

# **A EQÜIDADE E A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO – UMA ABORDAGEM CIVILÍSTICA**

Fausto Gonçalves Cintra – *Uni-FACEF*

Dr. Artur Marques da Silva Filho – *Uni-FACEF*

## **Introdução**

O presente artigo representa o levantamento e as conclusões preliminares a respeito da pesquisa em epígrafe. Partindo da constatação de que a rígida separação dos poderes no Estado de Direito não mais representa a realidade nem um estado de coisas satisfatório, procura-se repensar o papel do Poder Judiciário por inteiro e do juiz em particular, passando por discutir a jurisprudência como fonte de direito. Esta, por seu turno, sintetiza a atividade do juiz que, tanto quanto o legislador, detém o poder-dever de criar o direito.

No processo de criar o direito, o magistrado vale-se de instrumentos, dentre os quais a equidade, cujo conceito, função e usos serão sucintamente abordados. Por fim, será exposto um pequeno painel representando as previsões de utilização da equidade no Direito Civil brasileiro, bem como a forma de implementação do instituto pela Lei nº 9.099/95 e os resultados positivos angariados pela vigência desse diploma.

## **1 A superação do modelo clássico da separação dos poderes**

Embora por razões diversas, a doutrina é em geral concorde ao afirmar que a interpretação mais conservadora da teoria de separação de poderes – aquela em que o Legislativo elabora as leis, o Executivo as cumpre e o Judiciário as interpreta para dirimir os conflitos –, é equivocada. No modelo concebido por Montesquieu, Roussou e outros teóricos, consoante a citada perspectiva, ao Poder Judiciário não estaria reservada outra tarefa senão a de mero pronunciador das palavras da lei, ficando o juiz sem ação ante a freqüente discrepância entre o texto legal e a realidade fática.

Esse quadro, como dedutível, não corresponde a um estado desejável de coisas, eis que não mais se vê nos dias atuais a separação de

poderes vigendo com tanto rigor quanto na proposta da teoria clássica. Conforme antecipado, são muitos os motivos identificados pelos autores para tal mitigação.

[...]. Em parte, porque o Parlamento moderno já não cumpre, com exatidão, sua tarefa primordial de formular as regras de conduta. Prefere, não raro, exercer funções fiscalizantes e investigatórias. Em substituição ao Parlamento, o Executivo, por sua vez, edita a normatividade, destinando-se ao Judiciário, como consequência, uma atividade supletiva do desvio dos demais Poderes, igualmente anômala sob a pureza dos postulados da doutrina da tripartição dos Poderes. (TEIXEIRA, 2003, p. 5-6).

José Guilherme de Souza (1991, p. 74-75), para quem a separação de poderes é tão-somente um mito, anota que, na implementação daquele modelo clássico feita no Brasil, compete ao Legislativo julgar abusos de poder do Presidente e dos demais membros do Executivo. Ao Judiciário, ainda que com restrições legais e constitucionais, toca o controle jurisdicional sobre a legalidade e a constitucionalidade das leis e dos atos dos demais poderes. Pode o Executivo, enfim, em ocasiões excepcionais e sabidas, acionar o Poder Judiciário contra abusos cometidos individualmente pelos membros do Congresso. Representante da Teoria Crítica de Direito, à qual se filia, entre outros, Luiz Fernando Coelho, Souza aponta ainda o componente ideológico nos bastidores da organização política do Estado como matriz das anomalias encontradas nas relações entre os poderes. Em consonância com a corrente doutrinária a que segue, acredita que “[...] a organização do Estado é produto da racionalização das relações sociais, sendo o principal papel da ideologia o de ocultação dessas relações reais, substituindo-as por relações imaginárias definidas pelo direito positivo” (SOUZA, 1991, p. 77-78).

Outro fator que tem parte para uma maior maleabilidade da separação dos poderes é a releitura mais moderna e atenta dos clássicos. Sadok Belaid (1974, p. 42-45) vai buscar, no mesmo Montesquieu que inspirou a perspectiva conservadora anteriormente descrita, subsídios para uma redefinição do papel que cabe ao Poder Judiciário, o que constitui, aliás, o fio condutor da presente pesquisa. O mestre tunisiano reinterpreta uma das passagens do escritor francês, “les juges ne sont jamais que la bouche qui prononce les paro-

les de la loi”<sup>1</sup> – a qual tornou-se como que um corolário para os expoentes da teoria clássica, asseverando que esta tomou tais palavras abusivamente, estendendo a toda a função jurisdicional uma reflexão de Montesquieu sobre matéria criminal. Do mesmo modo, ao recomendar que aos juízes fosse vedado decidir de acordo com sua “opinião particular”, devendo suas deliberações refletir “o texto preciso da lei”, Montesquieu estaria apenas reiterando um princípio geral de Direito, cuja aplicação encontrou no sistema inglês.

Quaisquer causas que denunciem a impraticabilidade do arquétipo clássico da separação de poderes instigarão também um movimento pela reengenharia substancial e teleológica de cada um deles. E repensar o papel do Judiciário passa, necessariamente, pela questão da jurisprudência como fonte de direito, função até outrora reservada primazmente à lei.

## 2 A jurisprudência como fonte de direito

Conhecer as fontes de direito admitidas por um dado ordenamento jurídico é de suma importância, pois os operadores do direito – com especial destaque os juízes – delas se valerão nas situações em que o texto legal apenas não oferece uma solução satisfatória ao caso concreto.

No Brasil, o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – LICC) dispõe que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. A conclusão mais cediça, extraída dessa norma, é a de que são pelo menos três, e estas, as fontes de direito reconhecidas pelo legislador pátrio: a *própria lei* (quando admite a integração por analogia), o *direito consuetudinário* e os *princípios de direito* que inspiram o próprio ordenamento – aí incluído, segundo muitos autores, o recurso à *equidade*, sobre a qual se debruçará com mais cuidadosamente adiante.

Como se havia de esperar, a doutrina clássica não reconhece à jurisprudência a condição de fonte do direito, visto que pôr o direito, a partir de qualquer fundamento, é faina essencialmente legislativa, e fazê-lo seria macular a pureza da separação de poderes. Quando muito, admitia-se que o juiz teria recebido do legislador uma incumbência a título delegado, como deixa claro Oscar Tenório, escrevendo em 1944.

Para a integração do direito, o juiz não tem arbítrio, não substitui, em suas deficiências, o legislador. Nem sequer supre, por pesquisa científica, as lacunas. Prevendo as omissões da lei, o próprio legislador indica ao magistrado o roteiro a seguir, traçando entre marcos que não devem ser ultrapassados. A voz que se ouve, quando a lei silencia, não é a do magistrado. É a do legislador ainda. (apud TEIXEIRA, 2003, p. 6-7).

Esse entendimento, uma interpretação deveras literal do art. 4º da LICC, vem sendo gradualmente substituído por um conceito mais abrangente de fontes de direito, o qual amplia o espectro destas e reorganiza suas espécies, à medida que a separação de poderes “clássica” revela-se não funcional.

A meu ver, são quatro as fontes do direito: a *legal*, resultante do *poder estatal* de legislar editando leis e seus corolários normativos; a *consuetudinária*, expressão do *poder social* inerente à vida coletiva e revelada através de sucessivas e constantes formas de comportamento; a *jurisdicional*, que se vincula ao Poder Judiciário, expressando-se através de sentenças de vários graus e extensão; e, finalmente, a *fonte negocial*, ligada ao poder que tem a vontade humana de instaurar vínculos reguladores do pactuado com outrem. (REALE, 1999, p. 12, grifos do autor).

Se antes, para a questão das fontes, eram relevantes apenas os direitos cuja expressão de obrigatoriedade fosse *erga omnes*, atualmente acolhe-se também aqueles que geram obrigações *inter partes*, dando-lhes a importância outrora negada. Talvez seja essa a mais significativa transformação advinda dessa mudança de posicionamento.

Advoga a favor da admissão da jurisprudência entre as fontes de direito o fato de que o juiz, considerado agente do processo criador do direito (sobre o que se tratará logo adiante), detém jurisdição e competência, disso decorrendo que suas decisões estarão imbuídas de um conteúdo atributivo de direitos ao jurisdicionado que clamar por eles e a tanto fizer jus. O magistrado, por evidente, “diz o direito”, locução esta que deita raízes na voz latina *juris dictio*, entre cujas acepções está a da área espaço-temporal em que o juiz exerce sua atividade (SOUZA, 1991, p. 38).

Teixeira (2003, p. 10-16) faz relevantes apontamentos a respeito do tema. Primeiramente, remetendo-se a Cappelletti, afirma que este não via diferença ontológica entre a criação do Legislativo e a do Judiciário, levando a concluir que tanto o direito que vincula a todos criado por um quanto o direito adstrito às partes dado pelo outro partilham da mesma essência.

O jurisconsulto patricio também aduz o mesmo componente ideológico identificado por Souza como causa das distorções produzidas pela ereção da lei a dogma do Estado de Direito. Para os opositores desse arranjo, seria o juiz o verdadeiro criador do direito, restando então a jurisprudência como a primeira e mais legítima das fontes de direito.

Por outro lado, Teixeira assume que a discussão acerca da categorização da jurisprudência como fonte de direito tornou-se estéril a partir do momento em que o conceito de norma jurídica libertou-se da estrita concepção legalista originária da Escola da Exegese (para a qual a Ciência Jurídica se confinava ao desenvolvimento das categorias lógico-jurídicas contidas de forma mais ou menos explícita em códigos e leis complementares) dilatando a concepção de ordenamento jurídico. A partir daí, remete-se ele à posição de Reale a respeito da teoria das fontes, a qual já foi dada a conhecer.

O exposto nos parágrafos anteriores permite rematar que a importância da jurisprudência numa nova disposição dos poderes estatais resulta inegavelmente aumentada, imputando à figura do magistrado ainda mais responsabilidades e o poder-dever de criar o direito.

### **3 O poder criador do juiz**

A maior parte dos estudos que, pioneiramente, abordaram a atividade do magistrado como criador do direito – de Gény (1919), Engisch (1965), Larenz (1969) e a coletânea de Perelman (1968), entre outros – fizeram-no a partir da perspectiva das lacunas do direito. Este é, sem dúvida, um interessante ponto de partida para examinar o tópico em questão, desde que fiquem claros o porquê desse *leitmotif* e igualmente suas limitações.

Tendo sido o Antigo Regime desbancado pela Revolução Francesa, em 1789, abriu-se a oportunidade de implantar, pela primeira vez em solo europeu (tão acostumado ao absolutismo de seus monarcas), uma democracia

nos moldes daquela treze anos antes na América do Norte, fortemente influenciada pelas idéias de Montesquieu. Mui embora grande parte os objetivos da Revolução tenham se perdido no conflito entre seus líderes e na ascensão de Napoleão Bonaparte, este manteve a idéia da separação de poderes e promoveu a primeira grande codificação do direito da era contemporânea, que resultou, em 1804, no *Code Civil des Français*, mais tarde conhecido como *Code Napoléon* por evidentes razões.

Superior a qualquer dos anteriores, utilizar-se-ia de uma estrutura rigorosa, transparente e de linguagem clara. Reconhece-se que a inspiração jusracionalista pretendia a formulação de normas imutáveis como as deduções matemáticas, absolutamente claras, de modo a não suscitar quaisquer dúvidas quanto à sua interpretação. Tais normas seriam, ainda, segundo seus criadores, completas, de modo a não permitir a existência de lacunas, para limitar ainda mais a atuação exegética do aplicador do direito. (BATISTA JÚNIOR, 2000).

A exegese via no Código um sistema normativo auto-suficiente, destituído de lacunas, ao contrário dos ordenamentos anteriores. Isso se deveu, em parte, a uma inovação introduzida pelo Code Napoléon: a supressão do instituto do *référé législatif*, ao qual o magistrado recorria em caso de dúvida em relação ao sentido da lei. A partir de agora, o juiz não poderia mais protelar uma decisão alegando obscuridade ou insuficiência da norma; desaparecia o *non liquet*.

O ideal de completude do Código Civil Francês foi, aos poucos, tombando diante de casos inéditos que, ou não foram previstos pelo legislador, ou são fruto da evolução dos tempos. Sem embargo, o espírito codificador, apesar das resistências advindas principalmente por parte dos exegetas, foi progressivamente cedendo à necessidade de prover instrumentos capazes de moldar a legislação codificada às novas necessidades que pudessem vir a surgir.

Nessa trilha, foram notáveis as dianteiras disposições do Código Civil Suíço, publicado em 1907 e em vigor desde 1912, mas cuja elaboração remonta a 1892. Uma delas aparece logo em seu artigo 1º, § 2º: “A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et,

à défaut d'une coutume, *selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur*"<sup>2</sup> (nosso grifo).

A partir de então, tornou-se comum que os ordenamentos de direito codificado passassem a contar com uma norma que direcionasse a atividade decisória do juiz nas hipóteses de a própria lei não oferecer suporte normativo para tanto. Não foi outra a circunstância que ensejou a postura da disposição insculpida no art. 4º da LICC, já aventado.

Até esse ponto, a atividade do juiz está ainda pautada pela lei, e a vontade que transparece é a do legislador, de forma mediata. Desde que o magistrado trabalhe com aqueles instrumentos de colmatação de lacunas que o estatuto legal põe a seu dispor – no caso de nosso ordenamento, a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito –, não há que se falar de inovação de sua parte. O desenvolvimento do direito nessas situações é tão-somente *præter legem*, não ameaçando o primado da lei nem sitiando seus limites, já que é a própria lei quem prevê soluções para suas próprias omissões, delimitando o campo de ação do juiz. E essa é a principal restrição da abordagem da criação judicial do direito a partir do problema das lacunas do direito.

Todavia, apenas se admita que a lei congloba somente uma parte do direito, e já é possível falar no desenvolvimento do direito *extra legem* (mas *intra ius*, por óbvio) e até mesmo *contra legem*.

[...]. São muitos os casos em que elas [a doutrina e a jurisprudência] modificam a regulamentação legal, ou criam até novos institutos desconhecidos da lei, sem que esse procedimento seja *postulado* pela teleologia da lei, pelos princípios e valorações a ela imanentes. Trata-se aqui de um desenvolvimento do Direito que, não sendo certamente *contra*, é todavia *extra legem*: um desenvolvimento que se pode sem dúvida conciliar com o Direito, mas que exorbita dos fins cognoscíveis da lei (ou os restringe) e que de qualquer modo não se orienta exclusivamente pelas valorações a ela subjacentes. [...]. (LARENZ, 1969, p. 467, grifos do autor).

A constatação de que a lei não representa toda a carga jurídica de um ordenamento tomou corpo com as críticas à *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, publicada em 1934. Em sua obra, Kelsen advogou que todo o

direito emana do Estado, por intermédio da lei, o que por si só a gravaria de legitimidade. Utilizado pelo Terceiro Reich de Adolf Hitler como suporte jurídico para as ações que culminaram na II Guerra Mundial, tal pensamento experimentou uma refutação fática e cabal como nenhum outro até então.

Se para Kelsen o Direito emana do Estado, para Radbruch (1971, p. 12-13) é exatamente o oposto: o Direito é quem legitima a constituição do Estado, não sendo a segurança jurídica conferida pela lei nem ao menos o valor decisivo a que o Direito deva realizar, vindo antes dela na hierarquia de valores a utilidade e a justiça. E Schimidt evoca a atitude de responsabilidade do magistrado diante do que chama de “lei injusta”:

Una ley que atenta contra los fundamentos de lo justo no es Derecho y carece de fuerza de obligar; no puede presentarse como un deber obligatorio, sino tan solo como una necesidad condicional. El deber de garantizar la justicia, que *obliga al juez a establecer un Derecho auténtico* y no una negación del mismo, le prohíbe de aplicar ese tipo de leyes<sup>3</sup>. (SCHIMIDT, 1971, p. 60, nosso grifo).

Por mais paradoxal que possa parecer, é o mesmo Kelsen da *Teoria Pura do Direito* quem afirma que

A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. *É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito.* (KELSEN, 1999, p. 164, nosso grifo).

Para José Guilherme de Souza (1991, p. 40-41), o jurista alemão, ao versar sobre a norma individual, isto é, aquela que aplica uma sanção perfeitamente determinada a um determinado indivíduo, foi categórico ao assegurar que ela somente é criada por intermédio da decisão judicial, não possuindo ainda vigência antes desse ato. Conquanto mais adiante Kelsen (1999, p. 170) admita que o Tribunal (termo aqui entendido na acepção de “instância judiciária”) possa exercer a função de legislador, criando direito *ex novo* de direito material ao instituir uma norma individual, é forçoso lembrar que para ele tal competência redundava da lei.

Esse fato não desabona suas concepções acerca da criação judicial do direito, mas atém-se àquele estado de coisas pouco controverso a que se referiu outrora, no qual o juiz se move dentro das balizas demarcadas pelo estatuto legal. A criação (ou construção) judicial do direito, considerados esses parâmetros, não diferiria substancialmente da atividade interpretativa inerente à função jurisdicional (TEIXEIRA, 2003, p. 19).

Para romper com essa conjuntura, e tornar possível falar em verdadeira inovação judicial, é mister reportar-se a situações em que (1) a lei se omite em relação a como o juiz deve agir diante de determinado caso concreto ou (2) nem a analogia, nem os costumes, nem os princípios gerais de direito (recursos previstos pela lei) subsidiem satisfatoriamente a autoridade judiciária diante de um caso particular que, então, não teria paralelos conhecidos. Um provimento jurisdicional satisfatório, nessas hipóteses, parece passar necessariamente pela proposta de Souza (1991, p. 97), para quem “[...] o juiz tem que dialetizar-se, tem que entrar em relação dialética com a realidade social que o cerca e da qual é parte integrante [grifo do autor].”

Ao quebrantar as fronteiras da lei, mas permanecendo dentro do amplo espectro que é o Direito em sua totalidade, o juiz finalmente encontra espaço para introduzir a autêntica novidade jurídica. Assim procedendo, desempenha atividades fundamentais para a estabilidade do ordenamento jurídico e de todo o Estado de Direito: (a) contribui para a salvaguarda dos princípios jurídicos fundamentais da ordem jurídica; (b) colmata as lacunas do direito, na completa amplitude deste; (c) adapta a ordem jurídica à evolução da vida social; (d) participa da regulamentação das situações de crise; (e) atua como agente do direito natural, operando a integração dos princípios deste ao ordenamento jurídico (BELAID, 1974, p. 303-339).

Nada obstante, é preciso deixar claro que a decisão do juiz é condicionada a parâmetros, dado que o elenco axiológico de que se vale não é aquele seu pessoal, mas o consagrado na ordem jurídica. A criação judicial não é, portanto, de uma liberdade sem freios, já que para ser aceita deve encontrar eco na estrutura social, valorativa e normativa em que se insere.

#### 4 A eqüidade face à criação judicial do direito

No processo de criação do direito (e no de inovação, mais especificamente), servir-se-á o juiz de instrumentos que conduzam sua atuação. A eqüidade é talvez o mais valioso deles, por inúmeras razões, as quais serão brevemente apresentadas e discutidas nos próximos parágrafos.

O instituto da eqüidade é fruto de longa evolução e maturação históricas, remontando às origens da humanidade. Não cabe dela aqui uma notícia histórica completa, mas é necessário registrar, ao menos, que a trajetória jusfilosófica da idéia de eqüidade tem seu termo inicial comumente aceito em Aristóteles, que dela tratou em duas de suas obras, a *Retórica* e a *Ética a Nicômaco*, usando para denominá-la a voz grega *επιεικεια* (*epieikeia*). E, também, que as idéias do estagirita são sobremodo atuais.

L'*epieikeia* aristotelica è bensì giustizia, ma non secondo la legge, bensì è correzione e supplemento della giustizia legale, giacché "questa è appunto la natura dell'equo, di integrare la legge, là dove essa é insufficiente a causa del suo esprimersi in termini generali"<sup>4</sup>. (BROGGINI, 1975, p. 18-19).

Em breves linhas, a eqüidade é expressão concreta e prática da Justiça, enquanto esta considerada um valor superior no qual todas as normas devem se espelhar. Constitui-se, simultaneamente, num instrumento de que o juiz dispõe para moldar a disposição legal, abstrata por definição e às vezes obscura ou incompleta por conseqüência, às particularidades do caso singular, estabelecendo um equilíbrio entre partes a princípio desiguais. Em busca do eqüitativo, o juiz de coragem pode até mesmo agir em desacordo com a letra da lei, para resgatar o espírito original com que a norma foi concebida, usando assim da eqüidade *contra legem*, mas completamente *intra ius*.

Encontram-se aí os elementos da doutrina de Aristóteles, já desquieto com os efeitos colaterais da generalidade da norma, bem como a preocupação com os excessos da aplicação da lei e a busca de equilíbrio do Direito Romano. Do período justinianeu, herdou a relação do juiz com a eqüidade, desenvolvida mais tarde pela escola jusnaturalista dos séculos XIX e XX. Inclusive o aspecto ético presente em Tomás de Aquino foi enfocado, uma vez considerada como virtude a Justiça da qual a eqüidade é o braço atuante. Por

fim, contra a arbitrariedade judicial tão combatida pelo jusracionalismo, o instituto é posto como uma ferramenta, dentre várias, cujo uso é previsto e regulado pela própria lei a que abranda, numa relação complementar.

Se se admite a solução de conflitos pela aplicação da equidade, um passo além é verificar que, em sua natureza subjetiva, o instituto requer que o juiz use de sua consciência, a qual pode não ser a mesma do legislador. Registra Alípio Silveira ([1943?], p. 139) que, resguardados os papéis de ambos os atores, a decisão dos casos concretos reduzir-se-ia à aplicação das leis apenas se estas fossem absolutamente perfeitas.

Antes de passar adiante, cabe esclarecer os termos *caso concreto* e *caso singular*. Indistintamente utilizados pela maioria dos autores, outros há que distinguem entre eles: Forti, Calamandrei, Bolaffio, Filomusi-Guelfi, Albini (DINIZ, 1997, p. 246). Para estes, o caso concreto é o gênero do qual o caso singular é a espécie. O caso concreto é aquele submetido a julgamento por um órgão jurisdicional, vindo a tornar-se caso singular se não se enquadrar exatamente em norma alguma.

A equidade seria, então, a justiça dos casos que a generalidade da lei não pode abarcar. Alípio Silveira ([1943?], p. 50) define a equidade como justiça do caso concreto quando o termo é tomado numa acepção *stricto sensu*.

Para este autor, tal concepção tem um fundo parcial na doutrina aristotélico-tomista. Isto porque, segundo ele, os autores que a adotam não são expoentes da Escola do Direito Natural clássico, uma vez que não admitem a equidade judiciária *contra legem* aventada por Aristóteles.

Pode-se imaginar, portanto, a equidade como ponte entre o direito natural e o positivismo, enquanto representa os princípios do direito e da justiça e da moral à serviço da aplicação do direito positivo. Continua Silveira ([1943?], p. 53-55) que, para a correta compreensão do conceito, duas observações se fazem pertinentes. Primeiramente, a concepção considera apenas o aspecto judiciário da equidade, dado que, hodiernamente, é o juiz quem faz ou aplica a justiça. Fica excluído, pois, o aspecto legislativo – a equidade inspiradora de

nova lei. Seria esta a razão de considerar o conceito como a eqüidade *stricto sensu*.

Em adição, embora de sentido estrito, é amplo o suficiente para se constituir numa síntese das escolas doutrinadoras: abarca tanto as idéias dos defensores do direito livre (eqüidade *contra legem*) quanto os juízos das correntes moderadas (eqüidade *præter e secundum legem*).

Modernamente, a filosofia jurídica tende a identificar as noções de direito e justiça; o direito deixou de corresponder mais à lei positiva para designar algo mais amplo que o texto legal. Nesse sentido, são plenamente equivalentes estas duas proposições: “às vezes é preciso ultrapassar a lei para servir o direito” e “às vezes é preciso ultrapassar a lei para servir à justiça”. Desta correlação é necessário inferir que a eqüidade é o direito do caso concreto, e que não será uma solução admissível se não cumprir os requisitos de justiça.

## **5 Possibilidades da criação judicial do direito pela eqüidade no Direito Civil brasileiro – a Lei 9.099/95**

A eqüidade encontra-se institucionalizada no ordenamento jurídico brasileiro em praticamente todos os ramos do Direito, ainda que por vezes tenha sido objeto de grandes celeumas. Na alçada do Direito Civil, foi notório o artigo 114 do Código Processual Civil (Decreto-Lei nº 1.608/1939, já revogado), que dispunha: “quando autorizado a decidir por eqüidade, o juiz aplicará a regra que estabeleceria se fosse legislador”, com evidente influência do Código Civil Suíço. Sobre este célebre artigo, assim se pronunciou Eduardo Espinola:

“Quando autorizado a decidir por eqüidade” – pressupõe que tal autorização parta da lei, o inciso é inconveniente e perigoso, podendo levar à consequência de que, fora dos casos em que a lei lhe confere faculdade expressa, não possa decidir o juiz com eqüidade. É certo que as leis revelam, com freqüência, a preocupação de orientar o intérprete, no sentido de poder dar toda consideração à eqüidade, com a afirmação de que a decisão é deixada ao espírito de eqüidade e ao prudente arbítrio do juiz e vão, por vezes, dispensar-lhe a observância de qualquer regra jurídica; mas, não quer dizer que, não havendo tal remissão, não seja facultado ao juiz recorrer à eqüidade, como modo de atenuação da rigidez dos preceitos legais. Dado o

rigidez dos preceitos legais. Dado o papel da equidade [...], tal conclusão seria um absurdo, levando o julgador, sob o pretexto de falta de autorização legal, a cometer iniquidades, pela rigorosa adaptação dos preceitos abstratos, sem atenção das particularidades dos casos concretos. (ESPINOLA, 1999, p. 190, nota 146).

No Código Civil que se encontra em vigor (Lei nº 10.406/2002), são esparsas as referências a soluções eqüitativas, como segue:

- Art. 479 (da resolução por onerosidade excessiva dos contratos): “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar *eqüitativamente* as condições do contrato” (grifo nosso).
- Art. 738, parágrafo único (do transporte de pessoas): “Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá *eqüitativamente* a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano” (grifo nosso).
- Art. 928, parágrafo único (da obrigação de indenizar): “A indenização prevista neste artigo, que deverá ser *eqüitativa*, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem” (grifo nosso).
- Art. 944, parágrafo único (da indenização): “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, *eqüitativamente*, a indenização” (grifo nosso).
- Art. 953, parágrafo único (da indenização): “Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, *eqüitativa-*

*mente*, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso” (grifo nosso).

Como se vê, o recurso à equidade foi arrazoado no sentido de oferecer uma forma de abrandar obrigações, especialmente pecuniárias, ensejando indenizações e condições contratuais mais justas, numa clara opção do legislador pela equidade *præter legem*.

Antes da entrada em vigor do Novo Código Civil, em 2002, (mas cujo projeto remota a duas décadas antes), adveio a Lei nº 9.099/95, que introduziu os Juizados Especiais Cíveis e o respectivo procedimento sumaríssimo. Com ela, a equidade retomou novo fôlego, insculpida no art. 6º daquele diploma: “O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e *equânime*, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum” (nosso grifo), como também no art. 25, tratando do juízo arbitral: “O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por *equidade*” (nosso grifo).

A respeito dessa arbitragem, que se opera no curso do procedimento afeito aos Juizados Especiais Cíveis, anota Leon Frejda Szklarowsky (2005):

A submissão da arbitragem às regras de direito não prescinde da equidade, sob pena de frustrar a vontade da lei e os princípios que regem a arbitragem. Na verdade, qualquer ato submete-se às normas de Direito, ao sistema jurídico. Entretanto, a lei, ao ordenar que, a critério das partes, o juiz realize a arbitragem, segundo as regras de direito, não pretendeu, absolutamente, jungi-lo ao formalismo extremado, que é incompatível com o juízo arbitral.

Por seu caráter intrínseco, o juízo de equidade implementado pela Lei nº 9.099/95 tem o potencial de gerar efeitos salutares quanto aos problemas do acesso à justiça e da morosidade do Poder Judiciário. Autores há, como J. E. Carreira Alvim (2003), que defendem a ampla participação de juízes leigos nos processos de pequenas causas, aumentando dessarte a capilaridade da jurisdição, registrando que

É possível instalar em cada município (ou até distritos), um órgão judiciário estruturado pelos Estados-

membros e mantido com o auxílio dos próprios municípios, com o que se permite à própria sociedade fazer justiça, através do critério da eqüidade. Se é a sociedade que gera os litígios, é ela que deve solucioná-los, mesmo porque é a maior interessada na pacificação social entre os seus membros. (ALVIM, 2003, nota nº 20).

Em suma, uma adoção mais ampla da eqüidade como instrumento de resolução de conflitos e conseqüente criação do direito no exercício da jurisdição tende a produzir efeitos positivos sobre toda a cadeia judiciária, viabilizando de forma inigualável os fins últimos do processo: o acesso à justiça e à prestação jurisdicional justa, e a efetiva participação política dos jurisdicionados.

### **Considerações finais**

A título de remate, convém que se repasse concisamente as principais ponderações tecidas ao longo do texto.

- I – O modelo clássico da separação de poderes, no qual cada um deles tem tarefas nitidamente definida e divorciada uma das outras, demonstra-se falacioso, reclamando a redistribuição das atribuições que competem a cada qual desses Poderes;
- II – Repensar o papel do Poder Judiciário implica, necessariamente, no reconhecimento da jurisprudência como fonte de direito, tanto quanto a lei, já que ambas são fruto do processo de normogênese e partilham da mesma natureza ontológica;
- III – Por conseguinte, a atividade judicial criadora do direito é independente e ao mesmo tempo complementar ao ofício do legislador, e vai ainda além, ao apresentar soluções para casos que a norma genérica da lei não pôde prever;
- IV – O juiz, ao promover a criação do direito na instância judicial, deve fazê-lo condicionando suas decisões ao substrato axiológico do ordenamento, utilizando-se de instrumentos que garantam a plena realização da Justiça;

V – A eqüidade, nesse contexto, é um instrumento da mais alta importância e utilidade, por reunir em si as qualidades que se espera em qualquer provimento jurisdicional: a efetiva realização da justiça no caso concreto e a integração do direito, quando este se mostrar omissivo;

VI – O Direito Civil brasileiro, que em seu Código revelou-se bastante tímido quanto à aplicação da eqüidade, houvera sido pouco antes oxigenado pelas possibilidades abertas pela Lei nº 9.099/95, a qual, sem dúvidas, aponta um novo caminho a seguir.

Nesse breve esforço, procurou-se demonstrar que a rígida separação de poderes num Estado de Direito, além de inviável, leva a distorções na ordem social e política, condenando muitas vezes o cidadão que necessita do provimento jurisdicional a percorrer o penoso labirinto de uma burocracia sem sentido, da qual sequer vislumbra a saída.

O agente capaz de romper com essa condição indesejável é, em última análise, o juiz de primeiro grau,

[...] precisamente aquele que, duplamente inserido no social, como pessoa e como profissional, haure diretamente do ambiente que o envolve todos os pressupostos ideológicos que, ao depois, deverá transpor ao nível de suas emissões decisórias, visando à diluição dos conflitos trazidos à sua órbita de resolução. (SOUZA, 1991, p. 93).

Reconhecer o poder de criar o direito aos juizes, e dotar-lhes de instrumentos e de legitimidade para fazê-lo, dentro dos critérios e princípios que norteiam a Justiça, é, sobretudo, atingir a finalidade precípua para a qual se constitui o Estado de Direito: tornar possível o convívio em sociedade, compondo e resolvendo eficaz e celeremente os conflitos que dele venham emergir.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, J. E. Carreira. Justiça: acesso e descesso. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078>>. Acesso em: 04 maio 2008.
- BATISTA JÚNIOR, Edil. O ilógico necessário: considerações acerca da crise da codificação jusracionalista. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=517>>. Acesso em: 7 maio 2003.
- BELAID, Sadok. **Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge**. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974.
- BROGGINI, Gerardo. Aspetti storici e comparativistici. In: CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE (org.). **L'equità**. Milano: Giuffrè, 1975, p. 17-45.
- DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 4. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. por João Baptista Machado. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1965.
- ESPINOLA, Eduardo. **A Lei de introdução ao Código Civil brasileiro**: (Dec.-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com alterações da lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores). 3. ed. atual. por Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GARCIA, Juvêncio Gomes. **Função criadora do juiz**. Brasília : Brasília Jurídica, 1996.
- GÉNY, François. **Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif**. 2. éd. rev. et mise au cur. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1919.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. por João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1999.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. por José de Souza e Brito e José Antônio Veloso. 2. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.
- PERELMAN, Chaïm (Org.). **Le problème des lacunes en droit**. Bruxelles : Émile Bruylant, 1968.
- RADBRUCH, Gustav. Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes. In: RODRÍGUEZ PANIAGUA, José Maria (org). **Derecho injusto y derecho nulo**. Madrid : Aguilar, 1971, p. 3-22.
- REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1999.

SCHMIDT, Eberhard. La ley y los jueces. In: RODRÍGUEZ PANIAGUA, José Maria (org). **Derecho injusto y derecho nulo**. Madrid : Aguilar, 1971, p. 25-69.

SILVEIRA, Alípio. **Conceitos e funções da equidade em face do Direito Positivo**: (especialmente do Direito Civil). [S. l.: s. n., 1943?].

SOUZA, José Guilherme de Souza. **A criação judicial do direito**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1991.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Arbitragem por equidade ou de direito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 700, 5 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6839>>. Acesso em: 04 maio 2008.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e a realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro : Forense, 2003.

## NOTAS

---

<sup>1</sup> “Os juízes não são mais que a boca que pronuncia as palavras da lei” (Nossa tradução).

<sup>2</sup> “À falta de uma disposição legal aplicável, o juiz pronuncia de acordo com o direito costumeiro e, à falta de um costume, *segundo as regras que estabeleceria se tivesse que fazer ato de legislador.*” (Nossa tradução).

<sup>3</sup> “Uma lei que atenta contra os fundamentos do justo não é Direito e carece de força coercitiva; não pode apresentar-se como um dever obrigatório, mas tão-somente como uma necessidade condicional. O dever de garantir a justiça, que *vincula o juiz a estabelecer um Direito autêntico* e não uma negação deste, o proíbe de aplicar esse tipo de lei” (Nossa tradução e nosso grifo).

<sup>4</sup> “A *epieikeia* aristotélica é tanto justiça, mas não segundo a lei, quanto correção e suplemento da justiça legal, já que ‘esta é precisamente a natureza do eqüitativo, de integrar a lei, lá onde ela é insuficiente por causa de seu exprimir-se em termos gerais’”. (Nossa tradução).