

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL E OS JUÍZOS HIPOTÉTICOS: UMA ANÁLISE FULCRADA NA SEGURANÇA JURÍDICA

Guilherme Prado Bohac de HARO¹
Sérgio Tibiriçá AMARAL²

RESUMO: O presente trabalho visa analisar, de forma perfunctória e superficial, como o princípio-valor da Segurança Jurídica atua no plano prático de consciência do ser humano inserido em um cenário de dinamicidade social e de necessidades presuntivas inabólvíveis. Tomar-se-á por base a análise da questão da Prisão Civil do Depositário Infiel e sua nova concepção jurídica no Direito Constitucional Pátrio, por ser exemplo atual e extremamente adequado ao que se quer expor. Será buscado verificar até que ponto existe, efetivamente, segurança jurídica no Sistema Jurídico Brasileiro. Abordar-se-á possibilidades fáticas por meio de juízos hipotéticos, os quais facilitarão desvendar como funciona, na prática, as seguranças psicológica e jurídica das “Situações de Direito”.

Palavras-chave: Prisão civil. Depositário. Infiel. Princípio. Segurança Jurídica.

ABSTRACT: This work aims to examine, in a superficial and probable way, how the value-principle of the Legal Security acts in the practical plan of conscience of humans inserted in a social and dynamic setting with presumed and inerasable needs. The base will be the question's analysis of the Civil Prison of the Unfaithful Depository and its legal conception in the National Constitutional Law, for being a

1 Bacharel pela Faculdade de Direito da Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente. Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente. Bolsista do Programa de Iniciação Científica da Toledo, integrante do Grupo de Estudos “Novas Perspectivas do Conhecimento – Processo Civil Moderno (Processo de Conhecimento e Acesso à Justiça)”, sob a orientação do professor-doutor Gelson Amaro de Souza. Integrante voluntário do Grupo de Estudos para Iniciação Científica “Estado, Sociedade e Desenvolvimento”, sob a orientação do professor-mestre Sérgio Tibiriçá Amaral. E-mail: eugrigns@gmail.com.

2 Professor Orientador do presente trabalho. Graduação de bacharel em direito na Faculdade de Direito de Bauru - Instituição Toledo (1981), mestre em Direito das Relações Públicas pela Universidade de Marília (1998); especialista em interesses difusos e coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (1999) e mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino (2003). Doutorando pela mesma instituição (ITE) em sistema constitucional. Professor titular de Teoria Geral do Estado da FDPP das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo; Professor de Direito Internacional Público e Direitos Humanos da mesma instituição; coordenador da graduação da Faculdade de Direito de Presidente Prudente (Toledo-PP); professor da pós-graduação do Curso de Direito Civil e Processo Civil das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo; membro do conselho editorial da Revista Intertemas (Presidente Prudente) e da Revista Intertemas Eletrônica; professor convidado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e professor orientador da Especialização em Direito Público da Universidade Estadual de Londrina; membro do Conselho Científico da Revista Argumenta, do programa de mestrado da Faculdade de Direito do Norte Pioneiro (Universidade Estadual do Norte do Paraná) e do Conselho Editorial da Revista IMES-USCS Direito (Universidade Municipal de São Caetano do Sul); e atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, liberdade religiosa, Supremo Tribunal Federal, direitos humanos, direitos fundamentais de informação e direito civil; coordenador do Grupo de Pesquisa e Iniciação Científica da Toledo "Estado e Sociedade", com publicações, no Brasil, Argentina e Europa. E-mail: sergio@unitoledo.br.

current example and extremely adequate to what is intended to expose. It will be verified until which point exists, effectively, legal security in the Brazilian Legal System. Factual possibilities will be approached by means of hypothetical judgments, which will facilitate to unveil how the psychological and legal securities of the “Situations of Right” work in the practice.

Keywords: Civil Prison. Depositary. Unfaithful. Principle. Legal Security.

1 INTRODUÇÃO

Essa frase já foi dita milhares de vezes: “a vida social humana é extremamente dinâmica”. Entretanto é impossível fugir dessa afirmação quando se quer enveredar pela seara da Segurança Jurídica e, mais que isso, quando se deseja analisar como a atividade jurisdicional pode afetar – psicológica e praticamente – a **esperança de segurança** do “homem moderno”. Como uma decisão de uma Suprema Corte pode afetar o cotidiano social e até que ponto ela pode ferir a expectativa de segurança enraizada da alma humana? Sem a pretensão de se esgotar e se aprofundar no tema, isso será buscado nas linhas a seguir.

2 A VIDA SOCIAL HUMANA E AS PRESUNÇÕES

As atitudes humanas e suas consequências podem estar radicadas em dois campos do “juízo”: na certeza (juízo de certeza) ou na presunção (juízo de presunção). A certeza é o oposto da presunção. Em acontecimentos infalíveis não há presunções, nestes vige a certeza. De forma oposta, quando não é certeza (fato muito comum por sinal), impera a presunção.

Ocorre que, o homem tem a tendência natural de tomar presunções como certezas. Isso é assim porque não é agradável para a psique humana descobrir (admitir) que sua vida é cercada de incertezas; e há, minimamente, pouquíssimos casos onde ele pode antecipar seus efeitos, ou seja, são raras as hipóteses infalíveis, envolvidas pela desejável e tão almejada certeza³.

A vida social é, assim, permeada de presunções. Em verdade, é possível afirmar com alto grau de segurança que há mais presunções do que certezas no cotidiano humano. Afora as certezas científicas, os demais eventos fáticos, em sua maioria, são valorados pela presunção.

Como se sabe, até as leis científicas são, de tempos em tempos, derogadas e/ou atualizadas (a história oferta inúmeros exemplos). Portanto, nem mesmo sobre todas elas há a favorável certeza⁴. No campo da previsibilidade, a Filosofia já afirmou, desde a Antiguidade, que não há projeções absolutas, ou melhor, não há acontecimentos inexoráveis, pois, considerando as probabilidades infinitas, nem mesmo sobre o Sol – a estrela que aquece esse Sistema – é permitido construir um juízo de absoluta certeza em favor de que ele nascerá noite após noite.

Quando se trata das relações humanas, o fator presuntivo é ainda mais presente. Tudo, quando analisado profundamente, parece radicar na presunção.

Para ficar mais claro aonde se quer chegar, a seguir, serão delineadas algumas situações do cotidiano nas quais impera a comentada presunção.

Na prática, a vida possui presunções como essas: o namorado presume que sua amada gostou das flores que ela lhe deu. O publicitário presume que as pessoas ficaram convencidas com o seu anúncio. O filho presume que a mãe gosta de cozinhar. A mãe presume que o filho gosta da sua comida. O líder religioso presume que alimenta a fé de seus seguidores. O professor presume que o aluno aprendeu a lição. O candidato presume que seus eleitores votarão nele. O avô presume que seus netinhos estão com saudade. Não há limite para as hipóteses.

³ O melhor exemplo seria o próprio termo final da vida ou o “desenlace” para alguns.

⁴ A certeza pode ser absoluta ou relativa. O termo certeza “absoluta” corresponde àquela que é inexorável, infalível, incorruptível e de implementação obrigatória. Ela se contrapõe à certeza “relativa” que é, na verdade, aquilo que os juristas chamam de presunção “absoluta” (“juris et de jure”). Veja, a presunção absoluta, por mais que seja qualificada como “absoluta”, não deixa de ser, no fundo, uma mera “presunção”. As presunções, que podem ser absolutas (certezas relativas) e relativas, fazem parte do gênero “juízos hipotéticos”.

Veja, nestas circunstâncias, ninguém tem – e é impossível tê-la – a certeza. Aliás, nestes casos, a incerteza reside exatamente na impossibilidade de analisar a até então imperscrutável mente humana.

E, para enfatizar ainda mais, e mostrar até que ponto o homem está vinculado às presunções, imperiosos são os seguintes exemplos: pela manhã, o sujeito presume que o despertador funcionará e ele acordará dentro do horário previsto⁵; presume que conseguirá levantar da cama e se dirigir ao banheiro; presume que ao abrir a torneira, para lavar o rosto, dela sairá água; presume que seu uniforme está no local que fora deixado; presume que a chave estará apta a destrancar a porta; presume que o carro vai funcionar; presume que os freios funcionarão quando pressionados etc. E, ao anoitecer, quando deitar em seu leito de descanso, presume que dormirá.

No Direito a sistemática não é diferente.

O legislador presume que todos conhecem a lei. A lei⁶ presume algumas situações de fato que, se existirem, gerarão os efeitos presumidos por ela. O juiz presume que todos sabem de sua decisão. O administrador presume que todos leem Diário Oficial. O julgador presume que aplicou o Direito, que fez Justiça e, além disso, que o autor e réu se conformaram com sua decisão.

Afunilando ainda mais o raciocínio, para tratar especificamente das normas, percebe-se que a lei é extremamente presuntiva⁷. Aliás, a lei dificilmente traz certezas, há presunções que, mesmo quando “absolutas”, não deixam de ser simples conjecturas (presunções).

⁵ Em verdade, antes, ele presume que acordará.

⁶ Aqui, o mais correto seria dizer que é o próprio legislador que previu, pois a lei não **elabora** juízos hipotéticos (não pensa) apenas os descreve, friamente.

⁷ A norma jurídica, em geral, sempre traz, em seu bojo, a “descrição” de um juízo hipotético. Este juízo pode assumir três caracteres específicos, ou seja, a norma pode ser: explicativa, facultativa ou imperativa. Toda norma regula uma situação jurídica e tais situações vem estampadas nas normas por meio de hipóteses – consequências. Nas normas imperativas, a consequência fática ou jurídica decorre da própria norma (o dispositivo traz em si mesmo a hipótese e os resultados possíveis). Nas normas facultativas, o que para alguns é, na verdade, um paradoxo, pois norma impõe e não faculta, a consequência jurídica é indireta, resultado da conjugação com outra norma (imperativa). E, por fim, nas normas explicativas, haverá também a previsão de consequências jurídicas de forma indireta (reflexo de uma norma imperativa). Em suma, a lei presume hipóteses e a elas atribui consequências jurídicas.

O Constituinte – e aqui a a consequências passam a ficar mais séria – presume que todos são iguais perante a lei (em verdade ele presume que o legislador assim tratará a todos, porque ele **considera** todos iguais). Presume-se que será garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade.

Como se vê, a existência de “segurança” também é presumida. Neste vocábulo constitucional (segurança) se insere também a concepção de Segurança Jurídica⁸, ou ainda, de Segurança das Relações Jurídicas.

Entrementes, presumir que há segurança já é, ontologicamente, uma insegurança. Porquanto, segurança realmente haveria se houvesse certeza de sua existência. Mas não é neste tipo de negação – ao descrédito da segurança – aonde o presente trabalho presente chegar. E, para que todo o Sistema não caia em ruína, porque o cérebro humano começa a entrar “em pane” quando descobre que quase tudo é presunção (ou seja, que ele não tem domínio de praticamente nada⁹), o Princípio da Segurança Jurídica será tomado por outro enfoque; e eis a beleza das Ciências Humanas, onde a Retórica é capaz de salvar um raciocínio que leva toda uma teoria à beira da destruição. Bastar visualizar a Segurança Jurídica por outro ângulo: o da previsibilidade dos resultados (efeitos).

Portanto, a partir daqui se objetivará comprovar que há, efetivamente, Segurança Jurídica no sistema de Direito, e que não é a necessidade de se presumir algumas coisas que a fará desaparecer. As presunções são, na verdade, necessárias para a própria idéia de segurança.

Analisar-se-á a seguir a Segurança Jurídica como vetor valorativo, ou seja, como princípio norteador de todo Sistema de Direito que visa a “estabilidade das relações jurídicas”, ou melhor, a previsibilidade dos efeitos jurídicos. Aproveitar-

⁸ Modernamente, passou-se a admitir a inserção do próprio princípio da Segurança Jurídica neste vocábulo genérico (segurança). No passado, afirmava-se que a segurança ali garantida seria somente aquela que se vincula à integridade física ou psíquica do cidadão, ou seja, era uma concepção básica de segurança – aquela proteção de riscos ao corpo e à mente. Hoje, esse pensamento pedestre ficou ultrapassado. Sendo assim, o raciocínio neoconstitucionalista afirma que a Segurança Jurídica (princípio) não decorre somente da interpretação sistêmica do texto constitucional (caráter implícito), mas também do próprio Texto Maior que, em um dos seus artigos basilares prescreve a segurança como garantia inviolável (caráter explícito); além de estar presente em diversos outros dispositivos como aquele que garante a intangibilidade (relativa) do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

⁹ A não ser daquilo que é chamado de “livre arbítrio”.

se-á, a partir daqui, os raciocínios presuntivos para simplesmente responder as seguintes perguntas: Até que ponto a mera presunção de segurança basta para as relações jurídicas? Quando deve haver segurança na **prática**? Como é possível implementar a efetiva Segurança Jurídica e sair da mera presunção de segurança? Quando há insegurança? O que é segurança?

As respostas são temas dos próximos capítulos.

3 A SEGURANÇA JURÍDICA

3.1 O que é Segurança?

De acordo com o dicionário da língua portuguesa, **segurança** é: “1. Ato ou efeito de segurar (-se). 2. Estado, qualidade ou condição de seguro (1). 3. Convicção, certeza. 4. Confiança em si mesmo [...]”¹⁰. Essencialmente, portanto, a segurança é radicada na certeza, na antecipação das probabilidades e de seus resultados e na eliminação, na medida do possível, dos riscos (imprevisão, incerteza).

A quantidade de segurança é diretamente proporcional a “quantia de previsibilidade de resultados” e inversamente proporcional a “quantidade de riscos”.

Haverá total segurança quando todos os resultados forem previstos e quando houver ausência total de qualquer risco. A segurança começará a enfraquecer quando um ou mais resultados (situações hipotéticas) se mostrarem imprevisíveis e quando começarem a surgir riscos. Em resumo, mais riscos

¹⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa. 6. Ed. Ver. Amp. Curitiba: Posigraf, 2004, p. 652.

(mutabilidade das situações), menos segurança; mais previsibilidade, mais segurança.

É através da **presunção** que se estabelece o nível de segurança de uma situação. Assim, dirigir com uma motocicleta nova em uma avenida de madrugada empreendendo uma velocidade regular é muito mais seguro do que acelerar freneticamente uma velha motocicleta, cheia de defeitos, sobre uma calçada lotada de pedestres ao meio-dia. Presume-se, portanto, que: 1) em uma motocicleta nova os freios funcionarão corretamente sempre quando acionados. Isso não será presumido, pelo menos pelo homem comum, em se tratando de um veículo velho cheio de defeitos; 2) presume-se que é muito mais difícil causar acidentes à incolumidade de outrem quando se empreende uma velocidade regular em uma avenida de madrugada, do que trafegar em alta velocidade sobre uma calçada recheada de pedestres.

A antecipação de resultados, através de um juízo hipotético, permite ao ser humano avaliar qual o grau de risco de uma determinada situação¹¹; ou seja, prever “o que pode acontecer” é o que determina se uma situação é segura ou não. Essa noção básica não difere, em sua essência, quando se trata da Segurança das Relações Jurídicas, tema da próxima seção.

3.2 O Sistema de Segurança das Relações Jurídicas

É importante deixar claro, desde já, que o princípio da Segurança Jurídica não tem a função (pretensão) de anular completamente, na Ciência do Direito, a existência de riscos ou, inclusive, de antever todo e qualquer resultado possível. Visa o princípio, simplesmente, estabelecer limites mínimos de segurança, elastecendo-se e alastrando-se por todo o sistema jurídico o máximo possível.

11 Não se deve usar aqui a expressão “ausência de risco”, pois, como se sabe, qualquer comportamento humano possui certo grau de risco.

A Segurança Jurídica é um dos valores¹² que é mais fácil senti-lo do que esmiuçá-lo¹³. Sendo assim, o presente trabalho não terá a pretensão de conceituá-lo, mas de simplesmente inspirar o intérprete na busca de seu verdadeiro espírito.

O legislador (constituente e ordinário), ao elaborar o sistema jurídico (e ao modificá-lo), tem a opção de permeá-lo de *maior* ou *menor* nível de Segurança Jurídica. Ao criar ou regular institutos, o poder legiferante tem um **leque de opções** bastante amplo, variando entre a total insegurança e a absoluta segurança.

Um exemplo deixará o raciocínio mais claro. Tomar-se-á por base o instituto da decadência, pois eles espelham com muita clareza a noção de segurança.

O legislador, ao regular o direito de anular um negócio jurídico eivado de vício do consentimento pode tomar diversas posições, entre elas: *a)* estabelecer que não ocorrerá decadência **nunca**; *b)* estabelecer que o prazo de decadência poderá ser qualquer um a depender do entendimento do juiz em cada caso; *c)* estabelecer que o prazo será de até 100 anos; *d)* estabelecer que o prazo será aquele descrito em uma regra geral, que é de 50 anos; *e)* estabelecer que o prazo será de 5 anos, podendo se estender a 10 anos se o negócio trouxer excessivo prejuízo à parte lesada; *f)* estabelecer o limite de 4 anos para anular o negócio, inexoravelmente; *g)* estabelecer o prazo de 30 dias, para qualquer caso; *h)* estabelecer que, embora haja vício, o negócio sempre será válido, não sendo permitido anulá-lo em hipótese alguma.

Sem querer tratar sobre qual opção é a mais correta (justa), tentou-se deixar claro que o legislador pode se pautar por critérios que se afastam diametralmente da noção de segurança (letras “a” e “b”), por critérios semi-inseguros (letras “c” e “d”), por critérios semi-seguros (letras “e” e “f”) e, ainda, por critérios super-seguros (letra “g”) ou absolutamente seguros (letra “h”).

12 Princípios, normas-princípio, sobreprincípios, superprincípios, princípios-valor etc; a denominação, neste labor, pouco importa.

13 O mesmo ocorre, por exemplo, com o princípio da proporcionalidade e, mais ainda, com a noção de Justiça.

Como não há fórmula precisa estabelecendo qual o nível de Segurança Jurídica é mais adequado para cada caso, o legislador tem certa liberdade quando atua no processo criador de normas. Existem, é claro, limitadores indiretos, como os Direitos e Garantias Fundamentais para os quais que o sistema deve ser seguro o bastante a fim de protegê-los com eficácia desejada.

Tudo o que foi exarado sobre a “tarefa do legislador” ao permear o sistema com normas seguras, pode também ser aplicado, guardadas as devidas proporções, ao **intérprete** e, em especial ao **jugador** que, em última análise, também é um intérprete. Esses também tem a opção de, com sua interpretação (ou decisão), modular o grau de Segurança Jurídica de cada caso.

Ante todo o exposto é, portanto, correto afirmar que o Sistema Jurídico poderá ser mais ou ser menos seguro dependendo da opção que se tome. Não poderá ser totalmente inseguro, e também não é desejável que seja absolutamente seguro, pois daria margem a arbitrariedades.

Com base nestas premissas é que será analisado, nas próximas seções, qual é o impacto psicológico que um sistema jurisdicional mutável gera no cidadão comum e como a nova decisão do Supremo Tribunal Federal referente à prisão civil do depositário infiel pode ter sido recebida pelos interessados. Serão temas discorridos a seguir.

4 A SEGURANÇA JURÍDICA E A MUTABILIDADE JURISDICONAL

4.1 A Recente Decisão do STF

No dia 3 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal, através do seu Pleno, proferiu importantíssima decisão sobre o tema “prisão civil do depositário infiel”, afastando a eficácia das normas definidoras desta modalidade de prisão civil¹⁴. Além disso, nesta mesma decisão, o Tribunal adotou tese da suprallegalidade dos Tratados Internacionais sobre Direito Humanos.

Para entender o que ocorreu é necessário explicar alguns fatos e alguns institutos.

A Constituição Federal de 1988 veda qualquer prisão civil por dívida, no entanto prevê expressamente duas exceções: (1) a prisão civil calcada no inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia, e a que interessa para o presente trabalho, (2) a do depositário infiel.

Quanto à primeira hipótese, nunca houve discussões muito calorosas, pois vários diplomas internacionais a admitem expressamente. Em razão disso, e por não se ligar diretamente ao que se quer estudar, será deixada de lado para tratar-se apenas da segunda hipótese de prisão civil, qual seja, a do depositário infiel.

A prisão civil do depositário infiel sempre foi alvo de aclamados debates jurídicos, existindo uma enorme produção científica a respeito do tema¹⁵, mormente depois de novembro de 1992.

Em 25 de setembro de 1992 o então Vice-presidente da República depositou a carta de adesão à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), momento em que tal convenção entrou em vigor para o Brasil. Poucos dias depois, em 6 de novembro de 1992 foi expedido o Decreto nº 678, que deu executoriedade ao referido tratado em âmbito nacional.

A partir dessa data surgiu uma importante questão. Isso porque o Pacto São José da Costa Rica, em seu artigo 7.7, possui a seguinte redação: “Ninguém deve ser detido por dívida. Esse princípio não limita os mandados de

¹⁴ Ver informativo do STF nº 531. Processos envolvidos: HC 87585; RE 349703 e RE 466343.

¹⁵ Ironicamente, poderíamos agradecer ao legislador pátrio por essa interessante controvérsia criada a partir de 1992, pois graças a ela a Teoria dos Tratados e a Teoria da Constituição muito evoluíram aqui no Brasil.

autoridade judiciária competente expedidos em virtude do inadimplemento de obrigação alimentar”.

Como se vê, o Pacto traz **apenas uma exceção**, qual seja, a prisão civil em virtude do inadimplemento de obrigação alimentar. Daí surgiu a questão: teria a entrada em vigor do Pacto feito desaparecer a possibilidade de prisão civil do depositário infiel?

Veja, do final de 1992 para o final de 2008 – quando a decisão do STF foi proferida – são 16 anos de discussão sobre esse tema (!), tendo sempre prevalecido nos tribunais a tese da aplicabilidade e validade jurídica da prisão civil do depositário infiel, mesmo depois da ratificação do Pacto pelo Estado brasileiro.

Ocorreu que, em dezembro de 2008, em decisão inédita, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela supremacia do Pacto de São José da Costa Rica sobre a legislação ordinária¹⁶. Explica-se.

O Pleno do STF adotou a tese da **supralegalidade** dos Tratados Internacionais que versem sobre Direito Humanos. Sendo assim, no conflito entre leis federais e Tratados Internacionais *desta espécie*, estes devem **prevalecer** em detrimento daquelas, pois possuem mais elevada hierarquia.

Neste sentido, a exceção constitucional perdeu eficácia, pois as normas ordinárias que regulamentavam a prisão civil do depositário infiel, desde então, devem ser consideradas inválidas, ante a colidência frontal com norma de superior hierarquia (o Pacto de São José da Costa Rica)¹⁷.

Esposado isto, o raciocínio já deve estar maduro para enfrentar-se a questão cerne de todo esse trabalho: até que ponto a Segurança Jurídica é afetada por decisões deste gabarito. E assim começam os juízos hipotéticos.

¹⁶ A tese da supralegalidade já é um bom começo embora a tese da “paridade constitucional” dos Tratados que versem sobre Direitos Humanos seja muito mais apaixonante.

¹⁷ Veja, neste caso, como se trata de norma constitucional de eficácia limitada a depender de regulamentação infraconstitucional para que tenha aplicabilidade plena, não há diferença nenhuma em se adotar a tese da paridade constitucional dos Tratados de Direitos Humanos ou a referida tese da supralegalidade. Isso é assim, porque, frise-se, por ser norma de eficácia limitada, qualquer tese que se adote, ante a existência de uma norma hierarquicamente mais elevada (caso do Pacto), nunca – ou enquanto o Pacto estiver em vigor – será possível a edição de normas infraconstitucionais regulamentando o tema. Portanto, inviável a partir de então, a tentativa de regulamentação do instituto pelo legislador ordinário, pois para sobre ele uma norma supralegal (ou constitucional, dependendo da tese que se adote) impeditiva.

4.2 A Segurança Jurídica e o Pensamento Comum

A Epistemologia Jurídica e a Filosofia do Direito, algumas vezes na história, tentaram separar o Direito da Moral. Nunca se conseguiu na verdade. Assim como o Direito não pode nunca ser pensado distante dos valores morais, não é possível também considerar o Direito como uma “Ciência dos Intelectuais”, ou seja, criada sem levar em conta o “pensamento comum”, do cidadão comum¹⁸, ou melhor, daquele que não é cientista do Direito.

Como base nisso se pretende argumentar o seguinte: qual efeito psicológico terá surtido essa decisão do STF “na cabeça” do cidadão? Ou mais a fundo ainda: qual o sentimento deve ter surgido naquele que ficou preso em razão se enquadrar como depositário infiel e ver **exatamente** a tese por ele defendida naquele tempo (o da prisão) ser acolhida, depois de muitos anos, pelo STF?

É importante salientar que o presente artigo não visa discutir se a decisão do STF foi correta ou não, ou se o Pleno deveria ou não ter adotado tese diversa da supralegalidade¹⁹, mas sim discutir até que ponto decisões como esta geram um sentimento de “insegurança” no cidadão comum e, por que não, também no jurista.

Para entender melhor a situação vamos utilizar o mais criativo e abstrato dos juízos hipotéticos: a **imaginação**.

Imagine ter sido preso civilmente em razão de se enquadrar na hipótese típica de depositário infiel no interregno entre os anos de 1992 e 2008. Mais ainda: imagine que a tese utilizada em sua defesa tenha sido exatamente aquela

¹⁸ Não nos afeiçoamos em estabelecer quaisquer distinções entre seres humanos, no entanto, para que o raciocínio possa ser desenvolvido utilizou-se desse artifício neste ponto.

¹⁹ Como, por exemplo, a tão sonhada tese da “paridade constitucional”.

acolhida pelo STF na decisão de dezembro de 2008. Isso não te deixaria um pouco “decepcionado²⁰” com a situação?

Pois é, muitos devem ter sentido o mesmo. Afinal, foram 16 anos (!) desde a entrada em vigor do Pacto até a data da referida decisão para que o STF dissesse basicamente o seguinte: não pode haver prisão civil do depositário infiel em razão da entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos no ordenamento pátrio, e isso deve ser entendido desde 1992 (pois foi quando o referido Pacto passou a vigor internamente).

Teria a decisão do STF violado o postulado da Segurança Jurídica? Será que essa segurança (expectativa) do cidadão comum seria a mesma Segurança Jurídica arraigada no sistema constitucional?

Buscar-se-á, nos próximos traços, solucionar essas indagações.

Para que não pare nenhuma dúvida é muito importante afirmar desde já: não, o STF não violou o princípio da Segurança Jurídica e isso ficará mais claro quando nas linhas subseqüentes for explicado o fenômeno da “evolução do pensamento jurídico”.

O pensamento tende sempre a evoluir, tanto mais o pensamento científico.

Embora a história dê exemplos de períodos nos quais houve um verdadeiro obscurecimento, ou melhor, uma indesejável queda de produção do pensamento na Terra, é bem verdade também que sempre ocorreu uma espécie de “aurora intelectual compensadora”. O Iluminismo é o melhor exemplo desse fenômeno que se assemelha a uma “Fênix do Pensamento”.

Isso também ocorre na Ciência do Direito. De tempos em tempos surgem novas teorias, novos paradigmas, novas situações de fato que exigem novos rumos jurídicos, enfim, periodicamente o pensamento tende a ser **renovado**.

²⁰ E, veja só, o sentimento vai tomando maior intensidade quanto mais perto da decisão tenha ficado o cumprimento de pena. Assim, deve ter ficado muito mais decepcionado aquele que finalizou o cumprimento da pena um dia antes da decisão do STF do que aquele que a cumpriu no início de 1993. Somente para um juízo de reflexão: seria possível que o Estado indenizasse o cidadão ante esse tipo de decisão? Parece que não, no entanto, esse raciocínio não chega a ser uma aberração jurídica, pelo contrário, é possível garantir que muitos possuirão o interesse (moral) de se ver reparado de uma prisão que, se fosse realizada em data mais avançada seria considerada ilegal e arbitrária. Essa é uma semente para que reflitamos.

A lei, a não ser quando levada a cabo por pressões sociais e/ou políticas, costuma ter sua atualização mais vagarosa quando comparada à prestação jurisdicional. No entanto, o valor impactante de uma singela lei pode ser, e muitas vezes o é, muito maior do que milhares de decisões de centenas de juízes e dezenas de argumentos de uma infinidade de doutrinadores. Em resumo, a lei também ajuda a renovar o pensamento jurídico e é um dos seus principais combustíveis.

No âmbito da jurisdicionalidade não há muita diferença. Surgem todos os dias decisões inovadoras no Poder Judiciário brasileiro; e por decisões inovadoras consideram-se aquelas sem paradigma anterior, ou seja, que surpreendem e que rompem barreiras científicas a então alicerçadas.

Isso não é ruim, aliás, é o **desejado**. A estagnação do pensamento leva a uma sociedade sem dinamicidade; o atual começa a ser antiquado, o costume passa a superar o valor da lei, não há perspectivas positivas de um futuro diferente, ou seja, essa sociedade “para no tempo”. Portanto, o que se deseja (e o que deve ser buscado) é a evolução das idéias, pois delas depende a prosperidade da própria sociedade na qual está inserida.

Decisões como a do Supremo Tribunal Federal sobre a prisão civil do depositário infiel são perfeitos exemplos do fenômeno da “evolução do pensamento jurídico²¹”. É bom observar que não cabe a esse sucinto trabalho analisar se essa evolução foi para melhor (evolução positiva) ou para pior (evolução negativa).

E esse tipo de “modificação do cenário jurídico” não viola a Segurança Jurídica. Pode até esbarrar na expectativa do cidadão²² que esperava obter determinado resultado do Poder Judiciário e não obteve, ou ainda, tratando mais especificamente do caso, daquele que acabara de cumprir o mandado judicial apoiado (legitimamente) na posição jurídica na época adotada. Entretanto, a Segurança **Jurídica** não é violada nesses casos.

Muitos já tentaram conceituar o princípio da Segurança Jurídica, e quase todos conseguiram.

²¹ Foi quase um “salto quântico jurídico”. Uma verdadeira quebra de paradigmas. Quase uma ida sem volta.

²² Entenda-se: todas as partes e interessados no processo (demanda).

Em brilhante explanação, ao tratar do princípio da Segurança Jurídica, Celso Antônio Bandeira de Mello, na mesma esteira perfilhada por este trabalho, assim leciona:

“[...] este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio direito, notadamente de um estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo²³”.

Os conceitos não são excludentes, antes, são apenas meios diversos de se observar o mesmo instituto jurídico. Eles devem ser somados e, quando todos já estiverem reunidos em um “super conceito”, ainda haverá algo faltando. Isso é assim porque, como se já afirmou, trata-se de conceito que vem por inspiração. É mais fácil senti-la do que descrevê-la. Mas, alguma coisa dos sentidos é possível extrair e transformar em palavras.

É nesse sentido o magistério de Rafael Caiado Amaral, *in verbis*:

“Por segurança jurídica entende-se o sentimento do estado de espírito dos indivíduos e dos grupos na intenção de usufruir um complexo de garantias entendido como conjunto de providências instrumentais capazes de fazer gerar e proteger aquele estado de espírito de tranqüilidade e concórdia²⁴”.

A Segurança Jurídica é valor que deve envolver todo o sistema. É postulado que exige do sistema uma amarradura de previsibilidade jurídica. Não impede a evolução do pensamento, mas exige que esta surja de modo legítimo (constitucional). Não se quer a inércia, mas sim um aperfeiçoamento “regrado”, ou seja, que se dê de forma esperada (segura) e admitida pelo sistema. A evolução do pensamento não deve surgir “do nada”.

Exige também que o sistema preveja sua forma de atualização e antecipe os efeitos jurídicos que essa evolução possa trazer.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. ed. SP: Malheiros, 2004.

²⁴ AMARAL, Rafael Caiado. Peter Häberle e a hermenêutica constitucional – alcance doutrinário. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 85.

Em síntese, *deve ser juridicamente seguro atualizar o sistema*. Esse é o mandamento positivo que o princípio da Segurança Jurídica direciona para todo o ordenamento.

Portanto, a mais recente decisão do Supremo Tribunal Federal que tratou dos relevantes temas da prisão civil do depositário infiel e da hierarquia dos tratados de Direitos Humanos não viola a Segurança Jurídica, embora possa fazer surgir, deve-se admitir, um amargo sentimento de frustração naquele que foi prejudicado no passado, não é essa segurança particular que o ordenamento deve buscar com afinco – embora deva considerá-la pontualmente –, mas sim a Segurança de Direito (aquela calcada em normas jurídicas que prescrevem a possibilidade de modificação do sistema e anteveem seus efeitos com segurança).

5 CONCLUSÃO

Modernamente, os princípios constitucionais adquiriram relevante importância na Hermenêutica Jurídica, assumindo verdadeira posição de “super normas” ou, nos dizeres de Paulo Bonavides, “[...] os princípios, em grau de positivação, encabeçam o sistema. Guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui [...]”²⁵.

A vida social humana é altamente dinâmica e tende à modificação de paradigmas. O pensamento também é assim. E o pensamento jurídico de uma sociedade tende a trazer novidades dia após dia, concretizando aquilo que pode ser chamado de “evolução do pensamento jurídico”.

O Poder Judiciário é eficiente mecanismo de atualização do sistema jurídico, quebrando, muitas vezes, modelos “antigos”, como é o caso da decisão analisada.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 292.

Essa quebra de paradigmas não viola, como se poderia pensar, o princípio da Segurança Jurídica, pois, como ficou assentado, este não propugna pela estagnação do sistema, mas sim de uma modificação regrada (constitucional e legal), calcada em pressupostos antecipadamente estabelecidos que permitam uma previsão (presunção) segura dos efeitos jurídicos decorrentes dessa atualização.

Como arremate ao presente trabalho, será colacionado o voto de Ministro Lewandowsky (MS nº 26.603-1/DF) que, por representar lição envolta de iluminada inspiração intelectual e agasalhar o tema de maneira brilhantíssima, tornou-se imperiosa sua fiel reprodução:

“Em primeiro lugar cumpre assentar que no ápice da hierarquia axiológica de todas as constituições figuram alguns princípios, explícitos ou implícitos, identificados pelo festejado jurista alemão Otto Bachoff como preceitos de caráter pré-estatal, supralegal ou pré-positivo, que servem de paradigma às demais normas constitucionais, que não podem afrontá-los sob pena de nulidade. Dentre tais princípios sobressai o valor ‘segurança’, que alicerça a gênese da própria sociedade. Com efeito, pelo menos desde meados do século XVII, a partir da edição do Leviatã de Thomas Hobbes, incorporou-se à Teoria Política a idéia de que, sem segurança, não pode existir vida social organizada, passando a constituir um dos pilares sobre os quais se assenta o pato fundante do Estado, inclusive para legitimar o exercício da autoridade. Em nosso texto constitucional, esse valor encontra abrigo em lócus privilegiado. De fato, dentre as cláusulas pétreas listadas no artigo 60, § 4º, da Carta Magna sobressai a especial proteção que o constituinte originário conferiu aos direitos e garantias individuais, em cujo cerne encontram-se o direito à vida e à segurança, expressamente mencionados no caput do art. 5º, sem os quais sequer se pode cogitar do exercício dos demais. E por segurança, à evidência, deve-se compreender não apenas a segurança física do cidadão, mas também a segurança jurídica, com destaque para a segurança político-institucional. Ainda que a segurança jurídica não encontre menção expressa na Constituição Federal, trata-se de um valor indissociável da concepção de Estado de Direito, ‘já que do contrário’ - como adverte Ingo Wolfgang Sarlet – ‘também o ‘governo de leis’ (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades’ [...] A segurança jurídica, pois, insere-se no rol de direitos e garantias individuais, que integram o núcleo imodificável do Texto Magno,

dela podendo deduzir-se o subprincípio da proteção na confiança nas leis, o qual, segundo Canotilho, consubstancia-se 'na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesiva da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos'. Para o constitucionalista português, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança significam que 'o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas'.

Conclui-se, portanto, que, embora carregada de substancial ineditismo, a decisão do Supremo Tribunal Federal não viola o Princípio da Segurança Jurídica.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

AMARAL, Rafael Caiado. **Peter Häberle e a hermenêutica constitucional** – alcance doutrinário. Porto Alegre: SAFE, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. SP: Malheiros, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha (coord.). **Constituição e Segurança Jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.