

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA VINCULANTE N°
25 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Rafael Martin Carreño de Paula Souza

Presidente Prudente – SP

2011

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA VINCULANTE N°
25 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Rafael Martin Carreño de Paula Souza

Monografia apresentada como requisito parcial da Conclusão de Curso para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito. Sob a orientação do Prof. Ms. Marcelo Agamenon Goes de Souza.

Presidente Prudente

2011

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA VINCULANTE N°
25 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia/ TC aprovado como requisito
parcial para obtenção do Grau de Bacharel
em Direito.

MARCELO AGAMENON GOES DE SOUZA

GILBERTO NOTÁRIO LIGEIRO

MURILO NOGUEIRA

Presidente Prudente, 22 de setembro de 2011

O direito deve ser estável, no entanto não pode ser estático.

Roscoe Pound

Dedico este trabalho aos meus familiares, pela presença, por todo o apoio a mim dedicado, bem como toda a confiança depositada em meu potencial e por todo o incentivo para a concretização de meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente e acima de tudo a Deus, por ter me ajudado sempre quando precisei inclusive na elaboração do presente trabalho.

Aos meus pais, por toda a dedicação a mim dedicada, me ajudando e amparando durante toda minha caminhada acadêmica, bem como não medindo esforços para me ajudar nos meus objetivos.

Aos meus irmãos e irmã, que embora mais novos e leigos no assunto me ajudaram me apoiando o tempo todo.

Ao meu orientador o Prof. Dr. Marcelo, por toda a ajuda, por toda a paciência, críticas construtivas, e sugestões, por ser rigoroso e ao mesmo tempo amigável, e principalmente por ter me aceito como orientando.

Aos examinadores por terem me dado o privilegio de estarem comigo nesse momento tão crucial na vida acadêmica.

Aos meus amigos e colegas da faculdade, por todos os momentos de alegria, companheirismo, amizade e ajuda mutua por todos esses anos, em especial ao meu amigo Pedro Gava que fez para mim a pior parte do trabalho, que é passar para o inglês o resumo do presente trabalho.

A todos os professores por sua paciência e indubitável competência lecionando, cada um dentro de sua matéria.

A todos os que tem me apoiado direta ou indiretamente, e que me ajudaram na elaboração do presente trabalho, e a todos os que torcem por mim.

A todos, o meu muito obrigado!

RESUMO

No presente trabalho, o autor buscou analisar a Constitucionalidade da Súmula Vinculante 25 do Supremo Tribunal Federal, levando em conta as disposições da Constituição Federal, bem como as do Pacto de San José de Costa Rica, tratado internacional que o Brasil é signatário sem reservas. Analisou também o conceito, e o poder Vinculante, bem como o procedimento de criação, alteração e extinção da Súmula Vinculante. Analisou também a figura do depositário infiel, suas espécies. Demonstrou a extensão da Súmula Vinculante 25, Apresentou críticas a Súmula Vinculante em foco, bem como ao poder Constituinte Originário. Trouxe a tona os conflitos entre a Constituição Federal e o pacto de San José de Costa Rica. E analisou a afronta ao poder judiciário, pela conduta do depositário infiel, bem como a semelhança da conduta do depositário infiel com o crime de apropriação indébita.

Palavras- chaves: Súmula Vinculante, Poder vinculante, Depositário Infiel, Poder Constituinte Originário, Apropriação Indébita.

ABSTRACT

In this paper, the author sought for an review of Biding Summula 25 Constitutionality from Federal Supreme Court, in order with the Federal Constitution, as well according to the San José de Costa Rica Pact, an international agreement that Brazil signed with no restriction. Reviewing the concept, and the binding power, as well the creation, alteration and extinction procedure of the Biding Summula. The unfaithful depositary person, and your species was analyzed too. Showing the extension of the Binding Summula 25. Presenting criticism to the Bindig Summula in focus, as well to the Originary Constituent. Bringing up the conflicts between the Federal Constitution and San José de Costa Rica Pact. Analyzing the affront against the judiciary power, by the unfaithful depositary behavior, and the similarity of conduct between the unfaithful depositary and the misappropriation crime.

Keywords: Binding Summla, Binding Power, Unfaithful Depositary, Originary Constitutional Power, Misappropriation.

Sumário

1. Introdução.....	02
2. Súmula Vinculante.....	04
2.1. Conceito e Significado.....	08
2.2. Poder Vinculante.....	11
2.3. Procedimento para a Criação	14
2.3.1 .Legitimidade	16
2.3.2. Deliberação do Supremo	19
2.3.3. Extinção e Alteração	20
3. Depositário Infiel.....	20
3.1. Conceito	21
3.2.. Espécies	22
3.3. Extensão da Súmula Vinculante 25	25
3.4. Críticas à Súmula Vinculante 25 e o Poder Constituinte Originário.....	26
3.5.Conflito entre a Constituição Federal e o Pacto de San José de Costa Rica.....	29
3.6. O depositário infiel e a afronta ao poder judiciario e o crime de apropriação indébita.....	32
4. Conclusão	35
5. Bibliografia	39

1. INTRODUÇÃO

Mediante constantes reclamações populares face à morosidade com que tramitam as lides, bem como atender a necessidade de alcançar um sistema jurídico que tenha salvaguardado estandartes como a segurança jurídica, a isonomia, a credibilidade do judiciário, a celeridade processual, tentando por fim solucionar a crise do judiciário, o legislador constituinte veio a criar um novo instituto que em tese seria capaz de por fim, ou ao menos reduzir tais problemas.

O Estado tem o dever, através do poder judiciário, de satisfazer os interesses de quem o provoca, bem como solucionar os conflitos da vida em sociedade, já que praticamente todos os Estados democráticos garantem em sua respectiva Constituição, um judiciário rápido e eficaz, compondo litígios e garantindo o cumprimento da lei.

Frente a crise do poder judiciário, vez que os tribunais em primeira ou segunda instancia, e até mesmo nos tribunais superiores, estão todos sobrecarregados de processos, foi criado o instituto jurídico da Súmula Vinculante.

Súmula em si, tem caráter meramente jurisprudencial, sendo que representa a interpretação legal unânime ou pelo menso majorada de algum tribunal, já a Súmula com efeito Vinculante, que pode ser criada apenas pelo Supremo Tribunal Federal, criou uma aproximação entre dois sistemas jurídicos, quais são: Civil Law, de origem Romano-Germânica, cujo o foco é o texto da lei, e o Common Law , de origem Anglo-Saxão, que tem como foco a jurisprudência e os costumes.

Essa aproximação se deve porque a Súmula Vinculante como o próprio nome sugere, tem aplicabilidade obrigatória a todos os tribunais

inferiores, todos os juizes devem se vincular ao conteúdo da Súmula Vinculante, não podendo decidir em contrariedade a mesma.

Há quem defenda que este instituto jurídico é inconstitucional por inteiro, vez que viola a independência dos magistrados e “engessa” o poder judiciário.

No tocante a Súmula Vinculante 25 do Supremo Tribunal Federal, que é o foco do presente trabalho, ela proíbe a prisão civil por depositário infiel não importando qual é a modalidade de depósito, tal Súmula Vinculante tem sua constitucionalidade duvidosa.

A Constituição Federal brasileira é clara e expressa ao dizer que é permitida a prisão civil por dívida apenas nos casos de: alimentante inadimplente e depositário infiel.

Ocorre que a tal Súmula foi baseada principalmente no pacto de San José de Costa Rica, que proíbe a prisão por dívida. É valido ressaltar que o pacto internacional supra ratificado pelo Brasil sem ressalvas, não prevê proibição da prisão civil do depositário infiel especificamente.

Ainda que tal norma de direito internacional previsse especificamente a prisão civil do depositário infiel, ainda prevaleceria por questão hierárquica das normas, o disposto na Constituição Federal.

Vale lembrar que o referido pacto internacional nunca passou pelo crivo do Congresso Nacional, para adquirir status de Emenda Constitucional, é invalido também argumenta o princípio da Supra-legalidade, vez que por tal principio as normas infraconstitucionais a respeito da prisão civil por depositário infiel, e apenas elas seriam revogadas, e a Constituição continuaria válida e continuaria também a prevalecer.

Tal Súmula Vinculante também criou uma séria incongruência no ordenamento jurídico pátrio, vez que, proibindo a prisão civil do depositário infiel, o depositário não poderia pura e simplesmente ser preso civilmente, porem poderia sem problemas ser preso pela pratica de crime por apropriação indébita.

O dilema que se cria além de afrontar diretamente contra a Constituição Federal, a Súmula Vinculante 25, criou um meio de impunidade ao depositário que desonrou suas obrigações.

O presente trabalho tem por escopo analisar a fundo o instituto Súmula Vinculante, no tocante a sua criação edição ou alteração; elucidar a figura do depositário infiel bem como as modalidades de depósito; e por fim analisar a extensão da Súmula Vinculante 25, bem como o conflito entre a Constituição Federal, e o Pacto de San José de Costa Rica, e a incongruência criada por esta Súmula Vinculante.

Tentando por fim responder as seguintes questões: A Súmula Vinculante 25 é constitucional ? A Súmula Vinculante 25 viola o Poder Constituinte Originário ? A proibição da prisão civil também enseja a proibição da prisão penal do depositário infiel ?

2. SÚMULA VINCULANTE

O fenômeno da Súmula Vinculante, trazida ao ordenamento pátrio pela Emenda Constitucional de número 45/2004, é um tema que denota séria importância no ordenamento jurídico, vez que é cada vez mais comum fundamentar pedidos com base normativa em súmulas, até mesmo as decisões dos magistrados seja primeira ou segunda instancia é muito comum tal pratica, vez que súmula é jurisprudência bem por isso, uma fonte do direito, é de se

notar também que recursos também podem ser julgados improcedentes com base Súmular.

Vale ressaltar que a Súmula Vinculante acabou aproximando o sistema *civil law* onde a lei é a fonte primária do ordenamento jurídico do *common law* onde a jurisprudência é quem tem papel de destaque:

A) Civil Law é o sistema jurídico, pelo qual o Brasil é adepto, sendo que este mesmo sistema, tem como principal base e fundamentos, o texto da lei em si.

B) Common Law por sua vez, é muito adotado, em países Anglo-Saxões, sobretudo na Inglaterra e Estados Unidos, cujo foco não é no texto legal em si, mas sim na jurisprudência e nos costumes.

Há um amplo rol de argumentos tanto contrários como favoráveis a adoção do efeito Vinculante da Súmula, com isso, duas correntes antagônicas foram formadas nesse sentido.

Quem defende o efeito Vinculante argumenta que o principal propósito da existência de tal vinculação, é para redução dos milhares de processos, nos tribunais superiores (trata-se do STF), e também, argumentam em segundo plano que tal atitude traria celeridade à justiça pátria, e por fim sustentam que vinculação de Súmulas trazem segurança jurídica a sociedade, preservando também o princípio constitucional da isonomia.

Os que são contrários à Súmula Vinculante demonstram inobservância de diversos princípios constitucionais tais quais: O princípio da separação dos poderes, princípio do Juiz Natural, princípio do devido processo legal, princípio do duplo grau de jurisdição, princípio da independência dos magistrados, e o princípio do Estado democrático de direito; alertam também

que tal instituto, pode vir a restringir direitos dos cidadãos (direito de acesso a justiça, sendo impossibilitado recursos, em casos específicos), com isso acaba que “encabrestando”, ou “engessando” a atividade jurisdicional.

Antes de adentrar no conceito de Súmula Vinculante, é de boa prática, abordar mesmo que brevemente a origem e a história, bem como de onde e quanto surgiu.

Com precisão e com brevidade Streck (1998, página 109 a 111), ensina em sua obra doutrinária a história da Súmula Vinculante:

No passado ano de 1946, houve a apresentação do então Projeto de Constituição (da Constituição do ano referido supra), apresentada pelo então Instituto dos Advogados Brasileiros, foi debatido que seria de bom uso, e interessante que existisse e fosse criado um meio de uniformizar a jurisprudência.

Tal projeto de Constituição foi escrito por Haroldo Valadão, onde este jurista mencionou o propósito do recurso extraordinário, ou seja, quando houver interpretações divergentes entre dois ou mais tribunais, ou então entre um tribunal e o Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público seria também parte legítima para interpor recurso extraordinário, de forma que os tribunais inferiores deveriam obedecer à interpretação de seus tribunais superiores.

Ocorreu que a idéia deste jurista visionário, não foi acolhida pelo Poder Constituinte, contudo, Valadão continuou a explanar essa idéia, com o Anteprojeto da lei 1963/64, onde em seu artigo 7º dizia que:

Artigo 7º O Supremo Tribunal Federal, no exercício das atribuições que lhe confere o artigo 101, III, d, da Constituição Federal, pelo Tribunal Pleno, em três acórdãos por maioria absoluta, tornara-la-á pública na forma e nos termos determinados no Regimento em resolução que os Tribunais e os Juizes deverão observar enquanto não modificada o mesmo

processo, ou por disposição constitucional, ou legal superveniente.

Parágrafo Único: A modificação pelo Supremo Tribunal Federal, se fará havendo razões substanciais, mediante proposta de qualquer ministro por iniciativa própria ou sugestão constante nos autos.

Como ensina Carlos Aureliano Motta de Souza¹:

Nas duas oportunidades, Valadão não obteve êxito em face da já estabelecida idéia de que a vinculação das instâncias inferiores às decisões superiores estaria prejudicando a livre convicção dos juízes e o progresso do direito.

Retornando à lição de Lênio Luiz Streck, a súmula nasceu na experiência brasileira, em 1963, para começar a vigorar em 1964. Esta foi fruto do esforço da então Comissão de Jurisprudência, que era composta, na época, pelos Ministros Victor Nunes Leal (relator) e Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves.

Organizada a primeira publicação em janeiro de 1963, com verbetes aprovados em sessão plenária em 13 de dezembro do mesmo ano, as súmulas passaram a vigorar a partir de 1º de março de 1964; tal como presente nos dias de hoje: um instrumento uniformizador do entendimento do tribunal.

Infere-se que o assunto Súmula, logo no início de sua história em meados dos anos 40, já era controverso, tanto é verdade que o jurista Haroldo Valadão, nessa época, tentou e fracassou em duas oportunidades, de implantar tal instituto jurídico. Alegando o poder constituinte que este instituto ofenderia a convicção livre e motivada dos juizes de menor instancia.

¹ Retirado da Monografia de Antônio Cícero de Braz – página 11 – (disponível no site: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21112/S%C3%BAmula_Vinculante_Ant%C3%B4nio%20C%C3%ADcero.pdf?sequence=1)

Anos depois em meados dos anos 60, a Súmula finalmente surgiu no ordenamento jurídico pátrio, com iniciativa da Comissão de Jurisprudência, como instrumento uniformizador do entendimento do tribunal tal qual é nos dias atuais.

A Súmula Vinculante foi criada em 30 de dezembro de 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, que adicionou o artigo 103-A à Constituição Brasileira, com o intuito de ser uma alternativa para a solução da crise do judiciário causada pelo sobrecarregamento de processos.

2.1. CONCEITO E SIGNIFICADO

O termo Súmula como se conhece na atualidade, é derivada da palavra latina “summula”, que significa “resumo, sumário”.

No ordenamento jurídico pátrio existe a figura da Súmula, que se trata de um verbete que registra uma interpretação pacífica ou ao menos majorada adotada pelo tribunal que a publica, se tratando de temas específicos.

As finalidades de tal fenômeno são duas, a primeira é tornar publico a jurisprudência para a sociedade, e a segunda por sua vez, é promover a uniformidade entre as decisões proferidas pelos tribunais.

Já a Súmula Vinculante que é o foco do presente trabalho, é a jurisprudência que, quando votada pelo Supremo Tribunal Federal, se torna um entendimento obrigatório onde todos os outros tribunais e juizes, bem como a

Administração Pública, seja Direta ou Indireta, tem obrigatoriedade de aderir, conforme ordena o artigo 103 A da Carta Magna.

Vale lembrar a Súmula Vinculante, adquire força de lei, criando um vínculo jurídico, e possui efeito *erga omnes*.

Na lição de Sifuentes (2005, p. 237 e 238), Súmula Vinculante é conceituada sendo:

Se refere a teses jurídicas solidamente assentes em decisões jurisprudenciais, das quais se retira um *enunciado*, que é preceito doutrinário que é preceito doutrinário que extrapola os casos concretos que lhe deram origem e pode ser utilizados para orientar o julgamento de outros casos.

As duas palavras – *súmula* e *enunciado* - embora tenham significados diferentes, acabaram por serem usadas indistintamente de modo que por *súmula*, atualmente entende-se comumente o próprio *enunciado*, ou seja o próprio preceito genérico tirado do resumo da questão de direito julgada

Em outros vocábulos, define Muscari (1999, p. 35), a Súmula Vinculante como:

O resultado do julgamento pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal retira um *enunciado*, que é preceito doutrinário que é preceito, condensando em *enunciado* que constituirá precedente na uniformização da jurisprudência do próprio órgão. Amento de outros casos.

As duas palavras – *súmula* e *enunciado* - embora tenham significados diferentes, acabaram por serem usadas indistintamente de modo que por *súmula*, atualmente entende-se comumente o próprio *enunciado*, ou seja o próprio preceito genérico tirado do resumo da questão de direito julgada

No que concerne a natureza jurídica da Súmula Vinculante, retornando a lição de Muscari, podemos concluir que:

É evidentemente que a Súmula Vinculante representa bem mais do que jurisprudência, uma vez que a inobservância desta, nada tem de ilegal e a afronta àquela configura ato violador da própria Constituição. Não se pode dizer. Entretanto que o preceito súmular esteja equiparado a lei ou a Carta Maior.

O instituto Súmula Vinculante, acabou criando um novo sistema que permite a feitura de normas cogentes de características específicas, e como dito supra, com efeito, *erga omnes*.

Diante do exposto pode-se constatar que a Súmula Vinculante é um fenômeno jurídico situado entre a jurisprudência e a lei, sendo que tal fenômeno jurídico mencionado é maior do que aquele (jurisprudência) e menor que este (lei).

Ou seja, a Súmula Vinculante aparenta ser um instituto que mescla caracteres de jurisprudência e de lei.

Vale relembrar que com a criação da Súmula Vinculante, no ordenamento jurídico pátrio, aproximou dois sistemas jurídicos distintos, que são o “common law” e o “civil law”

É neste sentido que ensina Silva Neto (2009, P. 511), a respeito dessa aproximação:

A adoção da Súmula Vinculante no contexto da E.C. nº 45, reduziu a distância entre o sistema Anglo-Saxão de caráter judicialista (common law) e o sistema Brasileiro de compostura Românico-Germânica (civil law), que se ampara na lei, porque, embora formalmente *stare decisis* do direito norte-americano a edição de ofício ou por provocação, de súmula com efeito vinculante aos órgãos da administração pública federal, estadual e municipal bem como relação aos demais órgãos do poder judiciário.

Acaba tendo semelhança com as leis em si, sendo que a única diferença reside no fato de que, a lei é criada pelo poder legislativo, e a Súmula, é oriunda do poder judiciário.

No tocante ao assunto conceito e significado, bem como a natureza jurídica da Súmula Vinculante, pode-se concluir por fim e em breves palavras como:

Uma tese judiciária originária de decisões judiciais reintegradas de mesmo assunto e com poder de obrigatoriedade a todo poder judiciário e administração pública, redigida em enunciado, que tem caráter tanto legal quanto jurisprudencial.

2.2. PODER VINCULANTE

No tocante ao poder vinculante, foi visto anteriormente que uma Súmula que tem efeito Vinculante tem caráter de obrigatoriedade para a administração pública federal, estadual e municipal, assim como todos os demais órgãos do poder judiciário. Por hora, é oportuno um aprofundamento e melhor análise do tema.

A própria Constituição Federal já esclarece o tema através do artigo 103 A, e parágrafos (artigo acrescentado pela Emenda Constitucional n°. 45 de 08/12/2004), que tem a seguinte redação:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Nos dizeres Alexandre de Moraes (2007, p. 1511):

As Súmulas Vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à idéia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional, ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal de maneira que assegura-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e os atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária”.

Ainda no tocante ao poder Vinculante, é válido citar a lição de Pena de Moraes (2008, p. 462) que reforça o que é apregoado pelo artigo 103 A da Constituição Federal:

A Súmula com eficácia Vinculante, que implica a invalidação dos atos administrativos e decisões judiciais prolatadas em contrariedade à jurisprudência predominante, é produzida pelo voto de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal com fundamento no artigo 103 A da CRFB”.

Mais adiante na mesma obra doutrinária de Pena de Moraes (2008, p. 466), o tema é aprofundado ainda mais, vez que o autor fala do alcance do poder vinculante, argumentando e especificando que:

O alcance da Súmula Vinculante é restringido subjetiva e objetivamente.

Sob o ângulo subjetivo, a Súmula implica a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta de maneira que não somente o Poder Legislativo, mas também o Supremo Tribunal Federal e Governo, nas esferas federal, estadual e municipal, são afetados da eficácia vinculante a luz do artigo 103 A “caput”.

Sob o ângulo objetivo, a Súmula importa a Vinculação à regra ou princípio necessário para a resolução da questão de direito colocada em discussão pelos argumentos das partes no caso concreto (*ratio decidendi*), de sorte que as considerações jurídicas elaboradas pelo Supremo Tribunal Federal não relacionadas com os fatos postos sob adjudicação (*obiter dictum*) não afetadas pela Súmula Vinculante a teor do artigo 103 A, § 1º ambos da CRFB.

Como é de conhecimento público a crise do Poder Judiciário, devido ao fato de que nossos Tribunais Superiores estão Sobrecarregados de processos acarreta a lendidão da atividade jurisdicional bem como a diminuição da qualidade da atividade do judiciário ao prestar jurisdição.

Como a maioria das causas versam sobre questões de direito ja decididas, o efeito Vinculante das Súmulas, vem sendo apontado como uma possível solução da crise Judiciária.

Tendo em vista, que se uma matéria for aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, e editada Súmula Vinculante, à respeito desta matéria os juizes sem excessão, não poderam proferir uma decisão contraditória a Súmula Vinculante ja editada. É possível também extinguir um processo sem julgamento de mérito quando se tratar de questão ja Súmulada.

Logicamente, as determinações do Supremo Tribunal Federal, passarão a ter força obrigatória em todo e qualquer processo em curso ou que versem sobre o tema já discutido e Súmulado.

Bem por isso, pode-se concluir que o poder Vinculante das Súmulas, trazido ao ordenamento jurídico pátrio pela Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou na Lei Maior em seu artigo 103 – A, criou o efeito *erga omnes*. Em outras palavras, uma vez emitida uma Súmula Vinculante, ela tem efeito obrigatório, no sentido de padronizar os julgados de um determinado tema ou questão jurídica.

2.3. PROCEDIMENTO PARA A CRIAÇÃO

No que concerne ao procedimento para criação das Súmulas Vinculantes, a Lei nº 11.417/06, é a legislação específica para a edição, revisão e o cancelamento do enunciado das Súmulas Vinculantes, bem como regulamenta o artigo 103 - A, da Carta Magna

Quando a lei referida supra, tratou do procedimento para a criação de uma Súmula Vinculante , nada mais fez doque repetir a Constituição Federal, bem por isso, com o fim de esclarecer didaticamente o tema é necessário amparo doutrinário.

Neste sentido o procedimento para a criação, revisão ou cancelamento de Súmulas Vinculantes segundo Lenza (2007, p. 570 e 571), seria:

No processo de edição, revisão ou cancelamento, de Súmula Vinculante, seja de ofício ou mediante provocação, sempre haverá manifestação do Procurador Geral da República, salvo, conforme artigo 2º § 2º da lei, nas propostas que houver formulado.

Deflagrado o processo, colhida a manifestação do Procurador Geral da República, admitida ou não, por decisão irrecorrível do relator, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do STF (*amicus curiae*), a edição, a revisão e cancelamento de enunciado de Súmula, com efeito Vinculante dependerão da decisão tomada por pelo menos 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária manifestando-se no mesmo sentido oito dos 11 ministros.

Nos termos do artigo 6º da lei, a proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de Súmula Vinculante, não autoriza a suspensão dos processos em que se discute a mesma questão.

Por fim, no prazo de 10 dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de Súmula com efeito Vinculante, o STF fará publicar em seção especial do *Diário da Justiça* e do *Diário Oficial da União* o enunciado respectivo.

Por esta lição podemos analisar com ênfase no processo criativo de Súmulas, que a lei traz todo um conjunto de atos para que a Súmula possa ser criada, bem como alguns cuidados a serem tomados para a sua edição quais são:

A lei é exemplarmente clara que para a edição de Súmulas Vinculantes é necessária a manifestação do Procurador Geral da República, que por ser membro do ministério público em última instância, vai agir como um fiscal da lei.

A redação do enunciado, para ser criado, alterado ou extinto, deve contar com o aval, ou concordância expressa de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal, ou seja, deve conter o parecer positivo de pelo menos oito dos 11 ministros da Corte Suprema.

Vale lembrar que é notório também que para se propor a criação de uma Súmula Vinculante, é necessária a existência de uma controvérsia atual entre os órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, que possa gerar grave ameaça à segurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas.

2.3.1. LEGITIMIDADE

Quanto à legitimidade para propor a criação de Súmulas Vinculantes, bem como o processo para a alteração ou extinção, a Emenda Constitucional de nº 45, foi clara e trouxe como legitimados para tanto os mesmos legitimados para a propositura de ADI e ADECON, que conforme a constituição no seu artigo 103 são:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Vale lembrar quanto à competência para a propositura de ADI e ADECON, existem os legitimados genéricos e os legitimados específicos.

A) Legitimidade Genérica

Quanto aos legitimados genéricos, estes, podem propor ADI e ADECON, a qualquer tempo, e sobre qualquer assunto. Esses legitimados são os descritos no artigo 103 da Lei Maior.

B) Legitimidade Específica ou Temática

No que se refere aos legitimados específicos, ou temáticos, são aqueles que podem apenas propor ADI e ADECON, sobre determinados interesses, ou seja, deve haver pertinência temática.

Os legitimados específicos ou temáticos para a propositura de ADI e ADECON, são: os governadores de estado, as mesas das assembleias legislativas dos estados ou câmara legislativa do distrito federal e a confederação sindical e a entidade de classe.

Já na redação da Lei nº 11.417/06 além de repetir todos os legitimados para a propositura de criação, alteração ou extinção de Súmulas Vinculantes, o artigo 3º § 1º da lei, trouxe um outro legitimado que são os municípios conforme diz a própria lei:

Art. 3º. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...)

§ 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.

(...)

Conclui-se, entretanto, com base no artigo 103 da Constituição Federal, que as autoridades competentes para a criação de uma Súmula Vinculante são:

O Presidente da República, o Advogado-Geral da União, a Mesa do Congresso Nacional ou de suas respectivas casas (Câmara dos Deputados e Senado), o Procurador-Geral da República, Defensor Público-Geral da União, Partido Político com representação no Congresso Nacional, Confederação Sindical ou Entidade de classe de Âmbito Nacional, a Mesa da Assembleia Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado, ou do Distrito Federal, o Procurador-geral do Estado ou do Distrito Federal e Territórios, o Defensor Público-Geral do Estado, ou Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Superiores (STF e STJ), os Tribunais de Justiça dos Estados ou Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares, os Municípios e as pessoas jurídicas integrantes das administrações diretas Federal, Estadual Distrital ou Municipal.

2.3.2. DELIBERAÇÃO DO SUPREMO

Conforme já foi visto, em linhas gerais, para a criação de Súmulas Vinculantes, além de ser proposto por algumas das referidas autoridades competentes, e além de se tratar de matéria ou de divergência entre os órgãos judiciários, ou entre estes e a administração pública ou de assuntos idênticos já julgados, há logicamente a deliberação do Supremo, que em linhas gerais é o quorum de aprovação para a criação de uma Súmula Vinculante, que é de 2/3 dos membros do tribunal, ou seja, precisa do parecer positivo do ao menos oito dos 11 membros do Supremo Tribunal Federal.

Com o objetivo de reforçar todo o que já foi dito, é válido citar o ensinamento de Gonçalves de Carvalho (2009, p. 1330) que é bem sucinto em explicar a criação edição e cancelamento, bem como, a deliberação do Supremo Tribunal Federal, para com as Súmulas Vinculantes:

A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de Súmula Vinculante dependerão de decisão tomada por dois terços dos ministros, em sessão plenária, e, no prazo de 10 dias após a sessão o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em sessão especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, e o enunciado respectivo (artigos 2º §§ 3º e 4º).

No tocante a deliberação do Supremo, podemos concluir que não bastante a existência de divergência entre tribunais, ou entre estes e a administração pública, ou então reiteradas decisões no mesmo sentido, para a Súmula Vinculante ser aprovada, ela deve ter a deliberação do Supremo Tribunal Federal, que é o quorum de 2/3 dos membros da corte.

2.3.3. EXTINÇÃO E ALTERAÇÃO

No tocante ao procedimento para a extinção e alteração das Súmulas Vinculantes, o procedimento é exatamente igual ao da criação.

É necessário a deliberação do Supremo, com 2/3 de seus membros.

O único diferencial, até por uma questão lógica está no seguinte enfoque:

Para a criação, como foi estudado é necessário ou divergências entre órgãos do judiciário, ou entre estes e alguma instituição ou órgão da administração pública; ou então reiteradas decisões a respeito de casos idênticos.

Para a alteração além desses requisitos básicos, deve obviamente haver necessidade de alteração, ou de uma eventual correção da Súmula.

Contudo, em se falando em extinção, um requisito que se exige, diferente do processo criação e alteração, há de se perceber que é necessário existência de necessidade da extinção, não somente de alteração da Súmula Vinculante.

3. DEPOSITÁRIO INFIEL

A figura do depósito, tal qual conhecemos na atualidade, já vem dos remotos tempos Greco-Romanos, como ensina Gagliano (2011, P. 331):

O depósito já era de uso freqüente entre os próprios Gregos, que deram o nome de *parakatatheke*, e o consideraram como algo especialmente protegido pelos deuses, tendo características próprias de um ritual sagrado.

Já no direito Romano, as sanções que regiam o instituto eram fundamentalmente duas: a *actio depositi directa*, que punia a violação das obrigações do depositário, obrigando-o a devolução, e a *actio depositi contraria*, que sanciona o descumprimento das obrigações do depositante, compelindo-o a reembolsar o depositário pelas despesas indispensáveis, feitas para a conservação da coisa depositada.

A palavra depositário é originária do vocábulo latino “*deponere*” e designa pessoa a quem se entrega ou a quem se confia alguma coisa, em depósito.

No Brasil, desde o código de 1916. O depósito é tratado como contrato típico e nominado, tendo por objeto normalmente bens moveis.

3.1. CONCEITO

Depositário, conforme NUNES (1965, p. 409) é definido como:

Aquela pessoa que recebe, qualquer coisa determinada ou certa soma de dinheiro, para conservá-la sob a sua guarda e segurança, com a obrigação de a restituir, quando legalmente reclamada.

No tocante ao contrato de depósito, este é definido por GONÇALVES (2004, p.360), como:

Depósito é o contrato em que uma das partes, nomeada depositário recebe da outra, denominada depositante, uma coisa móvel, para guardá-la com a obrigação de restituí-la na ocasião ajustada ou quando lhe for reclamada.

Um pouco mais adiante em sua obra, GONÇALVES, esclarece um freqüente problema terminológico, no sentido de que:

O termo depósito é empregado em duplo sentido: ora refere-se à relação contratual ou contrato propriamente dito, ora ao seu objeto ou coisa depositada.

O Código Civil regulamente o contrato de depósito e também traz uma definição breve do tema, conforme seu artigo 627, que tem os seguintes dizeres: “Pelo contrato de depósito recebe o depositário um Objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame”.

Partindo desse pressuposto, e destas definições, é de se concluir que o depositário infiel é aquele que obteve um bem, ou então uma quantia em dinheiro para a conservação, guarda e segurança desse bem, e que descumpriu o dever assumido de restituição da coisa dada em depósito.

3.2. ESPÉCIES

Conforme o entendimento de Maria Helena Diniz, existem cinco espécies distintas de depósito, quais são: depósito voluntário ou convencional, depósito necessário, depósito irregular, depósito judicial ou seqüestro e o depósito civil ou comercial.

A) Depósito Voluntário

Quanto ao depósito necessário, conforme de RODRIGUES (2004, p. 273), trata-se de:

Depósito voluntário é aquele livremente ajustado pelas partes, sem pressão das circunstâncias externas. Através dele o depositante escolhe o depositário e lhe confia à guarda de uma coisa móvel, para que este a restitua quando solicitado.

Quanto a essa modalidade, ou espécie de depósito, é possível concluir, que ocorre quando as partes de comum acordo estabelecem tal depósito, independentemente de exigência do judiciário, ou de circunstâncias fortuitas.

B) Depósito Necessário

O depósito necessário, novamente segundo RODRIGUES (2004, p. 280), trata-se de:

Depósito necessário é aquele em que o depositante não podendo escolher livremente a pessoa do depositário, é forçada pelas circunstâncias a efetuar o depósito com pessoas cujas virtudes desconhece.

No tocante a depósito necessário, ao contrario do depósito voluntário, não há a concordância expressa ou ao menos tácita das partes (depositante e depositado), o depósito ocorre em circunstâncias alheias à vontade daqueles.

C) Depósito Judicial

No tocante ao depósito judicial, é concisa DINIZ (2011, p. 382), ensinando que:

O depósito judicial ou seqüestro é o determinado por mandado do juiz, que entrega a terceiro coisa litigiosa (móvel ou imóvel), com o intuito de preservar sua incolumidade, até que decida a causa principal para que não haja prejuízo aos direitos dos interessados.

Quanto ao depósito judicial, o que o difere do depósito voluntário do depósito necessário, pode-se concluir que o depósito judicial, ele se origina mediante imposição do poder judiciário.

D) Depósito Civil e Comercial

Este depósito também chamado de empresarial ainda segundo Maria Helena Diniz, são aqueles que: prover de atitude negocial, for praticado por profissão ou durante o exercício da empresa, logo se faltarem tais requisitos, será civil o depósito.

E) Depósito Impróprio

O depósito impróprio ou também chamado de irregular, segundo VENOSA (2010, p. 251), se define como sendo:

Depósito irregular, referido como modalidade de depósito voluntário, aquele que tem por objeto coisas fungíveis ou substituíveis, o depositário pode alienar o que recebeu desde que restitua, quando solicitado igual quantidade e qualidade.

Quanto ao depósito impróprio, o que o diferencia de todos os outros, é o fato de que o bem depositado é fungível, ou seja é possível quando solicitado a devolução, o depositário entregar outro bem desde que tenha mesma quantidade e qualidade.

No tocante a espécies de depósito, podemos concluir que o depósito pode ser facultativo, o depósito facultativo por sua vez pode ser: voluntário propriamente dito, civil (ou comercial); pode ser também obrigatório, que são: o depósito necessário e o judicial.

3.3. EXTENSÃO DA SÚMULA VINCULANTE 25

Findo a pormenorização de todos os tipos de depósito vale tratar do assunto da extensão da Súmula Vinculante nº 25, bem como bem como a possibilidade, ou não, da prisão do depositário infiel.

Quanto a prisão civil de depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal, editou a Súmula Vinculante 25, vetando esse tipo de privação da liberdade, tal Súmula, tem por objetivo o seguinte enunciado: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

É de se salientar que com tal redação no enunciado, tal Súmula tem efeito para todo e qualquer tipo de depósito, não havendo exceções, ficando em tese inquestionável que a prisão civil no ordenamento jurídico pátrio é inaplicável e ilícita nos casos de depósito infiel.

No tocante ao assunto da inaplicabilidade e ilicitude da prisão civil por depositário infiel, GOMES (2008, p. 45), ensina que:

Prisão Civil: É a prisão decretada por juiz para fins civis, Exemplo: prisão do alimentante inadimplente, Prisão de depositário infiel é inconstitucional.

Quanto à extensão da Súmula Vinculante 25 do Supremo Tribunal Federal, a redação da mesma é clara, ao dizer que é ilícita a prisão civil do depositário infiel de qualquer modalidade de depósito, bem por isso é de se concluir que a intenção do Supremo Tribunal Federal, era englobar realmente todas as modalidades de depósito sem nenhuma exceção.

3.4. CRÍTICAS A SÚMULA VINCULANTE Nº 25 E AO PODER CONSTITUINTE

O Poder Constituinte nada mais é do que a manifestação máxima da soberania de um determinado povo, no sentido organizacional, no âmbito político, social, econômico, administrativo e jurídico.

Quanto à titularidade do poder Constituinte, MORAES (2007, p. 21 a 23), ensina que:

O titular do Poder Constituinte, é a nação, pois a titularidade do Poder liga-se a idéia de soberania do Estado uma vez que mediante o exercício do poder Constituinte Originário se estabelecerá sua organização fundamental pela Constituição que é sempre superior ao poder constituído, de maneira que toda manifestação dos poderes constituídos somente alcançará plena validade se sujeitando a Carta Magna. Modernamente, porém, é predominante que a titularidade pertence ao povo, pois o Estado decorre da soberania popular, cujo conceito é mais abrangente do que nação.

O Poder Constituinte, classifica-se em: Poder Constituinte Originário ou de 1º grau, e Poder Constituinte Derivado ou de 2º grau.

Ainda na lição de Alexandre de Moraes quanto ao poder Constituinte Originário, ele é quem estabelece a Constituição de um novo Estado, e tem como características ser um poder: inicial (pois sua obra – a Constituição – é a base jurídica), é ilimitado e autônomo (pois não está de modo algum limitado pelo direito anterior) e também incondicionado (pois não está sujeito a qualquer forma prefixada para manifestar a sua vontade), também é um poder permanente e inesgotável.

No tocante ao Poder Constituinte Derivado, inserido na própria Constituição, decorre de uma regra jurídica autenticamente constitucional, passível de controle de constitucionalidade. Este por sua vez, é derivado subordinado e condicionado; sendo que este poder se subdivide em dois, quais são: O Poder Constituinte Derivado Decorrente e o Poder Derivado Reformador.

No tocante ao Poder Constituinte Derivado Reformador, consiste na possibilidade de alterar-se o texto Constitucional respeitando-se a regulamentação especial prevista na própria Constituição Federal. É deste poder que surgem as Emendas Constitucionais.

Já a respeito do Poder Constituinte Derivado Decorrente, consiste na possibilidade de os Estados membros da Federação elaborarem suas próprias constituições locais desde que observem e seja respeitada a Lei Maior.

Como é de conhecimento notório, o papel do poder judiciário, basicamente é julgar os processos, pondo fim à lide, bem como aos conflitos oriundos do convívio social. Já o legislativo, tem o papel criativo, ou seja, é este órgão que cria lei (legisla).

Partindo deste raciocínio, é de se notar que a Súmula Vinculante, criada pelo poder Judiciário, nada mais fez do que interferir na função do legislativo, por isso é evidente que fere a teoria dos freios e contrapesos, pela qual os três poderes são independente e harmônicos entre si, sendo que devem cada um desses poderes fiscalizar um ao outro.

A Súmula Vinculante 25 que é o foco do presente trabalho, não escapa desta panorâmica. Como esta Súmula vigora no ordenamento jurídico, e tem poder normativo, é claro que há uma violação ao poder Constituinte

A referida Súmula Vinculante 25 que tornou ilícita a prisão do depositário infiel é uma afronta ao Poder Constituinte Originário, porque a própria Constituição Federa permitiu a prisão civil por depositário infiel no artigo 5º LXVII, já que a Constituição Federal surgiu do Poder Constituinte Originário, não poderia em tese, uma Súmula Vinculante que é oriunda do Poder Constituinte Derivado, dispor norma conte a Constituição Federal.

Conclui-se que com a edição de Súmula Vinculante, no caso da de numero 25, ocorre que um enunciado redigido pelo Poder Constituinte Derivado, que é um poder subordinado e limitado, “revogou” e afrontou contra uma norma editada pelo Poder Constituinte Originário, que é ilimitado e

subordinante. Analisando por este ângulo a constitucionalidade desta Súmula Vinculante é duvidosa.

Não é atoa que esse assunto não é pacífico, e rende divergência doutrinária, há tanto quem defende que o efeito Vinculante é legítimo e Constitucional, quanto quem defenda a tese de que é uma afronta e incoerência para com o Poder Constituinte Originário bem como a própria constituição.

A jurisprudência, conforme MANCUSO (2007, P. 372), não pode vir a ser uma fonte secundária do direito pátrio, porque representa somente a interpretação da legislação feita pelos tribunais, e que a norma principal do direito é a lei.

Por outro lado, defende STRECK (1998, p. 129) que as Súmulas Vinculantes tendem a valer mais que a própria lei, valendo-se de que os enunciados das Súmulas são sínteses das normas legais.

2.5. CONFLITO ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

Conforme mencionado, a Súmula Vinculante nº 25, logo que posta em vigor acabou criando conflito com a Carta Magna.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, inicialmente fundamentou a sua decisão para a edição da Súmula Vinculante 25, no Pacto de San José de Costa Rica, que versa sobre direitos humanos. Dentre muitos outros direitos, tal acordo internacional, prevê que ninguém será preso por dívidas, salvo os casos de alimentante inadimplente.

Ocorre que, segundo o artigo 5º § 3º da Constituição Federal ordena que, qualquer tratado internacional que verse sobre direitos humanos e em que o Brasil seja signatário, as disposições normativas desse tratado, entrarão em vigor no ordenamento jurídico. Prevê também o artigo que se este determinado pacto para adquirir status de Emenda Constitucional, deve passar pelo crivo do plenário, pela qual, para ser aprovado como Emenda Constitucional, deverá ter apoio de 2/3 dos membros do senado bem como da câmara dos deputado, em dois turnos de votação.

Para elucidar o tema é valido recitar o que diz o artigo 5º § 3º da Constituição Federal que tem a seguinte redação:

Artigo 5º § 3º: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Ocorre que este tratado Internacional nunca passou pelo processo de aceitação referido supra, bem por isso, as disposições do referido pacto internacional ratificado pelo Brasil ainda é mera legislação infraconstitucional.

Mesmo que o disposto pelo Pacto de San José de Costa Rica, adquirisse status de Emenda Constitucional, ainda assim etária em conflito direto à Constituição vez que, por uma questão de hierarquia das normas, a Constituição é que se encontra no cume da hierarquia, bem por isso a Constituição Federal prevaleceria, tornando o dispositivo de Emenda Constitucional inconstitucional.

Para esclarecer a hierarquia das normas é fundamental lembrar o ensinamento de KELSEN (1998, p. 182) que dispõe da seguinte forma:

O direito regula a sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica determina o modo em que outra é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma. Como uma norma jurídica é válida por ser criada de um modo determinado, por outra norma jurídica, esta é o fundamento da validade daquela. A relação entre a norma que regula a criação de outra norma e essa outra norma pode ser apresentada como uma relação de supra e infra ordenação, que é uma figura especial de linguagem. A norma que determina criação de outra norma é superior a norma criada segundo essa regulamentação é a inferior.

Pelo que é ensinado por Hans Kelsen, em todo o caso prevalece a Constituição, porque toda e qualquer norma jurídica, é fruto da Constituição.

É visível que ao ser criada Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, o legislador tentou pacificar esta controvérsia, porem como visto, apenas intensificou.

O Supremo Tribunal Federal para trancar a discussão se manifestou fundamentando a Súmula Vinculante 25, com o principio da supra-legalidade, pela qual por tal principio a Emenda Constitucional, não revogaria a Constituição porem revogaria os dispositivos que a regulamentem.

A problemática dos princípios é a sua baixa densidade normativa, ou seja, um principio só indica um estado ideal a ser alcançado, mas não descreve condita para tanto. Por isso abra margem ao subjetivismo. É de boa pratica jurídica usar fundamentação principiológica para reforçar as regras, e não como fundamentação única e exclusiva, por isso a fundamentação para a validade da Súmula, por tal principio é no mínimo frágil.

Vale ressaltar que até mesmo à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vem se firmando que a Constituição Prevalece em relação a

um tratado Internacional conforme a ADIN nº 1480 – BF – Ministro relator Celso de Melo em anexo.

Bem por isso se percebe que o Supremo Tribunal Federal, agiu contrariamente ao que defende a sua própria jurisprudência, pondo em risco a segurança jurídica.

3.6. O DEPOSITÁRIO INFIEL E A AFRONTA AO PODER JUDICIÁRIO E O CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA

A conduta de ter um bem alheio consigo com o fim de cuidado, porem, alienar de qualquer forma este bem, acaba o depositário infiel praticando o crime de apropriação indébita, descrito no artigo 168 do código penal, que tem a seguinte redação:

Artigo 168: Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem posse ou a detenção:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa

§ 1º A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa I – Em depósito necessário

II – Na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante testamentário ou depositário judicial

III – Em razão do ofício, emprego ou profissão.

Neste sentido, conforme ensina DAMASIO (2011, p. 453):

A característica fundamental desse crime é o abuso de confiança.

O sujeito ativo, tendo posse ou detenção da coisa alheia móvel, e ele confiada pelo ofendido, em determinado instante passa a

comportar-se como se fosse dono, ou se negando a devolvê-la ou realizando ato de disposição.

Ainda no tocante a apropriação indébita o professor Damásio explica que a apropriação indébita pode ser interessada (existe interesse próprio do sujeito ativo como é a hipótese da locação), e a não interessada (existe benefício só de terceiro, por isso não interessada, um exemplo típico é o mandato).

Já a detenção pode ser vigiada ou não vigiada. Quando a posse for vigiada só pode haver furto, porém quando se trata de posse não vigiada, o crime passa a ser de apropriação indébita.

Vale lembrar também que o § 1º do artigo 168 do Código Penal, traz qualificadoras do crime de apropriação indébita, que é justamente uma das qualificadoras, o agente receber a coisa mediante depósito judicial.

Ainda que não constasse como qualificadora o depositário receber o bem como depositário infiel, o artigo é expresso em dizer que, o depósito necessário também é agravante.

Partindo desse pressuposto, Regis Prado, o depósito necessário pode ser tanto legal quanto miserável, tais modalidades de depósito, o depositário infiel pratica crime ao livrar-se do bem em sua confiança.

Outro ponto importante que deve ficar claro, é que a Súmula Vinculante criou uma séria incongruência, vez que a prisão civil por depositário infiel é ilícita não importa qual seja a modalidade de depósito.

Por esta razão a Súmula criou um mecanismo de inaplicabilidade legal no artigo 168 e incisos, o que leva ao praticante da descrita conduta a impunidade, bem como estimula a má fé contratual devido a ausência de represálias por parte do judiciário.

Além de ser um estímulo a má fé contratual, uma incongruência e uma ala aberta para a impunidade, em se falando de depósito necessário judicial, o depositário infiel, com sua conduta de dispor do bem alheio, acaba por criar uma inadmissível afronta ao poder judiciário.

Ainda que o depositário infiel ofereça um objeto igual ao que ele se desfez, ou que restitua o valor do objeto em dinheiro. Isso embora satisfaça a pretensão jurídica do depositante, não restaura em nenhuma hipótese, a imagem, o respeito e a idoneidade do poder judiciário nacional.

Por essas razões, é de se concluir que a Súmula Vinculante 25, poderia sofrer alteração, no sentido de limitar sua aplicabilidade, fazendo com que, em se tratando de depósito judicial, possa haver prisão civil com o fim de coação, assim como ocorre nas prisões civis dos alimentantes inadimplentes, bem como prisão penal, já que como visto a conduta do depositário infiel ao dispor do objeto que lhe foi confiado, se assemelha em muito, ao crime de apropriação indébita.

Valendo-se de que ninguém é obrigado a aceitar ser depositário, nos casos de depositário, nos casos de depósito judicial, este é outro motivo pela qual não se pode dar isenção de responsabilidade civil e penal do depositário infiel.

3. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por fim elucidar o fenômeno da Súmula Vinculante 25 do Supremo Tribunal Federal, no sentido de esclarecer quanto a sua respectiva validade e extensão.

Quanto à figura da Súmula Vinculante, pode-se concluir que se trata de um tese jurídica, pacífica ou ao menos majorada de algum tribunal, as Súmulas que tem efeito Vinculante, só podem ser criadas pelo Supremo Tribunal Federal, e tem efeito *erga omnes*, e tem por natureza jurídica caráter ao mesmo tempo jurisprudencial e legal.

Quanto ao procedimento para a criação alteração ou extinção de Súmulas Vinculantes, além de existir reiteradas decisões no mesmo sentido, ou então divergência entre órgãos do judiciário ou entre estes e órgãos da administração pública, é necessário a deliberação do Supremo Tribunal Federal, que é a aprovação de 2/3 de seus membros, ou seja, oito dos onze membros.

Quanto ao depositário infiel que é o tema da Súmula Vinculante 25, pode-se concluir que, o depositário é quem recebe qualquer bem, para conservação, ou garantir a segurança ou a guarda desse bem; e tem o dever de restituir este mesmo bem quando o depositante a reclamar, ou quando houver comando legal para a devolução.

No tocante ao depósito, é um contrato em que o depositário recebe do depositante uma bem, para guardar e tem a obrigação de restituição na ocasião ajustada ou quando for reclamada.

Ainda sobre o depósito, existem cinco espécies de depósito quais são: necessário, voluntário, comercial, impróprio e judicial.

Pode-se concluir portanto que a Súmula Vinculante 25, pela sua própria redação, se estende para todo e qualquer modalidade de depósito.

Em tese, a edição da Súmula Vinculante, afrontou a Constituição Federal no artigo 5º LXVII, que autoriza expressamente a prisão civil por depositário infiel, tal Súmula Vinculante, afrontou também o poder constituinte Originário, vez que a Constituição Federal é oriunda deste poder, já a Súmula Vinculante é oriunda do poder constituinte derivado, bem por isso, o poder constituinte derivado que é criado, não poderia dispor contra o poder constituinte originário que é criador.

O Pacto de San José da Costa Rica veio a abolir a prisão Civil por depositário infiel, afrontando diretamente Carta Magna. Vale lembra que conforme a Lei Maior em seu artigo 5º § 3º, um tratado internacional, para ter status de emenda constitucional, deve passar pelo crivo de aprovação do Congresso, com o voto favorável das duas casas (senado e câmara dos deputados) em duas votações de 3/5. Sendo que nunca houve tal, o Pacto de San José da Costa Rica é mera legislação infraconstitucional.

Mesmo que não houvesse toda essa problemática, a extinção da prisão civil do depositário infiel acaba estimulando a má fé contratual; criou também uma grave incongruência, vez que, a conduta do depositário infiel em dispor de um bem que não lhe pertence, se assemelha ao crime de apropriação indébita, bem por isso, a Súmula nesses casos, criou um meio de inaplicabilidade do artigo 168 do Código Penal, que tipifica tal crime.

O Supremo Tribunal Federal defende que o Pacto de San José da Costa Rica, por ser de direitos fundamentais, tem aspecto supra-legal, em nome do Princípio da Supra-Legalidade.

Ocorre que princípios são normas que apenas indicam um estado ideal de direito, sem descrever conduta, bem por isso, tem baixa densidade normativa, tanto é verdade que em se falando em princípios sempre pode haver colisão entre eles. Bem por isto, princípios deveriam ser usados para apoiar fundamentação legal, e não como fundamentação única e exclusivamente porque pode haver insegurança jurídica.

Mesmo que seja Supra-Legal, o pacto, ainda é inferior a Constituição Federal, bem por isso a Carta Magna, não foi revogada neste ponto, e é ela quem deve prevalecer.

Vale lembrar que o pacto de San José da Costa Rica, não proíbe a prisão do depositário judicial, só proíbe prisão civil por dívida, com exceção ao alimentante inadimplente.

Tanto é verdade que durante o julgamento desta Súmula Vinculante, o então ministro Carlos Alberto Menezes Direito, apontou esta tese, de que a prisão civil por depositário infiel, não foi proibida pelo pacto de San José da Costa Rica, porém infelizmente não foi esta a tese que prevaleceu, embora seja a que aparentemente é mais acertada.

Por fim, nas modalidades de depósito onde há a vontade das partes, a prisão civil poderia sim ser vetada, vez que existem meios para as partes se acertarem, tais quais: obrigação de dar, ou de fazer, execução, resultado pratico equivalente ou equivalente em dinheiro.

Contudo no depósito judicial, mesmo que haja satisfação do direito do depositário, mediante concluída obrigação dar ou fazer, ou então execução, resultado pratico equivalente, ou equivalente em dinheiro, nada repara a credibilidade do judiciário que foi afrontada grosseiramente.

Bem por isto, seria de bom tom, e é esta a tese do presente trabalho, a limitação da aplicabilidade da Súmula Vinculante 25. No sentido de que deveria ser válida a prisão civil, e até penal dependendo do caso concreto, do depositário infiel, em nome da supremacia do poder judiciário.

4. BIBLIOGRAFIA

BRAZ, Antônio Cícero de Oliveira. Súmula Vinculante. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 08 abr 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional, Teoria Geral do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo. 15. ed. Del Rey Editora – Belo Horizonte, 2009.

DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. Vol.3., 27.ed., Editora Saraiva – São Paulo, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil – Contratos em Espécie. Vol. IV tomo 2., 4.ed. Editora Saraiva – São Paulo , 2011.

GOMES, Luiz Flavio. Direito Penal: Comentários a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica. Vol. 4., 1. ed., Editora Revista dos tribunais – Rio de Janeiro, 2008.

JESUS, Damásio de. Direito Penal – Parte Especial. 31. ed., Editora Saraiva – São Paulo, 2011.

KELSEN, Hans. Teoria do Direito e do Estado. 3.ed., Editora Martins Fontes – São Paulo, 1998.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 11. ed., Editora Método – São Paulo, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante. 1.ed., Editora Revista dos Tribunais – São Paulo, 2007.

MEDEIROS, Mônica Jacqueline Sifuentes. Súmula Vinculante: Um Estudo sobre o Poder Normativo dos Tribunais. 1. ed., Editora Saraiva – São Paulo, 2005.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 7. ed., Editora Jurídica Atlas – São Paulo, 2007.

_____. Direito Constitucional. 21. ed., Editora Atlas – São Paulo, 2007.

MORAES, Guilherme Pena de. Curso de Direito Constitucional. 1. ed., Lúmen Júris Editora – Rio de Janeiro, 2008.

MUSCARI, Marco Antônio Botto. Súmula Vinculante. 1. ed., Editora Juarez de Oliveira – Rio de Janeiro, 1999.

NETO, Manoel Jorge e Silva. Direito Constitucional. 4.ed., Lúmen Júris Editora – Rio de Janeiro, 2009.

NUNES, Pedro. Dicionário de Tecnologia Jurídica. 6.ed., Livraria Freitas Bastos – Rio de Janeiro, 1965.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol. 2., 5.ed., Editora Revista dos Tribunais – São Paulo, 2006.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade. 30. ed., Editora Saraiva – São Paulo, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado – Porto Alegre, 1998.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Contratos em Espécie. Vol. 3., 10. ed., Editora Atlas – São Paulo, 2010.