**ANÁLISE DA DICOTOMIA VONTADE DA LEI X VONTADE DO LEGISLADOR DIANTE DO CONFLITO ENTRE A SÚMULA VINCULANTE Nº 25 E O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA[[1]](#footnote-1)**

*Giuliana Belém*

*Hiago Fontoura[[2]](#footnote-2)*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Breves apontamentos a respeito da hierarquia do ordenamento jurídico; 2 As normas a serviço da sociedade: O Pacto de San José da Costa Rica atualizado com novos anseios sociais; 3 A Vontade do Legislador como pressuposto da vontade da lei; Considerações Finais; Referências.

**RESUMO**

Pretende-se demonstrar que a dialética temporal expande os limites da interpretação de uma lei chegando a, aparentemente, suprimir quase que totalmente a vontade originária do legislador, analisando especificamente a súmula vinculante nº 25 que proíbe a prisão do depositário infiel contrariando a Constituição Federal e o Código Civil.

**PALAVRAS-CHAVE:**

Dinâmica Social. Eficácia das Leis no Tempo. Vontade do Legislador.

**INTRODUÇÃO**

Muito se discute sobre a variação interpretativa de uma lei no tempo. O que se deve considerar, se a vontade originária do Legislador, ou a vontade da Lei que se constrói diante da dialética temporal. Busca-se analisar a supressão ou não da vontade do Legislador, representada, literalmente pela Constituição Federal e pelo Código Civil, diante da Súmula Vinculante nº 25 que, corroborando com o Pacto de San José da Costa Rica, entende ser ilícita a prisão civil do depositário infiel. Tendo-se como parâmetro a Hermenêutica contemporânea, sem deixar de perceber a Hermenêutica Moderna.

Em princípio há que se falar da contradição existente no ordenamento jurídico brasileiro, que adota a Constituição como Lei suprema da qual decorre toda a estrutura normativa, mas prevê a aceitação do Pacto de San Jose da Costa Rica como lei infraconstitucional. Causando um mal estar interpretativo, resolvido pelo STF de forma a beneficiar o entendimento da norma infraconstitucional. Considera-se, na segunda seção, que a norma deve atender anseios sociais para atingir sua finalidade de proporcionar o bem estar coletivo, entendendo-se que o Pacto está atualizado com esses anseios. Por fim, discute-se o cerne da questão principal deste artigo, analisando a linha tênue que separa e liga as duas vontades, do legislador e da lei, uma pressuposto da outra.

**1 BREVES APONTAMENTOS A RESPEITO DA HIERARQUIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

O Brasil adotou uma Constituição rígida, o que no entendimento de Alexandre de Moraes (*apud* Sousa, 2003) “se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária”. Justamente por ser concebida como suprema, a Constituição está na ponta do ordenamento jurídico e dela decorre um escalonamento normativo (Alexandre de Moraes *apud* Sousa, 2003). Estando os tratados internacionais, como é o caso do Pacto de San José da Costa Rica, na posição de norma infra-constitucional, coloca-se a baixo da Constituição, mas acima da leis ordinárias.

No contexto da Supremacia Constitucional há um induzimento a pensar que o Pacto de San José da Costa Rica no que tange seu art. 7º n. 7 - “ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” - é em qualquer hipótese inconciliável com parte do que diz a CF em seu art 5º, LXVII: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Ambos concordam com a prisão por inadimplemento de pensão alimentícia, mas não no que tange a prisão do depositário infiel. Entendendo-se com a CF, o Código Civil em seu art. 652 também prevê a prisão do depositário infiel. Diante do impasse, o STF trouxe uma nova interpretação, alheia a aparente vontade da Carta Magna, decidindo com a Súmula nº 25 pela ilicitude da prisão do depositário infiel.

Tomando como absoluto o princípio da supremacia Constitucional, deve prevalecer a CF e o CC. No entendimento de Gilmar Mendes

O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrario à constituição sofre de nulidade absoluta (MENDES; BRANCO, COELHO 2011, P. 123).

Contrapondo-se ao que diz Gilmar Mendes, Guilherme Feliciano entende que

a legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea (FELICIANO, 2009).

Nesse diapasão, o STF prevalece, ao editar a súmula nº 25, por adequar as normas ao atual contexto social. “Elevando” a Constituição a um patamar de modernidade, não se discute a supremacia constitucional, entende-se que

A constituição passa a ser, em toda sua substancialidade, o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico. Alerte-se, entretanto, que a constituição não pode ser entendida como ente disperso ‘no mundo’ (STRECK, 2005, P. 245).

A prolixidade da Constituição Brasileira já dificulta sua atualização com os anseios sociais, deve então prevalecer o entendimento mais benéfico para sociedade, afim de que não fique a Lei Maior sem eficácia.

**2 AS NORMAS A SERVIÇO DA SOCIEDADE: O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA ATUALIZADO COM NOVOS ANSEIOS SOCIAIS**

Uma norma jurídica, na opinião da doutrina majoritária, seria, sob um ponto de vista dogmático, “comandos genéricos e universais” (FERRAZ JR., 2003). O legislador originário baseou-se nessa generalidade a fim de que uma norma pudesse ser aplicada em variadas situações. Segundo Ferraz Jr. (2003), sob a ótica dogmática, deve prevalecer a vontade do legislador, uma vez que este é o emissor primeiro da norma. Entende-se que ao realizar a criação de uma norma o legislador baseou-se no contexto no qual vivia, de modo a facilitar sua aplicabilidade, além disso, deve-se considerar que esse legislador, ao criar uma norma, consciente ou inconscientemente não se despiu de valores e prejuízos, estava ele envolto em uma tradição da qual nenhum indivíduo consegue se distanciar. Como confirma Maria Camargo (2001, p. 32): “Todo ser histórico encontra-se inserido na tradição e ocupa determinada posição que lhe delimita horizonte”.

Se o legislador, ao realizar a criação de uma norma, considerou o seu contexto histórico sem descartar o passado, de forma que esse passado tenha o influenciado, o mesmo acontece com o intérprete em relação ao legislador. “A compreensão é, antes, uma participação na corrente da tradição, no momento em que se misturam passado e presente” (CAMARGO, 2001, p. 37). Embora tenha um compromisso com a tradição, ao aplicar uma norma ela deve “caber” no contexto, ou seja, deve se adequar ao caso e atender as necessidades da sociedade atual. “O jurista, inserido em um *habitus dogmaticus*, não se dá conta das contradições do sistema jurídico” (STRECK, 2005, p. 73). Por exemplo, por muito tempo o adultério foi considerado crime, até que em um momento esse entendimento perdeu força, assumiu-se uma nova postura e a legislação precisou se adequar a essa nova realidade como condição para manter sua eficácia. Segundo Paulo Nader, o direito hoje tem uma nova missão

não é, como no passado, apenas a de garantir a segurança do homem, a sua vida, liberdade e patrimônio. A sua meta é mais ampla, é a de promover o bem comum, que implica justiça, segurança, bem estar e progresso. O Direito, na atualidade é um fator decisivo para o avanço social (NADER, 2010, p. 267).

No que tange o entendimento do STF sobre a prisão do depositário infiel, vivencia-se a criação de um novo paradigma, deve-se observar a história: Anteriormente aceitava-se no Brasil a prisão por dívida, depois essa prisão se restringiu aos casos do depositário infiel e pensão alimentícia (CF, ART 5º, LXVII e CC, ART 652), com o Pacto de San José da Costa Rica, o STF adotou o entendimento que a prisão do depositário infiel deve ser abolida. Contudo a Constituição e o Código Civil continuam favoráveis a tal prisão, mas a atualidade pede um outro entendimento. Entendendo que as normas estão a serviço do bem está social, elas devem se adequar aos novos tempos sob pena de ficarem obsoletas. No entendimento de Eros Grau

Não estou, no entanto, a afirmar que o interprete, literalmente, crie normas.

Note-se bem: ele não é um criador *ex nihilo*; ele produz a norma, sim, mas não no sentido de fabricá-la, porém no de reproduzi-la.

O produto da interpretação é a norma. Mas ela já se encontra, potencialmente, no invólucro do texto normativo (GRAU, 2009, cap. VII).

Ao proibir a prisão do depositário infiel, o STF não está desrespeitando normas constitucionais, mas adaptando-as às novas necessidades. Isso se passa porque, ademais, “o direito - como observou Von Jhering [1884:424] – existe em função da sociedade, e não a sociedade em função dele (‘das Recht ist der Gesellschaft, nicht die Gesellschaft des Rechts wegen da’). O direito é um nível da realidade social” (GRAU, 2009, p. 129).

**3 A VONTADE DO LEGISLADOR COM PRESSUPOSTO DA VONTADE DA LEI**

Ainda que surjam várias possibilidades de aplicação/interpretação da norma, alheias aquelas indicadas pelo legislador originário, o primeiro momento sempre partiu desse, a primeira interpretação foi feita pelo legislador e todas as outras, de algum modo, partiram dessas.

Por conseguinte, o direito tem com *sentido* não só os valores que concebem a intenção, ou a vontade, do sujeito que faz a lei, como também os valores incorporados a tradição histórica na qual ela insere. Isso encontra referência tanto na vontade do autor quanto na vontade do intérprete, enquanto seres históricos pertencentes a épocas distintas (CAMARGO, 2001, p. 49).

No caso do depositário infiel, ainda que o pacto diga o contrário da Constituição e do Código Civil, a interpretação originária ainda persiste, vive-se então o surgimento de um novo paradigma construído em um contexto diferente do qual viveu o legislador. Diante disso, pergunta-se: Estamos diante de uma colisão? Não, estamos diante de uma quebra de paradigmas, em que, ao passo que um está sendo desconstruído o outro está se construindo.

Essa idéia de sistema, que está nos alicerces mesmos da noção de ordenamento jurídico, há de funcionar não somente para a exata conciliação entre as normas vigentes num dado momento histórico, num tempo certo e atual. Deverá funcionar também como fator de compatibilização entre o presente e o passado, sem, no entanto, escravizar aquele a este (FALCÃO, 2010, p. 201).

Do ponto de vista gramatical, aparentemente há um conflito (como se percebe na já citada transcrição do art. 5º da CF, LXVII; art. 652 do CC e art. 7º, n. 7 do Pacto de San José da Costa Rica). Contudo, a história é testemunha que o pensamento exegético cristaliza o direito tornando-o ineficaz diante do dinamismo social. Quando o que deve prevalecer nos dias atuais é a adaptação do direito às novas realidades, que são resultados de constantes mudanças sociais (CAMARGO, 2001, p. 130). Do ponto de vista histórico, esse dinamismo social torna-se mais nítido, assim como a necessidade de adaptação da norma. “Ao historiador do direito compete descobrir os motivos da lei determinados pela situação histórica, enquanto ao jurista cabe definir o conteúdo e o alcance prático da lei” (CAMARGO, 2001, p. 133). Se no momento de sua criação a norma que instituía a prisão do depositário infiel foi sagrada, um lapso temporal é o bastante para se sentir a necessidade de um novo entendimento, esse é o momento presente, vivencia-se um momento de transição, provavelmente se houvesse uma coleta de opiniões a respeito do caso, essa seria diferente das opiniões de alguns anos atrás. Axiologicamente, a distância implicada pelo tempo corrobora com a transição/mudança de novas ideologias que refletem em novas interpretações para mesmos casos. “Daí a necessária adesão à ideologia dinâmica da interpretação e visualização do direito como instrumento de mudança social, até o ponto em que o direito passa, ele próprio, a ser concebido como uma política pública” (GRAU, 2009, p. 130). Contudo, ressalta-se que por mais que haja essa mudança de ideologias, não há um rompimento com o passado, a tradição é pressuposto/fundamento para a construção de novos parâmetros e paradigmas.

Adotando-se que se vive um momento de transição, também se entende que não ocorre a supressão da vontade do legislador, mas uma nova interpretação dessa vontade. Ao criar uma norma, tem-se como fim que ela tenha abrangência e eficácia em seu âmbito de atuação. Ao mudar a interpretação, a norma passa por um processo mecânico para sobreviver a dinâmica temporal, a nova interpretação pode até distancia-se do legislador, mas sua vontade continua existindo em menor ou menor grau.

A supressão só ocorre quando há uma reviravolta na qual não se reconhece nenhum traço da vontade originária, seria esse o caso em que uma conduta deixa de ser reprovável ou passa a sê-lo, como o já citado exemplo do adultério que foi banido do ordenamento jurídico quando já não havia mais nenhuma essência/sustentação para sua existência. Ainda nesse caso não há uma ruptura total, pois superar um entendimento não significa descartá-lo, esse entendimento ainda que não conduza mais com a atual realidade, serviu como parâmetro a ser superado, seria como um degrau de uma escada sem o qual não seria possível impulsionar a sociedade para o próximo andar.

Finalizando este artigo cita-se o entendimento do ex Ministro do STF, alcançando este em sua metáfora a essência a qual almeja esse trabalho:

Dá-se na interpretação de textos normativos algo análoga ao que se passa na interpretação musical.

Não há uma única interpretação correta (exata) da *Sexta Sinfonia* de Beethoven: A *Pastoral* regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da *Pastoral* regida por von Karajan, com a filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas – e corretas.

Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o juiz Hércules [Dworkin] estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe (GRAU, 2009, cap. XV).

**CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Levando-se em consideração a hierarquia das normas, conclui-se haver uma antinomia de fácil resolução, segue-se a Constituição. Porém, aceitando-se isso como absoluto seria estagnar-se no tempo, o que leva a crer que somente a supremacia da Constituição não é suficiente para a resolução do caso, pois como já dito, a Constituição não é por si e sim um instrumento a favor do povo. Devendo os anseios desse, prevalecer. A análise deve ser bem mais profunda, o povo de hoje não é o povo de anteontem, mas com certeza o povo de ontem se dividem entre o passado e o presente, formando uma ponte que dá sustentação ao futuro.

Embora alguns insistam no conflito entre as duas vontades (da lei e do legislador) e embora sob a ótica gramatical, esse conflito pareça existir, entende-se que muito mais do que a letra da lei, o direito é a fala do povo. Empacar diante da tese que sustenta o conflito entre as duas vontades e que uma delas deve prevalecer é parar no tempo, é opor-se, inutilmente, a um processo normal que é inerente a sociedade e está acima daquela ou desta vontade. De tempos em tempos surgem novos anseios que refletem anseios passados e serão reflexo de anseios futuros. Há, entre a vontade do legislador e a vontade da lei, uma relação de coordenação e não sobreposição.

**REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1998. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições técnicas, 2007.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 11 jan. 2002.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação:** uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica.** 2 . ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. A Prisão Civil do Depositário Judicial Infiel Economicamente Capaz: Um outro olhar. **Revista dos Tribunais,** Belo Horizonte, v. 49, n. 79, p. 55-79, jan./jun. 2009. Disponível em: < http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\_79/guilherme\_guimaraes\_feliciano.pdf>. Acesso em 02 de nov. 2011.

FERACIN, Vanessa Capra Kloeckner. A Prisão Civil do Depositário e o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, v. 2. P. 1-18. Disponível em: < http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/view/330>. Acesso em 02 de nov. 2011.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** tecnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao estudo do direito.** 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discusso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

NADER, Paulo.  **Introdução ao estudo do direito.** 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SOUSA, Tiago Maggi. **Controle da Constitucionalidade das Leis.** Disponível em: < http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=116>. Acesso em 02 de Nov 2011.

STRECK, Lenio Luiz.  **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construação do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Vade Mecum: Acadêmico de direito/ Anne Joyce Angher, organização. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

1. Paper elaborado como requisito parcial para aprovação da disciplina Hermenêutica, lecionada pelo professor Tiago Oliveira do curso de Direito da UNDB. [↑](#footnote-ref-1)
2. Acadêmicos do 4º período do curso vespertino de Direito. [↑](#footnote-ref-2)