

CONTRATO DE DEPÓSITO MERCANTIL

INTRODUÇÃO

O trabalho que segue tem como objectivo na primeira parte a análise e a descrição do Contrato de Depósito Mercantil, dando o conceito do contrato supra identificado, indicando os sujeitos e os objecto que fazem parte deste. Desde já nos distanciando-nos e excluïremos o contrato de depósito bancários, e outros contratos de depósito que não sejam conexionados com o direito dos transportes.

Numa segunda parte, o trabalho especifica as obrigações e os direitos de ambos os sujeitos de um Contrato de Depósito Mercantil, o Depositante e o Depositário e o respectivo incumprimentos das obrigações - maxime - a responsabilidade do depositário.

Designa-se por depósito mercantil ("commercial bailment", "Lagergeschäft", "depôt cormmercial", "depósito mercantil") o *contrato pelo qual uma das partes entrega à outra uma coisa destinada a actividade comercial, para que esta a guarde e restitua quando for exigido.*

A base legal encontra-se genericamente prevista no Título XIII do Livro II do CCom (arts. 403.º a 407.º). De novo, é mister ter presente, quer a relevância subsidiária das normas gerais pertinentes do CCivil (arts. 1185.º e segs.), quer sobretudo a existência de regras especiais aplicáveis a determinados *tipos específicos* de depósito mercantil: pense-se, por exemplo, no depósito de mercadorias em armazéns gerais (arts. 94.º, 408.º a 424.º do CCom), no depósito bancário (art. 407.º do CCom e Decreto- -Lei n.º 430/91, de 2 de Novembro", no depósito de títulos de crédito e instrumentos financeiros (art. 405.º do CCom,

art. 343.º do CVM), ou no depósito fiduciário ("escrow account").

Surge-nos uma questão. Quais as principais especialidades do regime do depósito mercantil? Desde logo, o legislador estabeleceu que a comercialidade do depósito pressupõe que este "seja de géneros ou de mercadorias destinados a qualquer acto de comércio" (403.º do CCom): uma interpretação actualista dos dizeres legais implica, pois, considerar como mercantil todo o depósito relativo ao *exercício de actividades empresariais*, sobretudo quando realizado por empresários que a ele se dedicam profissionalmente (v.g., bancos, entrepostos comerciais, armazenistas, etc.), embora não deixe de ter tal natureza aquele que seja efectuado esporadicamente por um particular em conexão com um outro acto mercantil (v.g., acessoriamente a uma operação de compra e venda mercantil, de comissão, de transporte, etc.) Depois ainda, ao contrário do regime comum do depósito não profissional (arts. 1186.º e 1158.º do CCivil), o depósito mercantil tem uma *natureza onerosa* (art. 404.º do CCom): como notava Adriano ANTHERO, numa asserção igualmente válida para os demais contratos previstos no Código Comercial, "vai isso de harmonia com a natureza lucrativa do comércio". Trata-se de regime supletivo, pelo que, talqualmente é possível estipular uma retribuição no caso de depósito civil, assim também será lícito às partes de um depósito mercantil convencionar a gratuitidade do mesmo. Finalmente, o depósito mercantil envolve ainda a previsão de *direitos e deveres especiais* para o depositário: assim, no caso de depósito de títulos de crédito, valores mobiliários ou outros instrumentos juscomerciais (v.g., acções, obrigações, unidades de participação, letras, cheques, etc.), o depositário está obrigado à respectiva cobrança e

demais diligências necessárias à conservação do seu valor (art. 405 do CCom); inversamente, no caso de o depositário estar autorizado a utilizar a coisa depositada, o contrato passa a ficar sujeito às regras do empréstimo mercantil, da comissão ou de outro contrato que ao caso couber (art. 406.º do CCom).

1. CONCEITO

O depósito comercial insere-se na categoria doutrinária dos chamados contratos de guarda e custódia. Referindo-se esta como a finalidade principal que lhe permite distinguir-se dos outros contratos semelhantes. Está regulamentado como acima vimos no CC e no Código Comercial, nos artigos supra identificados. E no regime espanhol encontra-se regulamentado, como acontece com muitos outros contratos, tanto no Código Civil (CC artigos 1758-1789) como no Código Comercial (arts. 303-310 CCOM), tal como sucede no regime alemão nos art. 467 a 473 do Código Comercial.

Consequentemente, tanto a definição como algumas regras gerais aplicáveis a este contrato, precisam inevitavelmente, de uma referência ao Código Civil, além da ser inevitável, como em qualquer outro contrato comercial, há uma parte geral que se aplica a todos os contratos (consentimento, causa, objecto, etc). Por não existir nestes aspectos especialidade mercantil ab initio.

Nos termos do art. 1185 CC: "Depósito é o contrato pelo qual uma das partes entrega à outra uma coisa móvel ou imóvel, para que a guarde, e a restitua quando for exigida". Este conceito civil é válido para o direito mercantil, que é referido por alguma jurisprudência quer nacional quer internacional. Em qualquer caso, deve-se ter

em mente que, embora conceitualmente não haja diferença entre o depósito civil e comercial, como acontece em outros contratos, o carácter comercial provém da concorrência de certas notas que o CCom reconhece. Há jurisprudência e doutrina que consolida esta afirmação, quando referem que o contrato de depósito mercantil se define com base nas obrigações de guarda, conservação e devolução. A obrigação de guarda não está configurada como um mero ónus da conservação, mas sim, num sentido amplo, que aglutina uma verdadeira obrigação de fazer e delimitar um campo de protecção em torno da coisa depositada durante todo o período em que se prolongue a posse, aplicando-se a necessária diligência do bom pai de família (acentuando-se no caso do depósito mercantil uma diligência qualificada), ficando o depositário isento de responsabilidade de restituir a coisa em caso de perda da coisa por caso fortuito ou força maior.

Distingue-se ainda o contrato de depósito civil de depósito mercantil, assinalando sobre o depósito que "(...) o contrato de depósito de acordo referido no art. 1185 CC, é gratuito salvo pacto em contrário das partes. A doutrina assinala que deve distinguir-se o contrato de depósito, propriamente dito - que não tem outro propósito senão o dever de cuidado e custódia dos bens à disposição do depositante - de outros contratos em que, são patentes outras prestações, encontrando-se, igualmente aí o dever de custódia, cuja finalidade e natureza jurídica é diferente e cujas consequências, em ordem do incumprimento, admite uma responsabilidade que vai além de um mero depositário. Estatuindo o art. 1187, como regra geral, que o depositário é obrigado a guardar a coisa depositada, a avisar o depositante, quando haja perigo ou ameaça e a restituir a

coisa depositada juntamente com os seus frutos, caso não restitua incorre em responsabilidade.

Desta feita, a mercantilidade do depósito decorre do art. 403 do CC quando refere que para que o depósito seja considerado mercantil é necessário que seja de géneros ou mercadorias destinados a qualquer acto de comércio, seja objectivamente ou subjectivamente comercial ou ainda que seja um acto acessório de comércio. Sendo ainda necessário ter a qualidade de comerciante. Refere Adriano Antero "Para que o depósito seja considerado mercantil, é necessário que seja de géneros ou mercadorias destinados a qualquer acto de comércio; não basta que o contrato de depósito seja feito entre negociantes, é necessário que seja de géneros ou mercadorias destinados ao comércio ou a qualquer acto de comércio. No entanto se for celebrada entre comerciantes, embora não se declare qual é o acto a que as mercadorias são destinadas, todavia presume-se que o depósito é mercantil.

O depósito é voluntário quando é livremente contraído pelas partes; é necessário quando resulta de uma imposição da lei: é regular quando o depositário deve restituir o próprio objecto depositado; é irregular quando o depositário não é obrigado a restituir o objecto depositado, mas outro da mesma natureza, o que pode dar-se, quando se tratar de cousas fungíveis ou homogéneas ou então a restituir o seu valor."

A redacção desta disposição levou a muitas críticas da doutrina que, em geral, concordam no essencial referindo o carácter obscuro da norma e na redundâncias de alguns dos requisitos da mercantilidade previstos no citado normativo. Por um lado, poderia qualificar-se como um critério subjectivo, na exacta medida, em que, se exige a

condição de empresário do depositário. Tem-se afirmado que se o sujeito não for comerciante nos termos do art. 13 do C. Com, enunciando a exclusão do art. 14 do C Com, o depósito não natureza mercantil tal como no caso em que o sujeito não tenha actividade comercial. Qua tale, e observando apenas o elemento literal do citado normativo seríamos levados a concluir que um sujeito comerciante de um ramo de actividade que não o de depositário poderia ser qualificado como depositário à luz do art. 403 do C Com. podendo em alguns casos confundir as obrigações de depósito inserido no conteúdo de um contrato específico com o contrato de depósito mercantil, hoc sensu. O segundo dos requisitos estatuidos no art. 403 do CCOM refere-se ao objecto do depósito de maneira tal que para que seja mercantil deve recair sobre coisas objecto do comércio. A falta de delimitação do conceito utilizado exigiu uma interpretação doutrinária que defende incluir dentro do mesmo as mercadorias, que trataremos mais à frente, os títulos de crédito e dinheiro excluindo, ao contrário de outros sistemas, os bens imobiliários, assim refere Serrera CONTRERAS.

Maiores críticas recebeu, o terceiro, e último requisito de mercantilidade estatuido no art. 403 do CCom quando refere "destinado a qualquer acto de comércio". Alguns autores qualificam de retórico o argumento, pois, é óbvio assinalar que o depósito é mercantil quando seja destinado a qualquer acto de comércio, podendo referir-se que o CCom reconhece a mercantilidade de certos actos de comércio seguindo um carácter formal.

O carácter essencial do depósito que se exige, em qualquer caso, para ser considerado como mercantil e não apenas como uma mera obrigação de depósito que forma parte do conteúdo de outro contrato (e.g., compra e venda, comissão,

transporte, etc). Hoc sensu, pode cometer-se o erro de qualificar como um depósito operações comerciais, que na verdade não o são.

Numa interpretação conjunta dos três requisitos preceituados no art. 403 do CCOM somos levados a concluir que o depósito é mercantil quando o depositário seja comerciante, que o depósito recaia sobre coisas móveis, títulos de crédito ou dinheiro e que seja destinado a qualquer acto de comércio directa ou indirectamente, ou por qualquer outra via, e.g, a acessoriedade. De notar que se deve fazer uma interpretação correctiva e actualizada da norma - art. 403 do Ccom, a fim de, à semelhança do que sucede com o art. 230 do CCom, de não deixar de fora do conceito sujeitos que merecem a qualificação dos depósitos de agricultores, ganadeiros, etc

2. Características

Depósito Mercantil é um contrato bilateral (salvo quando seja gratuito por vontade das partes, art 404 C com, in fine "salva convenço expressa em contrário), gerando obrigações para o depositante e para o depositário, é um contrato oneroso(art. 404 do Ccom. "o depositário terá direito a uma gratificação pelo depósito) uma vez que o depositário deve ser compensado pela guarda do objecto que lhe é confiado, e é um contrato real, por oposição a formal, pois só fica perfeito com a entrega da coisa.

A bilateralidade do depósito está ligada ao carácter da retribuição, assim, a propósito do depósito gratuito há quem perfilhe e o tenha como negócio unilateral, pois as únicas obrigações que existem são as respeitantes ao depositário. Como refere Cunha Gonçalves "É unilateral, porque o depositário não é obrigado a prestação alguma

tirada do património. Todavia, sendo remunerado o contrato deixa de ser rigorosamente unilateral.”

No contrato de depósito comercial, mais do que obrigações típicas do contrato de depósito teria que falar-se das obrigações decorrentes dos princípios gerais como a proibição de enriquecimento sem causa. Nestes casos, fala-se de bilateralismo imperfeito no sentido que haveria bilateralidade sem sinalagma. Estatui-se, ainda, no CC no art. 1192, que o depositário não pode recusar a restituição da coisa ao depositante com o fundamento de que este não é proprietário da coisa nem tem sobre ela outro direito. Uma das características que diferenciam o contrato de depósito de outras figuras jurídicas civis, como o empréstimo ou o comodato, é o estatuído no art. 1189 em que o “depositário não tem direito de usar a coisa depositada nem de a dar em depósito a outrem, se o depositante o não tiver autorizado. Quando o depositário tem permissão para usar e se servir da coisa depositada “cessarão os direitos e obrigações próprias de depositante e depositário, e observar-se-ão as regras aplicáveis do empréstimo mercantil, da comissão, ou do contrato que, em substituição de depósito, se houver celebrado, qual no caso couber”., art 406 do C.Com. Mantém-se, no entanto, a obrigação de restituição da coisa, art. 1187 al. c) CC.

Uma outra nota que permite distinguir o contrato de depósito do contrato de compra e venda é a obrigação de restituição que existe no contrato de depósito, pois na compra e venda os bens são próprios podendo dispor deles como o proprietário entender.

O contrato de depósito nos armazéns gerais, apesar de não ser um contrato formal, segue a forma escrita por oposição ao depósito, que não tem de seguir a forma escrita.

Uma característica do contrato de depósito é a sua classificação deste na categoria dos contratos reais junto do comodato, do mútuo, e o mandato.

O contrato de depósito partilha com o mútuo, a mesma natureza real, face ao depósito civil é um negócio gratuito. Afasta-se por o mútuo ser um contrato unilateral, mas sobretudo pelo seu objecto (coisas fungíveis) e pelo efeito jurídico fundamental: a transferência da propriedade donde derivam, a faculdade de usar e de restituir outro tanto do mesmo género e qualidade.

Quanto ao comodato, há pontos comuns; são ambos contratos reais, bilaterais e imperfeitos, presumem-se celebrados de boa fé têm por base res não fungíveis. Mas há diferenças, enquanto que no depósito a finalidade é a custodias da res, no comodato visa-se proporcionar o uso por parte do comodatário.

Garcia de Goyena, em 1851 defendia o contrato de depósito e os demais contratos como consensuais. A maioria da doutrina e jurisprudência qualifica o contrato de depósito como um contrato real.

Diga-se, em abono da verdade, que resulta da lei que o depósito fica constituído mediante a entrega da coisa que constitua o seu objecto. Resulta do art. 1185 do CC que se constitui o depósito desde que o depositário receba coisa alheia com a obrigação de guarda e de a restituir. Há autores como Serrera Contreras que defendem que a possibilidade de que o depósito se configure como um contrato de natureza consensual, pois as obrigações das partes antecedem e entrega da coisa, de tal forma que a entrega não seria causa da obrigação mas sim a materialização do seu cumprimento.

Esta possibilidade é justificada para alguns autores com base no princípio da autonomia privada. Outros distinguem entre o depósito gratuito e remunerado. No primeiro caso, configuram o contrato como real, no segundo caso, prevê-se a possibilidade de configurar o depósito como consensual, constituindo uma espécie de contraprestação da obrigação de custódia do depositário, o mesmo é dizer, uma obrigação do depositante (pagar uma certa quantia), por vezes antes da entrega da coisa, como é comum no depósito de mercadorias nos armazéns gerais. O carácter consensual neste caso vinha imposto na organização e *modus operandi* destas empresas. Todavia podemos contra argumentar contra esta posição que o carácter real do depósito não cede na questão do depósito nos armazéns gerais no entendimento que a obrigação do depositante de pagar um preço previamente à entrega da coisa é uma obrigação derivada da reserva de espaço físico contratada com o depositário.

Distinção de Outros contratos mercantis similares

O contrato de depósito distingue-se de outros contratos, tal como o contrato de transporte, e o contrato de logística.

Da distinção a operar entre o contrato de depósito e o contrato de logística (é um contrato de execução em que um sujeito, o operador logístico, se compromete face a outro, o usuário, a levar acabo um conjunto de serviços, como o transporte, armazenamento, montagem, preparação de pedidos etc. de conteúdo logístico a pedido do último, em troca é paga uma contraprestação económica) resulta que no primeiro permite-se que uma pessoa, o depositário receba de outra, o depositante, uma coisa móvel, obrigando-se face a esta a custodiar e a restituir a coisa no momento contratado.

Quando o depósito é mercantil é oneroso, caso não haja pacto em contrário.

Um ponto parece comum, Tanto no contrato de depósito, como no contrato de logística temos a mesma obrigação - custódia e guarda.

Da distinção resulta que o operador logístico só pode conservar a mercadoria na plataforma logística e apenas os produtos do depositante, pelo tempo mínimo e indispensável, a fim de reduzir custos. (Müglisch, A., *Transport und Logistikrecht*). Outro termo de distinção pode operar-se quanto à obrigação, enquanto que no contrato de depósito a única obrigação, ou pelo menos, a principal, é a obrigação de custódia. Ao invés no contrato de logística incluem-se outras prestações de igual ou maior importância e que não se podem considerar subordinadas ou acessórias da obrigação de custódia, como sucede, *in casu*, com o contrato de depósito.

Quanto à distinção a operar entre o contrato de transporte e contrato de depósito resulta que no contrato de transporte de coisas, o transportador obriga-se face ao carregador a transportar uma determinada mercadoria de um lugar para o outro e a entregá-la ao destinatário, em troca de um preço. Este contrato encontra-se regulado no art. 366-393 do Ccom, e em legislação avulsa, incluindo diversas Convenções aplicáveis ao contrato de transporte. O transportador deve conseguir obter um resultado, levar a mercadoria até ao destino e para a qual a deverá custodiar e trata-la adequadamente. Dependendo dos casos o transportador pode também assumir outras prestações ou serviços acessórios, como por exemplo a carga e descarga, empacotar a mercadoria, o depósito, e a reexpedição,

operações aduaneiras, a contratação de seguros, pallets, contentores e outras medidas auxiliares, etc.

No contrato de depósito a única obrigação ou principal é a de guarda, enquanto que no contrato de transporte a obrigação principal é transportar a mercadoria de um lado para o outro, sendo as restantes acessórias e dependentes desta.

Classificações

São várias as classificações que se podem fazer acerca do contrato de depósito. Assim, estabelecemos uma primeira classificação entre depósito simples e depósito especial ou profissional, em função da existência de um regime especial aplicável a este último, é o caso dos depósitos bancários ou o depósito nos armazéns gerais.

Pode operar-se outra distinção entre ao conteúdo do contrato que é a obrigação de custódia, quando a esta se juntam outras obrigações como a administração, pode diferenciar-se frente ao depósito simples, o depósito administrado., que tem especial relevo no âmbito de do mercado de valores, que aqui não cuidaremos.

Outra distinção a operar é entre o depósito regular, que é aquele que reúne as características típicas do contrato de depósito, frente ao denominado depósito irregular, conhecido desde a época romana. Classifica-se de irregular o depósito de coisas fungíveis nas quais, tanto a obrigação de guarda da coisa como a a obrigação de devolução apresentam diferenças face ao depósito regular. No depósito irregular há um pacto entre o depositante e o depositário, em que o último pode usar a coisa, art. 1205 c/jg com o art.

1189, ambos do CC.O depositário ao usar a coisa assume a obrigação de devolver uma quantidade da mesma espécie e qualidade, porque se transmite a propriedade do bem(depósito irregular). O paradigma dos depósitos irregulares é o depósito bancário, categoria que aqui não nos ocuparemos.

Pode distinguir-se entre depósito retribuído e depósito gratuito em função da actividade do depositário seja ou não remunerada. No Código Civil o o depósito presume-se gratuito, para o Código Comercial presume-se remunerado. Justifica-se a diferença pois neste último o próprio carácter mercantil, face ao carácter civil do primeiro, a que acresce a vinculação mercantil do tráfico profissional, com ênfase para o art. 980 do CC, em que um dos requisitos de uma sociedade "...que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros...". DE todo o modo, diga-se que as partes podem convencionar a gratuitidade do depósito, art.404 do Ccom "O depositário terá direito a uma gratificação pelo depósito, salva convenção expressa em contrário. A este propósito esteve em discussão no Supremo Tribunal Espanhol, em 12 de Março de 1987, o caso com a seguinte fatiespecie trata-se da tentativa de responsabilizar um sujeito que recebeu uma mercadoria destinada a embarque no porto de Terragona e que ficou depositada nos armazéns até ao embarque, tal serviço ficou a cargo de um terceiro cujas despesas são o único pagamento que o depositante pagara ao depositário. A mercadoria deteriorou-se, e o depositante reclama a responsabilidade do primeiro sujeito alegando que ao não mediar o preço do contrato não poderia ser considerado depósito mercantil. Todavia refere a sentença "a sentença recorrida atribui a qualidade de depositário, todavia não cobrou nenhum montante pelo depósito, limitando-se a facturar as

despesas, pois o art. 304 no ordenamento espanhol, que corresponde qua tale ao art. 404 do nosso C com. presume-me a não gratuidade do depósito excepto se convenção em contrário, decidindo o tribunal, que, ainda, que, não seja considerado mercantil o depósito, o depositário terá de ser responsável pelo perecimento da mercadoria”.

Existem, ainda, duas espécies de depósito a considerar: o depósito voluntário e o depósito obrigatório. O primeiro é o que se faz espontaneamente, mediante contrato entre os interessados. Já o segundo é o que se realiza em consequência de circunstâncias que o impõem. Diz-se legal o depósito obrigatório efectuado em desempenho de obrigação prescrito em Lei.

Elementos

Uma palavra mais, para distinguir no depósito os elementos pessoais ou subjectivos dos elementos reais. Quanto aos elementos pessoais ou subjectivos cumpre referir que surge a figura do depositante e do depositário. O depositante, como já se especificou, pode ser uma pessoa física ou jurídica, seja ou não comerciante, a diferença do depositário, é que este em função do art. 403 do Ccom tem de ter a condição de comerciante. Tem-se afirmado que o depositário é o sujeito em torno do qual gira o contrato de depósito. Na época romana, como refere Santos Justo, exigia-se a honorabilidade do depositário em relação ao carácter personalístico da sua prestação, tal conceito hoje é substituído pela profissionalidade e pela confiança.

Quanto à capacidade regem as normas civis e o art. 7 do Ccom, com a excepção do depósito bancário e depósito e armazéns geras, que contam com normas especiais, que junta

às normas civis e mercantis, determinadas normas administrativas e regulamentares.

OBJETO

Somente as coisas móveis podem ser objectos de um contrato de depósito mercantil. Entende-se por coisas móveis os bens que podem ser transferidos de lugar sem que haja perda de valor económico.

Sendo o objecto uma das partes mais importantes do contrato, o mesmo deve estar claramente especificado, para que não gere dúvidas sobre o objecto que é deixado e o que será retirado depois de determinado tempo. Por exemplo, se o objecto do contrato for um automóvel, deve obrigatoriamente conter a marca do veículo, o ano, o modelo, motor, o número do chassi, cor, entre outras.

OBRIGAÇÕES DO DEPOSITANTE

No que se refere ao contrato de depósito, a obrigação principal do depositante é consiste em satisfazer ao depositário o preço acordado, partindo do pressuposto que o depósito é remunerado. Assim, e nos termos do art. 1199 do CC, o depositante tem de pagar um preço, abonar o depositário das despesas e a indemniza-lo de algum prejuízo. Esta obrigação está imbricada no princípio que proíbe o enriquecimento sem causa, e ao princípio da boa fé, mais do que ao conteúdo típico do contrato.

OBRIGAÇÕES DO DEPOSITÁRIO

A custódia do objecto constitui a principal obrigação do depositário. Cabe a este guarda-lo e conserva-lo com o cuidado e diligência de um bom pai de família, sendo profissional com a devida especificidade decorrente da sua actividade.

A obrigação de custódia da coisa

A) Conteúdo

É comum quer na doutrina, quer na jurisprudência, considerar, que a obrigação de custódia é o núcleo essencial do contrato de depósito que serve para o distinguir das demais figuras contratuais mais ou menos semelhantes, como a locação, ou a custódia no contrato de transporte, entre outros.

Destaque para o acórdão do ST Espanhol de 10 de junho de 1987, relativo à responsabilidade da perda de mercadoria - neste caso relógios - que foram transportados do Japão para Madrid, e que foram depositadas pela Companhia Iberia na Gran Canaria, onde se encontrava o destinatário da mesma. A Companhia Iberia custodiou a mercadoria nos seus armazéns, finalmente, não pôde ser entregue por ter esta ter desaparecido totalmente. O recorrente solicitou que à Iberia se aplicassem as normas de responsabilidade do depositário da Convenção de Varsóvia em matéria de transporte aéreo. Tal como se decidiu no acórdão recorrido. O acórdão do supremo confirma esta parte da decisão. Observa, ainda, que deve distinguir-se o contrato de depósito propriamente dito, que não tem outra finalidade que não a guarda ou a custódia dos bens à disposição do depositante, de outros contratos, em que, entre outras prestações se encontra o dever de custódia, mas cuja finalidade e natureza jurídica são distintas (e.g rectius o

contrato de depósito) e cujas consequências, em ordem ao incumprimento, admitem diferenciação em respeito do dever que corresponde um mero depositário. Neste caso, encontra-se o contrato de transporte aéreo no qual a responsabilidade do transportador em que a responsabilidade se estende à custódia, art. 18, paragrafo 2 da Convenção de Varsóvia aplicando-se a responsabilidade do art. 22 e 25 (para os casos de dolo e culpa grave)

Assim, embora, em qualquer contrato que envolva uma obrigação de entregar a coisa, o dever de custódia está implícito, no contrato de depósito, a custódia é a obrigação principal e característica, a própria causa do contrato.

A questão principal radia em dar conteúdo à obrigação de custódia na medida em que o código é conciso no tratamento dado a esta questão. Portanto, a jurisprudência e a doutrina, apelam de forma mais ampla ao regime do CCOM, e do CC. Para concretizar o conteúdo da obrigação de custódia, o depositante tem de interpretar o art. 1187 al.a) em que apenas se refere que o depositário está obrigado a guardar a coisa depositada e só nas alíneas seguintes é dada uma maior concretização. Desta feita o depositário responde não só por dolo, mas também por culpa grave ou negligência grosseira e deve fazer todos os possíveis para evitar ou remediar os danos que sofreram as coisas depositadas, incluindo os casos em que estas derivam da natureza ou de vícios das Cóias e em de avisar o depositante assim que algo aconteça.

A obrigação de custódia, geralmente envolve não apenas a mera posse da coisa por um depositário, mas também em conjunto de acções destinadas a proteger para conservar a

coisa como ela foi entregue e, portanto, para, assim, poder cumprir a obrigação de restituição da mesma.

A natureza da coisa pode exigir uma maior ou menor actividade do depositário para cumprir adequadamente com a sua obrigação de custódia e manter a coisa no mesmo estado em que foi entregue. Assim, no caso de mercadorias perecíveis o dever de guarda pode revestir um esforço maior para o depositário daí que ao fixar o preço deverá atender a esse circunstancialismo. Às vezes o conteúdo da obrigação de Custódia pode envolver o conhecimento do depositário das condições ambientais que esses produtos devem ter para uma preservação adequada (nível de temperatura, humidade, colocação de produtos, etc; Há que armazenar as coisas de um modo cuidadoso e correcto, peças de manutenção, e máquinas, frigoríficos nos quais a preservação da coisa.

Assim, a obrigação de custódia baseia-se na natureza e função economia da coisa depositada, mas em qualquer caso, seguindo a doutrina clássica neste ponto, seria constituído por, pelo menos, por uma dupla e imprescindível actividade. Por um lado a conservação e protecção da coisa, tendo que evitar danos, roubos e qualquer outra alteração que possa ser causada por agentes externos à natureza da coisa; E por outro lado, a manutenção em bom estado da coisa.

A obrigação de custódia é a de proteger o bem; por vezes surgem cláusulas nos contratos que estabelecem instruções para a conservação dos bens, que os tribunais consideram nas decisões para apurar se o depositário agiu de acordo com a diligência requerida.

Quanto ao dever de comunicação a que alude o art. 1187 al. b) do CC, pode considerar-se como incluído no dever de custódia, segundo o citado preceito normativo "0

depositário é obrigado a avisar imediatamente o depositante, quando saiba que algum perigo ameaça a coisa ou que o terceiro se arroga direitos em relação a ela, desde que o facto seja desconhecido do depositante. Além disso, o depositário também tem um dever de carácter negativo. Não pode usar a coisa salvo acordo expresse, a este respeito de salvaguardar que se tal acontecesse perderia o depósito o seu carácter transformando-se noutra contrato ou em depósito irregular com características próprias.

A proibição da utilização da coisa pelo depositário esclarece a sua posição jurídica. Este é um mero possuidor da coisa, que não pode usa-la ou sequer dispor dela, pois este não é proprietário, nem é titular de um direito real sobre a mesma (como se fosse usufrutuário). Nem mesmo - como alguns referem - tem a posse da mesma, mas o exercício desta é exercida em nome alheio. Isso não impede que, e como conteúdo a obrigação de custódia, o depositário deve exercer as acções de defesa da coisa face a terceiros.

Por último a questão a saber neste ponto é se a custódia deve ser realizada pelo depositário pessoalmente ou deve-se admitir o chamado subdepósito, em que a actividade material de custódia pode ser encarregada pelo depositário a terceiros. Não parece levantar dúvidas a possibilidade do subdepósito quando o depositante deu o seu assentimento, com base na autonomia da vontade das partes. Mais difícil é a questão de saber se se pode admitir por iniciativa do próprio depositário. Haveria que ter em conta quais as circunstâncias em que se verifica esse subdepósito. Isso levando em conta as circunstâncias em que o subdepósito ocorre e se pode justificar por circunstâncias extraordinárias, questões urgentes que possam pôr em perigo a existência ou a integridade da coisa depositada, aqui,

parece razoável aceitar a opinião daqueles que entendem que não só é permitido, mas, como também, pode constituir um exemplo de diligência do depositário, mas em qualquer caso, o depositário assumiria toda a responsabilidade face ao depositante dos danos derivados do sub-depositário. (Heras Hernández.)

O incumprimento da obrigação de custódia. A responsabilidade do depositário.

Nos casos em que a coisa depositada seja perdida ou danificada, pode surgir a responsabilidade do depositário por culpa - significa isto que para ser exigível, o depositário deve actuar com dolo ou negligência, e como se observa da jurisprudência só fica livre de responsabilidade demonstrando que actuou com a diligência devida (due diligence). O demandante deve provar, portanto, os factos que fundamentam a sua pretensão estabelecendo uma presunção de culpa do demandado. Assim se passa no âmbito da responsabilidade contratual, e mais pelo facto de o sujeito ter a condição de comerciante enquanto depositário.

Numa decisão do STJ de 1995, assinala-se que "(...) à luz desta doutrina, a existência de um contrato de depósito mercantil remunerado entre o recorrente e a recorrida, assim como o dano sofrido pela mercadoria depositada durante o tempo que permaneceu sob custódia do depositário, este via-se obrigado a provar que deterioração dos bens não foi devido a culpa ou negligência, pois a mercadoria perdeu-se devido a caso fortuito, pois não se provou qual a causa que produziu o dano sofrido.

Sobre a obrigação de custódia da coisa depositada e a diligência exigível no cumprimento do contrato ao Depositário, afirma-se que a guarda não está configurada

como uma mera operação de conservação, mas num sentido amplo, ela aglutina uma verdadeira obrigação consistindo na criação de um âmbito de protecção em torno da coisa depositada durante o período em que se prolongue a posse, aplicando-se a diligência exigível a um bom pai de família, acrescentando que na qualidade de comerciante responde de forma qualificada ficando apenas isento o depositário em caso de perda da coisa por acidente ou força maior.

Entre as diferentes causas de exoneração de responsabilidade do depositário são força maior e o caso fortuito.

Em geral, a jurisprudência é restritiva na hora de considerar a existência de caso fortuito por ser um evento inesperado e insuperável. Assim, a produção de um incêndio cuja causa não se possa demonstrar, não se considera como caso fortuito ao presumir-se que se produziu no âmbito de poder de controle do depositário, causado por um trabalhador ou por um terceiro, mas em qualquer caso imputável ao depositário por culpa in eligendo ou in vigilando. Um acórdão da Relação de Lisboa entendeu que o derramamento de amoníaco a partir de um frigorífico para falha de uma de suas válvulas, que derramou o ácido sobre a carne depositada tornando-a imprópria para consumo. O Tribunal considerou que não estávamos perante uma causa fortuita, pois o depositário é responsável pela manutenção do frigorífico em boas condições e provou-se que usava uma Válvula inadequada, logo não foi diligente.

Em suma, a obrigação de custódia exige do depositário uma diligência qualificada enquanto comerciante Essa diligência pode ter um conteúdo diferente segundo um tipo de depósito.

DIREITOS DO DEPOSITÁRIO

O direito de retenção do objecto depositado é-lhe conferido para garantia de suas pretensões:

- A de ser reembolsado das despesas feitas com a coisa;
- A de ser indemnizado dos prejuízos provenientes do depósito, até que o depositante lhe pague o valor líquido das despesas, ou dos prejuízos, provados imediatamente.

Quando isso não acontecer, pode o Depositário recusar-se a restituir o objecto, ou também quando:

- 1^a- O objecto depositado é judicialmente embargado;
- 2^a- sobre a coisa pende execução de que tenha conhecimento oficial;
- 3^a- tiver suspeita de que o objecto foi furtado ou roubado.

Admite-se o direito de requerer o depósito judicial do objecto, quando:

- Obrigatoriamente, o depositário tiver fundada suspeita de que tem à sua guarda um objecto furtado ou roubado;
- Por motivo plausível, não possa guardar o objecto e o depositante não queira receber o mesmo;
- O depositário se tornar capaz, hipótese na qual o seu curador deverá recolher ao depósito público, se o depositante recusar-se a receber o objecto.

DIREITOS DO DEPOSITANTE

O depositante tem o direito de exigir em qualquer momento a restituição do objecto depositado.

Em caso de não devolução, quando reclamado, é compelido a devolver o mesmo. Pouco importa se o depósito seja voluntário ou necessário. É Indiferente também que o inadimplemento da obrigação de restituir seja intencional ou fruto de negligência, dolosa ou culposa, sujeita a coerção.

Do depósito nos armazéns gerais

A expressão armazéns gerais surgiu a partir do código italiano, onde os *magazini generale* correspondem aos docks da Inglaterra, aos *magasins generaux* da França e aos *Lagerhäuser* da Alemanha.

O art. 94 do C. Com, define armazéns gerais como "estabelecimentos autorizados pelo governo a receber em depósito géneros e mercadorias, mediante caução, pelo preço fixado nas respectivas tarifas. Esta como refere, Cunha Gonçalves não é uma função meramente passiva, como a de receber em depósito, mas sim bastante activa no movimento mercantil dos países em que existem."

Os armazéns gerais têm por finalidade:

- 1 - Prover a guarda e conservação das mercadorias neles depositadas;
- 2 - Mantê-las na situação aduaneira que tinham ao tempo do depósito;

3 - Facilitar a circulação delas, evitando frequentes deslocações pela emissão de um título circulante, o conhecimento de depósito

4 - Facilita as operações de crédito pela emissão de um título circulante cautela de penhor ou warrant;

5 - Efectuar vendas de mercadorias depositadas em transacção particular ou em leilão;

6 - Fazer o transporte, transferência entrega das mesmas mercadoria;

7 - efectuar o seguro destes durante o depósito ou transporte;

PRAZO

O contrato de depósito mercantil poderá ser ajustado entre as partes por tempo determinado ou indeterminado.

No primeiro caso, vence-se o depósito com a extinção do prazo e no segundo caso, o vencimento dar-se-á no momento em que o depositante exigir a devolução do objecto dado em custódia ou quando o depositário, não desejar mais guardar a coisa, devolve-la ao depositante.

Sempre se dirá, que não há uma especificidade em matéria de extinção do contrato diferente do depósito civil.

CONCLUSÃO

I - O contrato de depósito civil e o contrato de depósito mercantil, partilham o mesmo regime legal, distanciando-se este último do primeiro pelo carácter profissionalizante;

II - O contrato de depósito mercantil distingue-se de alguns contratos de carácter civil e mercantil;

III - Na distinção operada com os contratos mercantis, como o de transporte, ou o atípico, contrato de logística verifica-se que no que respeita ao contrato de depósito a obrigação exclusiva e/ou principal é a guarda ou custódia; Para o contrato de logística e para o contrato de transporte, a obrigação de custódia é acessória da obrigação principal;

IV - Quanto à responsabilidade o depositário responde pela bitola de um *bonus pater familiae*, a que acresce uma responsabilidade qualificada pelo carácter mercantil do depósito.