

Novo CPC e decisão *por equidade*: a *canibalização* do direito¹

Lenio Luiz Streck

Advogado, Jurista e professor titular da Unisinos e Unesa. Professor emérito da EMERJ; Membro catedrático da ABDCONST.

Lúcio Delfino

Advogado. Membro-fundador da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Pós-doutor (UNISINOS-RS) e doutor em Direito (PUC-SP).

Equidade é expressão amorfa, com significância multifacetada, o que é verificável pelas divergências que a envolvem em sede doutrinária e jurisprudencial. Antes de qualquer coisa, é necessário dizer e lembrar que equidade (*equity*) vem da Inglaterra, quando o Lord Chancellor dava *equitable remedies ad misericordiam* (ou *non misericordiam*). O Lord Chancellor era a instância última, “resolvendo” as pendengas a partir da *equity*... Mas isso não mais existe por lá. Só que aqui, o CPC insiste em manter essa coisa serôdia. Os ingleses evoluíram! E nós, não.

A doutrina tem dito que *equidade* pode menosprezar o direito positivo, sendo possível decidir *contra legem*.² Parte da doutrina remete o conceito a Recaséns Siches: a equidade seria 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.³ 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. Haja paciência para esses conceitos em pleno Estado Democrático de Direito.

Existem outras posições “mais avançadas”, que dizem que a *equidade* seria um *recurso* às insuficiências da legislação, utilizável no *suprimento* de lacunas normativas, ou mesmo para aclarar enunciados abertos. Outras posições dizem respeito à *equidade* como a propriedade dos enunciados legais abstratos de se adaptarem, segundo certos critérios, às circunstâncias ou exigências fáticas do caso concreto. Algo inerente ao mecanismo de interpretação jurídica, que *sempre* impeliria

¹ Publicado em: STRECK, Lenio; DELFINO, Lúcio. Novo CPC e Decisão por Equidade: a Canibalização do Direito. Revista Consultor Jurídico. 29/12/2015. Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-29/cpc-decisao-equidade-canabalizacao-direito>>.

² SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica Jurídica: seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro*. Vol. 4. São Paulo: Brasiliense Coleções, 1985. p. 83.

³ SINCHES, Luis Recasens. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Editorial Porrúa S.A., 1973. p. 261.

o intérprete a adotar exegeses razoáveis, afinadas com o bom senso e toleradas, sem repugnância, pela razão humana. Nessa ótica, não se tem propriamente decisão *por* equidade e sim 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. Esta última posição parece um pouco melhor, embora não se saiba o que seriam as tais exegeses razoáveis.

As legislações brasileiras em algum momento já albergaram (e algumas ainda albergam) exemplos de todos esses significados, fazendo a *equidade* variar de sentido a depender do contexto em que está inserida. Alguns exemplos: i) tanto o CPC-1973 (arts. 127 e 1.109), como a Lei de Arbitragem (art. 2º.), são legislações que autorizam decisões proferidas *contra legem*; ii) o uso do equitativo como forma de clarificar enunciados legais elásticos está bem representado pelo art. 1.694, § 1º., do Código Civil; iii) o art. 113, inc. 37, da Constituição de 1934 foi um permissivo legal elaborado para a superação de lacunas legislativas via equidade; e iv) elucidada a *equidade*, como mecanismo de interpretação jurídica, aquilo que preceitua o Decreto Federal 24.150/1934 (Lei de Luvas), em seu art. 73.

O Novo CPC não foge à tradição e estabelece que “[o] juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico” e “só decidirá por equidade nos casos previstos em lei” (art. 140, parágrafo único). Ao tratar dos procedimentos de jurisdição voluntária, reza que o “juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna” (art. 723, parágrafo único).⁴ Ora, é manifesta a abertura decisionista oriunda dos referidos dispositivos, cujo contrassenso fere significativamente as bases do Estado Democrático de Direito. É bem verdade que a doutrina até se esforça, às vezes mediante malabarismos hermenêuticos, em sugerir interpretações menos traumáticas e aceitáveis, mas ao fazê-lo abandona por completo o próprio texto positivado que, infelizmente, não tolera percepção mais branda. Se é verdade que o texto legal traz limites semânticos cujo respeito se impõe a qualquer intérprete, parece certo afirmar que a equidade, nos moldes especificados pelo CPC-2015, foi mesmo delineada para funcionar como expediente de *retificação* da lei supostamente injusta para a solução do caso concreto suscitado em juízo. Parece que o fantasma de Büllow não dá folga aos instrementalistas brasileiros. Els adoram um voluntarismo.

O que se tem aí, de um lado, é uma licença para o legislador infraconstitucional criar exceções à legalidade (art. 140, parágrafo único) e, de outro, a autorização expressa para que o juiz se afaste dela em procedimentos de jurisdição voluntária (art. 723, parágrafo único). Em suma, desdenha-se um direito fundamental

⁴ 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. Conferir em: 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 *et al.* Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 551-566.

que compõe a identidade da Constituição e que, só por isso, está blindado a manobras legislativas tendentes a eliminá-lo ou a minimizar sua importância (CFRB, art. 60, § 4º, IV).

Não se pode esquecer que a supremacia normativa – em suas perspectivas formal e material – confiada atualmente à Constituição Federal representa o maior ganho que se obteve com a inauguração do Estado Democrático de Direito. Tal importe, todavia, não implica desgaste ao *princípio da legalidade*. Naquilo que é relevante aqui, a legitimidade democrática das decisões judiciais assenta-se na exclusiva sujeição do Judiciário aos enunciados normativos constitucionalmente válidos que integram o sistema legal, emanados da vontade do povo, porque discutidos, votados e aprovados por seus representantes eleitos.⁵ 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*). Apenas sofreu transformações de sentido, razão pela qual se fala hoje, na esteira de Eliaz Dias, em *legalidade constitucionalizada*: 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.

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, avesso a arbitrariedades e voluntarismos praticados pelo Estado. 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*” (CFRB, art. 5º., II) – ou seja, o *princípio da legalidade* está positivado expressamente no âmbito constitucional; e ii) em todo o texto constitucional não há enunciado algum, nenhuma *cláusula de exceção* que legitime uma fissura no *princípio da legalidade*. 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 da legalidade que esteja prevista em legislação infraconstitucional, como fez o CPC-1973 e faz também o CPC-2015.

Mais preocupantes, porém, são 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 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). É como se no ordenamento jurídico houvesse uma *válvula de tolerância*, liberando o

⁵ CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 134.

ingresso e a livre circulação em seu domínio de toda sorte de elementos exógenos, calcados naquilo que, para o juiz, *em seu particular subjetivismo*, se apresenta *justo*⁶ para a solução do caso concreto. Ainda em linguagem metafórica: a aquiescência legal no que tange às decisões *por equidade* importa reconhecer, no seio do sistema normativo, a presença de *portal encantado* cujo ingresso transporta o julgador para uma *realidade alternativa* que o liberta das amarras da lei, permitindo-o fazer uso de práticas concernentes a espécie de *realismo jurídico à brasileira*.

A alusão feita acima pretende estabelecer um contraponto com o chamado *Realismo Jurídico Americano*, postura epistêmica que eclodiu como uma reposta à jurisprudência analítica, versão *commowliana* do positivismo do século XIX. Seus defensores, que podem ser considerados como “positivistas fáticos”. A base está no enunciado “*the judge made law*”. Há várias correntes realistas. Nelas, há um deslocamento dos discursos de validade em direção à decisão e, conseqüentemente, aos fatores ideológicos, subjetivos, psicológicos, etc que conformam a vontade do juiz. Mais não precisa ser dito sobre isso.

Daí não ser exagero afirmar que as *licenças legislativas* autorizando o juiz a decidir *por equidade* conduzem ao pensamento defendido pelos *realistas jurídicos*. Não só por eles, como também por adeptos das diversas concepções que incorporam a possibilidade de corrigir o direito a partir de concepções morais, etc. Á evidência, isso leva a fomentação de *jurídico de decisionismos*, concentrando o ideal de justiça no subjetivismo do julgador e não nas leis democraticamente elaboradas pelos representantes do povo. Em boa medida, aliás, é possível constatar, mais e mais, dia a dia, as conseqüências 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. 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; ii) proferidas em atentado às legislações processual e/ou material sem que haja justificativa para tanto, a não ser a vontade do juiz; 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; 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 (*pamprincipiologismo* ou *caos principiológico*); vi) adulteradoras dos limites hermenêuticos dos enunciados normativos, inclusive aqueles de calibre constitucional.

⁶ O livro de Michael J. Sandel exemplifica a dificuldade de se compreender o *justo*. Numa perspectiva filosófica, o autor 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, M. J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012).

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 CPC, não concernente a circunstâncias excepcionais afetas a dispositivos ali previstos de maneira isolada. É algo maior, decorrente de um inconsciente coletivo que aposta suas fichas no Judiciário, que valoriza paradoxalmente a discricionariedade judicial num modelo constitucional cujo núcleo preza pela segurança e previsibilidade.

Não se está a tratar de um problema de menor relevo, cuja motivação se situe unicamente no desejo de imprimir adequada sistematização ao ordenamento jurídico. Com o Novo CPC perdeu-se a oportunidade de extirpar esses resquícios legiferantes de uma ideologia que, se no passado já encontrou asilo noutros regimes, hoje contudo carece de respaldo teórico-filosófico, nada justificando sua subsistência em legislações produzidas por uma democracia como a brasileira. Os dois dispositivos criticados aqui, transplantados do CPC-1973 para o Novo CPC, promovem o resgate de métodos “tipo direito livre” (para dizer o mínimo), cujos adeptos mais radicais se apegam a um tipo de *nilismo legislativo*. Tais preceitos desdenham o papel das leis elaboradas por representantes legitimamente eleitos 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 sistema normativo.

E mais: 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 a 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.

Quem perde com essa *libertinagem normativa* 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.