



A PARADOXAL DECISÃO POR EQUIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: APONTAMENTOS SOBRE O “RELATÓRIO PAULO TEIXEIRA”

Lúcio Delfino

Advogado. Professor Universitário Diretor da *Revista Brasileira de Direito Processual*. Pós-doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS). Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Membro fundador da Associação Brasileira de Direito Processual. Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Membro do Instituto Pan-Americano de Direito Processual. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

I.

O tema enfrentado versa sobre a equidade em sua *perspectiva radical*, vale dizer, quando utilizada para embasar decisões proferidas à margem da legalidade – a chamada decisão *por equidade*. Busca-se criticar a insistência do legislador em dotar o ordenamento processual de um *artifício* que autoriza decisões judiciais atentatórias à lei, abalizadas em critérios obtidos a partir do exclusivo e prudente arbítrio do juiz. Em específico, a tratativa confina-se aos arts. 127 e 1.109 do Código de Processo Civil, cujas redações foram literalmente transplantadas para a versão original do Projeto do novo CPC, sendo que uma delas permanece ainda hoje no “Relatório Paulo Teixeira”.¹

A despeito de a doutrina sugerir exegeses diversas, menos traumáticas, os artigos referidos não toleram percepção mais branda, alheia àquela segundo a qual a equidade, nos moldes ali especificados, foi delineada para funcionar como expediente de *retificação* da lei supostamente injusta para a solução do caso concreto suscitado em juízo. A interpretação jurídica, afinal, não é um *vale-tudo* que permita ao intérprete torcer o sentido das palavras e frases para atingir respostas exegéticas que lhe soem mais aprazíveis. Há limites hermenêuticos trazidos pelo próprio texto interpretado cuja observação se impõe a todo aquele que, de algum modo, com ele se relacione e se proponha a compreendê-lo.²

Ocorre que essa única resposta hermeneuticamente *aceitável* está em absoluto desafinada à Constituição.³ E isso leva à conclusão de que, em pleno século XXI, inexistente racionalidade em conservar no Projeto do novo CPC textos análogos aos arts. 127 e 1.109 do Código de Processo Civil. É o que se pretende aprofundar nas linhas subsequentes.

II.

A supremacia normativa – em suas perspectivas formal e material – confiada atualmente à Constituição Federal é talvez o maior ganho que se obteve com a inauguração do paradigma Estado Democrático de Direito. Tal importe, todavia, não deveria exprimir diminuição, ou desgaste, do *princípio da legalidade*. Muito pelo contrário.

Segundo um enfoque atinente à jurisdição, a legitimidade democrática das decisões judiciais assenta-se na exclusiva sujeição do Judiciário às normas que integram o ordenamento jurídico, emanadas da vontade do povo, porque discutidas, votadas e aprovadas por seus representantes no Congresso Nacional.⁴ Daí por que atualmente nenhuma decisão pública é exigível caso seu fundamento não decorra do anseio popular, a partir do qual todo poder estatal é derivado e exercido, seja diretamente, seja por intermédio de representantes eleitos conforme padrões democráticos (CRFB, art. 1º, parágrafo único).

O *princípio da legalidade* permanece, portanto, sendo um dos pilares do Estado Democrático de Direito, como o próprio texto constitucional, aliás, faz questão de ressaltar com ofuscante clareza (CFRB, arts. 5º, II, e 37, *caput*).⁵ Apenas sofreu, é bem verdade, transformações de sentido, razão pela qual se fala hoje em *legalidade constitucionalizada*:⁶ a lei não é mais aceita *per se*, como algo cuja supremacia esteja nela própria, isoladamente considerada, pois apenas se legitima, é validada, *se conforme* a Constituição, isto é, caso esteja ajustada às cargas axiológica e deontológica das normas constitucionais.⁷

III.

A expressão *equidade* é amorfa, indeterminada, com significância multifacetada, o que é verificável pelas divergências que a envolvem em sede doutrinária e jurisprudencial.⁸ A título ilustrativo, até porque o objetivo aqui é outro, restrinja-se a análise a três desses significados, aqueles mais usuais, não obstante a riqueza semântica da expressão.⁹

Em apego às lições aristotélicas,¹⁰ muitos veem na *equidade* a base para decisões que menosprezam o direito positivo, proferidas por assim dizer *contra legem*.¹¹ Seria ela superior ao *justo legal* porque expressão do *justo natural*, ou seja, seria o *justo*, mas não o *justo legal* tal e como se desprenderia das palavras da lei, senão o *autenticamente justo* em relação ao caso concreto.¹² O juiz então poderia decidir segundo seu *prudente arbítrio* quando *ele próprio* entendesse inaceitável a aplicação do texto legal, isto é, quando considerar que o resultado daí advindo seja disparatado. A fim de julgar com *acerto*, buscaria apelo *em sua própria consciência*, uma espécie de *canal de acesso* à opinião comum do grupo social em que vive – *ao julgar por equidade, o juiz estaria canalizando em sua decisão a consciência coletiva que habita a sociedade*. A equidade teria, pois, a função de *correção* (ou *retificação*) daquela lei que, *aos olhos do julgador*, se mostrar injusta para solucionar o caso concreto.

Outros, de sua vez, amparando-se em uma acepção moderna mais abrandada, defendem que a *equidade* seria um *recurso* às insuficiências da legislação, utilizável no *suprimento* de lacunas normativas, ou mesmo para aclarar enunciados abertos. Não haveria aí propriamente permissão para decisões *contra legem*.¹³

Por fim, há quem considere a *equidade* como a propriedade ou a qualidade dos enunciados legais abstratos de se adaptarem, segundo certos critérios, às circunstâncias ou exigências fáticas do caso concreto. Seria algo inerente ao mecanismo de interpretação jurídica, que *sempre* impeliria o intérprete a adotar exegeses razoáveis, afinadas com o bom senso e toleradas pela razão humana sem repugnância. Não seria escorreito, também nessa ótica, falar em decisão *por equidade*, senão em decisão proferida *segundo* a equidade. O julgador estaria obstado de arredar-se do direito positivo, tampouco poderia *corrigir* ou *retificar* a lei, pois seus propósitos, ainda que nobres, não seriam suficientes para autorizá-lo, a partir de seu próprio voluntarismo, a amoldar o resultado de suas decisões a sua própria ideia de justiça.¹⁴

As legislações brasileiras, consideradas como um todo, albergam, ou já albergaram, exemplos de todos esses significados, fazendo a *equidade* variar de sentido a depender do contexto em que está inserida, ou ainda a depender dos olhos do exegeta.¹⁵ É plausível até afirmar que a confusão em torno da terminologia se justifica também por essa utilização sem critérios, no âmbito legislativo.¹⁶

A interpretação jurídica, afinal, não é um vale-tudo que permita ao intérprete torcer o sentido das palavras e frases para atingir respostas exegéticas que lhe soem mais aprazíveis.

IV.

Em atenção ao primeiro dos significados identificados acima é que se indaga: por que hoje não é aceitável manter-se no ordenamento jurídico licenças para julgamentos *por equidade*? Qual razão corroboraria a denúncia de um contrassenso no ordenamento processual, respaldado em enunciados legais que admitem decisões judiciais pautadas em critérios estranhos à legalidade?

A legalidade, como já verificado, permanece sendo uma das colunas mestras do Estado Constitucional, ainda que renovada por nuances constitucionais (*legalidade constitucionalizada*). Frente à previsão constitucional da legalidade, o constituinte afirmou a incoerência, no atual regime republicano, de um "governo dos homens", aquele cujas decisões cedem ao sabor dos caprichos do governante; quis realçar que hoje se vivencia um "governo das leis", fruto da vontade geral (CF/88, art. 1º, parágrafo único), avesso a arbitrariedades praticadas pelo Estado.

E a respeito disso, dessa sua importância axial, pontuem-se duas obviedades: i) a Carta Magna prescreve, de maneira categórica, que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa *senão em virtude de lei*" (CRFB, art. 5º, II) – ou seja, o *princípio da legalidade* está positivado expressamente no âmbito da Constituição; e ii) em todo o texto constitucional não há enunciado algum, nenhuma *cláusula de exceção* que legitime uma fissura no *princípio da legalidade* – não há exceções previstas no âmbito da Constituição para o *princípio da legalidade*.¹⁷ Em outras palavras: inexistente base normativa legítima (=constitucional) que sirva de fundamento para decisões proferidas em desacordo com o ordenamento jurídico, e assim porque é impossível justificar uma exceção ao princípio (constitucional) da legalidade que esteja prevista em legislação infraconstitucional, como faz o Código de Processo Civil de 1973 e pretende fazer o CPC projetado.¹⁸

Poder-se-ia argumentar que julgar *por equidade* não denota propriamente afronta ao princípio da

A expressão *equidade* é amorfa, indeterminada, com significância multifacetada, o que é verificável pelas divergências que a envolvem em sede doutrinária e jurisprudencial.

legalidade, porquanto é a própria lei que autoriza o juiz a decidir segundo parâmetros outros que não aqueles previstos no ordenamento jurídico. Assim, a *decisão por equidade* seria legítima (=constitucional) porque amparada em lei. É como se a lei infraconstitucional pudesse abrir uma clareira na qual o juiz, em circunstâncias excepcionais, estivesse autorizado a adentrar e colher elementos

extrajurídicos para incrementar sua decisão judicial. Entretanto, essa abertura é problemática, sobretudo por encarar a legalidade apenas em seu aspecto formal, por esquecer que sua finalidade não é meramente ritualística ou protocolar; para além disso, e principalmente, volta-se a evitar arbítrios praticados por qualquer agente estatal, assegurando que as decisões públicas – as judiciais, inclusive – serão instituídas em conformidade com os enunciados integrantes do ordenamento jurídico, emanados da vontade popular, discutidos e aprovados por representantes democraticamente eleitos.

É nessa perspectiva que leciona Ronaldo Brêtas:

"(...) no Estado Democrático de Direito brasileiro, que adota o sistema jurídico romano-germânico (*civil law*), o juiz não pode decidir *por equidade*. Se houver alguma norma que o autorize a tanto, será inconstitucional, porque o agente público decisor (juiz) sempre estará vinculado à reserva legal, garantia fundamental do povo, conforme prevê o art. 5º, inc. II, da Constituição Federal: 'Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa *senão em virtude de lei*'. A expressão *lei*, no texto constitucional, deve ser entendida como ordenamento jurídico, vale dizer, conjunto de princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais que o compõem, vinculando os órgãos jurisdicionais, quando proferem suas decisões."¹⁹

Por isso, a *equidade*, sempre que legislada para o fim de permitir juízos avessos à legalidade, denota artifício que se traduz em indevida ressalva à jurisdição de direito prevista constitucionalmente.²⁰ E é este justamente o caso dos arts. 127 e 1.109 do Código de Processo Civil e de seus análogos constantes do Projeto original do novo CPC.

V.

Talvez ainda mais preocupantes sejam as consequências práticas fomentadas por um sistema normativo que traz dentro de si possibilidades concretas para a construção de provimentos judiciais afetos a critérios não normatizados, alinhavados a toda uma série de fórmulas ou expressões capazes de integrar o amplíssimo campo da conceituação incerta de *equidade* (direito natural, princípios de justiça, princípios gerais do direito, realidade social subjacente, consciência social, espírito da lei, vontade do legislador).²¹

É como se houvesse no ordenamento jurídico uma espécie de *válvula de tolerância*, liberando o ingresso e a livre circulação em seu domínio de toda uma série de elementos exógenos, calcados naquilo que, para o

juiz, em seu particular subjetivismo, se apresenta *justo*²² para a solução do caso concreto. Ainda em linguagem metafórica: a aquiescência legal no que tange às decisões *por equidade* importa reconhecer, no âmbito do sistema normativo, a presença de um *portal encantado*, cujo ingresso transporta o julgador para uma *realidade paralela*, libertando-o das amarras da lei a ponto de lhe permitir respirar e fazer uso de práticas concernentes a uma espécie de *realismo jurídico à brasileira*.²³

A alusão feita acima pretende estabelecer um contraponto com o chamado *Realismo Jurídico Americano*,²⁴ Escola Hermenêutica que eclodiu na primeira metade do século XX, cujos defensores afirmavam que o importante para o surgimento dos provimentos judiciais eram *fatores psicológicos*, muitas vezes irracionais, que levariam o juiz, primeiramente, a atingir o resultado de seu julgamento para só então, e num segundo plano, procurar as premissas convenientes que o justificassem. As decisões se orientariam por razões emocionais; o Direito se desprenderia da normatividade para ser encarado como uma *aposta* ou *suposição* sobre o que decidirão os juizes e tribunais.²⁵

Mais relevante que estudar as legislações, meras fontes de *presunção* para vaticínios prováveis, era analisar o *comportamento* e a *personalidade* dos magistrados, sobretudo os fatores que os moldaram (sua educação geral e jurídica, seus vínculos familiares e pessoais, a posição econômica e social deles, a sua experiência política e jurídica, a filiação e a opinião política que nutriam, os seus traços intelectuais e temperamentais).²⁶ Acima de tudo, se valorizaria a ideologia que cada julgador traz em si, fruto de sua própria história, de sua humanidade, ou seja, de entrons psicológicos e idiosincrasias de difícil identificação. O relevante era o *resultado decisional* pronunciado pelos juizes, não necessariamente resultante dos textos legais, pouco importando que com isso se afrontassem a *certeza* e a *segurança* jurídicas, desideratos considerados míopes e que deveriam sempre ceder espaço ante a evolução do Direito.²⁷

Nas palavras de Luiz Alberto Warat:

No realismo, a figura do Deus legislador é transladada para a instituição onde o juiz cumpre o papel de um criador divino. Ali o juiz é divinizado como o legislador no formalismo. (...) Negando que as normas jurídicas possibilitem uma previsão infinita das consequências jurídicas, os realistas chegam a produzir um exagerado ceticismo frente a ditas normas gerais. Negam-lhe todo valor. Afirmando alguns, inclusive, que as normas gerais são

um conjunto de enunciados metafísicos que cumprem somente a função retórica de justificar as decisões dos juizes. (...) Para o realismo a atividade do juiz é basicamente um ato de vontade, devendo-se considerar como fontes dessa vontade todos os motivos que influem em seu ato de decisão. O realismo chega, inclusive, a afirmar em suas vertentes extremas, que a lei é só um alibi que permite encobrir, tecnicamente, os juizes subjetivos de valor do juiz. Dito de outra forma, a lei outorgaria uma estrutura racional aos componentes irracionais que determinam a decisão do juiz. Levada às suas últimas consequências, esta postura afirma que uma dor qualquer, a opinião da sogra do juiz, sua situação social, o clima do tribunal, os meios de comunicação são, em muitas hipóteses, as causas reais dos processos de elaboração das decisões, normativamente disfarçadas. Não interessaria, portanto, saber o que as normas dizem, senão o que os juizes dizem que as normas afirmam.²⁸

Ora, não é nenhum exagero afirmar que essas *licenças legislativas* que autorizam o juiz a decidir *por equidade* conduzem ao pensamento defendido pelos *realistas jurídicos americanos*; mais que isso, representam a materialização entre os brasileiros, de forma irrefletida ou não, da doutrina encampada pelo *realismo jurídico*²⁹ – uma doutrina atentatória à legalidade, fomentadora de *decisionismos*, que concentra o ideal de justiça no subjetivismo do julgador e não nas leis democraticamente elaboradas pelos representantes do povo.

A aquiescência legal no que tange às decisões *por equidade* importa reconhecer, no âmbito do sistema normativo, a presença de um *portal encantado*, cujo ingresso transporta o julgador para uma *realidade paralela*, libertando-o das amarras da lei a ponto de lhe permitir respirar e fazer uso de práticas concernentes a uma espécie de *realismo jurídico à brasileira*.

Em boa medida, aliás, já se constata, no cotidiano do foro, nesse país de *modernidade tardia* que é o Brasil (Lenio Luiz Streck),³⁰ as consequências de uma prática apegada a tal *pensamento libertário*, vale dizer, uma forma de refletir e praticar o direito caracterizada pelo desapego a compromissos com a legalidade.³¹ E não que isso tenha por causa dois artigos, contidos de forma isolada no Código de Processo Civil, licenciando o juiz a proferir decisões *por equidade* em circunstâncias excepcionais; a existência desses dispositivos na legislação brasileira demonstra que também o legislador se afilia a esse *pensamento libertário*. A origem disso tudo, desse problema de raízes profundas, tem fundo ético-político e decorre de um fenômeno mais grave que vai além dos limites deste estudo.

De todo modo, é perceptível na realidade forense uma prática judiciária que corrói dia a dia a legalidade,

o que é verificável, por exemplo, em decisões judiciais: i) oriundas de um *ativismo judicial* muitas vezes desregrado que politiza e corrói o Judiciário;³² ii) proferidas em atentado às legislações processual e/ou material sem que haja justificativa para tanto, a não ser a vontade do juiz;³³ iii) fruto exclusivo do que os magistrados entendem como justiça, com base em critérios de conveniência, cujas premissas jurídicas são buscadas só depois que a solução é intuída;³⁴ iv) fundadas em princípios constitucionais que desconsideram regras infraconstitucionais hábeis para a solução fácil das questões postas em juízo, ausente qualquer motivação analítica que demonstre aos jurisdicionados a incompatibilidade entre a regra positivada e a Constituição (controle difuso de constitucionalidade); v) sedimentadas em *pseudoprincípios*, carentes de normatividade, dotados de papel retórico e retificativo, elaborados acriticamente pela dogmática (*pan-principiologismo* ou *caos principiológico*);³⁵ vi) aduleradoras dos limites hermenêuticos dos enunciados normativos, inclusive aqueles de calibre constitucional.³⁶

Esse fenômeno, que é experimentado amiúde por aqueles que fazem da praxe jurídica seu ofício, denota uma versão *pós-moderna* das decisões *por equidade*. E o que é pior: trata-se de uma variante que supera aquela positivada no Código de Processo Civil, não concernente a circunstâncias excepcionais afetas a dispositivos ali previstos de maneira isolada. É algo maior, decorrente de um inconsciente coletivo que aposta todas suas fichas na

atuação do Judiciário, que valoriza paradoxalmente a discricionariedade judicial num modelo estatal cujo núcleo preza pela segurança e previsibilidade.³⁷ Por óbvio, não se está aqui a defender uma postura passiva do Judiciário diante da sociedade. Isto deve ficar claro. Afinal, frente à Constituição atual, que é dirigente e transformadora, e sobretudo em razão da inegável desigualdade que açoita violentamente o povo brasileiro, o Judiciário ganhou destaque, de modo que também lhe cumpre, nos limites do possível e dentro

de sua esfera de atuação, uma forte atuação intervencionista voltada à concretização dos direitos fundamentais, em especial dos de cunho social. Entretanto, tal não significa – nem pode significar – a burla da legalidade em prol do *justiçamento*,³⁸ ou seja, uma atitude de desdém ao ordenamento jurídico

pelos juízes sem nenhum respaldo nas bases estruturantes do Estado Democrático de Direito.³⁹

VI.

O regramento da *decisão por equidade* no Código de Processo Civil apresenta sentido bem próximo ao que constava no Código anterior, por ele revogado quase integralmente. Previa o CPC de 1939, em seu art. 114, influenciado pelo então Código Civil suíço: “Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador.” O vigente art. 127, de sua vez, preceitua: “O juiz só decidirá por equidade *nos casos previstos em lei*.” Também alude à *equidade* em seu sentido radical, mesmo que de forma subentendida, o art. 1.109, inserido no Título II, “Dos procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária”: “O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; *não é, porém, obrigado a observar o critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna*.”

O que se vê aí, pela leitura dos três dispositivos, dois deles ainda em vigor,⁴⁰ é uma exaltação às lições de Aristóteles que recomendava o uso da *equidade* como critério de *correção* da própria lei quando esta se revelasse insuficiente para a solução do caso concreto.⁴¹ Uma visão que manteve força ao longo dos tempos e ecoou, após o século XIX, em algumas Escolas Hermenêuticas que se abriram contra o *legalismo desmedido* então vigorante, a fim de defender uma postura de interpretação jurídica mais livre, entre as quais se enquadra o já aludido *Realismo Jurídico Americano*.

No que diz respeito ao Projeto do novo CPC, verifica-se em seu bojo a manutenção de regramento autorizativo dos *julgamentos por equidade*, mormente segundo os moldes aristotélicos já apontados. Em sua primeira versão, rezava o então art. 109: “O juiz só decidirá por equidade *nos casos previstos em lei*.” Já em sua

Seção I do Capítulo X, “Dos Procedimentos não Contenciosos”, arrebatava originalmente o projeto: “Art. 657. O juiz decidirá o pedido no prazo de dez dias. Parágrafo único. *O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna*.” As mesmas redações permaneceram

Frente à Constituição atual, que é dirigente e transformadora, o Judiciário ganhou destaque, de modo que também lhe cumpre, nos limites do possível e dentro de sua esfera de atuação, uma forte atuação intervencionista voltada à concretização dos direitos fundamentais. Entretanto, tal não significa – nem pode significar – a burla da legalidade em prol do *justiçamento*, ou seja, uma atitude de desdém ao ordenamento jurídico pelos juízes sem nenhum respaldo nas bases estruturantes do Estado Democrático de Direito.

depois que o Projeto tramitou pelo Senado Federal, não obstante alocadas para os arts. 120 e 689 do texto resultante do trabalho dessa Casa Legislativa.

O “substitutivo” seguiu para a Câmara dos Deputados, onde inúmeras outras sugestões foram examinadas, várias delas a ele incorporadas, resultando disso um novo texto, sem dúvida mais aperfeiçoado, cujo parecer foi apresentado por seu Relator Geral, em 08/05/2013, já devidamente votado e aprovado por unanimidade na data de 16/07/2013.⁴² Naquilo que diz

E é com essa perspectiva ideológica que flertam os dois dispositivos criticados aqui, pois o que fazem é promover o resgate de métodos do direito livre, cujos adeptos mais radicais se apegam a uma espécie de

respeito ao tema ora tratado, o “Relatório Paulo Teixeira” avançou parcialmente, pois a proposta ali verificada é a supressão total do texto previsto no art. 120 do “substitutivo” originado do Senado Federal – *pela proposta da Câmara dos Deputados, desaparece o dispositivo que autoriza o juiz a decidir por equidade nos casos previstos em lei.*

A justificativa constante do “Relatório Paulo Teixeira” noticia que o aludido dispositivo está ajustado à metodologia jurídica de antanho, hoje alquebrado pelo tempo especialmente pelas inovações assimiladas após o segundo pós-guerra, com a invasão da Constituição sobre toda a ordem jurídica. Mais precisamente, os seguintes argumentos foram consignados no mencionado documento para fundamentar a supressão do aludido art. 120:

“Suprime-se do projeto o art. 120. A proposta é de supressão deste artigo, que ainda está assim redigido: “Art. 120. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.” Tal dispositivo é uma reprodução da redação dada ao artigo 127 do atual Código de Processo Civil. O conteúdo do dispositivo não contém atualidade em termos de metodologia jurídica. Seu conteúdo reflete uma realidade metodológica da primeira metade do século XX, não mais persistente nos dias atuais. Naquela época, o juiz aplicava a ‘lei’, somente recorrendo à ‘equidade’ quando autorizado pela própria lei. Na atualidade, o juiz aplica as normas jurídicas, que constitui o gênero, do qual os princípios e as regras são espécies. Ao lado das regras e dos princípios, há os postulados normativos, entre os quais se destaca o da razoabilidade. Há várias acepções para a razoabilidade. Numa delas, a razoabilidade identifica-se com a equidade, exigindo-se a harmonização da norma geral com o caso individual. (...) Para além disso, a razoabilidade exige a consideração do aspecto individual do caso, afastando-se a aplicação da norma quando a situação revelar-se anormal ou excepcional. A razoabilidade serve, enfim, de instrumento metodológico para aplicação de textos normativos. Nesse sentido, confunde-se com a equidade.”

Entretanto, permanece no “Relatório Paulo Teixeira”, inserido no Capítulo XVI (“Dos Procedimentos de Jurisdição Voluntária”), agora em seu art. 738, parágrafo único, a previsão de que “o juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente e oportuna”. Essa opção merece críticas severas.⁴³ Afinal, seu fim, até por coerência, haveria de ser o mesmo infligido ao já mencionado art. 120, isto é, também o parágrafo único do art. 738 deveria ser eliminado do

Projeto. Sobretudo tal dispositivo, cujo teor é ainda mais agressivo por autorizar o juiz, sem melindre algum, a simplesmente abandonar a *legalidade estrita* para adotar solução que ele mesmo, a partir de seu prudente arbítrio, considere a mais *conveniente e oportuna*.

VII

A alteração acima apontada é devida sobretudo ao trabalho realizado pelo processualista mineiro Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, que apresentou ao Congresso Nacional variadas propostas destinadas ao aperfeiçoamento do Projeto do novo CPC.⁴⁴ Entre elas estava justamente aquela que sugeria a supressão das redações reproduzidas dos arts. 127 e 1.109 do atual Código de Processo Civil, infelizmente acatada apenas em parte.⁴⁵

É preciso ressaltar que este não é um empreendimento de menor relevo, cuja motivação se situe apenas no desejo de imprimir adequada sistematização ao ordenamento jurídico. Para além disso, o almejado se relaciona com a extirpação de resquícios legiferantes calcados em uma ideologia nefasta, que, se no passado já encontrou asilo noutros regimes,⁴⁶ hoje contudo carece de respaldo teórico-filosófico,⁴⁷ nada justificando a sua subsistência em legislações produzidas por uma democracia como a brasileira.

E é com essa perspectiva ideológica⁴⁸ que flertam os dois dispositivos criticados aqui, pois o que fazem é promover o resgate de métodos do direito livre, cujos adeptos mais radicais se apegam a uma espécie de *niilismo legislativo*. Tais preceitos desdenham o papel das leis elaboradas pelos representantes legitimamente eleitos pelo povo para cercarem-se de um ideário cujo astro maior é o juiz, aquele a quem cumpre julgar com excelência o caso concreto, se necessário até em desprezo ao próprio ordenamento jurídico.

De outro lado, o sistema processual brasileiro, ao autorizar, mesmo que excepcionalmente, a jurisdição *por equidade*, torna-se de certa maneira *autofágico* e passa a nutrir-se à custa de sua própria substância. Decisões proferidas sem apoio normativo, desapegadas à construções legítimas nascidas do *devido processo legislativo*, não só atentam contra o *princípio da legalidade*, como também, e por consequência, consomem alguns dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a exemplo da segurança jurídica. É o Estado Democrático de Direito canibalizando-se, consumindo e extinguindo, por ação própria, ideais que deveria concretizar. Quem perde com isso são sempre os brasileiros, a cada dia mais sufocados por uma atmosfera jurisprudencial esquizofrênica, com teses para todos os gostos, cuja característica manifesta é a imprevisibilidade.

Talvez esses argumentos sejam suficientes para demonstrar a necessidade de um trabalho direcionado a eliminar rastros legais que, a despeito de sua desatualização metodológica, prestam-se unicamente à exortação do arbítrio por tolerarem decisões judiciais impermeáveis à legalidade e que só fazem recrudescer o protagonismo judicial. Para ser direto: seria um avanço que também o parágrafo único do art. 738 do “Relatório Paulo Teixeira” fosse suprimido por completo e sepultada, em definitivo, a era das decisões *por equidade* no Brasil.

Como fechamento, vale rememorar o pensamento esclarecedor de Pontes de Miranda que, em seus comentários ao Código de Processo Civil de 1939 – repisados nos comentários ao CPC de 1973 –, já advertia sobre os riscos da utilização da equidade no âmbito legal e suas finalidades:

“A rigor, equidade é apenas palavra-válvula, com que se dá entrada a todos os elementos intelectuais ou sentimentais que não caibam nos conceitos primaciais do métodos de interpretação. Para que se atenuem a rapidez exegética, a prática e os legisladores têm recorrido a essa noção ambígua, se não equivocada, com que se manda tratar com igualdade sem se definir de que igualdade se trata, nem se dizerem os seus começos e os seus limites. No fundo, a vantagem, se vantagem realmente há, de tal expressão, em povos estranhos à tradição do nosso direito, tem sido semelhante à de todas as outras expressões vagas. A vaguidade serve sempre quando se quer o arbítrio, ou quando se pretende deixar a alguém determinar a norma, sem se confessar que se quis o arbítrio, ou que se deu a alguém esse poder.”⁴⁹

Referências:

AMORIM, Felipe. Juristas criticam cassação automática de deputados pelo Supremo [17 de dezembro, 2012]. Última Instância. Disponível em:

<www.ultimainstancia.uol.com.br>. Acessado em: 08/02/2013.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização é fato, ativismo é atitude [17 de maio, 2009]. Consultor Jurídico. Entrevista concedida a Marina Ito.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: IBDC, 1999.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. Projeto do Novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado – exame técnico e constitucional. In, *O futuro do processo civil – uma análise crítica ao Projeto do novo CPC*. Organização: ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; DELFINO, Lúcio; RIBEIRO MOURÃO, Luiz Eduardo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 551-566.

COELHO NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Direito, Estado e Filosofia*. Traduzido por Luiz Luiggi. Rio de Janeiro: Livraria Editora Politécnica Ltda., 1952.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Jurisdição de equidade e jurisdição de direito – exegese do artigo 127 do CPC e do art. 109 do PL 166/2010. *Processo civil: novas tendências. Em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Coordenação: Fernando Gonzaga Jayme, Juliana Cordeiro de Faria e Maira Terra Lavar. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011. p. 395-415.

COSTA, Eduardo José Fonseca. Los critérios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, facista y gerencial. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 21, n. 82, p. 205-216, abr./jun., 2013.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 9^a. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

- LEAL, André Cordeiro. Instrumentalidade do processo em crise. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2008.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1947.
- NOVELINO, Marcelo. *A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF*. Disponível em: www.justocantins.com.br. Acessado em: 28/06/2013
- PRATA, EDSON. *Jurisdição voluntária*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1979.
- PRATA, Edson. Equidade. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 51. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986. p. 35-46.
- SANDEL, Michael. J. Justiça. O que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012.
- SINCHES, Luis Recasens. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Editorial Porrúa S.A., 1973.
- STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista?. *Revista NEJ – Eletrônica*, 15, n.1, p. 158-153, disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acessado em: 06/02/2013.
- STRECK, Lenio; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. O "cartesianismo processual" em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. *Revista NEJ – Eletrônica*. Vol. 18. N. 1. Jan-abr 2013. p. 05-22. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acessado em: 06/02/2013.
- STRECK, Lenio. Ministros do STJ não devem se aborrecer com a lei. *Consultor Jurídico*. São Paulo, 07 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-07/senso-incomum-nao-aborrecer-lei-ministra-nancy-andrighi?pagina=2>>.
- STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*: 4ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica Jurídica: seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro*. Vol. 4. São Paulo: Brasiliense Coleções, 1985.
- UMIKER-SEBEOK, J. *Sherlock Holmes y Charles S. Peirce. El método de la investigación*. Barcelona: Paidós, 1987.
- WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

¹ Denomina-se "Relatório Paulo Teixeira" a versão renovada

² Nessa linha, Konrad Hesse já afirmou que a "interpretação está vinculada a algo estabelecido. Por isso, os limites da interpretação constitucional estão lá onde (...) terminam as possibilidades de uma compreensão conveniente do texto da norma ou onde uma resolução iria entrar em contradição unívoca com o texto da norma." (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 71). Na mesma senda, Celso Ribeiro Bastos: "a letra da lei constitui sempre ponto de referência obrigatório para a interpretação de qualquer norma." (BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: IBDC, 1999. p. 110). E segundo uma perspectiva alinhada à hermenêutica filosófica, Lenio Streck alerta "(...) há que se ter o devido cuidado: a afirmação de que o 'intérprete sempre atribui sentido (Sinngabung) ao texto' nem de longe pode significar a possibilidade de este estar autorizado a 'dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa', atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem 'existência' autônoma)." (STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 142-143).

³ Por certo que outras interpretações desses dois dispositivos são possíveis, mesmo porque para muitos as possibilidades de interpretação são infinitas. Entretanto, nem todos os sentidos possuem valor que possa ser aproveitado. É como no exemplo de Peirce: "En las calles de Nueva York se encuentra un hombre apuñalado por la espalda. El jefe de policía puede abrir la guía telefónica, señalar un nombre cualquiera y suponer que aquél es el del asesino." (Peirce *apud* UMIKER-SEBEOK, J. *Sherlock Holmes y Charles S. Peirce. El método de la investigación*. Barcelona: Paidós, 1987, p. 37). Não se questiona que o texto traz espaços em branco cujo preenchimento cabe ao intérprete; o texto exige do homem competência e cooperação para que a mensagem seja decodificada (Umberto Eco). Todavia, isso não pode significar, ao menos no que diz respeito ao universo jurídico, uma *liberdade incontrolada* do intérprete para produzir *interpretações aberrantes*. Foi com esse enfoque que se afirmou: "a única interpretação aceitável (≠ de possível) acerca dos arts. 127 e 1.109 do CPC é aquela de feição radical". Outras interpretações sobre os mencionados dispositivos chegam a negar os próprios textos interpretados, ou ainda fazem opção por um significado que despreza a inteligência do legislador. Enfim, toda interpretação jurídica há que ser realizada racionalmente, em respeito não só às perspectivas sintáticas e semânticas do texto, mas em atenção ao ponto de vista histórico e também à totalidade do sistema normativo. *E não que essa empreitada sempre leve o intérprete a um caminho seguro; afinal, vez ou outra o único sentido racionalmente aceitável não se ajustará à Constituição – como, aliás, é o caso dos arts. 127 e 1.109.*

⁴ CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004. p. 134.

⁵ Um exame acurado do sistema normativo brasileiro demonstra que decisões judiciais ultrajantes à legalidade são uma *anomalia*. Já se constatou que na esfera constitucional há expressa previsão acerca da legalidade, cujo enquadramento a coloca entre as chamadas cláusulas pétreas e que confere a todos do povo o direito fundamental de serem julgados conforme a lei. De resto, é no mínimo esclarecedor o art. 485, V, do Código de Processo Civil que autoriza a rescisão da sentença de mérito que “violar literal disposição de lei”. Afinal, tal dispositivo realça a gravidade dos vícios caracterizados por julgamentos atentatórios à ordem jurídica, tanto assim que autoriza a medida extrema atinente à rescisão do próprio julgado. Se, então, o juiz atropela os limites hermenêuticos de um determinado texto legal, ou mesmo o afasta sem justificativas, o julgado daí produzido é defeituoso, sujeitando-se à invalidação mediante ação rescisória.

⁶ A expressão *legalidade constitucionalizada* tem importância na atual quadra da história porque atrelada à interpretação jurídica contemporânea, sobretudo por exortar os atores processuais a avaliarem a legitimidade (formal e material) dos textos legais, a compreendê-los e deles extrair significados à luz da Constituição. É papel do intérprete valer-se de uma *filtragem ativa*, direcionada não apenas à depuração de sentidos do ordenamento jurídico, expurgando aquilo que destoa da Carta Constitucional, mas por igual voltada a agregar aos enunciados infraconstitucionais perspectivas possíveis, mediante exegeses que levem em consideração o imperativo de desvelamento dos direitos fundamentais.

⁷ Conforme pontua Lenio Streck, “(...) a tradição continental, pelo menos até o segundo pós-guerra, não havia conhecido uma Constituição normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático. Isso tem consequências drásticas para a concepção do direito como um todo! Quero dizer: saltamos de um legalismo rasteiro, que reduzia o elemento central do direito ora a um conceito estrito de lei (como no caso dos códigos oitocentistas, base para o positivismo primitivo), ora a um conceito abstrato-universalizante de norma (que se encontra plasmado na ideia de direito presente no positivismo normativista), para uma concepção da legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade. Afinal – e me recordo aqui de Elias Dias –, não seríamos capazes, nesta quadra da história, de admitir uma legalidade inconstitucional. Isso deveria ser evidente.” (STRECK, Lenio. *Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?*. Revista NEJ – Eletrônica, 15, n.1, p. 158-153. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acessado em: 06/02/2013).

⁸ Para Pontes de Miranda, “o conceito de equidade é, de sua natureza e origem, indeterminado. Enche-o a consciência, mais frequentemente o sentimento de cada um. Porém, quando se lhe quer qualificar o sentimento que lhe dá o conteúdo, levanta-se a questão de ser individual ou coletivo. Os romanos distinguem *ius* e *aequitas*, sem se saber bem se essa havia de informar àquele ou aquele a essa. Por aí aparecem todas as muitas teorias do direito justo. Nos próprios textos romanos, às vezes a *aequitas* prima. A *exceptio doli* ... A dois milênios de distância alguns juristas pensam que a liberdade do juiz é liberdade do povo. Elogiam o povo romano, quer dizer os seus governantes e juizes. No entanto, o problema é muito mais complexo. O juiz pode servir a sentimentos de desigualdade (a pretexto de adaptar a solução às circunstâncias) ou causar o desprestígio da lei.” (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1947. p. 413-414).

⁹ A abordagem está restrita à análise da equidade como i) um permissivo legal para a adoção de decisões *contra legem*, ii) forma de superação de lacunas e adaptação de textos

elásticos e, por fim, iii) um mero mecanismo inerente à interpretação jurídica. Além desses, outros significados são também percebidos em sede doutrinária e jurisprudencial, de maneira que a equidade já foi aproximada das ideias de i) direito natural, ii) direito justo, iii) normas de cultura, iv) direito ideal, v) princípios gerais do direito, vi) expressão da ética social, etc. Há mesmo os que a reputam indefinível, a não ser que se esteja iludido pelas miragens da metafísica (Henri de Page), sendo nada mais que a flor esquisita e inodora cultivada pelos filósofos e juristas no jardim de sua fantasia (Martins Júnior). (SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica Jurídica: seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro*. Vol. 4. São Paulo: Brasiliense Coleções, 1985. p. 41).

¹⁰ Ao que tudo indica, a *equidade* tem sua origem em Aristóteles: traduzir-se-ia no apelo à justiça voltado à *correção* da lei em que a justiça se exprime. Para o estagirita, a própria natureza da *equidade* é a *retificação* da lei no que esta se revele insuficiente por seu caráter universal. A lei necessariamente apresenta caráter geral e, por isso, sua aplicação é imperfeita ou difícil em certos casos, intervindo aí a *equidade* para julgar, não com base na lei, mas na justiça que a própria lei cumpre realizar. (SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica Jurídica: seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro*. Vol. 4. São Paulo: Brasiliense Coleções, 1985. 83). Como leciona Werner Goldschmidt: “Debemos (...) a Aristóteles la observación de que la aplicación de reglas abstractas a casos atípicos puede resultar injusta y que, en este supuesto, hay de intervenir la equidad, a fin de corregir tal injusticia. La equidad, a su vez, es de nuevo Derecho Natural en una función particular, la de enjuiciar la solución del caso concreto con arreglo al Derecho fabricado desde el punto de vista de los principios propios.” (GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción al Derecho (estructura del mundo jurídico)*. Buenos Aires: Aguilar, 1962. p. 115). Ou nas palavras do próprio filósofo que, ao comparar justiça e equidade, conclui que ambas são “a mesma coisa, embora a equidade seja melhor. O que cria o problema é o fato de o equitativo ser justo, mas não justo segundo a lei, e sim um corretivo da justiça legal.” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 112).

¹¹ SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica Jurídica: seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro*. Vol. 4. São Paulo: Brasiliense Coleções, 1985. p. 83.

¹² SINCHES, Luis Recasens. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Editorial Porrúa S.A., 1973. p. 261.

¹³ É nessa linha a lição de Maria Helena Diniz: “A equidade exerce função integrativa na decisão: a) dos casos especiais que o próprio legislador deixa, propositadamente, omissos, isto é, no preenchimento das lacunas voluntárias, ou seja, daquelas hipóteses (...) em que a própria norma remete ao órgão julgante a utilização da equidade; e b) dos casos que, de modo involuntário, escapam à previsão do elaborador da norma; por mais que se queira abranger todos os casos, ficam sempre omissas dadas circunstâncias, surgindo, então, lacunas involuntárias, que devem ser preenchidas pela analogia, costume, princípios gerais de direito, sendo que, na insuficiência desses instrumentos se deverá recorrer à equidade. A equidade seria o sentimento do justo concreto, em harmonia com as circunstâncias e com o caso *sub judice*. É o recurso intuitivo das exigências da justiça, em caso de omissão normativa, buscando efeitos presumíveis das soluções encontradas para aquele conflito de interesse não normado.” (DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 264). Perceba-se que Maria Helena Diniz enquadra a equidade na mesma categoria em que estão inseridos os princípios gerais do direito, a analogia e os costumes, todos utilizáveis pelo julgador, por expressa previsão legal, para colmatar lacunas legais. Em verdade, nada mais são que expedientes (inconstitucionais) que

prestam homenagem ao *realismo jurídico* – e, portanto, ao próprio *positivismo jurídico* –, aquele pensamento segundo o qual o direito se realiza na própria decisão – uma clareira escancarada para arbitrariedades judiciais, portanto. Sobre o tema, vale a lembrança dos ensinamentos de Lenio Streck quando aponta a superação dos princípios gerais do direito no (novo) constitucionalismo: i) o art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil e o art. 126 do Código de Processo Civil, que funcionam como uma espécie de *fechamento autopoiético* do sistema jurídico, ambos de inequívoca inspiração positivista (permitindo discricionariedades e *decisionismos*), apresentam-se tecnicamente inconstitucionais (não recepcionados); ii) o que fazem esses dois dispositivos é contribuir para uma resistência à manutenção do modelo positivista em relação ao novo constitucionalismo, cujo papel é o de justamente superar o antigo modelo; iii) na era dos princípios, do constitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, não é mais possível pensar em “omissão da lei” que pode ser preenchida por meio da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito; iv) sob o primado dos princípios constitucionais, que vieram substituir o modelo de regras do positivismo, hoje sequer é possível falar em princípios gerais do direito; v) atualmente, os princípios constitucionais têm por função também evitar a saída do juiz do sistema codificado para buscar a solução do caso concreto nos princípios gerais do direito, algo que obstaculiza o arbítrio. (STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 138-150).

²⁴ Edson Prata, em artigo clássico sobre o tema, já advogava que a “equidade se liga com a interpretação da norma legal, de maneira a que o resultado não saia disparatado. Não vem corrigir a norma legal, mas interpretar o direito para que este não se separe do campo do humano e do razoável e penetre na área da lógica tradicional, muito própria para as ciências exatas e de todo desaconselhável quando se tratar de ciências sociais (...)” (PRATA, Edson. Equidade. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 51. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986. p. 35-46). É segundo essa última perspectiva de significação que Pontes de Miranda mostra, com peculiar dose de humor, a desnecessidade de se referir à equidade em textos de lei: “No fundo, a simples indicação de certa liberdade do juiz para consultar o seu íntimo, alusão, portanto, a elementos intuitivos e emocionais, de sentimento e de tendências. Esse elemento existe em todo homem; porém para que aludir a ele em textos de lei? Para recomendar ao juiz ser bom? Organizaram-se jurisdições de equidade, como em certo momento sob a pressão de condições econômicas e políticas, fez a Inglaterra, compreende-se, e bem. Não há referência à equidade em textos de lei. Sempre nos pareceu como o anúncio de restaurante em que se dissesse “Aqui também se bebe água”. (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1947. p. 414-415).

²⁵ Tanto o Código de Processo Civil (arts. 127 e 1.109), como a Lei de Arbitragem (art. 2.º), são exemplos de legislações que autorizam decisões proferidas *contra legem*. Já o uso do equitativo como forma de clarificar normas elásticas é elucidado pelo que dispõe o art. 1.694, § 1.º, do Código Civil. O art. 113, inc. 37, da Constituição de 1934, é, sem dúvida, o melhor exemplo de permissivo legal para a superação de lacunas legislativas por intermédio da equidade. De sua vez, ilustra a *equidade*, como mecanismo de interpretação jurídica, aquilo que preceitua o Decreto Federal 24.150/1934 (Lei de Luvas), em seu art. 73.

²⁶ Caso se faça uma historiografia a respeito da equidade se perceberá o fascínio, talvez inconsciente, que exerceu, e

ainda exerce, sobre o legislador brasileiro; afinal, não satisfeito em inseri-la em variadas legislações, de ordem material e processual, já a adicionou, inclusive, no bojo de uma de nossas Constituições. A Constituição Federal de 1934 era expressa ao prever: “Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 37) Nenhum Juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade.”

²⁷ Há quem considere a súmula vinculante, disciplinada pelo art. 103-A da Constituição Federal (introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/04), uma exceção ao art. 5.º, II. Não parece ser esse o caso. É que o caráter *legicêntrico* do sistema como um todo não sofre alterações, sobretudo porque também as súmulas vinculantes devem sua origem à Constituição e às leis.

²⁸ Sobre a força da legalidade, nunca é demais lembrar trecho do voto, proferido na década de 1940, pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Orozimbo Nonato: “Se o juiz pode e deve preferir, entre várias interpretações aquela que atende mais às aspirações da justiça e ao bem público, se ele é o adaptador consciente da lei ao fato, da norma legal à vida e, dentro nessa função move-se com liberdade, não pode jamais perder de vista o ponto de partida de sua atividade, e que é a lei, em sua letra e em seu espírito, e que lhe cumpre aplicar inteligentemente e não modificar ou alterar, com habilidade e argúcia, fazendo contra ela prevalecer seus sentimentos pessoais de cidadão e jurista.” (Disponível em: <www.stf.jus.br>). Depois disso, o Supremo Tribunal Federal reafirmou sua posição em outro julgado: “Não pode o juiz, sob alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável. Mitigue o juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (In: *Revista Brasileira de Direito Processual*, 50. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986. p. 159-193).

²⁹ CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. Projeto do novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado – Exame técnico e constitucional. In: *Futuro do Processo Civil Brasileiro: uma Análise Crítica ao Projeto do Novo CPC*. Organizadores: Fernando Rossi, Glauco Gumerato Ramos, Jefferson Carus Guedes, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão e Lúcio Delfino. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 551-566.

²⁰ André Del Negri, com esteio nas lições de Gabriel de Deus Maciel, pontua que “o Judiciário, ao decidir por equidade, caminha na contramão do Direito democrático (art. 1.º, CFRB), pois, em decidindo assim, não se permite a discussão dos critérios de formação do ato decisório pelos autores envolvidos (partes processuais). Em consequência, a decisão fica vinculada a critérios subjetivos do julgador e não ao princípio do discurso, com esteio na Teoria do Processo e da Constitucionalidade Democrática, uma vez que não se abre à crítica nem à construção participada das partes em isonomia no decorrer do processo legitimado pelo contraditório e ampla defesa.” (DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 381-382).

²¹ O problema não escapa ao olhar atento de Dierle Nunes. O professor mineiro pontua alguns problemas advindos dessa tendência a uma “equidade judicial” – que reduz a quase nada o papel técnico do procedimento estruturador e formador dos provimentos –, caracterizada por um “privilegio cognitivo” por parte do juiz, sempre sensível a uma “ordem concreta e compartilhada de valores”, a fim de

solitariamente alcançar a “justiça” na solução do caso concreto. (COELHO NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Jurúá Editora, 2010. p. 185).

²² O livro de Michael J. Sandel é um bom exemplo sobre a dificuldade de se compreender o *justo*. Numa perspectiva filosófica, trabalha o conceito de *justiça* sob várias facetas (utilitarismo, ideologia libertária, ótica do mercado, conceitos morais, etc), passando pela visão de vários filósofos como Aristóteles, Kant, John Rawls, Robert Nozicks entre outros. (SANDEL, Michael. J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012).

²³ Não se está defendendo que o intérprete, no Estado Democrático de Direito, estaria maniatado ao estilo de interpretação meramente gramatical – uma espécie de exegese *sintática*. Não se prega uma atitude hermenêutica própria ao *positivismo exegético* (ou *legalista*), oriunda da Escola da Exegese ou da Jurisprudência dos Conceitos. Tampouco se advoga um retorno ao *positivismo normativista* (Hans Kelsen). Pretende-se, isso sim, trabalhar com alternativas alinhadas à superação da discricionariedade judicial, o que *per se* significa o afastamento das teorias positivistas. Hoje, afinal, é incoerente com o paradigma estatal inaugurado com a Carta de 1988 insistir na positividade de verdadeiras *janelas legislativas*, uma vez que permitem o acesso à discricionariedade, fonte de arbítrio, como é propriamente o caso da *equidade*. Os limites presentes nos próprios textos de lei democraticamente construídos devem ser sempre considerados. É indispensável que se observem os enunciados legais salvo se soçobram frente à filtragem constitucional. Enfim, perceber e respeitar a *autonomia* do Direito é algo imperioso, não se podendo admitir protagonismos judiciais direcionados à correção desse mesmo Direito segundo parâmetros exógenos (moral, economia, política), pois tudo aquilo que interessa e deve ser considerado (inclusive questões morais, econômicas, políticas) já está situado no âmbito constitucional. Para melhor compreensão dessas nuances é recomendável a leitura do brilhante artigo: STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. *Revista NEJ – Eletrônica*, 15, n.1, p. 158-153. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acessado em: 06/02/2013.

²⁴ Consoante anota João Baptista Herkenhoff, as Escolas Hermenêuticas surgiram recentemente, depois da promulgação dos códigos de Napoleão, especialmente o Código Civil, conferindo relevo à hermenêutica jurídica. Segundo pensa, devem ser encadeadas em três grupos: i) escolas de estrito legalismo ou dogmatismo (Escola da Exegese, Escola dos Pandectistas e Escola Analítica de Jurisprudência); ii) escolas de reação ao estrito legalismo ou dogmatismo (Escola Histórica do Direito, Escola Histórico-Dogmática, Escola Histórico-Evolutiva e Escola Teleológica); e iii) escolas que se abrem a uma interpretação mais livre (Escola da Livre Pesquisa Científica, Escola Sociológica Americana, Escola da Jurisprudência de Interesses, Escola Realista Americana, Escola Ecológica e Escola Vitalista do Direito). Antes do século XIX, contudo, existiram também Escolas que cuidaram de problemas hermenêuticos, porém só o fizeram incidentalmente. Alguns exemplos são as Escolas dos Glosadores (século XI a XIII), dos Comentaristas (século XIII a XV), da Culta Jurisprudência (século XVI a XVIII), dos Feudistas (século XVI) e Holandesa (séculos XVII e XVIII) (HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 31-33).

²⁵ Leciona Recasens Sinches que os mais destacados representantes do movimento realista são: Underhill Moore, Herman Oliphant, Walter W. Cook, Karl N. Llewellyn, Charles E. Clark e Jerome Frank. Pontua, ademais, não haver entre os juriconsultos que aderiram ao movimento unanimidade

sobre o que se deva entender por *realidade*, a despeito de, genericamente, a maior parte buscar essa *realidade* na conduta efetiva dos juízes. (SINCHES, Luis Recasens. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Editorial Porrúa S.A., 1973. p. 95-96).

²⁶ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 67.

²⁷ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 68.

²⁸ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 57-58.

²⁹ É interessante observar que Oskar Bulow, cujas lições influenciaram na formatação do sistema processual brasileiro, era adepto desse realismo jurídico, conforme fica claro pela leitura do seguinte trecho de uma de suas obras: “Então, quando acontece, várias vezes, das decisões dos juízes contrariarem o sentido e a vontade da lei, isso deve ser aceito tranquilamente, como um destino inevitável, como um tributo, o qual os legisladores e juízes prestam à fraqueza do poder de expressão e comunicação humanas. (...) Mesmo a decisão contrária à lei possui força de lei. Ela é, como qualquer decisão judicial, uma determinação jurídica originária do Estado, validada pelo Estado e por ele provida de força de lei. Com isso, não se quer dizer outra coisa do que o juiz ser autorizado pelo Estado a realizar determinações jurídicas, por eles criadas, escolhidas e desejadas.” (BULOW, Oskar von. *Gesetz und Richtertam. In: Juristische Zeitgeschichte. Kleine Reihe, Klassische Texte*. Berl: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003. v. 10. p. 37 *apud* LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2008).

³⁰ Esclarece Lenio Luiz Streck: “No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um *simulacro de modernidade*. Como muito bem assinala Eric Hobsbawm, o Brasil é ‘um monumento à negligência social’, ficando atrás do Sri Lanka em vários indicadores sociais, como mortalidade infantil e alfabetização, tudo porque o Estado, no Sri Lanka, empenhou-se na redução das desigualdades. Ou seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista como a visão neoliberal. Só que existe um imenso déficit *social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra esse neoliberalismo pós-moderno*. Daí vir a propósito o dizer de Boaventura de Sousa Santos, para quem o Estado não pode pretender ser fraco: ‘*Precisamos de um Estado cada vez mais forte para garantir os direitos num contexto hostil de globalização neoliberal*’. E acrescenta: ‘*Fica evidente que o conceito de um Estado fraco é um conceito fraco*. (...) Hoje, forças políticas se confrontam com diferentes concepções de reforma’. Por isto, conclui, não é possível, agora, organizar politicamente a miséria e a exclusão, produzidas de modo desorganizado e desigual tanto globalmente quanto nos contextos nacionais: ‘*Nunca os incluídos estiveram tão incluídos e os excluídos, tão excluídos*.’” E continua o mestre: “É evidente, pois, que em países como o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado. *As políticas neoliberais, que visam a minimizar o Estado, não apontarão para a realização de tarefas antitéticas a sua natureza*. Veja-se o exemplo ocorrido na França, onde, recentemente, após um avanço dos neoliberais, a pressão popular exigiu a volta das políticas típicas do Estado Providência. Já em nosso país, ao contrário disto, seguimos na contramão, é dizer, quando países de ponta rediscutem e questionam a eficácia (social) do neoliberalismo, caminhamos, cada vez mais, rumo ao ‘Estado absenteísta’, ‘minimizado’, ‘enxuto’ e ‘desregulamentado’, a ponto de um

dos líderes do PFL – Partido da Frente Liberal, Senador Jorge Bornhausen, que apoiou o governo Fernando Henrique Cardoso, nos oito anos de mandato, declarar, no jornal Folha de São Paulo do dia 10.12.98, que se fazia urgente o desmonte do Estado, deixando-o absolutamente mínimo, propondo, inclusive, a venda da Petrobrás, do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal... É este, pois, o dilema: *quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe!*” E conclui: “Tudo isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito. O Direito recupera, pois, sua especificidade. No Estado Democrático de Direito, ocorre a secularização do Direito. Desse modo, é razoável afirmar que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos uma Constituição democrática – *deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas.*” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito.* 7ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 25-27).

³¹ É interessante observar a força desse *pensamento libertário* também nos EUA, como mostra Marcelo Novelino, com alicerces nas lições de Richard Posner, ao indicar que investigações empíricas comprovam que o comportamento judicial dos membros da Suprema Corte americana é influenciado, de forma consciente, subconsciente ou inconsciente, pela opinião pública e *também por muitos fatores extrajurídicos, tais como a ideologia, as características e interesses individuais e as experiências pessoais e profissionais.* (NOVELINO, Marcelo. *A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF.* Disponível em: www.justocantins.com.br. Acessado em: 28/06/2013).

³² Nas lições de Luis Roberto Barroso, o ativismo judicial desponta quando há um *déficit* na atuação dos demais órgãos de poder; seu ponto positivo é, sem dúvida, o atendimento às demandas sociais relegadas por instâncias políticas. Entretanto, é um sintoma do mau funcionamento das instituições constitucionalmente competentes, além de acarretar risco de desgaste e politização do Judiciário. Diante das dificuldades enfrentadas pelo Legislativo no Brasil, o ativismo judicial ganhou terreno e vem se mostrando cada vez destacado, conduzindo a decisões não raramente embasadas em critérios não previstos em lei. Como exemplo de ativismo, o ilustre constitucionalista cita a questão da fidelidade partidária, quando o Tribunal Superior Eleitoral estabeleceu, e o Supremo confirmou, norma não prevista na Constituição em nome do princípio democrático. (BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização é fato, ativismo é atitude* [17 de maio, 2009]. *Consultor Jurídico*. Entrevista concedida a Marina Ito).

³³ Para ficar apenas na legislação processual: (i) decisões que insistem em fixar honorários sucumbenciais segundo parâmetros diversos daqueles estabelecidos legalmente; (ii) decisões cuja base fática e/ou jurídica desborda daquela efetivamente debatida ao longo do procedimento judicial; (iii) decisões não fundamentadas.

³⁴ Um estudo elaborado por pesquisadores da Universidade Federal do Paraná indica que os juízes paranaenses julgam muito mais baseados em critérios de conveniência extraídos do caso concreto. Um dos pesquisadores envolvidos, o professor Emerson Gabardo, elucida que “em vez de alguns julgadores buscarem o Direito para encontrar a solução, eles buscam a solução – dentro daquilo que entendem como Justiça – para depois buscarem o Direito.” Para ele, os juízes estão muito mais preocupados, conscientemente ou não, a

fazer justiça conforme seus próprios critérios subjetivos: “É paradoxal, mas a abertura para os princípios acaba acarretando uma ampliação da influência da consciência na decisão. Formalmente, a decisão é objetiva, materialmente não. Isso já acontecia no auge do positivismo, mas de forma muito mais tímida e controlável.” (Ideologia pessoal define decisões de juízes, diz estudo. *Revista Consultor Jurídico*. 6 de julho, 2012. Disponível em: www.conjur.com.br. Acessado em: 08/02/2013).

³⁵ A expressão *pan-principiologismo* foi cunhada por Lenio Luiz Streck para denunciar a presença entre os brasileiros de uma usina de produção de princípios sem normatividade, verdadeiros *standards jurídicos*, construídos de forma voluntarista por juristas descomprometidos com a deontologia do Direito. Para aprofundamento no tema: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

³⁶ O Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente sobre questão atinente à perda ou não automática do mandato daqueles deputados condenados no midiático “processo do mensalão”. Prevaleceu o entendimento no sentido de que a suspensão dos direitos políticos e a extinção dos mandatos parlamentares seriam consequência direta do trânsito em julgado da decisão condenatória. Ocorre que a Constituição reserva, de maneira expressa, exclusivamente às Casas Legislativas a prerrogativa de extinguir os mandatos dos Deputados. A decisão, cuja essência é muito mais popular que propriamente técnica, é atentatória à Carta Constitucional. Sobre a problemática, consultar: AMORIM, Felipe. *Juristas criticam cassação automática de deputados* pelo Supremo [17 de dezembro de 2012]. Última Instância. Disponível em: www.ultimainstancia.uol.com.br. Acessado em: 08/02/2013. Lembre-se, ademais, a tese de mutação constitucional aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da Reclamação 4335-5/AC, para equiparar os efeitos do controle difuso aos do controle concentrado e que relegou à inutilidade o art. 52, X, da Constituição. O texto constitucional foi literalmente substituído por outro, cuja invenção (legiferância) coube ao Supremo, que atuou como uma espécie de poder constituinte permanente e ilegítimo. Sobre o problema: STRECK, Lenio; CATTONI OLIVEIRA, Marcelo Andrade; BARRETO LIMA, Martonio Mont’Alverne. *A nova perspectiva do STF sobre controle difuso*. *Consultor Jurídico*. São Paulo, 03 de agosto de 2007. Disponível em: www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso?imprimir=1.

³⁷ Nas precisas palavras de Lenio Streck, (...) “o direito do Estado Democrático de Direito está sob constante ameaça. Isso porque, de um lado, corre o risco de perder a autonomia (duramente conquistada) em virtude dos ataques dos predadores externos (da política, do discurso corretivo advindo da moral e da análise econômica do direito) e, de outro, torna-se cada vez mais frágil em suas bases internas, em face da discricionariedade/arbitrariedade das decisões judiciais e do conseqüente *decisionismo* que isso exsurge inexoravelmente.” (STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?* *Revista NEJ – Eletrônica*. Vol. 15 – n. 1. Jan-abr 2010. p. 158-173. Disponível em: www.univali.br/periodicos).

³⁸ Lenio Streck é categórico quando afirma que há um verdadeiro *direito fundamental a decisão adequada à Constituição Federal*. Em suas palavras, “o que não podemos fazer é cumprir a lei só quando nos interessa. Explicitando isso de outra maneira, quero dizer que o acentuado grau de autonomia alcançado pelo direito e o respeito à produção democrática das normas faz com que se possa afirmar que o Poder Judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei nas seguintes hipóteses, que delineio em *Verdade e Consenso*, e que faz parte da Teoria da Decisão que venho construindo (p. 327-416 – Cap. 11): a) quando a lei

(o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, *v.g.*, a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes; c) quando aplicar a interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Neste caso, o texto de lei (entendido na sua "literalidade") permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado a Constituição (trabalho, aqui, com a distinção-diferença entre "texto e norma"); d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal (*idem*, a distinção texto-norma). Assim, enquanto na interpretação conforme à Constituição há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma *abdução* de sentido, na fórmula 'esse dispositivo é inconstitucional se entendido no sentido de...'; e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo; f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendido este não como *standards* retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pan-principiologismo. É através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é "suspensa" em casos de insignificância). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares *exigirão* – mas *exigirão* mesmo – aplicação similar, graças à integridade e a coerência." (STRECK, Lenio. Ministros do STJ não devem se aborrecer com a lei. *Consultor Jurídico*. São Paulo, 07 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-07/senso-incomum-nao-aborrecer-lei-ministra-nancy-andrighi?pagina=2>>).

³⁹ Giorgio Del Vecchio, em época distante da atual, já sublinhava os perigos à própria liberdade dos cidadãos, decorrentes do apego a vertentes ideológicas que procuram libertar o juiz das amarras legais: "É digna portanto de oposição a tendência que hoje se manifesta na escola do chamado direito livre: pela qual se entende deixar ao arbítrio do juiz, não somente a decisão do caso em questão, mas também a declaração da norma a seguir na mesma decisão. Vêm assim a desconhecer-se inteiramente os requisitos e os limites lógicos da função judicial, o quais, no Estado moderno, têm também o significado duma fundamental garantia de liberdade. O uso impróprio das palavras não deve induzir em erro: a pretendida 'liberdade na aplicação do direito' constituirá efetivamente, além dum paralogismo teórico, um perigo permanente contra a liberdade jurídica dos cidadãos, que tem precisamente a sua base na certeza do direito, e, especialmente, na indiscutível soberania da lei." E conclui esclarecendo que essa recusa à liberdade de atuação do juiz não implica reconhecer em sua função algo

meramente neutral: "Não quer isso dizer, bem entendido, que o juiz se deva tornar cego instrumento de aplicação mecânica do direito. Enquanto se opusesse somente a tal concepção 'Freirechtliche Bewegung' seria ela plenamente justificada. Ninguém pode desconhecer que a interpretação do direito, e principalmente a que se exige do juiz, tem o caráter dum verdadeiro e original *repensamento* que supõe uma especial aptidão, procurando aproveitar as sugestões nascentes das soluções em contínua renovação. A interpretação do juiz é um elemento subordinado, mas necessário para o desenvolvimento do sistema vigente: ela suscita, como um fermento, as potencias ideais passadas e chega a descobrir mesmo nas leis antigas significados que os próprios autores não puderam entrever. Ficam portanto imutáveis na interpretação os fundamentos lógicos do sistema e a unidade orgânica da sua estrutura, ao passo que dentro desses limites o sistema recebe, com a sua aplicação, novos e fecundos incrementos." (DEL VECCHIO, Giorgio. *Direito, Estado e Filosofia*. Traduzido por Luiz Luigi. Rio de Janeiro: Livraria Editora Politécnica Ltda., 1952. p. 55-56).

⁴⁰ O atual Código de Processo Civil – vale a referência – também mencionava a *equidade* em outro dispositivo, hoje revogado, mas cujo teor se mantém praticamente intacto em artigo de lei que lhe sobreveio e permanece em vigência. Preceituava seu art. 1.075, IV, que o compromisso arbitral poderia conter "a autorização aos árbitros para julgarem por equidade, *fora das regras e formas do direito*". A chamada Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996), hoje vigente, conservou o espírito anterior e prescreve, já em seu art. 2.º, que "a *arbitragem* poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes". E, mais adiante, reza que o compromisso arbitral poderá conter "a *autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade se assim for convencionado pelas partes*". Para aqueles que atribuem natureza jurisdicional à arbitragem, esse regramento também elucida a existência de um *veio aberto* a *decisionismos* judiciais de difícil fiscalização pelas partes. Pior, é responsável por um disparate científico que, salvo engano, é insuperável: afinal, não se mostra possível defender a legitimidade de texto legal que admite, de forma escancarada e em pleno Estado Democrático de Direito, o exercício de atividade jurisdicional assentada em critérios avessos ao da legalidade.

⁴¹ Perceba-se que, de fato, boa parte da doutrina contemporânea até tenta afastar-se da conclusão extraída pela leitura dos referidos dispositivos (=sentido radical, de feição aristotélica), preferindo torcê-los para aferir que não há neles propriamente autorização para decisões *contra legem*. A despeito disso, dessas tentativas de minimizar os efeitos da lei, algumas ilações confirmam o defendido aqui: i) autorizar o juiz a aplicar a norma que *estabeleceria se fosse legislador* é nada mais que autorizá-lo a *criar* uma norma, seja porque o ordenamento jurídico se apresente lacunoso, seja simplesmente para julgar conforme diretrizes estranhas à legalidade; ii) impor que *o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei* significa consentir-lhe a assim proceder sempre que a lei permitir, ainda que existam enunciados legais positivados em sentido contrário à norma concreta (provimento jurisdicional) elaborada por ele mesmo ao fim da atividade jurisdicional; e iii) possibilitar ao juiz afastar-se do critério da *legalidade estrita* é autorizá-lo a julgar consoante critérios diversos daqueles previstos no âmbito legal, abrindo margem para que decida do modo que reputar mais conveniente ou oportuno; afinal, se alguém não está obrigado a observar algo, isso só pode significar que esse algo é real, não obstante sem importância ou supérfluo, ao menos para o julgador.

⁴² Na Câmara dos Deputados foi constituída *comissão de juristas* que prestou auxílio técnico e da qual participaram os processualistas Paulo Henrique dos Santos Lucon, Alexandre Freitas Câmara, Arruda Alvim, Dorival Pavan, Fredie Didier

Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Luiz Henrique Volpe Camargo, Marcos Destefenni e Sérgio Murtiba.

⁴³ É preciso sublinhar que, para o autor deste artigo, a jurisdição voluntária possui natureza jurisdicional, não se tratando assim de atividade administrativa. Por todos, Edson Prata: "(...) os atos de jurisdição voluntária não se enquadram nos atos de administração, de forma alguma; (...) por vezes não se enquadram perfeitamente no que entendemos por atos de jurisdição. Por não se enquadrarem perfeitamente nestes, entretanto, não devemos repudiá-los pronta e illogicamente. O certo é que, em temas jurídicos, qualquer tese extremada e ortodoxa acaba revelando no absurdo e inconsequente, distanciando-se da realidade." (PRATA, EDSON. *Jurisdição voluntária*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1979. p. 58).

⁴⁴ Em sede doutrinária, Joel Dias Figueira Júnior também defendeu, a partir de outros argumentos, a supressão do dispositivo autorizando o juiz a julgar por equidade nos casos previstos em lei. Conferir: FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Jurisdição de equidade e jurisdição de direito – exegese do artigo 127 do CPC e do art. 109 do PL 166/2010. Processo civil: novas tendências. Em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Coordenação: Fernando Gonzaga Jayme, Juliana Cordeiro de Faria e Maira Terra Lauar. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011. p. 395-415).

⁴⁵ Em artigo escrito em obra já publicada, Ronaldo Brêtas faz um apanhado de todas as sugestões que apresentou ao Congresso Nacional, inclusive aquela na qual sugeriu a supressão dos artigos que autorizam as decisões por equidade. Confira-se seu raciocínio, elaborado antes do projeto chegar à Câmara dos Deputados: "O texto normativo do art. 108 apresenta o seguinte conteúdo: 'O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.' Entendemos que esse trecho deve ser suprimido, por afrontar visivelmente a principiologia constitucional do Estado Democrático de Direito, renumerando-se os artigos subsequentes, que forem mantidos. Assim o é, porque, no Estado Democrático de Direito brasileiro, que adota o sistema jurídico romano-germânico (*civil law*), o juiz não pode decidir por equidade. Se houver alguma norma que o autorize a tanto, será inconstitucional, porque o agente público decisor (juiz) sempre estará vinculado à *reserva legal*, garantia fundamental do povo, conforme prevê o art. 5º, inc. II, da Constituição Federal: 'Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'. A expressão lei, no texto constitucional, deve ser entendida como ordenamento jurídico, vale dizer, conjunto de princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais que compõem, vinculando os órgãos jurisdicionais, quando proferem suas decisões. Daí a inarredável sujeição do Estado Democrático de direito ao princípio constitucional da legalidade, que o estrutura constitucionalmente, como proclamam as normas do art. 37 da Constituição Federal, que mencionam dito princípio estruturante do Estado Democrático de Direito em *primeiro lugar*, na enumeração que empreende. (...) A supressão ora sugerida ficará harmonizada com a proposta legislativa apresentada na própria Exposição de Motivos, pois um dos objetivos ali declarados, na elaboração de um Novo Código de Processo Civil, aliás, o primeiro, foi 'estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal', em razão da 'necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal'. Pelas mesmas razões, o parágrafo único do art. 689 também deverá ser suprimido do texto do Projeto, pois permite que, nos procedimentos não contenciosos, possa o juiz decidir com inobservância do critério da legalidade estrita, destarte, autorizando-lhe fraudar o texto da Constituição, ao julgar com afronta à inarredável garantia da reserva legal." (CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. Projeto do novo

Código de Processo Civil aprovado pelo Senado – exame técnico e constitucional. In: *O futuro do processo civil – uma análise crítica ao Projeto do novo CPC*. Organização: ROSSI, Fernando; RAMOS, Glaucio Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; DELFINO, Lúcio; RIBEIRO MOURÃO, Luiz Eduardo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 551-566).

⁴⁶ É preciso sempre cuidar para que não ressurgam do túmulo concepções semelhantes àquela talhada pelo nazismo, segundo a qual *o juiz seria o Führer dentro do processo* ("doutrina do Führer-prinzip"). Leciona Alípio Silveira, com base em farta doutrina estrangeira, que na Alemanha nacional-socialista o direito era reflexo da *consciência popular, mas tal como interpretada pelo Führer*, pois era ele, e só ele, o intérprete autêntico deste estado de consciência. Ao juiz, de sua vez, cumpria executar a vontade do Führer dentro do processo, era seu papel, antes de proferir uma decisão, perguntar a si mesmo: Como decidiria o Führer em meu lugar? Estará esta decisão de acordo com a consciência nacional-socialista do povo alemão? Na prática, a interpretação poderia até mesmo atingir julgamentos *contra legem* quando o bem do Estado manifestamente o exigia, a exemplo da recusa de inscrição no *Grundbuch* do título de propriedade de um judeu, ou ainda da negativa de casamento entre um judeu e uma ariana. Em suma – conclui o mencionado jurista – o que fez o hitlerismo foi forjar uma nova e original concepção do *direito livre*, de resto paradoxal e ilusória porque o intérprete estava obrigado a ater-se à consciência nacional-socialista, que se confundia com a própria vontade (real ou presumida) do Führer. E isso sem dúvida significava independência na proclamação do direito, livre de todas instruções da autoridade, alheia até à própria lei, desde que obviamente em harmonia com a ideologia nacional-socialista. (SILVEIRA, Alípio. O fator político-social na interpretação das leis. São Paulo: Tipografia Paulista, 1946. p. 264-269).

⁴⁷ Na elaboração deste artigo se adotou um ângulo que aponta dissonâncias ideológicas entre as decisões *por equidade* e o atual momento vivido no Brasil, inaugurado a partir da Constituição de 1988. E assim sobretudo porque o decidir *por equidade*, em última análise, se assenta num protagonismo judicial sem respaldo no modelo do Estado Democrático de Direito. Entretanto, a opção poderia seguir outra miragem: é que segundo uma perspectiva filosófica, as decisões *por equidade* têm ligações estreitas com o esquema metodológico da *filosofia da consciência*, e isso justamente porque oriundas do protagonismo judicial. Algo no mínimo paradoxal, uma vez que a *filosofia da consciência*, decorrente da modernidade, deveria estar superada pelo *paradigma da linguagem*. Lenio Streck leciona que o *giro ontológico-linguístico* acarretou a morte do "sujeito da subjetividade", razão pela qual não é mais esse sujeito o fundamento do conhecimento. Em outros termos, o sujeito "não mais assujeita as coisas, os sentidos e o conhecimento; ele agora responde a uma relação intersubjetiva, em que existe um *a priori* compartilhado, lócus dos sentidos que se antecipam a esse sujeito." Ou ainda, "os sentidos se dão na linguagem (...) é na linguagem que se dá a ação, (...) e não na consciência do sujeito-intérprete". Para um aprofundamento dessa temática, inclusive com enfoque processual, conferir: STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. O "cartesianismo processual" em terras brasílicas: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. *Revista NEJ – Eletrônica*. Vol. 18. N. 1. Jan-abr 2013. p. 05-22. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Também conferir o excepcional: STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(em) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 221-229.

⁴⁸ Em palestra ganhadora do Prêmio “Humberto Briseño Sierra”, apresentada em 19 de outubro de 2012, no XII Congresso Nacional de Direito Processual Garantista, realizado na cidade argentina de Azul, Eduardo José da Fonseca Costa, com o seu brilho característico, elucidou, *em perspectiva crítica*, as características da jurisdição em ideologias ativistas socialistas, fascistas e social liberais. A versão escrita do aludido trabalho está disponível em: COSTA, Eduardo José Fonseca. Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, facista y gerencial. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 21, n. 82, p. 205-216, abr./jun., 2013.

⁴⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1947. p. 412-413. (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1947. p. 413-414).

Publicado originalmente: DELFINO, LÚCIO. A paradoxal decisão por equidade no Estado Democrático de Direito: apontamentos sobre o “Relatório Paulo Teixeira”. PIMENTEL, Alexandre Freire et al (Coord.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador: Editora JusPodivim, 2014, p. 235-255. v. 3.

ABDPro