

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E O ATIVISMO JUDICIAL

Luiz Gonzaga Modesto de Paula¹

INTRODUÇÃO

No dia 31 de agosto de 2016, o Senado Federal, com todos os senadores presentes, sob a condução do Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, votou o *impeachment* da Presidente da República aprovado por 61 votos a favor e 20 contra. Era o cumprimento do art. 52 da Magna Carta, que previa como consequência a inelegibilidade da ex-Presidente pelo prazo de 8 anos. Mas, como todos sabem, o Presidente do Supremo Tribunal Federal obteve o fatiamento da votação e a perda dos direitos políticos não foi aplicada, em flagrante desrespeito ao disposto expresso da Constituição Federal. Com isso, abriu-se nova era para o Poder Judiciário, pois se o Presidente do Supremo Tribunal Federal podia descumprir preceito constitucional, nada mais justo do que, a partir daí, os tribunais e os juízes de primeira instância passassem a julgar seus processos de acordo com o seu próprio arbítrio. Defenderam a livre interpretação das normas jurídicas e sua adequação aos casos concretos, não mais pela colmatação de lacunas com o recurso à analogia, aos costumes e aos “princípios gerais do direito”, no dizer do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro,² mas com o sequestro de um poder legislativo inexistente, exercido na criação de normas jurídicas fundadas no seu arbítrio, substituindo-se ao legislador verdadeiro.

Outro Ministro do mesmo Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, citado por Alexandre de Moraes (MORAES, 1998)³, defendia a impossibilidade desse ativismo judicial, especialmente quanto às normas constitucionais, ditas como “pétreas”, dizendo: [...] tais cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade [...]

Não se pode confundir a colmatação de lacunas com a criação de normas jurídicas extravagantes. Uma coisa é a constatação de que o legislador não pode prever tudo o que possa acontecer, e aí cabe ao juiz resolver a falha, para então escrever o comando normativo para a aquela hipótese; outra, é quando o legislador, de propósito, deixou de regular certos comportamentos, por entender que não era necessário, porque a solução estava implícita. Como se sabe pelo ensinamento de Maria Helena Diniz, exposto em sua obra “Lacunas no Direito”, existem lacunas jurídicas, lacunas normativas e lacunas axiológicas. A lacuna jurídica é o tipo tradicional de falta de norma no sistema. Como lacuna ontológica, entendemos a falta de adequação de uma regra ao fato. É também chamada de hipo-regulação. As lacunas axiológicas, por sua vez, como o próprio nome indica, são faltas de regras no sentir do

aplicador ou do intérprete. Por uma questão de idiosincrasia, o intérprete “acha” que a norma existente, se aplicada, trará resultados “injustos”. (DINIZ, 2002).⁴

Nossa tradição jurídica, criada através de princípios colocados no nosso ordenamento, ou decorrente da própria cultura, traz em seu âmago a denominada “normatividade”. Ou seja, o decidir judicial está circunscrito à aplicação das normas vigentes. “O juiz aplica a lei”, e quando inexistir previsão normativa, ele resolve o conflito através do recurso à analogia (outras leis semelhantes), aos costumes (práticas reiteradas da comunidade), ou aos princípios gerais do direito (regras jurídicas de alcance amplo e de orientação). Não pode, e não deve lançar mão de sua própria vontade para substituir-se como legislador e criar obrigação nova, inexistente no ordenamento.

É a expressão do princípio da segurança jurídica, que se revela na exigência da certeza do direito e da proteção contra alterações da norma fora de atividade regular legislativa. Nasceu da subsunção da vontade do monarca absolutista ao império da lei. É a necessária previsibilidade das decisões judiciais como garantia da existência de um Estado de Direito. Decisões judiciais “inovadoras” atentam contra a segurança jurídica e principalmente contra a estabilidade das relações jurídicas. André Ramos Tavares, em seu livro “Curso de Direito Constitucional”, faz menção a três elementos essenciais da segurança jurídica: a) a necessidade de certeza, de conhecimento do Direito vigente e de acesso ao conteúdo desse Direito; b) a possibilidade de conhecer, de antemão, as consequências pelas atividades e pelos atos adotados; e c) a estabilidade da ordem jurídica.⁵

RAZÕES HISTÓRICAS DA NORMATIVIDADE

Desde a codificação das leis romanas por Justiniano em 525 a.D. e a edição dos volumes do Digesto (ou Pandectas), o mundo jurídico reconheceu a necessidade da codificação das leis, iniciado no Ocidente pela Escola alemã dos Pandectistas, na segunda metade do século XIX, culminando com a edição do Código Civil de Napoleão em 1804. Nascia, em decorrência, a interpretação “normativa” ou “legalista” pela qual o intérprete deveria sempre obedecer ao “comando” normativo na tarefa de aplicar o direito aos fatos. Somente o legislador, regularmente investido, poderia inovar o ordenamento com a criação de regras novas.

Outra corrente jurídico-filosófica se desenvolveu nos países de língua inglesa, na qual, as decisões judiciais, tidos como “precedentes” podem inovar o ordenamento. Este não é formado só por regras estabelecidas por um legitimado Poder Legislativo, mas também, e principalmente, pelas decisões judiciais em casos concretos. É o denominado “stare decisis” (força vinculante dos precedentes para os juízes). John W. Salmond diz: “É bem verdade que, em geral, o dever das cortes é *jus dicere* e não *jus dare*; entretanto, de fato e de direito, elas realmente possuem estas duas funções. Os precedentes criativos são o resultado do

exercício intencional, pelas cortes, do seu privilégio de desenvolver o direito ao mesmo tempo em que o aplicam."⁶ Continua o autor: "A prerrogativa dos juízes não é criar o direito formulando-o e declarando-o - isto pertence à legislatura -, mas criar o direito aplicando-o. A declaração judicial, desacompanhada de uma aplicação judicial, não tem autoridade."⁷

Existe uma diferença substancial entre esses dois regimes decisórios, porque, como é óbvio, um julgador submetido (submetido é a palavra certa) ao regime normativista (ou também chamado legalista) não pode aplicar ao caso, que lhe é submetido, as suas preferências pessoais, sob pena de subversão da ordem jurídica e atentado ao princípio da segurança jurídica.

DOIS EXEMPLOS RECENTES

No Brasil, o ativismo judicial é prática comum, porque nossos juízes (nem todos) se julgam ungidos por Deus, quando tomam posse do cargo. Os tribunais existem, exatamente para atenuarem, na medida do possível, os arroubos decisórios. Mas, o problema aparece quando os próprios tribunais endossam o ativismo judicial e corroboram a decisão de primeira instância que, desprezando a legislação vigente, inovou a ordem jurídica com as suas idiossincrasias. Veremos dois exemplos eloquentes no campo do direito empresarial:

a) a intervenção do Estado na administração da sociedade limitada:

No caso de desavença grave entre os sócios de uma sociedade limitada, é costume o ingresso em juízo com a denominada "ação de dissolução parcial da sociedade", na qual um deles pleiteia a remoção do outro, ou dele próprio com o pagamento de seus haveres. Nessa ação, os juízes se acham investidos de extraordinário poder de poder nomear um interventor para exercer a administração da sociedade. Nos diversos casos que analisamos, verificamos o seguinte:

Argumentos contra a intervenção:

1. não existe nenhuma norma jurídica no direito societário (Código Civil para as sociedades limitadas e Lei 6.404/76 para a aplicação subsidiária da legislação própria das sociedades por ações) que permita ou que preveja a possibilidade da intervenção do Estado na esfera privada;
2. diz o art. 173 da Constituição Federal, expressamente, que: Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei". é o denominado "princípio da intervenção mínima"

absolutamente necessário para o perfeito funcionamento do regime capitalista e seu básico fundamento da sacralidade da propriedade privada;

3. diz o art. 1.010 do Código Civil, que dispõe sobre as deliberações acerca dos negócios da sociedade: “Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um.” É o denominado “princípio da maioria”.

Argumentos que “justificam” a intervenção:

1. Na Lei n. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que criou o sistema de defesa do consumidor, temos a redação do inciso XI do art. 56, que diz: “Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:...XI - intervenção administrativa.” Entendo que, nesse caso, não há a menor possibilidade de aplicação dessa lei por analogia, porque, ela se dirige especificamente às relações de consumo e não se aplica às relações empresariais;

2. Da mesma forma, a Lei n.º 12.529/2011 (Lei do CADE), que alterou o art. 69 da Lei n.º 8.884/94, introduziu a hipótese de intervenção judicial, como se vê dos arts. 102 e 107: “Art. 102. O Juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor.” e “Art. 107. O juiz poderá afastar de suas funções os responsáveis pela administração da empresa que, comprovadamente, obstarem o cumprimento de atos de competência do interventor, devendo eventual substituição dar-se na forma estabelecida no contrato social da empresa.”, também só poderá ser aplicada de maneira excepcional em casos de infração às normas da concorrência;

3. No Código Civil, existe a previsão do art. 49: “Se a administração da pessoa jurídica vier a faltar, o juiz, a requerimento de qualquer interessado, nomear-lhe-á administrador provisório.”, que vem sendo usado como justificativa para a intervenção, há de se notar que a excepcionalidade decorre da hipótese de “faltar” o administrador e quando os demais sócios não façam a sua imediata substituição. É o caso no qual pode ocorrer o fim do prazo de gestão de um administrador e da eventual dificuldade de convocação de assembleia para a escolha do sucessor, na qual qualquer dos sócios pode pedir em juízo a nomeação de um interventor, o que já ocorreu de fato, como se vê do processo n.º 1005192-19.2019.8.26.0037 da “Kibutz Sociedade Beneficente”, perante a 6ª Vara Cível - Foro de Araraquara por decisão do Juiz Dr. João Roberto Casali da Silva;

4. Por mais esdrúxula que possa parecer, a interpretação larga do disposto art. 297 do Código de Processo Civil, onde se lê: “O juiz poderá determinar as medidas que considerar

adequadas para efetivação da tutela provisória.”, como um “cheque em branco” pelo qual o juiz pode determinar tudo o que desejar e “considerar adequado”.

Como se vê, diante dos princípios constitucionais de consagração da propriedade privada, da intervenção mínima do Estado no domínio econômico, do princípio de decisão majoritária nas sociedades, não há a menor possibilidade de se permitir que qualquer juiz, apenas porque entende “ser adequado” afastar administrador de sociedade empresária substituindo-se por alguém de sua confiança.

Lamentavelmente o Superior Tribunal de Justiça, em caso semelhante criou jurisprudência:

STJ - MEDIDA CAUTELAR Nº 14.561 - BA (2008/0168867-7)

MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AFASTAMENTO DE SÓCIO MAJORITÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE.

“A atuação do Poder Judiciário em causas que versem sobre a administração das sociedades deve pautar-se sempre por critério de intervenção mínima. A Lei permite o afastamento de sócio majoritário da administração da sociedade, mas isso não implica que ele perca os poderes inerentes à sua condição de sócio, entre os quais está o poder de nomear administrador”. Relatora Min. Nancy Andriighi, DJ 08/10/2008).

b) exigir depósito de caução como requisito para o processo falimentar:

Vou contar para vocês uma historinha fabulosa. Era uma vez, um juiz de direito de uma cidadezinha do interior que, talvez assoberbado pelo número de processos na sua vara, ou pela falta de recursos financeiros, resolveu, com fundamento no parágrafo primeiro do art. 82 do Código de Processo Civil de 2015, que diz: “§ 1º. Incumbe ao autor adiantar as despesas relativas a ato cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público, quando sua intervenção ocorrer como fiscal da ordem jurídica.”, exigir dos autores de qualquer ação uma “caução” em dinheiro, para suprir as deficiências do seu ofício de justiça. Em outras palavras, o diligente juiz de direito, para resolver o seu problema de caixa, instituiu “tributo” novo, uma vez que nosso sistema jurídico define como “tributo”: “... toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.” (art. 3º. do Código Tributário Nacional). Chamar de “caução” uma prestação pecuniária compulsória, sem respaldo na lei, é infringir o disposto no art. 150 da Constituição Federal, e o seu princípio da estrita legalidade tributária: “nullum tributum sine lege.” Para quem não sabe, esse princípio foi a mola propulsora da Magna Carta de 1215, na Inglaterra de João Sem Terra, fruto da revolta dos barões contra a instituição de tributos pelo monarca.

Pasmem. Na cidade de São Paulo isto também aconteceu. O juiz de direito da vara especializada em falências, em uma sentença de decretação de falência, exigiu que o requerente da falência prestasse “caução” para garantir o pagamento dos honorários do administrador judicial. Não existe previsão legal para isso na Lei Falimentar. A disposição legal relativa ao pagamento dos honorários do administrador judicial é exatamente em sentido contrário: “Caberá ao devedor ou à massa falida arcar com as despesas relativas à remuneração do administrador judicial e das pessoas eventualmente contratadas para auxiliá-lo.” (art. 25 da Lei 11.101/2005). A imposição de obrigação pecuniária ao credor é atributo constitucional do legislador federal, e o juiz de direito, por melhores que sejam as suas intenções, não pode se substituir ao legislador para criar tributo sob o nome de “caução”. Isto é, no mínimo, subversão da ordem jurídica.

Esse juiz de direito da vara especializada em falência de São Paulo, conhecido por suas posições “inovadoras”, decidiu num caso de pedido de falência, no qual a devedora, não encontrada, houvera sido citada por edital, na própria sentença de decretação da quebra, colocou como condição para o prosseguimento do processo que o Banco requerente depositasse vultuosa importância à título de “caução” para pagamento dos honorários do administrador judicial, em 48 horas, sob pena de extinção do processo. Nem mesmo determinou as outras medidas preconizadas pelo art. 99 da Lei nº. 11.101/2005, e que não exigem a intervenção do administrador judicial, tais como: a) que a falido que apresente, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos, sob pena de desobediência; b) ordene que a Junta Comercial do Estado de São Paulo que proceda à anotação da falência no registro da devedora, para que conste a expressão "Falido", a data da decretação da falência e a inabilitação de que trata o art. 102 desta Lei; c) determine a expedição de ofícios aos órgãos e repartições públicas e outras entidades para que informem a existência de bens e direitos do falido; d) ordene a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal, para que tomem conhecimento da falência.

Como se sabe, não há na lei falimentar qualquer previsão para depósito de caução para garantir o pagamento de honorários do administrador judicial, e nem para as despesas do processo, exceto custas e taxas judiciais, e pagamento de despesas extraordinárias. Mas, esse juiz, com fundamento da sua própria prática processual, decidiu criar obrigação pecuniária nova para os requerentes de falência, como se fosse um legislador extraordinário.

Como seria de se esperar o Banco recorreu dessa estapafúrdia decisão, e, com surpresa maior, tal determinação foi endossada pela Câmara Especializada em Falência e Recuperações do Tribunal de Justiça de São Paulo. Houve Recurso Especial (REsp 1.526.790)

e o Superior Tribunal de Justiça, por sua 3ª. Turma entendeu válida a exigência. Sobre essa decisão, o CONJUR (Boletim Consultor Jurídico) publicou: “O relator do recurso, ministro Villas Bôas Cueva, reconheceu que o artigo 25 da Lei de Falências (Lei 11.101/2005) é expresso ao indicar o devedor ou a massa falida como responsável pelas despesas relativas à remuneração do administrador judicial. Mas ressaltou que as particularidades do caso justificam a preocupação do tribunal paulista e a aplicação do artigo 19 do Código de Processo Civil. “De fato, se há possibilidade de não se arrecadar bens suficientes para a remuneração do administrador, deve a parte litigante agir com responsabilidade, arcando com as despesas dos atos necessários, e por ela requeridos, para tentar reaver seu crédito”, enfatizou o ministro em seu voto. Segundo o relator, a despesa com o administrador judicial, principal auxiliar do juiz na condução do processo falimentar, é de suma importância, e o perito não pode ser obrigado a exercer seu ofício gratuitamente. Villas Bôas Cueva também ressaltou que, caso se arrecade bens suficientes para a remuneração do administrador, a massa falida deverá restituir o valor despendido pelo autor antecipadamente, obedecendo a dispositivo legal. A decisão que negou provimento ao recurso especial foi unânime:

"RECURSO ESPECIAL. FALÊNCIA. NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADOR JUDICIAL. CAUÇÃO DA REMUNERAÇÃO. RESPONSABILIDADE. ART. 25 DA LEI nº 11.101/2005. EFEITO SUSPENSIVO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Inviável a apreciação do pedido de efeito suspensivo a recurso especial feito nas próprias razões do recurso. Precedentes. 2. O art. 25 da Lei nº 11.101/2005 é expresso ao indicar o devedor ou a massa falida como responsável pelas despesas relativas à remuneração do administrador judicial. 3. Na hipótese, o ônus de providenciar a caução da remuneração do administrador judicial recaiu sobre o credor, porque a empresa ré não foi encontrada, tendo ocorrido citação por edital, além de não se saber se os bens arrecadados serão suficientes a essa remuneração. 4. É possível a aplicação do art. 19 do Código de Processo Civil ao caso em apreço, pois deve a parte litigante agir com responsabilidade, arcando com as despesas dos atos necessários, e por ela requeridos, para reaver seu crédito. 5. Recurso especial não provido."(REsp 1526790/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 28/03/2016).

Outra decisão no mesmo sentido se viu no Recurso Especial nº 1.427.244 - SP (2013/0417775-8) Relator : Ministro Lázaro Guimarães, que em seu voto citou:

"PROCESSUAL CIVIL E FALIMENTAR. RECURSO ESPECIAL. REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL. DESPESA PROCESSUAL. POSSIBILIDADE DE ATRIBUIR O ÔNUS AO CREDOR DA MASSA FALIDA. CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS. 1. Processo falimentar do qual se extraiu o presente recurso especial, interposto

em 01/12/2014 e atribuído ao Gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é decidir se, em situações excepcionais, o credor da massa falida deve arcar, a título de caução, com as despesas relativas à remuneração do administrador judicial, em interpretação conjugada do art. 19 do CPC/73 com o art. 25 da Lei 11.101/05. 3. Ante a fase inicial de incerteza acerca da suficiência dos bens a serem arrecadados para cobrir as despesas processuais e as demais obrigações da massa, aliado ao fato de não ter sido encontrada a empresa devedora, cuja citação ocorreu por edital, constitui medida hígida a aplicação do art. 19, do CPC/73 para exigir do credor a antecipação dos honorários do administrador judicial. 4. Recurso especial não provido." (REsp 1594260/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 10/08/2017).

CONCLUSÃO

Estes são apenas dois exemplos do ativismo judicial. O Direito brasileiro está em fase de transição entre o formalismo legal e a criação de direito pelo poder judiciário nos moldes do direito de tradição anglicana. Os juízes se acham no direito de “inovarem” a legislação acrescentando regras nascidas de sua própria vivência e cultura, pois passam a entender que a sua axiologia é a única aplicável. Nesses julgados se vê que os juízes reconhecem a falta de norma para a hipótese, mas não se constroem ao apelarem para o “razoável” e criar obrigações pecuniárias novas para o pobre do credor que, ante a insolvência do seu devedor, teve a infeliz idéia e recorrer ao Poder Judiciário.

E, quando o Poder Judiciário se transforma em agente de mudanças na ordem jurídica, Montesquieu se revolve em seu túmulo, porque o Estado de Direito começa a se dissolver ao sabor de idiosincrasias.

Somente o império das leis garante a necessária segurança jurídica para o campo do direito empresarial, no qual os empreendedores e os investidores só empreenderão ou investirão quando sentirem que seus esforços ou recursos estarão assegurados pelo equilíbrio das decisões judiciais em cumprimento do direito posto. Não há como empreender ou investir em países nos quais o direito é moldado ao sabor das tendências pessoais dos julgadores.

Como já disse alguém, quando o juiz quiser inovar, ele deve pedir demissão, candidatar-se a um cargo de deputado federal (ou estadual, ou vereador municipal) e preparar um projeto de lei que abrigue as suas preferências. O que não se pode admitir é a criação de ônus financeiro (verdadeira tributação, face ao caráter impositivo), ou a intromissão do Estado nas relações particulares, sem que lei alguma o preveja.

¹ Mestre e doutorando em Direito Empresarial na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado em São Paulo.

² “Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidira o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”

³ MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: comentário aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1998, p. 463.

⁴ DINIZ, Maria Helena. As Lacunas no direito. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁵ TAVARES, André Ramos, Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Saraiva, 17ª. ed., 2019.

⁶ No original: "While it is quite true that the duty of the courts is in general *jus dicere* and not *jus dare*, nevertheless they do in fact and in law possess both these functions. Creative precedents are the outcome of the intentional exercise by the courts of their privilege of developing the law at the same time that they administer it" (The Theory of Judicial Precedents. The Law Quarterly Review, v. 16, n°. LXIY, oct. 1900, p. 379); cf., no mesmo sentido, Edward Allan Farnsworth, An introduction to the legal system of the United States, 3. ed. New York: Oceana, 1996, p. 50-51; Gian Antonio Micheli, Contributo alio studio della formazione giudiziale dei Diritto: "Case Law" e "Stare Decisis" (1938). Opere Minori di Diritto Processuale Civile, v. 1, Milano: Giuffrè, 1982, p. 3-79. Extraído do artigo “Os Precedentes Judiciais nos Estados Unidos: Apontamentos para uma Comparação” de autoria de José Jesus Cazetta Júnior, Promotor de Justiça em São Paulo. Doutor em Direito Processual Civil pela USP. in “bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/42450/41188”, acesso em 28 de maio de 2019.

⁷ No original: "The prerogative of judges is not to make law by formulating and declaring it - this pertains to the legislature - but to make law by applying it. Judicial declaration, unaccompanied by judicial application, is of no authority." Cf. ob. cit., p. 388-389.