



O JUIZ E A DECISÃO POR EQÜIDADE

*Adriana Aparecida Giosa Ligeró**

RESUMO

Estuda e analisa o papel do juiz, no processo civil, diante das decisões por eqüidade. Sistematiza as diversas acepções do termo eqüidade, tratando de sua natureza jurídica e examina os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil, necessários para uma melhor compreensão do tema. Demonstra a necessidade de se entender a eqüidade como critério facilitador de interpretação e aplicação de uma norma, tendo em vista o caso concreto. Ao final, ressalta a função jurisdicional, desenvolvida pelo juiz, como complemento da obra do legislador, restando superado o rigorismo lógico-formal presente nas decisões jurisdicionais.

Palavras-chave: juiz; eqüidade; hermenêutica; fins sociais; bem comum; discricionariedade judicial; decisão por eqüidade.

ABSTRACT

It studies and analyzes the judge's paper, in the civil process, ahead the decisions for justness. It systematizes the several meanings of the term justness, dealing with its juridical nature and it examines the articles 4th and 5th of the Introduction Law of the Civil Code, necessary for a better comprehension of the theme. It demonstrates the need to understand each other justness as facilitative approach of a norm interpretation and application focusing the concrete case. At the end, it stresses the jurisdictional function, developed by the judge, as complement of the legislator work, remaining overcome the present logical-formal rigors in the jurisdiction decisions.

Key words: judge; justness; hermeneutic; social means, common good; judicial discretionay; decision for justness.

Sumário: 1 Considerações iniciais. 2 Acepções do termo eqüidade. 3 Natureza da decisão por eqüidade. 4 Os artigos 4º e 5º da LICC e a decisão por eqüidade. 5 O juiz e a decisão por eqüidade no processo civil moderno. Referências.

* Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Advogada e Professora de Processo Civil e Prática Civil na Faculdade de Ciências Jurídicas de Presidente Prudente, mantida pela Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE.

1 Considerações iniciais

O interesse pela pesquisa do presente tema teve origem em colóquios do grupo de estudo, formado no Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste Paulista¹.

O tema principal proposto foi o “papel do juiz no processo civil moderno”. O referido tema comportou subdivisões que objetivaram dar uma compreensão mais ampla da tarefa desse profissional nos dias de hoje. Assim os diversos componentes do grupo enfocaram a evolução histórica da figura do juiz; influência dos fatores ideológicos na sentença; a posição do juiz segundo o direito alternativo; uma nova visão da natureza jurídica da jurisdição a partir da arbitragem; os poderes instrutórios do juiz; o juiz e a efetividade do processo.

Ao lado dos temas acima citados, também foi abordado o tema “o juiz e a decisão por equidade”, que observando a tendência de intensificação dos poderes do juiz no processo atual, justifica a pesquisa e enriquece o tema principal do grupo.

2 Acepções do termo equidade

A expressão equidade é derivada do latim *aequitas*, de *aequus* (igual, equitativo). Para Pontes de Miranda², a palavra é “apenas palavra-válvula, com que se dá entrada a todos os elementos intelectuais ou sentimentais que não caibam nos conceitos primaciais do método de interpretação”. Palavra de extrema vaguidade, este conceito está intimamente relacionado às concepções jurídico-filosóficas, não havendo um consenso sobre ele³.

Miguel Maria de Serpa Lopes⁴ anuncia que a equidade se apresenta no plano jurídico com uma tríplice função: a equidade na elaboração das leis (espírito idealista); a equidade na aplicação do Direito e, finalmente, a equidade na interpretação.

1 Trata-se de grupo de pesquisa liderado pelo Professor Dr. João Batista Lopes, no Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste Paulista.

2 MIRANDA, P. **Comentários ao código de processo civil**, p. 213.

3 DINIZ, M. H. **As lacunas no direito**, p. 242.

“Isto é assim porque o termo “equidade” não é unívoco, pois não se aplica a uma só realidade, nem tampouco equívoco, já que não designa duas ou mais realidades desconexas, mas sim análogo, pois refere-se a realidades conexas ou relacionadas entre si”.

4 LOPES, M. M. de S. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**, p. 161.

O mesmo autor também conceitua eqüidade e esclarece que esse conceito envolve um sentido objetivo e subjetivo. No primeiro caso, a eqüidade teria um conceito externo ao Direito, designando um conjunto de princípios a ele preexistentes orientadores tanto da aplicação quando da elaboração do Direito.

Etimologicamente, significa a adaptabilidade, a conveniência de uma norma à relação de fato, a sua correspondência com a natureza da própria relação, representativa do princípio da igualdade entre os homens: *aequitas* definiu Cícero, *quae paribus incausis paria fura desiderat*.

Nessa acepção a eqüidade tem sido entendida como direito natural em suas várias concepções. Já foi usada em sentido análogo ao de justiça (no Direito Romano, *aequitas naturalis* – a justiça absoluta ou ideal; *aequitas civilis* – elemento integrante da justiça absoluta aplicada pelos pretores), até se confundindo com ela. Outras vezes foi equiparada a caridade, ou bondade cordial, no abrandamento da interpretação da norma⁵.

No segundo caso, de natureza subjetivista, a eqüidade não estaria fora do Direito Positivo, mas um princípio a ele inerente. Como parte integrante do Direito permitiria ao juiz humanizar a regra jurídica, levaria em consideração as circunstâncias de cada caso, funcionaria de modo subsidiário, corretivo, supletivo, mas sem criar nova regra.

Na Grécia, Aristóteles que considerou a eqüidade numa concepção jusnaturalista, separou-a da justiça, ligando-a a idéia do justo natural. Ou seja, o eqüitativo é superior ao justo. É justo, mas não o justo segundo a lei, e sim a correção da justiça legítima. A eqüidade sana os defeitos oriundos da generalidade da lei.

São Tomás de Aquino retomou as idéias de Aristóteles⁶ relacionando o conceito de eqüidade à razão de justiça. Como é sabido de todos não é possível criar qualquer lei que abranja todos os casos.

5 SILVA, De P. e. **Vocabulário Jurídico**, p. 180-181

“[...] a eqüidade não é justiça. Compõe o conceito de uma justiça fundada na igualdade, na conformidade do próprio princípio jurídico e em respeito aos direitos alheios. Entretanto, por vezes, possui sentido mais amplo, mostrando-se um princípio de Direito Natural, que pode, mesmo, contrariar a regra de Direito Positivo”.

6 DINIZ, M. H. **As Lacunas no Direito**, p. 244.

“Essa concepção tomista que liga a eqüidade à razão de justiça e à utilidade comum, estabelece uma ponte entre os princípios da razão e as grandes e numerosas necessidades concretas da vida social. Essa eqüidade tomista está ligada ao direito natural.”



A análise da situação concreta, matéria prima para a interpretação é a responsável pelo acatamento de um determinado conceito. A isso se acrescenta a extrema relatividade do conceito de justiça, amplamente permeado pelos valores presentes na sociedade no momento da efetiva interpretação para definição do conceito de equidade. Durante toda era medieval, prevaleceu esse conceito aristotélico-tomista. No absolutismo, o príncipe passou a ser considerado como a equidade personificada⁷.

O racionalismo jurídico trouxe uma nova concepção de direito natural, onde a equidade é considerada razão absoluta, pois Deus é fonte de toda razão e justiça. Outros enxergaram no conceito de equidade certa mutabilidade, ou, que equidade é conceito empírico, relativo e subjetivo. Também já foi conceituada no terreno ético. Outros a identificaram com os princípios gerais do direito. Muitos entendem que a equidade é a justiça do caso concreto. A equidade também já foi aplicada no sentido de jurisprudência.

Para outros, ainda, a equidade pode ser tida como um momento psíquico na elaboração do direito. Trata-se do uso do bom senso ou adaptação razoável da lei ao caso concreto. É a consciência da idéia do justo que gradativamente vai formando a sociedade.

Vale lembrar, na Lição de Miguel Maria de Serpa Lopes⁸, que a equidade no Direito Romano desempenhou papel de importância, numa atividade criadora, manifestando-se na jurisprudência pretoriana. Com a queda do império a equidade minimizou importância. A tendência foi diminuir a sua importância e aumentar o respeito às leis romanas. Porém, a equidade perdeu terreno no direito comum, mas avançou no direito mercantil. Nesse contexto, o autor concluiu que ela se desenvolveria presa aos limites legais.

⁷ DINIZ, M. H. **As lacunas no direito**, p. 245.

“Com o advento do racionalismo jurídico, que se fundava numa nova concepção de direito natural, a equidade voltou a ser equiparada a este, em suas várias acepções: ao direito justo de Stammler; ao direito natural progressivo de Renard; à natureza dos fatos de Asquini; às normas de cultura de Max Ernst Mayer; à suprema norma de todas as leis e justiça ou ao conjunto de princípios superiores e invariáveis, concebidos pela razão humana, depositados por Deus na consciência humana como parte necessária dela”.

⁸ LOPES, M. M. de S. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**, p. 163-164.

“A necessidade da certeza do direito prevalece sobre toda e qualquer consideração e exige que a equidade torne a ser a serva do intérprete, presa à lei, perdendo o caráter de legisladora que aparentemente possuía”.

⁸ SILVEIRA, A. Apud DINIZ, M. H. **As lacunas no direito**, p. 249.

Essas diversas concepções da equidade despertaram em alguns doutrinadores a preocupação com sua classificação, que viesse a compreender toda extensão possível do termo. Alípio Silveira⁹ apresentou a equidade em três dimensões, quais sejam: *latíssima* – como princípio universal da ordem normativa, observando a conduta humana no aspecto religioso, moral, social ou jurídico, como suprema regra de justiça que os homens devem obedecer; *lata* – onde a equidade se confunde com a idéia de justiça absoluta ou ideal, com os princípios do direito, com a idéia do direito, com o direito natural em todas as suas significações; e *estrita* – quando efetivamente aplicada na interpretação, na integração, individualização judiciária e adaptação.

A equidade, independente das diferentes concepções, serve à hermenêutica e à aplicação do direito. A moderna interpretação do direito auxilia o alcance das disposições legais conforme o interesse da sociedade no momento considerado. Esta é a justificativa da longevidade do Direito Romano, pois a equidade foi aplicada como princípio basilar de suas interpretações¹⁰.

Por fim, a equidade na visão aristotélica-tomista apresenta proximidade com os dizeres do artigo 1º do Código Civil Suíço que prescreveu que, na falta de lei e de costume, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador, esclarecendo que Aristóteles pregava a absoluta submissão do magistrado à lei, pois entendia perigoso decidir por equidade frente ao ambiente de corrupção que reinava na época¹¹.

Eduardo Espínola¹² frisa que a Lei de Introdução ao Código Civil, com muita técnica, deixa claro que a equidade não é fonte do direito, pois, enumerando os elementos da integração da ordem jurídica, manda que o aplicador, na omissão da lei, utilize a analogia, ou recorra às duas fontes subsidiárias – o costume e os princípios gerais do direito (art. 4º). E, ainda, o art. 5º, da LICC, considera a equidade como capacidade que a norma tem de, atenuando o rigor da lei, adaptar-se ao caso concreto.

10 BITTAR, E. C. B. **A Justiça em Aristóteles**, p. 128.

“A necessidade da aplicação da equidade decorre do fato de que as leis dizem genericamente e para todos, sem diferenciar todas as sentenças que possam existir na esfera dos fenômenos, de modo que surgem casos para os quais, se aplica a lei (*nómos*) em sua generalidade (*kathólou*), estar-se-á a causar uma injustiça por meio do próprio justo legal. Exatamente para superar os problemas decorrentes da impossibilidade de haver uma legislação minimamente detalhista e futurista é que existe o *équo*.”

11 MIRANDA, P. **Comentários ao código de processo civil**, 213.

“A referência a equidade aparece no direito brasileiro, com a Constituição de 1.934. O Código Civil, no art. 7º da Introdução, dela não cogitara, se bem que, no direito anterior, certos critérios interpretativos chegassem aos mesmos resultados”.

12 ESPINOLA, E.; ESPINOLA FILHO, E. **A lei de introdução ao código civil brasileiro**, p. 189-193.

Essa posição importa, pois, o Código de Processo Civil de 1.939 tinha um dispositivo verdadeiramente infeliz, pela sua redação, qual seja, o artigo 114, segundo o qual o juiz aplicará a norma, que estabeleceria se fosse legislador, quando for autorizado a decidir por equidade. É preciso evitar a má compreensão do dispositivo. Ou seja, fora dos casos em que a lei lhe confere faculdade expressa, não possa o juiz decidir com equidade.

O autor registra¹³ que o contexto sociológico-político influi nos limites da decisão por equidade fazendo o juiz escravo da lei. Assim, ela corresponde ao sentimento, o modo de tratar uma relação prática, que se torna justo, pela sua própria natureza, com a tendência, sempre, para o brando, para o moderado, para o humano.

2 Natureza da decisão por equidade

Interessante notar como Carlos Maximiliano¹⁴ se refere à equidade, registrando seu conceito subjetivo, porém não deixando de anunciar a tendência do conceito objetivo. Este é o porquê de funcionar como auxiliar da hermenêutica e da aplicação do direito, pois não é revelada apenas pelas inspirações da consciência e da razão natural, mas pelo estudo atento dos textos de lei, dos princípios da ciência jurídica e das necessidades sociais. Portanto, não se recorre à equidade sem lacuna a suprir, ou sem necessidade de procurar o sentido e o alcance da disposição legal. Ou só se recorre a ela para atenuar o rigor de um texto e o interpretar de modo compatível com o progresso e a solidariedade humana. Esse foi o limite assinalado pelo STF para a aplicação do instituto.

13 ESPINOLA, E.; ESPINOLA FILHO, E. **A lei de introdução ao código civil brasileiro**, p. 191. “Assim entender o artigo 114 do Código Processual de 1.939 como reduzindo a faculdade do juiz, de decidir por equidade, aos casos, em que seja a isso autorizado por lei, representará um regresso extraordinário e reprobabilíssimo do direito pátrio, o que basta para repelir tal entendimento, como chocante com o sistema geral do Código e com sua claríssima finalidade prática, pois o que se verifica é que, aumentando sensivelmente a liberdade do juiz, na formação da prova e na direção do processo, falando mesmo na sua faculdade de aplicar a norma, que estabeleceria como legislador, o moderno estatuto quer um juiz esclarecido, adiantado, e não o será, seguramente, aquele que, indiferente aos reclamos da equidade, fizer uma mecânica e desalmada adaptação das normas jurídicas, desatendendo às circunstâncias e singularidades do caso concreto, sob o injustificável pretexto de que não está legalmente autorizado a decidir com equidade”.

14 MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**, p. 173.

“Fruto de condições especiais de cultura, noção de justiça generalizada na coletividade (*jus naturale, aequum, bonum*), idéia comum do bem predominante no seio de um povo em dado momento da vida social; a Equidade abrolhou de princípios gerais preexistentes e superiores à lei, da fonte primária do Direito. É subjetivo e progressivo, porém não individual, nem arbitrário; representa o sentir do maior número, não o do homem que alega ou decide. Entretanto se não pode prescindir, em absoluto, do coeficiente pessoal; não se evita que o indivíduo que inquirir e perscruta, embora empenhado em agir com isenção de ânimo em realizar a justiça dentro dos moldes traçados pelos Códigos e pelos costumes, sofra o ascendente, quase imperceptível para ele das suas preferências teóricas; entre duas soluções possíveis se incline para a que melhor se coaduna com os seus pendores morais, anelos, preconceitos. A idéia sofre a influência do órgão por meio do qual passa da abstração à realidade prática”.

Como já explicitado a vontade do legislador não esgota a tarefa do intérprete. Diante do caso concreto, havendo necessidade de se buscar o sentido ou o alcance da disposição legal, o aplicador do direito, invoca o auxílio da equidade. Quando se apregoa que à vontade do legislador deve subordinar-se à vontade da lei, a referência metafórica quer na verdade apontar as normas mais gerais e basilares que orientam o direito, ou seja, os princípios, nas idéias jurídicas fundamentais. Ressalte-se que não apenas a lógica formal ou silogística movimentam os princípios, mas a “lógica do razoável”. Nesse contexto, a equidade é equiparada aos princípios. Pois não é regra concretamente existente, mas concepção adotada nas consciências dos operadores do direito, que buscam a pacificação social tendendo aos fins sociais. Assim a natureza da equidade se mostra como fundamento genérico disponível nas hipóteses em que haja necessidade de se encontrar o real ou verdadeiro significado, do caso singular.

3 Os artigos 4º e 5º da LICC e a decisão por equidade

A Lei de Introdução ao Código Civil com objetivo, dentre outros de facilitar a aplicabilidade das normas existentes no ordenamento, encampa o prescrito pelos artigos 4º e 5º da referida norma, que respectivamente expressam: “art.4º “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”; “art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”; e que implicitamente admite a equidade.

Observando as regras, acima apontadas, comunga-se com os que aceitam um sistema jurídico aberto diferente do afirmado por Hans Kelsen, e justificado na frase: “tudo que não está juridicamente proibido está permitido”¹⁵.

A equidade, implicitamente admitida pelos referidos comandos normativos, concebe o direito em toda sua dinâmica. Essa realidade dinâmica acompanha as relações humanas, modificando-as e adaptando-as às novas exigências da vida. Para o efetivo uso dos instrumentos colocados à disposição, principalmente do julgador, necessário uma omissão da norma.

15 DINIZ, M. H. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, p. 92.

Quando essa situação ocorre (omissão da norma), primeiramente o juiz tenta fazer uso da analogia (aplicar norma semelhante); persistindo a lacuna, pode o julgador fazer uso do costume (*secundum legem, praeter legem e contra legem*); ainda, persistindo a lacuna, o magistrado poderá utilizar os princípios gerais de direito (como, por exemplo, o art.85 do CC; art. 5º, II, CF/88; bem como, os princípios da moralidade; igualdade de direitos e deveres diante do ordenamento jurídico; proibição de locupletamento ilícito¹⁶, dentre outros). Porém, se ainda, assim, persistir a lacuna, o magistrado estará autorizado a utilizar o recurso da equidade.

A eventual solução dada a determinado caso não tem o condão de extirpar a lacuna, mas apenas resolver a referida questão, por isso o sistema jurídico é tido por aberto. A equidade para muitos doutrinadores, dentre estes Maria Helena Diniz¹⁷, não se confunde com qualquer das fontes de direito supletivas mencionadas no art. 4º, da LICC.

Assim, a equidade não se equipara à analogia, costume, ou princípios gerais do direito; mas diferente, adaptando, integrando ou interpretando, objetiva os fins sociais e o bem comum, por isso, igualmente implícita no art. 5º da LICC.

Tendo em vista que a interpretação da norma, por buscar os fins sociais e o bem comum, congrega não só o aspecto normativo, como também o sociológico e o valorativo, na hermenêutica e aplicação do direito importa a participação do julgador. Assim, a decisão judicial além das exigências legais deverá atender aos fins sociais e axiológicos do direito¹⁸.

Nesse contexto é questionável a discricionariedade judicial. Salienta-se que a discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. A decisão do magistrado é condicionada pelo sistema jurídico abaixo de seus subconjuntos (fato, valor e norma). A liberdade do julgador é garantida nos limites da ordem jurídica, ultrapassando esses limites incorre o julgador em abuso de direito.

16 DINIZ, M. H. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**, p. 126.

17 Id. *Ibid.*, p. 129.

18 SILVEIRA, A. *Hermenêutica no direito brasileiro*. 1. v., São Paulo: RT, 1.968, p. 67, apud KOHLER. “Interpretar é escolher, dentre as muitas significações que a palavra possa oferecer, a justa e a conveniente. Por isso mesmo, a lei admite mais de uma interpretação no decurso do tempo. Supor que há somente uma interpretação exata, desde que a lei é publicada até os seus últimos instantes, é desconhecer o fim da lei, que não objeto de conhecimento, mas um instrumento para se alcançar os fins humanos, para fomentar a cultura, conter os elementos anti-sociais e desenvolver as energias da nação”.

A análise das normas comentadas (arts. 4º e 5º LICC) traz a necessidade de compreender o real sentido dos disposto nos artigos 126 e 127 do CPC vigente. O artigo 126 do CPC impõe o dever da prestação jurisdicional, ou a proibição do juiz pronunciar o *non liquet*. O sistema da legalidade apontou o juiz como submisso às leis (Estado Democrático de Direito), quando estas ofereçam soluções. O artigo 127 do CPC expressamente limita a equidade aos casos admitidos pela lei. A antiga idéia de que o juiz deve aplicar o direito ao caso concreto, sendo-lhe vedado substituir o legislador, pois tal postura é incompatível com o sistema da tripartição dos poderes, hoje abalada. Diferente, no art.114 do CPC de 1.939, Pontes de Miranda, ao comentar referido artigo, registra que a equidade só deve ser utilizada quando lei expressamente autorizar¹⁹.

Entretanto, hoje o art. 127 do CPC é a regra formal estabelecida para o processo comum. Porém a realidade parece fazer letra morta à referida formalidade, pois, considerando as dimensões fáticas e valorativas, impossível pensar num fenômeno jurídico estático.

Ademais, nos juizados especiais e procedimentos de jurisdição voluntária, vê-se a exceção ao art. 127 do CPC. Por exemplo, o art. 1109 do CPC, o juiz não é obrigado a observar o critério da legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna²⁰.

Por fim, o art. 335 do CPC acrescenta algo mais ao art. 126 do CPC, pois o juiz, mesmo aplicando as leis, deve observar as regras de experiência (o que comumente acontece), pois o intérprete se pauta pelas garantias da justiça insculpidas na CF/88.

19 MIRANDA, P. **Comentários ao código de processo civil**, p. 218.

“O Código no art. 114, não diz quando o juiz é autorizado a decidir por equidade. Portanto, para que o art. 114, que à equidade alude, incida, é preciso que alguma lei diga: ‘resolvendo por equidade o juiz’, ou ‘de acordo com os princípios de equidade’, ‘decidirá equidodosamente’. Sem isso, não cabe invocar-se o art. 114 (cf. 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 27 de abril de 1.951, R.F., 139,131)”.

20 DALL’GNOL, A. **Comentários ao código de processo civil**, p. 127.

“O Superior Tribunal de Justiça, aliás, já dispôs: A proibição de que o juiz decida por equidade, salvo quando autorizado por lei, significa que não haverá de subsistir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça. Não há de ser entendida, entretanto, como vedando que se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no art. 5º da Lei de Introdução (RSTJ 83/168)”.

Ademais, Carlos Aurélio Mota de Souza²¹, ao escrever sobre o Direito Alternativo e Eqüidade, enfoca o momento atual do Processo Civil, frisando que o conceito subjetivo de eqüidade (onde o juiz não é legislador) presente no atual momento, tenciona forte aproximação ao conceito objetivo de eqüidade (algo externo ao Direito, designando um conjunto de princípios a ele preexistentes, orientando a elaboração e aplicação do Direito, mantendo relações com o direito natural, a justiça e a moral).

E, por fim, defende a idéia de que o juízo de eqüidade não é um mero contestador da ordem jurídica, mas um sadio opositor do positivismo dogmático-legalista, que o Direito contemporâneo já não admite. E, nesse passo, salienta a evolução de uma autêntica Escola Alternativa do Direito.

4 O juiz e a decisão por eqüidade no processo civil moderno

A norma em si é uma generalidade, uma potencialidade, referindo-se a uma série de casos indefinidos. Percebe-se uma distância ou oposição entre as normas jurídicas e os fatos. Porém não insanável. A interpretação se dá pela fixação de tipos. A norma visa ao que mais freqüentemente ocorre, estabelecendo uma média de conduta.

A importância do recurso à eqüidade ocorre como critério de interpretação e aplicação de uma regra em vigor. Alípio Silveira²² afirma que o julgador, em face do caso concreto, pode apresentar três posturas, quais sejam:

- a) aplicação mecânica da lei (aplicação lógico-formal);
- b) adaptação da lei ao caso concreto (afasta o rigor lógico-formal para alcançar o sentido vivo da norma);
- c) criação ou produção de novas regras (diante de casos insolúveis pela analogia, pelos costumes e princípios gerais do direito).

21 SOUZA, C. A. M. de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**, p. 262-263.

“[...] houve uma ampliação qualitativa da regra do artigo 5º da atual Lei de Introdução, alinhando a eqüidade ao bem comum e à finalidade social da lei, como reconhecimento doutrinário, nunca tardio, da relevância da eqüidade como critério, regra ou instrumento da justiça, que existe desde sempre e está à disposição do juiz, para uma ampliação mais justa do Direito”.

22 SILVEIRA, A. **Hermenêutica no direito brasileiro**, p. 244.

Ao apresentar a equidade no processo civil moderno não se pode deixar de compreender a acepção adotada para o termo “discricionariedade”.

No processo civil moderno essa expressão não é utilizada apenas como sinônimo de atividade interpretativa, ou, apenas exercício de conveniência e oportunidade.

Eduardo Talamini²³ ensina aos operadores do Direito que a discricionariedade é instrumento que a ordem jurídica lhe outorga para que possa cumprir de modo mais adequado possível suas atribuições. Portanto, haverá discricionariedade por parte do juiz quando ocorrer à escolha de um entre vários meios atípicos de efetivação da tutela, e, mesmo assim, nas hipóteses e dentro dos limites estabelecidos de modo não discricionário.

É inevitável concluir que a discricionariedade esteja encampada pelo princípio da proporcionalidade. E, ainda, no esclarecimento dado por Karl Larenz²⁴, “o princípio da proporcionalidade exige uma ‘ponderação’ dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o ‘peso’ que é conferido ao bem respectivo na respectiva situação”.

A ponderação ou o sopesar são efetivados diante do caso concreto. Assim, a tendência do processo civil moderno é a intensificação do uso da equidade, com discricionariedade, observando o princípio da proporcionalidade.

Necessário observar a presença no ordenamento de normas rígidas e normas flexíveis. Nas primeiras, a interpretação é lógico-formal, e, nas segundas, percebe-se a adaptação da norma ao caso concreto, segundo critérios valorativos e jurisprudenciais e não simplesmente lógico-formais, aplicando o justo razoável.

Isso significa uma alteração de sistemas, saindo do fechado e entrando numa sistematização aberta que permite outra opção metodológica. É possível exemplificar, por meio da nova sistemática adotada pelo Código Civil em vigor, adotando uma ordem jurídica de axiológica ou teleológica de princípios gerais, que oferecem ao intérprete maior possibilidade de criação do Direito nos casos concretos que se apresentam.

23 TALAMINI, E. **Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer**, p. 387.

“[...] o juiz não é livre para, ao seu mero talante, considerar uma medida ‘necessária’ ou não para obtenção do resultado específico; no entanto, o universo de medidas ‘necessárias’, ao qual se chega por atividade vinculada (não discricionária), pode abranger mais de uma providência que constitua solução ótima para o caso concreto. É dentro desse universo, vinculativamente determinado, que, conforme a situação concreta, pode surgir um âmbito de atuação discricionária”.

24 LARENZ, K. Apud MARINONI, L. G. **A antecipação da tutela**. Paulo: Malheiros, 1998, p. 173.

Nas palavras de Roscoe Pound, citado por Alípio Silveira²⁵, a justiça exige que, em lugar de se adaptar o caso à regra, adapta-se a regra legal ao caso. Hoje se reconhece pacificamente à importância da intuição do julgador ou da valoração ética e político-social do caso *sub judice*, feita pelo magistrado²⁶. O juiz completa a obra que o legislador começa ao redigir a norma. No processo civil moderno superada está a teoria da subsunção, ou do rigorismo lógico-formal. O sistema jurídico posto é observado segundo o princípio da legalidade, porém a dinâmica social igualmente é observada, quando o direito visa à pacificação social.

As diversas mudanças legislativas advindas especialmente com as leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02, que modificaram o Código de Processo Civil, tendem a fortalecer os poderes do juiz, almejando um processo de resultados, ou aproximar o máximo possível do processo civil pensado na CF/88.

A contínua tendência da evolução do processo civil busca, com mais frequência, o auxílio à equidade. Notadamente, a Lei 10.406/02, que instituiu o Código Civil Brasileiro, na maioria de seus artigos, traz expressões genéricas e lacunosas, deixando a critério dos juízes a adequação ao caso concreto, tendo por objetivo a realização da justiça. Portanto o juiz, no processo civil moderno, embora limitado pelo sistema adotado no direito pátrio, tem à mão vários recursos para dar vida à norma diante do caso singular, buscando alcançar os fins sociais e o bem comum. Dentre esses recursos têm-se a equidade, que como explicitado no texto, ora transcrito, visa a essa adequação nos limites legais.

Interessante, por fim, registrar o pensamento de José Eduardo Carreira Alvim²⁷, Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que diante da conhecida e prolongada crise do judiciário apresenta como solução uma **justiça municipalizada**.

25 SILVEIRA, A. **Hermenêutica no direito brasileiro**, São Paulo: RT, 1968, p. 247, apud POND, R.

26 SILVEIRA, A. **Hermenêutica no direito brasileiro**, p. 250.

“Esse grande magistrado (Orosimbo Nonato) figura entre os nossos pioneiros na introdução dos modernos métodos de interpretação e aplicação das leis. Há um quarto de século, em notável conferência, depois de acentuar que o absolutismo dos direitos individuais ia cedendo lugar ao princípio da relatividade dos direitos e de sua vocação social, acrescentava: ‘Reclama-se para o juiz moderno quase que a função do legislador de cada caso e isso se reclama exatamente para que, em suas mãos, o texto legal se desdobre num sentido moral e social mais amplo do que, em sua angústia expressional, ele contém.’” (Aspectos do Modernismo jurídico. **Revista Forense**, v. 56, p. 15).

27 ALVIM, J. E. C. **Autonomia de uma justiça municipalizada**, Disponível em:

<<http://usuarios.uninet.com.br/jedal>>.

Explicita que para se resolver o problema do “decesso” da justiça (a saída dos processos dos tribunais ou justiça de 1º grau), cada município deveria contar com um juizado informal – justiça leiga, que atuaria no âmbito do respectivo município, sendo de responsabilidade do Estados-membros, criados com fundamento no art. 24, X, da CF/88, que apenas versaria questões sobre causas que admitissem transação ou que pudessem ser resolvidas com base na equidade.

Salienta que a justiça togada encontra-se em situação crítica. Adverte que não tem futuro o culto ao bacharelismo e reconhece um elo natural entre a justiça e os jurisdicionados. A solução dos conflitos se daria mais pela força moral que pessoas probas, confiáveis, conhecidas da comunidade, que exerceriam sobre as partes litigantes, que pela simples atuação da lei.

Ressalta que esses juzizados informais conviveriam em perfeita harmonia com os juzizados de pequenas causas, ou com os atuais juzizados especiais cíveis e criminais, ventilando, inclusive, a hipótese de repristinação dos juzizados de pequenas causas, já que os juzizados informais municipais estariam sob a condução do juiz leigo e do árbitro.

Reforça a idéia da justiça necessária e da justiça possível. Conclui que o problema da justiça é de ordem estrutural e não conjuntural. Portanto as reiteradas reformas não devem implicar em solução para os problemas do judiciário. Por fim, conclui que a equidade deve estar presente no âmbito dos juzizados informais, porque significa a justiça do caso concreto, e ao âmbito da justiça comum, restando aplicar as diretrizes apresentadas pelo direito positivo.

Radical e intrigante a proposta de José Eduardo Carreira Alvim, porém reconhece que a justiça, estruturalmente como é apresentada hoje, é considerada *démodé* para a sociedade hodierna. Em seu pensamento o ponto mais intrigante é o radicalismo ao relegar apenas aos juízes leigos o instrumento da equidade. Particularmente, nesse aspecto é preciso levar o leitor a refletir sobre todo o artigo, ora apresentado, e decidir entre o dogmatismo lógico-jurídico e a humanização das decisões dentro dos limites estabelecidos pelo Direito Pátrio.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, J. E. C. Autonomia de uma justiça: justiça municipalizada, artigo ainda não publicado, cedido pelo próprio autor.
DALL’AGNOL, A. Comentários ao código de processo civil, v. 02, São Paulo: RT, 2000.



- DINIZ, M. H. **As lacunas no direito**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 2. ed., atual. e aum., São Paulo: Saraiva, 1.996.
- ESPINOLA, E; ESPINOLA FILHO, E. **A lei de introdução ao código civil brasileiro, atualizada por Silva Pacheco**. 1.995.
- LOPES, M. M. de S. **Comentários à lei de introdução ao código civil**, I. 2. ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1.959.
- MARINONI, L.G.; ARENHART, S. C. **Comentários ao código de processo civil**, v. 5, tomo I, São Paulo: RT, 2000.
- MARINONI, L. G. **A antecipação da tutela**. 4. ed. ver. e amp. São Paulo: Malheiros, 1.998;
- MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**, 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1.996.
- MIRANDA, P. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. Tomo II. São Paulo: Revista Forense, 1.958.
- SILVEIRA, A. **Hermenêutica no direito brasileiro**. 1. v. São Paulo: RT, 1.968.
- SOUZA, C. A. M. de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1.996.
- TALAMINI, E. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.