fraude contra credores*, que serve para recompor o patrimônio do devedor, encontrando guarida especialmente nos arts. 158 a 165 do Código Civil Brasileiro. Essa modalidade de fraude, conquanto se insira no âmbito do Direito Material, possui reflexos de grande interesse para o Direito Processual, já que a responsabilidade patrimonial à qual se liga pode repercutir no processo executivo.

Venosa (op. cit., p. 508) classifica como fraude contra credores “qualquer ato praticado pelo devedor já insolvente ou por esse ato levado à insolvência com prejuízo de seus credores”.

Em idêntico sentido, prescreve Tartuce (2011, p. 222-3):

Constitui fraude contra credores a atuação maliciosa do devedor, em estado de insolvência ou na iminência de assim tornar-se, que dispõe de maneira gratuita ou onerosa o seu patrimônio, para afastar a responsabilidade de responderem os seus bens por obrigações assumidas em momento anterior à transmissão.

Pode-se, portanto, sintetizar o instituto da fraude contra credores como a redução do patrimônio do devedor que o leva à insolvência ou a agrava. Seu ativo não mais se mostra suficiente para fazer frente ao passivo.

A par do já exposto, a doutrina lista os três requisitos para a tipificação da fraude contra credores: a anterioridade do crédito, o *eventus damni* e o *consilium fraudis*.

A primeira condição não demanda maiores dilações: para que haja fraude contra credores, é necessário que o crédito seja anterior ao ato fraudulento. Encontra amparo no art. 158, § 2º do Código Civil.

O *eventus damni* configura o elemento objetivo da fraude contra credores. É o “dano”, o evento danoso, ou seja, a redução do patrimônio que conduz à insuficiência patrimonial do devedor (insolvência), acarretando prejuízo ao credor. “Verifica-se o *eventus damni* sempre que o ato for a causa do dano, tendo determinado a insolvência ou a agravado” (VENOSA, op. cit., p. 510).

O terceiro requisito é o elemento subjetivo, ou seja, o *consilium fraudis*, identificado por Câmara (2001, p. 174) nos seguintes termos:

É preciso, ainda, verificar-se um elemento subjetivo, volitivo, para que se considere um ato como tendo sido praticado em fraude contra credores. É a “fraude” (ou *consilium fraudis*), consistente na intenção do devedor de causar o “dano”. Em outros termos, é preciso, para que se considere um ato como fraude pauliana, que o devedor o tenha praticado com a intenção de provocar a redução patrimonial até o estado de insolvente.

Note-se que, como bem destaca Venosa (op. cit., p. 510), “esse elemento subjetivo dispensa a intenção precípua de prejudicar, bastando para a existência da fraude o conhecimento dos danos resultantes da prática do ato”. Em outras palavras, é necessária, para a configuração da fraude, a colusão, o conluio fraudulento entre o devedor e o adquirente do seu patrimônio.

Ainda, nos casos de transmissão gratuita e de remissão de dívidas, a fraude (má-fé) é presumida, prescindindo que o devedor ou o terceiro tenha ciência do estado de insolvência (art. 158 do CC). Já o negócio celebrado a título oneroso requer o *consilium fraudis*, referindo o art. 159 do CC que a insolvência deve ser notória ou deve haver motivo para ser conhecida pelo outro contratante. Nesse sentido, é a lição de Tartuce (op. cit, p. 223):

De acordo com o art. 158 do CC, estão incluídas as hipóteses de remissão ou perdão de dívida, estando caracterizado o ato fraudulento toda a vez que o devedor estiver insolvente ou beirando a insolvência.

Em situações tais, caberá a ação anulatória por parte de credores quirografários eventualmente prejudicados, desde que proposta no prazo decadencial de quatro anos, contados da celebração do negócio fraudulento (art. 178, II, do CC). Essa ação anulatória é denominada pela doutrina *ação pauliana* ou *ação revocatória*, seguindo rito ordinário (art. 282 e seguintes do CPC).

A ação pauliana é o instrumento posto à disposição dos credores para anular o ato fraudulento, encontrando previsão expressa no artigo 178, II, do Código Civil, segundo o qual é de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado, no caso da fraude contra credores, do dia em que se realizou o negócio jurídico. Aqui, necessário referir que, em que pese a letra da lei fale em anulação, trata-se, na verdade de ineficácia do negócio jurídico, como defende Venosa (op. cit., p. 513), o que implica no retorno do bem indevidamente alienado ao patrimônio do devedor, em benefício de todos os credores. Na mesma linha é o entendimento de Tartuce (op. cit, p. 223):

Insta anotar que não obstante a lei prever expressamente a solução de anulabilidade do ato praticado em fraude contra credores, parte da doutrina e da jurisprudência considera o ato como sendo meramente ineficaz (por todos, ver julgado publicado no recente Informativo 467 do STJ, de março e 2011). De fato, essa parece ser a melhor solução a ser adotada de *lege ferenda*, pois anulado o negócio jurídico o bem volta ao patrimônio do devedor. Tal situação pode criar injustiças, pois não necessariamente aquele credor que ingressou com a ação anulatória obterá a satisfação patrimonial.

Por pertinente, acerca da ineficácia dos negócios jurídicos, veja-se a lição de Fiuza (2008, p. 247-248):

Em sentido amplo, ato jurídico ineficaz é ato jurídico inválido, defeituoso, passível de anulação, aí englobando também o ato ineficaz em sentido estrito. Não é este sentido amplo, porém, que aqui nos interessa. Importa-nos neste momento, o sentido estrito da palavra.

Ineficácia em sentido estrito é a ausência de efeitos perante terceiros. Em outras palavras, o ato ineficaz é válido para quem o pratica, preenchendo todos os requisitos de validade: agente capaz, objeto possível e forma adequada. É ato perfeito, livre de quaisquer vícios leves, como erro, dolo, coação, fraude, lesão ou estado de perigo. Apesar disso, ou seja, apesar de válido para quem o pratica, não gera efeitos em relação a outras pessoas que dele não participaram, devido

a algum impedimento externo, extrínseco. Essas outras pessoas, que não participaram da prática do ato e perante as quais não se produzem efeitos, se denominam terceiros.

Insta referir, no ponto, que a anulação/ineficácia poderá ser reconhecida apenas até o montante do prejuízo dos credores.

No que concerne ao polo passivo da ação pauliana, dele devem constar tanto o devedor insolvente quanto a pessoa que com ele celebrou o ato fraudulento e, ainda, se for o caso, os terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé (Código Civil, artigo 161), situação que restará caracterizada sempre que a insolvência for notória ou que haja motivos para que esses terceiros a conheçam.

Quanto à decadência do direito de intentar a ação em comento, estipula, como visto, o artigo 178 do Código Civil o prazo de quatro anos, contados do dia em que se realizou o negócio jurídico.

Por fim, o mesmo diploma legal elenca as hipóteses não passíveis de ação pauliana, quais sejam: os atos indispensáveis à manutenção do estabelecimento mercantil, rural, ou industrial do devedor ou à sua subsistência e de sua família. Nesses casos, presumem-se de boa-fé os atos praticados, considerando-se válidos os negócios jurídicos.

2.3 FRAUDE À EXECUÇÃO

O instituto da fraude contra credores, sobre o qual acima se discorreu, não pode ser confundido com a fraude à execução, pois a primeira respeita ao Direito Material e a segunda, ao Direito Processual, como detalhadamente explica Neves (2010, p. 819):

Enquanto a fraude contra credores é instituto tratado pelo Código Civil, sendo o único prejudicado pelo ato fraudulento o credor, a fraude à execução – criação tipicamente nacional – é instituto tratado pelo Código de Processo Civil. Trata-se de espécie de ato fraudulento que, além de gerar prejuízo ao credor, atenta contra o próprio Poder Judiciário, dado que tenta levar um processo já instaurado à inutilidade. Assim, o ato fraudulento prejudica por um lado o credor, e por outro a própria função jurisdicional do Estado – Juiz, sendo tal ato considerado atentatório à dignidade da justiça e apenado, nas execuções por quantia certa, com uma multa que pode atingir até 20% do valor do débito exequendo (arts. 600 e 601 do CPC).

Por possuir a fraude à execução o intuito de frustrar o processo judicial executivo, é mais rigorosamente tratada pelo legislador (CPC, art. 593), considerando-se ineficaz para a execução a alienação ou

oneração do bem para terceiros, sem que, para tanto, seja necessário o ajuizamento de ação própria para desconstituir o ato. Pode, portanto, ser a fraude incidentalmente reconhecida no processo executivo, ou, mesmo, alegada como matéria de defesa em embargos de terceiros, opostos pelo beneficiário do ato fraudulento (DIDIER JR. et al, op. cit., p. 301-2).

Ainda, é a fraude à execução considerada ilícito penal, por força da tipificação do art. 179 do Código Penal.

A fraude contra credores possui também como característica relevante o fato de prescindir de prova do elemento subjetivo do *consilium fraudis*. Assim, pouco interessa se os participantes do negócio tinham ciência de que o ato levaria o devedor à insolvência, já que o intuito fraudatório é presumido, assim como não importa se o ato era real ou foi simulado, se praticado de boa ou má-fé.

Neves (op. cit, p. 820), contudo, alerta para o entendimento diverso do Superior Tribunal de Justiça quando em questão o terceiro de boa-fé:

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, entende que o terceiro adquirente de boa-fé deve ser protegido, não havendo ineficácia do ato praticado em fraude à execução se o adquirente demonstrar sua boa-fé no negócio jurídico. Dessa forma, apesar de tal dispensa, para considerar ineficazes os atos de disposição ou oneração, exige-se que o adquirente saiba da existência da ação ou apresente razões que demonstrem ser impossível ignorá-la, tais como o registro da ação perante o cartório de imóveis, ampla divulgação na imprensa etc. o entendimento encontra-se consagrado pela Súmula 375, que estabelece que o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente, cabendo ao credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha ciência de que havia a constrição ou demanda contra o vendedor capaz de levá-lo à insolvência.

De outra banda, prevalece na doutrina o entendimento de que é necessário, para a caracterização da fraude à execução, que o devedor tenha sido citado na demanda contra ele proposta que possa conduzir à condenação. Nesse sentir, vide Didier Jr. et al (op. cit, p. 304), Neves (op. cit., p. 821) e Venosa (op. cit, p., 521).

Já Tartuce, embora reconheça ser esse o entendimento majoritário, defende a desnecessidade de que tenha havido a citação para se reconhecer a fraude à execução, assim justificando sua posição (op. cit., p. 226):

[...] Com todo o respeito a esse posicionamento, filiamo-nos à corrente que aponta bastar a simples propositura da demanda para que a fraude à execução esteja caracterizada, medida que é a mais

justa, principalmente ela morosidade que acomete o Poder Judiciário. Exemplificando, se determinada pessoa tem contra si proposta ação de execução cujo objeto é de valor considerável e, após a distribuição desta, vende todo o seu patrimônio, estará presente a fraude à execução.

E Didier Jr. et al pondera a questão (op. cit., p. 304):

“Todavia, se houver prova de que o devedor sabia da pendência do processo antes da sua citação, os desfalques patrimoniais anteriores a ela, mas posteriores à propositura da demanda, também deverão ser considerados fraudulentos. É a orientação predominante no STJ (o que revelam os Recursos Especiais n. 37.011, n. 53.756, n. 60.519, n. 34.860, n. 37.931, n. 34.860-6 e n. 45.519-7).

O *eventus damni*, a exemplo do que ocorre no instituto da fraude contra credores, também é exigido para a configuração da fraude à execução. Deve o credor demonstrar a inexistência de outros bens penhoráveis de propriedade do executado ou a insuficiência do seu patrimônio. Como é lógico, o dano só existe se os bens restantes não bastarem para a satisfação do crédito exequendo.

2.4 FRAUDE À PENHORA

A alienação ou oneração de bem já penhorado, conquanto não tratada especificamente pelo Código de Processo Civil, é a espécie mais grave de fraude, pois o bem já se encontra diretamente vinculado à execução. A disposição do bem constrito afronta diretamente a autoridade do juiz, esvaziando a efetividade da prestação jurisdicional.

Tendo ocorrido penhora, arresto, depósito ou qualquer outra espécie de constrição judicial, o bem passa a vinculado diretamente e de forma individualizada à demanda judicial da qual emanou o ato construtivo. Dessa maneira, a alienação ou oneração mostra-se em total e absoluto desrespeito à função jurisdicional. Tal gravidade afasta o preenchimento de qualquer requisito, de forma que a mera alienação ou oneração de bem constrito judicialmente já é suficiente para a configuração dessa espécie de fraude. Registre-se, contudo, que, mesmo diante da gravidade da fraude, o Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do entendimento quanto à fraude à execução, sacrifica o credor na hipótese de terceiro adquirente de boa-fé. (NEVES, op.cit., p. 822).

Nesse caso, é irrelevante saber se o devedor está, ou não, em estado de insolvência, pois o tratamento é processual, já que o bem está “preso” ao processo executivo (DIDIER JR. et al, op. cit., p. 311).

2.5 FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL

O crédito tributário, como é cediço, possui tratamento diferenciado, com garantias e privilégios que não se estendem aos créditos de particulares, ante a importância dessas receitas para a atividade estatal. Por essa razão, e a par das disposições acima, sobre os institutos da fraude a credores e da fraude à execução, subsidiariamente aplicáveis à fraude à execução fiscal, o Código Tributário Nacional, ao tratar das garantias e privilégios do crédito tributário, prevê hipótese de presunção de fraude especificamente aplicável aos casos de débito para com a Fazenda Pública, *verbis*:

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

Vale dizer que a redação anterior do art. 185 exigia, para a configuração da fraude, que o crédito estivesse regularmente inscrito em dívida ativa “em fase de execução”, suscitando dúvidas acerca do momento a partir do qual se poderia considerar o ato como fraudulento: seria quando da distribuição da execução, quando do recebimento da ação pelo Juiz ou quando da efetiva citação?

A Lei Complementar n. 118/2005 veio sanar essas questões, assentando a possibilidade de presunção de fraude a partir do momento em que inscrito o crédito em dívida ativa, hipótese em que se considerará ineficaz o ato perante a Fazenda Pública, podendo, inclusive, ser reconhecida incidentalmente no processo executivo, ressaltando a lei a hipótese de reserva de bens ou rendas suficientes para o pagamento do total devido.

Exige a norma, contudo, para a configuração da fraude, que o sujeito passivo tenha ciência da inscrição, ou seja, que tenha sido regularmente notificado acerca da inscrição em dívida ativa. A partir do momento em que “Comprovada a ciência, a presunção será de natureza absoluta, não se aceitando qualquer prova em sentido contrário” (ALEXANDRE, *op. cit.*, p. 512). Cuidase, dessa forma, de presunção legal que dispensa prova de *consilium fraudis*.

Corroborando esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.141.990, consignou o reconhecimento da existência de fraude à execução fiscal quando o devedor aliena bens após a inscrição do crédito tributário em dívida ativa, seguindo o disposto na nova redação do art. 185 do CTN, conferida pela

LC 118/2005 e afastando, portanto, a aplicação da Súmula 375/STJ para as execuções fiscais. Destacam-se, da ementa do julgado, os seguintes excertos:

PROCESSUALCIVIL.RECURSOESPECIALREPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À CITAÇÃO DO DEVEDOR. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO NO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO - DETRAN. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ARTIGO 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO DADA PELA LC N.º 118/2005. SÚMULA 375/STJ. INAPLICABILIDADE.

1. A lei especial prevalece sobre a lei geral (lex specialis derogat lex generalis), por isso que a Súmula n.º 375 do Egrégio STJ não se aplica às execuções fiscais.

[...]

4. Consectariamente, a alienação efetivada antes da entrada em vigor da LC n.º 118/2005 (09.06.2005) presumia-se em fraude à execução se o negócio jurídico sucedesse a citação válida do devedor; *posteriormente à 09.06.2005, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa.*

5. A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas.

6. É que, consoante a doutrina do tema, a fraude de execução, diversamente da fraude contra credores, opera-se in re ipsa, vale dizer, tem caráter absoluto, objetivo, dispensando o concilium fraudis. (FUX, Luiz. O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 95-96 / DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 278-282 / MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 210-211 / AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 472-473 / BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 604).

[...]

8. A inaplicação do art. 185 do CTN implica violação da Cláusula de Reserva de Plenário e enseja reclamação por infringência da Súmula Vinculante n.º 10, verbis:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (cf, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

9. *Conclusivamente: (a) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (jure et de jure) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil); (b) a alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução; se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar n.º 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude; (c) a fraude de execução prevista no artigo 185 do CTN encerra presunção jure et de jure, conquanto componente do elenco das “garantias do crédito tributário”; (d) a inaplicação do artigo 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da Cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante n.º 10, do STF.*

[...]

11. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008.

(REsp n. 1.141.990. 1ª Seção. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 10/11/2010. Grifos nossos).

Dessa forma, a nova redação do art. 185 do CTN impôs aos adquirentes de bens móveis e imóveis um dever objetivo de cuidado e diligência, qual seja, o de verificar se o alienante não possui crédito inscrito em dívida ativa, especialmente porque, nesses casos, não será aplicável a Súmula n. 375 do Superior Tribunal de Justiça, que determina que o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

3 A RESPONSABILIDADE DO DEPOSITÁRIO INFIEL NA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL

3.1 O DEPOSITÁRIO INFIEL NO DIREITO BRASILEIRO E A (IM) POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL

Depositário é a pessoa que recebe um objeto móvel e corpóreo para manter sob sua guarda até que reclamado pelo depositante. Caso não o entregue quando da solicitação deste, será o depositário considerado “infiel”.

A figura de depositário infiel surgiu a partir do contrato de depósito originário do direito privado. Nesse contrato, uma pessoa (o depositante) deixa determinada coisa (bem móvel) sob a custódia de outra (o depositário), sob a condição de que, quando aquele decidir pela retirada do bem, este o devolverá, nas condições contratualmente pactuadas. Ocorrendo de o depositante, no momento em que for solicitar a retirada do bem, não o encontrar na posse do depositário, estará este na situação de depositário infiel, podendo ser determinada sua prisão civil. (PAULO e ALEXANDRINO, 2007, p. 182).

O encargo do depositário pode ser contratual, situação prevista pelo Código Civil, artigo 1.265 e seguintes, assim como pode decorrer da lei, como no caso do depósito necessário previsto nos artigos 1.282, I e II do Código Civil ou do Decreto 911/67, que trata da alienação fiduciária, como também pode suceder de ato judicial, situação em que o depositário assume a obrigação em razão de determinação do Poder Judiciário, responsabilizando-se pelo bem, como um *longa manus* da Justiça, até que, por ordem judicial, seja solicitada sua disponibilização. Esse último caso é que nos interessa, mormente quanto ao depósito previsto no processo executivo.

A respeito da figura do depositário infiel, é conveniente destacar o que dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXVII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Em contraposição, o artigo 7º (n. 7) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, de 1969 – dispõe que “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

O Brasil aderiu ao Pacto de São José da Costa Rica e ratificou-o através do Decreto n. 678/1992, incitando uma série de debates acerca da influência desse ato sobre a disposição constitucional do artigo, 5º, LXVII, discutindo-se o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, tendo em vista o princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre o ordenamento jurídico.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE n. 466.343, Relator Ministro Cezar Peluso, e do RE n. 349.703, Relator originário Ministro Ilmar Galvão, encerrou a discussão, solidificando o entendimento de que os tratados que versam sobre direitos humanos possuem natureza supralegal e infraconstitucional perante o ordenamento jurídico brasileiro, restando o primeiro assim ementado:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE n. 349.703 e dos HCs n. 87.585 e n. 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Mendes e Branco (op. cit., p. 665) assim sintetizaram a questão:

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, *a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não foi revogada pela adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralitante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria*, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei n. 911, de 1º-10-1969.

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também, tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.

Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel. (Grifo nosso).

Há quem defenda, contudo, que a mencionada disposição do Pacto de São José da Costa Rica não seria aplicável ao depósito judicial, isso porque o tratado internacional fala apenas que “Ninguém deve ser detido por dívidas”, e o depósito judicial de forma alguma poderia ser classificado como “dívida”, visto que se trata de relação de Direito Público. Ademais, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal iria de encontro às últimas reformas do Código de Processo Civil, as quais privilegiaram a celeridade e a efetividade do processo executivo. É o que sustenta

Donizetti, em seu artigo “Depósito Judicial e Prisão Civil do Depositário Infiel: análise do julgamento do RE 466343/SP”:

No entanto, com relação aos depósitos judiciais, a tese perfilhada pela Suprema Corte brasileira não nos parece a mais adequada.

A bem da verdade, a recente decisão do STF está na contramão da linha adotada pela última onda reformadora do Código de Processo Civil, cujo escopo foi conferir maior celeridade e efetividade ao procedimento executivo e, para tanto, previu medidas coercitivas até para condutas antes reputadas legítimas, como, por exemplo, para o caso de o executado sonegar bens sujeitos à execução (arts. 652, §3º, 656, §1º, c/c art. 14, parágrafo único, do CPC). Ora, a possibilidade de se aplicar pena de prisão constitui importante instrumento para se coibir a má-fé daqueles depositários que, maliciosamente, poderiam se desfazer de bens constritos, retardando ou até inviabilizando, com isso, a satisfação do crédito.

Mas não é só. A meu juízo, os eminentes ministros laboraram em equívoco na exegese do art. 7º da Carta de São José da Costa Rica, que, conforme já afirmado, veda a prisão “por dívidas”, ou seja, por débito inadimplido, exceto a resultante de alimentos. Entretanto, *nem de longe o depósito judicial pode ser tido como “dívida”.*

Ao contrário do depósito contratual ou equiparado, o depósito judicial é relação típica de direito público e de caráter processual, estabelecida entre o juízo da execução e o depositário judicial dos bens penhorados. Nessa modalidade de depósito, o juiz confia ao depositário – que necessariamente não há que coincidir com a pessoa do devedor, portanto, às vezes, sequer no plano subjacente se pode falar em débito – a guarda dos bens apreendidos em decorrência de penhora, sequestro, arresto ou outro ato judicial construtivo, com intuito de preservá-los, a fim de assegurar a efetividade do processo.

Diversamente do que ocorre no depósito contratual, inclusive o decorrente de alienação fiduciária, *assume o depositário judicial, na qualidade de auxiliar do juízo, um múnus público, e é exatamente esse vínculo funcional existente entre juízo e depositário que, desde priscas eras, tem justificado o decreto de prisão, constada a infidelidade desse “servidor público por equiparação”.* (Grifo nosso).

Ressalta, ainda, o eminente jurista que a figura do devedor não se confunde com a do depositário, que, ao assinar o termo de depósito, não se tornou responsável pela dívida, mas tão somente o *munus* de conservar e restituir o bem. Dessa forma, o entendimento perfilhado pela Corte Suprema no julgamento do RE 466343 não seria aplicável aos depósitos judiciais, o que manteria válida a Súmula n. 619, revogada por ocasião desse julgado.

Conquanto se compartilhe da opinião de Donizetti, o certo é que a posição do Supremo Tribunal Federal acerca da questão está posta e deve ser respeitada.

Nada obsta, entretanto, que se sustente processualmente a legitimidade da prisão civil do depositário infiel no processo executivo, mormente considerando que o inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal não foi revogado, mas tão somente perdeu sua aplicabilidade, no que dispõe sobre o depositário infiel, por força do tratado internacional. Ademais, há sempre a possibilidade de os tribunais reverem seus entendimentos quando o reputem devido, e isso vale para a Corte Suprema.

3.2 O DEPOSITÁRIO INFIEL NA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL: ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA

Tendo em conta a diversidade de manobras protelatórias de que se valem os executados para embaraçar ou frustrar a efetividade da execução, previu o legislador, no art. 600 do Código de Processo Civil, hipóteses configuradoras de “atos atentatórios à dignidade da justiça” – *contempts of court*, passíveis de cominação de multa, na forma do art. 601 do mesmo diploma legal.

O inciso I do art. 600 remete ao art. 593 do Código de Processo, que descreve as condutas tidas como fraude à execução. O inciso II repele a oposição ardilosa, que excede o exercício regular do direito que tem o executado de se opor à execução. Já o inciso III reputa ato atentatório aquele que implica resistência injustificada às ordens judiciais. Por fim, o inciso IV tem por ilícita a não indicação ao juiz, no prazo de cinco dias, de quais são, onde se encontram e quais os respectivos valores dos bens sujeitos à penhora, o que acontecerá quando não localizados bens penhoráveis pelo exequente ou pelo oficial de justiça.

No caso do depositário judicial de bens, compete-lhe, no processo executivo, a guarda e conservação do objeto do depósito, atuando como verdadeiro auxiliar do juízo. Caso não honre esse compromisso assumido judicialmente, desfazendo-se do bem conferido à sua guarda, ter-se-á configurada a fraude à execução e, por consequência, o ato atentatório à dignidade da justiça, por força do artigo 600, inciso I do Código de Processo Civil. Com efeito, tal conduta caracteriza desobediência, comportamento desrespeitoso com o estado-juiz e desidioso com o cumprimento das obrigações assumidas.

Nesse toar é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, antes ainda da decisão proferida no RE n. 466.343 – razão pela qual se deve desconsiderar a possibilidade de prisão civil mencionada:

PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. INFIDELIDADE. 1 - A prisão civil do depositário judicial, além de ter o caráter coercitivo, no sentido de fazer cumprir o encargo, destina-se também a **coibir e a reprimir ato atentatório à dignidade da Justiça, notadamente como no caso presente, em que o depositário é o próprio devedor e, mesmo assim, aliena o bem.** Não há falar em aplicação do Pacto de São José da Costa Rica. 2 - Não se revelando conclusivos os documentos que guarnecem os autos, quanto à necessidade da prisão domiciliar, o pleito não encontra guarida na via angusta do writ, pois está a demandar dilação fático-probatória. 3 - Ordem denegada. (STJ. 4ª Turma. HC n. 91.868. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Julgado em 18/12/2007). (Grifo nosso).

Dessa forma, muito embora o depositário não se substitua ao devedor, o descumprimento injustificado do *munus* assumido representa ato atentatório à dignidade da justiça, ensejando a aplicação da multa prevista no artigo 601 do Código de Processo Civil. Essa multa, contudo, entende-se que não será de até 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, mas, sim, de até 20% (vinte por cento) do valor atualizado do bem objeto da guarda, o qual reverterá em proveito do credor e será exigível na própria execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.

3.3 RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO DEPOSITÁRIO INFIEL NA EXECUÇÃO FISCAL

No âmbito da execução fiscal, não obstante a caracterização de ato atentatório à dignidade da justiça, pelo qual o depositário responderá com a cominação de multa, como dantes esclarecido, tem-se que quedará ele responsável pelo valor atualizado do bem objeto da guarda.

Atente-se que, em se tratando de bens imóveis, não subsistem maiores problemas, já que, como visto, eventual alienação indevida do bem caracteriza fraude à execução, por presunção absoluta, e, como tal, será ineficaz relativamente ao credor fazendário.

Todavia, muitas vezes o que se tem é a penhora de bens móveis, em que a alienação implica completa dissipação da garantia, não mais sendo possível restabelecê-la pelo simples reconhecimento da ineficácia do negócio jurídico, como explica Didier Jr. et al (op. cit., p. 312):

A penhora de *móveis* não pressupõe nenhum tipo de registro (até porque são poucos os bens móveis que se submetem a registro público). Diz-se, assim, que, penhorado bem móvel, ele é colocado sob a guarda e conservação do depositário, que, não raro, é o próprio

devedor. Se o depositário pratica ato de alienação/penhor do bem, que se implementa com a tradição para o terceiro beneficiário (CC, art. 1.431), esse ato será tido por fraudulento e ineficaz para a execução.

O mesmo se dá pelo perecimento do bem pela falta do dever de cuidado com a coisa: não mais será viável recuperá-la.

Nesses casos, mostra-se devida a responsabilização do depositário infiel, até o montante do prejuízo causado à execução fiscal, seja ele o próprio devedor, seja um terceiro nomeado pelo Juízo, pois, de outra forma, materializar-se-ia inequívoca burla aos privilégios e garantias protetores da dívida ativa regularmente inscrita.

A possibilidade de responsabilização do depositário, é bom dizer, pode ser extraída da própria Lei n. 6.830/80, que, no § 2º do art. 4º, determina a aplicação das normas relativas à responsabilidade previstas na legislação tributária, civil e comercial à Dívida Ativa da Fazenda Pública.

Ainda, o Código de Processo Civil, ao tratar da figura do depositário, dispõe em seus artigos 148 e 150 que o depositário responde pelos prejuízos que por dolo ou culpa causar a parte, perdendo a remuneração que lhe for arbitrada.

E posteriormente, em capítulo dedicado à ação de depósito (arts. 901 a 906), é expressa a lei processual ao referir que, “quando não receber a coisa ou o equivalente em dinheiro, poderá o autor prosseguir nos próprios autos para haver o que lhe for reconhecido na sentença” (art. 906).

O Código Civil, por sua vez, ao regular o depósito (arts. 627 a 652), estabelece os cuidados a que está obrigado o depositário e seu dever de restituir a coisa quando o exigir o depositante (art. 629), bem como seu dever de ressarcir os prejuízos caso não atenda a essas disposições (art. 652).

Pelos dispositivos legais supramencionados, não atingidos, com exceção do parágrafo único do artigo 904 do Código de Processo Civil e da primeira parte do art. 652 do Código Civil, pela recente manifestação da Corte Suprema no RE n. 466.343, o *depositário* assume a guarda e a administração de bens de terceiro, com a obrigação de restituí-los no momento oportuno, sob pena de responder por perdas e danos.

A seu turno, o Código Tributário Nacional, primordialmente aplicável por força do princípio da especialidade, dispõe:

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

[...]

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos *créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei*, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

[...]

Os tribunais pátrios comungam do entendimento aqui esposado, como ilustram os seguintes julgados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

[...] o depositário judicial de bens, conforme preceitua o art. 139 do CPC, é um auxiliar do juízo, competindo-lhe a guarda e a conservação do objeto do depósito, a fim de assegurar a efetividade do processo de execução. In casu, o depositário dos bens, ao deixar de honrar o compromisso assumido judicialmente, manteve verdadeiro comportamento desrespeitoso com a Justiça e desidioso com o cumprimento de suas obrigações. Assim, muito embora o depositário infiel, não se substitua ao devedor executado, o descumprimento, de forma voluntária, do dever de guarda e conservação dos bens penhorados, depositados em mãos do Senhor [...], deve ser considerado como ato atentatório à dignidade da Justiça, o que legitima a penhora de seus ativos financeiros, até o limite dos bens penhorados. De se ressaltar que a penhora da conta corrente, na hipótese, é medida eficaz, apta a obrigar o depositário infiel à entrega dos bens, a fim de viabilizar o andamento do feito executivo. Por esses fundamentos, defiro o pedido liminar requerido em sede de agravo. [...] (TRF3. 4ª Turma. AI n. 2009.03.00.041336-8/SP. Rel. Alda Basto. Julgado em 07/01/2010). (Grifo nosso).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS . EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. REVOGAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM. PRECEDENTES. 1. Ordem de prisão por depositário infiel, nos autos de execução fiscal em virtude de, intimado a apresentar os bens penhorados ou depositar o valor equivalente, não haver cumprido essa determinação. 2. A constitucionalidade da prisão civil em decorrência da infidelidade do depositário foi discutida no Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE n. 466.343/SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso,

concluindo por se reconhecer que é inadmissível a prisão do depositário. 3. Todavia, a condição de sócio ou ex-sócio da empresa devedora não se confunde com a de depositário judicial. *A impossibilidade da prisão civil não impede a execução, por outros meios, da obrigação do depositário quanto à entrega dos bens que recebera, que independe de sua responsabilidade tributária, como sócio, pelo crédito fiscal exequendo.* 4. *Ordem de habeas corpus concedida, ressalvando que não está o juízo, por este julgamento, impedido de penhorar bens pessoais do depositário, quantos bastem para equivaler ao valor dos bens recebidos, independentemente de sua responsabilidade, como sócio, pela dívida tributária exequenda.* (TRF3. 2ª Turma. HC n. 2008.03.00.005879-5 31157/SP. Rel. Henrique Herkenhoff. Julgado em 13/01/2009). (Grifo nosso).

Assim, conforme defendido no início deste trabalho, ao se tratar da responsabilização patrimonial de terceiros na ação de execução fiscal, a interpretação teleológica das disposições legais extraídas do ordenamento pátrio levam à conclusão de que o depositário judicial, como administrador de bens de terceiro, responderá pessoal e solidariamente com o devedor originário pela satisfação do crédito público até o limite do valor atualizado do bem mantido sob sua guarda, caso deixe de apresentá-lo no momento oportuno. Por óbvio, caso a figura do depositário coincida com a do devedor, responderá este com outros bens de seu patrimônio pelo *quantum* equivalente.

Frise-se, por fim, que essa responsabilidade legalmente imputada ao depositário apenas poderá ser afastada caso ele prove que a perda do objeto se deu em decorrência de força maior, como explica Andrighi (acesso em 18/05/2012):

O art. 642 do Código Civil cuida dos limites de responsabilidade do depositário em face do dever de guarda, conservação e restituição assumido no contrato de depósito.

Traz como novidade, em relação ao regime anterior, *a indicação de uma única excludente de responsabilidade, ou seja, a única razão que afastará o dever de indenização do bem depositado, que poderá ser invocada pelo depositário: os casos de força maior.*

[...]

Relevante anotar que o Novo Código Civil excluiu o caso fortuito, que vigorava no Código Civil de 1916, como causa de exoneração de responsabilidade por danos causados ao bem depositado. Manteve, contudo, a nova legislação civil, *o ônus da prova da ocorrência da causa excludente sobre os ombros do depositário.*

Assim, também nos casos de depósito judicial deverá o depositário justificar a impossibilidade de apresentação do bem, a fim de que o Juízo avalie sua compreensão no conceito de força maior. Configurada a excludente, restará afastada a presunção de culpa e a possibilidade de responsabilização do depositário. Não aceita ou não apresentada a justificativa, ficará sujeito o depositário à responsabilização patrimonial pelos prejuízos causados à Fazenda Pública.

3.4 RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO INFIEL DEPOSITÁRIO EM EXECUÇÃO FISCAL E POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Assentada a premissa de que, na execução fiscal (ou, mesmo, no processo executivo ordinário), o depositário assume a obrigação de guarda de um bem em razão de determinação do Poder Judiciário, responsabilizando-se por ele como um *longa manus* da Justiça, em uma verdadeira relação de Direito Público, deve o depositário ser considerado “auxiliar da Justiça” e, como tal, será equiparado a “servidor público” para fins penais.

A corroborar, veja-se o que dispõe o Código Penal:

Funcionário público

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

[...]

Parece, então, que pratica o crime de peculato o depositário judicial que se apropria ou desvia, em proveito próprio ou alheio, o bem que se encontrava a seu encargo, forte na aplicação do *caput* do artigo 312 do Código Penal:

Peculato

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

Em comentário ao dispositivo supra, ensinam, com propriedade, Capez e Prado (2007, p. 550):

(7) *Peculato e objeto jurídico*: Tutela-se, principalmente, a moralidade da Administração Pública, bem como seu patrimônio. Protege-se, eventualmente, o patrimônio do particular quando este estiver sob a guarda daquela.

(8) *Peculato próprio*: O art. 312, *caput*, do CP, cuida do peculato próprio. Constitui uma apropriação indébita, só que praticada por funcionário público com violação do dever funcional.

(9) *Ação nuclear*: (a) Pune-se a apropriação pelo funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo. É o denominado *peculato-apropriação*. O agente tem a posse (ou detenção) lícita do bem móvel, público ou particular, e inverte esse título, pois passa a comportar-se como se dono fosse, isto é, consome-o, aliena-o etc. É necessário que a posse decorra do cargo (*ratione officii*), isto é, que os bens lhe sejam confiados em razão do ofício. (b) Pune-se na segunda parte do dispositivo o *peculato-desvio*. Nessa modalidade, o agente tem a posse da coisa e lhe dá destinação diversa da exigida por lei, agindo em proveito próprio ou de terceiro. [...]

(11) *Sujeito ativo*: Trata-se de crime próprio. Somente o funcionário público (CP, art. 327, *caput*) e as pessoas a ele equiparadas legalmente (CP, art. 327, §§ 1º e 2º) podem praticar o delito em estudo. [...]

(12) *Sujeito passivo*: É o Estado. Secundariamente, o particular poderá ser sujeito passivo, na hipótese em que seus bens forem apropriados ou desviados pelo funcionário público.

Acerca do conceito de funcionário público trazido pelo artigo 327 do Código Penal, esclarecem os mestres (op. cit., p. 585):

(1) *Conceito de funcionário público*: Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo (vínculo estatutário), emprego (vínculo contratual sob a regência da CLT) ou função pública. Alcança, assim, todas as espécies de agentes públicos, pois o que importa para o CP é o exercício, pela pessoa, de uma função de natureza e interesse público. Não importa se

o servidor é ocupante de cargo ou se foi apenas investido no exercício de uma função. Do mesmo modo, é irrelevante se seu vínculo com a Administração é remunerado ou não, definitivo ou transitório (por exemplo, jurado – CPP, art. 438). São denominados funcionários públicos todos os que desempenham, de algum modo, função na Administração Direta ou Indireta do estado. [...]

É esse, pois, o caso do depositário infiel, que tem sob sua guarda, por determinação judicial, um bem que não lhe pertence e que se encontra à disposição do Poder Judiciário e, tratando-se de execução fiscal, do exequente Fazenda Pública.

Donizetti (op. cit), a propósito, partilha dessa mesma compreensão:

Aliás, o disposto no tratado internacional não impede sequer que o depositário judicial infiel responda penalmente pelo crime de peculato, tipificado no art. 312 do Código Penal, uma vez que, para efeitos penais, considera-se funcionário público quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerça função pública (art. 327).

[...]

Ante o sumiço do bem depositado, e impossível o decreto prisional, que, como num passe de mágica, comumente tinha o condão de fazê-lo aparecer, caberá ao credor, se houver interesse, optar por indicar outro bem do devedor à constrição ou prosseguir nos próprios autos contra o depositário infiel, a fim de obter dele indenização pelo valor equivalente ao bem antes constrito. Em qualquer das hipóteses, deverá o juiz remeter cópia de peças dos autos ao Ministério Público, para oferecimento de denúncia contra o depositário infiel, por peculato. É a forma de remediar, de correr atrás do prejuízo.

Em idêntico sentir é a lição de Nascimento (acesso em 17/05/2012):

Se o depositário judicial for funcionário público temporário, segundo o art. 327 do Código Penal Brasileiro, pelo crime de peculato doloso e pelo culposo o funcionário que contribuiu no fato delituoso, previstos nos artigos 312 e parágrafos do CPB.

Na hipótese de ser nomeado depositário o próprio devedor, o tipo penal em que se subsumirá a ação é o de desobediência, descrito no artigo 330 do Código Penal:

Desobediência

Art. 330 – Desobedecer à ordem legal de funcionário público:

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.

Não se olvide, de outra banda, que a Lei de Improbidade Administrativa, sem eu artigo 2º, traz previsão semelhante àquela contida no Código Penal acerca do conceito de agente público, *verbis*:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Assim, seguindo o entendimento acima defendido, necessário anotar, por fim, a possibilidade de que a conduta do depositário infiel configure, ainda, ato de improbidade administrativa, bastando para tal compreensão a simples leitura do *caput* dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92, cujos incisos contêm rol de condutas meramente exemplificativas. O artigo 12 do mesmo diploma legal prescreve as cominações aplicáveis, as quais independem das sanções penais, civis e administrativas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo e em síntese, extrai-se que, conquanto sejam considerados inaplicáveis os dispositivos legais e constitucional acerca da possibilidade de prisão civil do depositário infiel, tem o exequente à sua disposição diversos meios perfeitamente legítimos de fazer com que seja bem cumprido o encargo de depósito, sob pena de configuração de ato atentatório à dignidade da Justiça, de responsabilização pessoal/patrimonial pelo dano causado, de responsabilização criminal e de caracterização de ato de improbidade administrativa.

Dessa forma, não cumprindo o depositário com o *munus* que lhe incumbe por força de determinação judicial em execução fiscal, pode a Fazenda Pública, em busca da satisfação do seu crédito, requerer o reconhecimento da ineficácia do negócio jurídico fraudulento, assim como da prática de ato atentatório à dignidade da Justiça, postulando a aplicação da multa cabível nos próprios autos executivos. Pode, outrossim, alcançar o patrimônio do depositário, até o limite do valor atualizado do bem que se encontrava sob sua guarda, além de se mostrar pertinente a comunicação dos fatos ao Ministério Público, a fim de que verifique eventual prática de crime contra a Administração Pública e de ato de improbidade administrativa, ensejador de ação civil pública.

Como se percebe, o ordenamento jurídico – que não é lacunoso – encarrega-se de compensar à altura o enfraquecimento do instituto, oriundo da impossibilidade de prisão civil do depositário infiel. Não fossem essas válvulas de escape, o instituto do depósito judicial estaria entregue à própria sorte e ao bel prazer dos particulares, que se veriam motivados a descumprir a relação de Direito Público e atuar contra todos os princípios da execução, sem esquecer da necessidade de atendimento do interesse público, uma vez que a Fazenda Pública promove a ação de execução fiscal para cobrar o crédito que pertence à coletividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquemático*. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Do Contrato de Depósito*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/3216>>. Acesso em: 18 maio 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 91.868. Quarta Turma. Rel: Min. Fernando Gonçalves, Brasília, 18 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 maio 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.141.990. Primeira Seção. Rel: Min. Luiz Fux, Brasília, 10 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 maio 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 13.099. Segunda Turma. Rel: Min. Franciulli Netto, Brasília, 12 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Tribunal Pleno. Rel: Min. Cezar Peluso, Brasília. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 maio 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Agravo de Instrumento n. 2009.03.00.037837-0. Quinta Turma. Rel: Ramza Tartuce, São Paulo, 7 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 18 maio 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Agravo de Instrumento n. 2009.03.00.041336-8. Quarta Turma. Rel: Alda Basto, São Paulo, 7 de janeiro de 2010. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 18 maio 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Habeas Corpus n. 2008.03.00.005879-5 31157. Segunda Turma. Rel: Henrique Herkenhoff, São Paulo, 13 de janeiro de 2009. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 18 maio 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. II. 4. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2001.

CAPEZ, Fernando, PRADO, Stela. *Código Penal Comentado*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007)

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. v. 5. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DONIZETTI, Elpídio. *Depósito Judicial e Prisão Civil do Depositário Infiel*: análise do julgamento do RE 466343/SP. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Artigo_Elpidio.pdf>. Acesso em: 16 maio 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FIUZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Leandro Raphael Alves do. *Da Responsabilidade Civil e Criminal do Depositário Infiel*. Disponível em: <<http://www.faminasbh.edu.br/revistaeletronica/download/Volume5/int01.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. V. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.