

A EQUIDADE COMO CRITÉRIO DE DECISÃO JUDICIAL ANTE OS PARADIGMAS DO NOVO JUDICIALISMO CONSTITUCIONAL

Madja de Sousa Moura Florencio

Juíza Federal Substituta do Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Resumo: A crescente judicialização de questões políticas e sociais torna cada vez mais comprometedor a atuação do juiz, já que os efeitos de uma decisão judicial podem assumir proporções nunca antes imaginadas. E o nosso sistema jurídico não se mostra preparado para lidar com estas situações, porque, apesar dos inúmeros instrumentos que estão à disposição dos julgadores para solucionar as questões coletivas, a sua utilização ainda é norteadada pelos princípios de direito individual, que não atendem às peculiaridades dos direitos transindividuais, característicos de uma sociedade de massa. Diante deste cenário é que a equidade, como critério de decisão judicial, se apresenta como um dos instrumentos postos à disposição do juiz na tarefa de superar a frieza da lei, alcançando, assim, a justiça do caso concreto.

Palavras-chave: equidade; atualização do justo legal; interpretação e integração de normas; justiça particular.

Abstract: The increasing judicialization of political and social issues renders the role of the judge more and more compromising, since the effects of a judicial decision may cause proportions never before imagined. And our legal system does not seem prepared to deal with these situations because, despite the numerous tools available to judges to resolve collective issues, their use is still guided by the principles of individual rights, which do not meet the peculiarities of transindividual rights, which are characteristic

of a mass society. Faced with this scenario is that fairness as a criterion for judgment presents itself as one of the tools available to the judge in the task of overcoming the coldness of the law, thus bringing the justice to the concrete case.

Keywords: equity; updating of legal fairness; interpretation and integration of norms; private justice.

A EQUIDADE COMO CRITÉRIO DE DECISÃO JUDICIAL ANTE OS PARADIGMAS DO NOVO JUDICIALISMO CONSTITUCIONAL

O grande desafio do Direito hoje é a concretização da justiça. Não mais se concebe o Direito compartimentado, isolado em sua própria dogmática, inerte aos reclamos sociais. A sociedade exige um Direito vivo, atento às suas transformações.

A visão positivista de completa separação entre o direito e os valores morais está há muito superada. O juiz de outrora se restringia a aplicar a lei, sem se preocupar em fazer justiça. O justo era visto como sinônimo de justo legal. Com o colapso do positivismo puro, essa visão se tornou insuficiente e a justiça foi elevada ao patamar de fim último do Direito.

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 2009, p. 277):

A volta aos valores é a marca do pensamento jurídico que se desenvolve a partir da segunda metade do século XX. Foi, em grande parte, consequência da crise moral do positivismo jurídico e da supremacia da lei, após o holocausto e a barbárie totalitária do fascismo e do nazismo. No plano internacional, no contexto da reconstrução da ordem mundial do pós-guerra, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, na qual se materializou o consenso entre os povos acerca dos direitos e liberdades básicas a serem assegurados a todos os seres humanos. No âmbito interno, diferentes países reconhecem a centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, que passam a ser protegidos por tribunais constitucionais. Tanto no direito europeu como nos Estados Unidos, diversos desenvolvimentos teóricos marcam

a nova época, aí incluídos estudos seminais sobre a teoria da justiça, normatividade dos princípios, argumentação jurídica e racionalidade prática, dando lugar a uma reaproximação entre o Direito e a filosofia. A volta dos valores está no centro da discussão metodológica contemporânea e do pensamento pós-positivista.

É certo que as leis, com a abstração que lhes é característica, não conseguem antever todas as situações da vida. As incertezas das ações dos indivíduos e a dificuldade de se atender todas as suas necessidades, vontades e interesses se apresentam como obstáculos à positividade do sistema jurídico. A frieza das normas não alcança as peculiaridades do caso concreto. A letra da lei é insensível às circunstâncias materiais dos acontecimentos que prescreve.

Além disso, a visão de que caberia ao Juiz a simples interpretação e aplicação das normas também vem sendo rechaçada pela doutrina.

Nas palavras de Eros Roberto Grau (GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos Juízes, 2013, p. 16), ao tentar responder a questão de “quem produz a norma jurídica”, se o Legislativo ou o Judiciário, esta posição aparece de forma cristalina:

O fato é que não se interpreta a norma: a norma é o resultado da interpretação. E mais, a interpretação do direito é interpretação dos textos e da realidade. A realidade histórica social constitui seu sentido. A realidade é tanto parte da norma quanto o texto. Na norma estão presentes inúmeros elementos do mundo da vida. Em suma, o ordenamento jurídico é conformado pela realidade.

Daí que, na metáfora de Kelsen, a moldura da norma é, diversamente, moldura do texto, mas não apenas dele. Ela é, concomitantemente, moldura do texto e moldura da realidade.

Por outro lado, a concretização do direito é operada em dois momentos: (i) no primeiro deles caminhamos no texto até a norma jurídica; (ii) no segundo, caminhamos da norma jurídica até a norma de decisão (= a solução, a decisão do caso), unicamente, então, neste momento, podendo atuar as pautas da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ademais, como adiante afirmarei, a interpretação é uma prudência, de sorte que a decisão jurídica correta a ser tomada

em cada caso há de ser aquela que o juiz entende, em sua consciência, que deve (não que pode) tomar. Isso em um quadro de enorme complexidade, visto que cada caso comporta sempre mais de uma solução correta, nenhuma exata.

Com isso se percebe que a noção de ética e justiça são insuficientes para resolver a contradição entre o universal e o particular, já que seus elementos variam de acordo com cada momento histórico, localização geográfica, religião etc. Assim, cabe à equidade a função de aplicar a justiça ao caso concreto, como instrumento apto a interpretar o direito, em sua positividade, a partir de conteúdos éticos e morais nascidos da luta social e política, em um determinado momento histórico.

Ainda seguindo o pensamento de Eros Grau (GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos Juízes, 2013, p. 84-85), pode-se afirmar que:

[...] a interpretação do direito é interpretação do direito e não de textos isolados, desprendidos do direito.
Não se interpretam textos de direito, isoladamente, mas sim o direito, no seu todo [...], pelas suas premissas implícitas.
Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.
A interpretação de qualquer texto de direito impõe sempre ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta através dele – do texto – até a Constituição. Por isso, insisto em que um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.

Neste contexto, o “Estado-Juiz”, em um “Estado de Direitos” tem a função de garantir e concretizar os direitos humanos fundamentais, tornando-se componente essencial para a efetividade e a efetivação destes direitos.

André Ramos Tavares, bem pontua a questão (TAVARES, André Ramos. Manual do Poder Judiciário Brasileiro, 2012, p. 38):

É bastante propagada a concepção consoante a qual a proclamação formal de direitos fundamentais pelas constituições impõe a correlata existência de instituições e institutos capazes de fazer assegurar e efetivar essa proclamação, em toda sua inteireza.
Assim, o Judiciário aponta no horizonte como não apenas

um organismo direcionado a resolver conflitos de interesses surgidos na sociedade, mas também como ordenador da respeitabilidade dos direitos humanos fundamentais, seu garante último, inclusive contra o próprio Estado-administrador, ou Estado-Legislator ou, ainda, Estado-Executivo.

A construção da cidadania brasileira, portanto, passa pela reconstrução do próprio Poder Judiciário e de toda cultura jurídica que se forma em seu entorno e em seu interior, já que se trata de organismo legitimado constitucionalmente para proceder à tutela, quando necessários, dos direitos humanos fundamentais.

Mas como fazer justiça, como moldar regras gerais e abstratas de modo a solucionar questões singulares que se apresentam no mundo dos fatos? O que o juiz deve fazer para ser justo?

Em primeiro lugar, é preciso conscientizar os operadores do Direito, em especial aqueles investidos da função jurisdicional, de que eles estão lidando com vidas, sentimentos e não apenas com pedaços de papel. Somente com uma visão mais humanística, mais social, será possível concretizar o valor justiça. É preciso fazê-los enxergar as causas e os efeitos de suas decisões na vida das pessoas.

Em seguida, é necessário encontrar instrumentos que possibilitem ultrapassar o mero significado das normas, para alcançar a realidade da vida.

A lei ordena um quadro vago e abstrato de condutas gerais, que devem ser ajustadas ao caso concreto. Se não se atenta para esta característica abstrata, pode-se errar no cumprimento da lei.

O juiz deve levar em consideração o caráter genérico da lei e amenizar seu rigor, sob pena de aplicar a lei de maneira injusta. A mera operação de subsunção do fato à norma não é mais suficiente para resolver os problemas levados ao judiciário.

Isso porque as decisões não são matematicamente previsíveis, já que a lei é universal e os casos devem ser decididos individualmente. Neste sentido, Eros Roberto Grau (GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos Juízes, 2013, p. 20) afirma que:

O intérprete está vinculado pela objetividade do direito. Não a minha ou a sua justiça, porém o direito. Não ao que grita a multidão enfurecida, porretes na mão, mas ao direito.

O juiz é necessário porque cada caso é um caso: interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular, através do particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o singular. (grifos no original)

É neste contexto que se insere a equidade, tema de estudos ligados ao Direito e à Justiça desde a antiguidade. Apesar de não se ter um conceito claro de equidade, a doutrina apresenta suas diversas interpretações e formas de aplicação. No presente trabalho, vamos nos ater à equidade como critério utilizado para subsidiar as decisões judiciais.

Parte-se do conceito básico de que a equidade é a justiça aplicada ao caso concreto, no momento da interpretação e adaptação da norma. O objetivo é alcançar a justiça não conforme a lei, mas conforme um corretivo da justiça legal.

Antes, porém, de adentrar propriamente no tema da equidade como critério de decisão judicial, faz-se necessário traçar um breve histórico dos diversos perfis da noção genérica de equidade.

No Direito grego surgiu, com Aristóteles, em sua obra *Ética a Nicômico*, a noção de equidade (*epieikeia*) como correção ao justo legal. A ideia era a utilização de uma medida flexível na aplicação da lei, uma régua de Lesbos, de modo a não permitir, desde logo, uma conclusão sobre o assunto que estava sob mediação. O *equo* era visto como o justo, mas o justo que está além da lei escrita, além do direito abstratamente preceituado. Daí a noção de equidade como o “justo concreto”, em contraposição ao justo geral, preceituado pela lei. A equidade seria, assim, um corretivo da lei, de seu caráter abstrato, rigoroso.

Em sua obra *Retórica*, Aristóteles definiu o que entendia por equidade (ARISTÓTELES, *Retórica*, p. 146-147):

Ora, como dissemos que há duas espécies de actos justos e injustos (uns fixados pela escrita e outros não), ocupámo-nos até aqui dos que as leis registam; mas dos que as leis não registam há também duas espécies: a dos que, por um lado, representam o mais elevado grau da virtude e do vício, a que se reservam censuras e elogios, desonras, honras e recompensas; por exemplo, agradecer a quem nos faz bem, pagar o bem com o bem, acudir aos amigos e coisas semelhantes a estas; e a dos

que, por outro, correspondem a uma omissão da lei particular e escrita. Pois o equitativo parece ser justo, e é equitativa a justiça que ultrapassa a lei escrita. Ora esta omissão umas vezes acontece contra a vontade dos legisladores, e outras por sua vontade: contra a vontade dos legisladores, quando o caso lhes passa despercebido, e por sua vontade, quando o não podem definir a rigor, mas se vêem na necessidade de empregar uma fórmula geral que, não sendo universal, é válida para a maioria dos casos. Também os casos em que não é fácil dar uma definição devido à sua indeterminação; por exemplo, no caso de ferir com um instrumento de ferro, ou determinar o seu tamanho e sua forma pois não chegaria a vida para enumerar todas as possibilidades. Se, pois, não é possível uma definição exacta, mas a legislação é necessária, a lei deve ser expressa em termos gerais; de modo que se uma pessoa não tem mais que um anel do dedo quando levanta a mão ou fere outra segundo a lei escrita é culpada e comete injustiça, mas segundo a verdade não a comete, e é isso que é equidade.

[...]

É igualmente próprio da equidade perdoar as falhas humanas. Também olhar, não para a lei, mas para o legislador; não para a palavra, mas para a intenção; não para a parte, mas para o todo; não para o que uma pessoa agora é, mas para o que ela sempre foi ou tem geralmente sido. Também lembrar-nos mais do bem do que do mal que nos foi feito, e dos benefícios recebidos mais do que dos concedidos. Também suportar a injustiça sofrida. Também desejar que a questão se resolva mais pela palavra do que pela acção.

Em Roma, segundo Henrique Fagundes Filho, “a *aequitas* representava a ‘justiça’, no sentido de ‘aspiração social’ decorrente das exigências morais e econômicas, que se vinham desenvolvendo nos territórios do Império, mas não se pode subtrair dessa acepção sociológica de ‘justiça’ o sentimento de ‘paridade’ ou de ‘igualdade’ entre estamentos sociais diversos, para se utilizar a terminologia atual” (FUX, Luiz/ NERY JR., Nelson/ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, 2006, p. 710).

Na Idade Média, surge uma nova concepção do direito natural, a *aequitas* deixa de ser um conceito trabalhado dentro do direito positivo, para transcendê-lo, sendo algo superior ao ordenamento, superior à humani-

dade, compreendendo os princípios superiores de justiça. A justiça e a equidade eram consideradas causas extrínsecas e essenciais das leis humanas.

Para São Tomás de Aquino, a equidade seria uma virtude informada pela Justiça e pelo Direito Natural, que era constituído por um complexo de preceitos divinos.

No Direito Inglês foi desenvolvida a noção de Equity, paralelamente ao sistema do *Common Law*, que, em razão de sua rigidez, se mostrava inapto às exigências de uma população desenvolvida e complexa. A Equity permitia aos súditos recorrer diretamente ao Rei, sempre que as decisões das Cortes de *Common Law* não apresentassem uma decisão justa. O soberano decidia não com base nos precedentes do antigo regime, mas de acordo com o seu próprio senso de justiça, mais próximo da realidade social. Assim, a palavra Equity apresenta duas acepções, a primeira ligada aos princípios da justiça, do direito natural e a segunda como um conjunto de regras e modo de decidir, em contraposição às regras do *Common Law*.

Já Tércio Sampaio Ferraz Júnior (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Estudos de filosofia do direito, Atlas: 2009, p. 222-223), ao discorrer sobre a equidade, afirma que:

A noção de justiça sofre, dessa maneira, um último esclarecimento. Ela pode ser compreendida como o que é conforme a lei, em sua atualidade jurisprudencial, que versa sobre questões referentes às relações políticas, quer reguladas por leis particulares, quer naturais, podendo ambas ser escritas ou costumeiras, mas à medida que todo esse complexo se acha informado pela equidade.

Em última análise, o justo conforme à lei se revela em seu estrito senso como equitativo.

Apesar de não haver um preciso sentido para o vocábulo “equidade” verifica-se que todos os seus conteúdos e objetivos estão atrelados à busca da justiça no caso concreto, à correção das fórmulas gerais e abstratas para melhor conformação aos casos postos à apreciação dos julgadores.

Não se trata, contudo, de substituição da lei, mas de adaptação de seus sentidos à realidade, por meio de critérios de interpretação e integração.

Toda lei é interpretada no momento de sua aplicação, por isso não se pode falar em lei injusta, já que a justiça não se manifesta no momento de elaboração da norma, mas no momento de aplicação ao caso concreto. Assim, se o juiz ao aplicar uma lei “injusta”, adaptá-la ao caso concreto e integrá-la à realidade, estará fazendo justiça.

O mesmo ocorre na ausência de lei a regular determinada situação. Com a equidade é possível suprir as lacunas do ordenamento e, por meio da integração do sistema, encontrar a norma adequada ao caso.

Conforme pondera Eros Roberto Grau (GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos Juízes, 2013, p. 25):

Os juízes completam o trabalho do autor do texto normativo. A finalidade desse trabalho é necessária em razão do próprio caráter da interpretação, que se expressa na produção de um novo texto (a norma) a partir de um primeiro texto (a Constituição, uma lei, um regulamento ou um regimento).

Em outros termos: os juízes produzem direito em e como consequência do processo de interpretação. A interpretação é transformação de uma expressão (o texto) em outra (a norma). Neste sentido, o juiz produz direito (isto é, a norma).

A legislação brasileira prevê o uso da equidade em diversos diplomas legais. O art. 127 do Código de Processo Civil preceitua que “o juiz decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. O Código Civil, a Lei de Luvas – Decreto 25.150/1934 e o Código de Defesa do Consumidor também trazem a equidade como critério de decisão judicial.

Já a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, tratando do julgamento quando a lei for omissa, não se refere diretamente à equidade. É o que se extrai de seu art. 4º “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Entretanto, em seu art. 5º, referido diploma dispõe que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, ou seja, observando preceitos de equidade.

Em face da disposição do art. 127 do CPC, há quem defenda que a equidade só poderá ser utilizada no Direito Brasileiro nos casos expressamente previstos e autorizados pela lei. Esta posição não deve prevalecer. A equidade deve ser utilizada em todas as decisões, sempre que se fizer a subsun-

ção da norma aos fatos, caso contrário, corremos o risco de agir de forma mecânica na aplicação do Direito.

Ora, se o legislador autoriza ao juiz decidir por equidade apenas em determinados casos, significa que ele foi capaz de identificá-los previamente, o que não ocorre na realidade. A utilização da equidade ocorre justamente diante da incapacidade de o legislador prever todas as situações a serem reguladas pelas leis.

Deve-se ter em mente a diferença entre equidade e juízo de equidade. A equidade como fonte interpretativa do direito positivo e valor a ser por ele alcançado deve estar presente em todas as decisões. O Juízo de Equidade, ou seja, o julgamento por equidade, quando o juiz está autorizado a afastar o ordenamento e decidir com base nos valores da sociedade, ainda que contrariando as disposições legais, este sim requer autorização legal.

Outra crítica que se faz ao uso da equidade como critério de decisão judicial é que tal “autorização” tornaria arbitrária a decisão judicial, já que o juiz poderia adotar qualquer critério na aplicação da lei.

Este argumento também não se sustenta. O juiz, ao aplicar a lei aos casos concretos, não utiliza seus valores pessoais, mas os valores da sociedade em que está inserido. Claro que em se tratando de um ser humano, sempre haverá um mínimo de subjetividade, mas os valores preponderantes, aqueles que irão fundamentar a decisão, são extraídos do contexto social e não de suas convicções pessoais.

A segurança jurídica também não é maculada com o uso da equidade, já que o magistrado não contraria o sistema jurídico ao aplicá-la. Ao contrário, a equidade serve para interpretar, adaptar, integrar o ordenamento jurídico à realidade social. A equidade toma em conta as circunstâncias de cada caso, atuando onde a lei não alcança.

De acordo com André Ramos Tavares (TAVARES, André Ramos. Manual do Poder Judiciário Brasileiro, 2012, p. 98), “um direito à segurança jurídica, especificamente no âmbito dos direitos fundamentais judiciais, poderá abranger: i) a garantia da coisa julgada; ii) o devido processo legal; iii) o juiz natural; iv) o direito contra a violação de direitos; v) o direito à efetividade dos direitos previstos e declarados solenemente (pela via da concretização judicial de direitos); vi) o direito à estabilidade máxima da ordem jurídica e da ordem constitucional”.

Assim, verifica-se que a proteção da confiança do cidadão, como ele-

mento integrante da segurança jurídica, não é maculada pela utilização da equidade como critério da decisão judicial, ao contrário, este princípio é fortalecido com a sua aplicação.

O Juiz decidirá com equidade não nos casos previstos em lei, mas sempre que tiver que aplicar a lei. A lógica do razoável permite a ponderação da norma, para adequá-la aos casos concretos, utilizando-se critérios de razoabilidade e não sua simples, dura e fria subsunção aos fatos.

A lógica clássica não serve ao Direito, justamente porque suas premissas não são estanques, um caso não é e jamais será igual a outro. Para aplicação do direito é preciso utilizar critérios de razoabilidade e a equidade se liga ao que é razoável, ao bem comum e aos fins sociais a que se destina a norma legal.

O juiz é o intermediário entre a lei e os fatos concretos da vida. Não cabe a ele refazer o direito, mas sim adaptá-lo às situações que lhes são postas, de forma que não se pode compreender a equidade como um fim em si mesmo, mas um meio para se realizar a justiça do caso concreto.

É o que se extrai do pensamento de Tomás D. Casares (CASARES, Tomás D. *La justicia y el derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina: ano, p. 156):

El Juez está sobre las partes en nombre de la ley, para hacerles justicia. Su misión más ostensible es la de afianzar particularizadamente la preeminencia de la ley,- esa “ordenación de la razón para el bien común, promulgada por quien tiene el gobierno de la colectividad”. Pero es de la esencia de La ley cierta generalidad y permanencia, y de la esencia de la vida social el estar hecha de relaciones singulares y circunstancias cambiantes. La vigencia efectiva de la ley requiere, pues, la existencia de quienes han de decir con autoridad en cada caso de qué modo esas relaciones particulares se conformarán con el orden superior y general que la ley enuncia. La autoridad de los jueces tiene su fuente inmediata en la autoridad propia de la ley, en cuanto ésta sea ordenamiento razonable para el bien común.

O julgador utiliza a equidade para encontrar a solução adequada ao caso concreto. Não se trata de corrigir a lei, mas de amoldá-la às situações peculiares do caso, já que seria impossível ao legislador prever e solucionar todas as situações que se apresentam no mundo dos fatos. Não é papel da equidade destruir a lei, mas sim completá-la.

A justiça antecede a lei e a equidade é uma forma de fazer justiça. Através dela é possível ao juiz interpretar a lei que dispõe de maneira genérica, utilizando seu poder criativo, para, racionalmente, aplicá-la ao caso concreto.

O juiz trabalha o tempo todo com colisões de lacunas, já que o sistema jurídico é aberto e incapaz de prever todas as situações. Por isso é o que juiz não pode partir da norma para o fato, mas sim do fato para a norma, já que o caso concreto pode ter escapado ao comando da lei. Mas ainda que a lei tenha sido omissa, o caso não deixará de ser apreciado, já que da sentença surgirá uma norma concretizada.

Não se trata, como dito antes, de utilizar seus sentimentos na aplicação da norma, mas sim aplicar critérios extraídos racionalmente do sistema jurídico, para amoldar a letra fria da lei às circunstâncias específicas do caso. O juiz parte, assim, da decisão legal, para a decisão equitativa.

O Juiz “apaixonado”, aquele que se arvora em suas decisões, seja com o objetivo de se autopromover ou de buscar reações emotivas, pode tentar se utilizar indevidamente da equidade para fazer valer suas próprias vontades e não a justiça, mas o próprio sistema judicial encarrega-se de expurgar tais excessos.

Nos dias de hoje, a questão se torna ainda mais relevante quando se trata de causas de grande repercussão. A judicialização de questões políticas e sociais torna ainda mais comprometedora a atuação do juiz, já que os efeitos de uma decisão judicial podem assumir proporções nunca antes imaginadas.

É que nosso ordenamento jurídico não está preparado para lidar com estas macroquestões. Quando se trata de casos que ultrapassam a esfera de direito individual, que envolvem toda a sociedade e até mesmo as futuras gerações, nosso ordenamento jurídico ainda se mostra deficiente. Isto se dá porque, apesar dos inúmeros instrumentos que estão à disposição dos julgadores para solucionar as questões coletivas, a sua utilização ainda é norteadada pelos princípios de direito individual, que não atendem às peculiaridades dos direitos transindividuais, característicos de uma sociedade de massa.

Neste sentido, merece transcrição o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (ARENHART, Sérgio Cruz/MARINONI, Luiz Guilherme. Processo de Conhecimento, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 738):

Esse, com efeito, é o grande mal enfrentado pela tutela coletiva no direito brasileiro. Em que pese o fato de o direito nacional estar munido de suficientes instrumentos para a tutela das novas situações de direito substancial, o despreparo para o trato com esses novos e poderosos mecanismos vem, nitidamente, minando o sistema e transformando-o em ente teratológico que flutua no limbo. As demonstrações dessa crise são evidentes, e são mostradas diariamente por meio dos veículos de comunicação, quando se vê o tratamento dispensado às ações coletivas no direito brasileiro. Para impedir o prosseguimento desta visão míope da figura, bem como para permitir a adequada aplicação do instituto, é necessário não se afastar do norte fundamental: o direito transindividual não pode ser confundido com o direito individual, e mesmo este último, diante das peculiaridades da sociedade de massa, merece tratamento diferenciado.

Os indivíduos da sociedade moderna esperam mais que a simples aplicação da lei para a solução de conflitos, além função pacificadora, buscam a utilização do Direito como instrumento para promoção da justiça social, o que requer uma postura ativa dos julgadores, capaz de ultrapassar os estreitos limites da lei.

É neste contexto que aparece a figura do juiz constitucional como purificador do sistema, exercendo, assim, uma função estruturante. André Ramos Tavares (TAVARES, André Ramos. Paradigmas do Judicialismo Constitucional, 2012, p. 37) trabalha bem a questão:

O que o juiz constitucional, *lato sensu*, realiza, no exercício da denominada função estruturante, é a manutenção do edifício jurídico-normativo, consoante as diretrizes de funcionamento deste, constantes na e admitidas pela Constituição. Trata-se da *calibração* do sistema, eliminando (tribunais constitucionais) ou afastando (Justiça Constitucional descentralizada) os elementos (normativos) indesejáveis (incongruentes), as práticas e as omissões inconciliáveis com os comandos constitucionais. Neste sentido, o juiz constitucional realiza a tarefa de “limpeza” do sistema, de “purificar” o sistema, expurgando os elementos estranhos, os corpos normativos viciados. (grifos no original)

E é sempre bom lembrar que, quanto maior o rol de direitos assegurados nas constituições, maior será o número de decisões ou omissões estatais que possam vir a violar esses paradigmas. Exigindo, assim, com mais frequência, a intervenção do judiciário, muitas vezes como ativista, visando concretizar os direitos fundamentais.

O termo “ativismo judicial” atrelado à ideia de um Estado Judicial adquiriu conotação negativa. Mas, para fins deste estudo, tomaremos de empréstimo as ideias de André Ramos Tavares (TAVARES, André Ramos. Paradigmas do Judicialismo Constitucional, 2012, p. 63), para quem “*seu uso é reputado como institucionalmente relevante e adequado*”.

E a escolha dessa vertente se dá pelo fato de que o quadro geral e abstrato, apontado pela lei, não se mostra suficiente para atender aos reclamos da sociedade, na busca pelas decisões dos casos concretos. Na maioria das vezes cabe ao juiz atuar interpretando a lei ou suprindo suas lacunas.

Decidir a questão é diferente de fazer justiça. Uma máquina não poderia ser utilizada para decidir litígios, pois ela não conseguiria ser equânime.

Não basta, por óbvio a presença de lei, sua interpretação e aplicação tem que ser imbuída dos valores da sociedade, sendo necessário se utilizar, mais do que nunca, a capacidade criativa dos juízes para atender aos anseios da população.

Diante deste cenário é que a equidade, como critério de decisão judicial, se apresenta como um dos instrumentos postos à disposição do juiz na tarefa de superar a frieza da lei, alcançando, assim, a justiça do caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. Da equidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 797, p. 767-770, mar. 2002.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade no código civil brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, v. 8, n. 25, p. 16-23, abr./jun. 2004.

AMARAL, Francisco. **A equidade no código civil brasileiro. In: ASPECTOS controvertidos do novo código civil.** colaboradores : Álvaro Vilaça Azevedo ... [et al.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 197-208.

ARISTOTELES. **Ética a Nicômacos.** Tradução de Mario da Gama Kury,

Brasília: Editora Universidade de Brasília, 4ª ed., 2001, livro V, capítulos I a V, p. 107-110.

ARISTOTELES. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior et alii, Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2005, Livro I, p. 139-155.

BELLOCCHI, Roberto Antônio Vallim. Do julgamento por equidade. In: BELLOCCHI, Roberto Antônio Vallim. **Estudos de processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 31-37.

BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. “Variações sobre o conceito de equidade”. In ADEODATO, João Mauricio; BITTAR, Carlos Eduardo Bianca et alii (orgs.). Filosofia e teoria geral do direito: **Estudos em homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Júnior por seu septuagésimo aniversário**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 321-345.

BUNN, Maximiliano Losso. A consciência jurídica e a equidade como “novos” paradigmas para a atividade jurisdicional contemporânea. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, v. 32, n. 111/112, p. 96-119, abr./set. 2006.

CAIRES, Robson Passos. Equidade: um novo direito para o século XXI. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, Ribeirão Preto, v. 8, n. 89, p. 44-48, maio 2007.

CAMARGO SOBRINHO, Mário de. Aplicação da equidade no direito brasileiro. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, Franca, v. 2, n. 2, p. 142-155, jul. 1999.

CASARES, Tomás D. **La justicia y el derecho**. 3 ed. Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot: 1997.

CASTRO, Marcus Faro de. Equidade e jurisdição constitucional : notas sobre a determinação normativa dos direitos constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 28, n. 111, p. 41-56, jul./set. 1991.

CHAVES, Luciano Athayde. O procedimento sumaríssimo no processo do trabalho e os juízos de equidade. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 28, n. 108, p. 204-212, out./dez. 2002.

CORREA, Walter Barbosa. A propósito da equidade: direito tributário.

Repertório de Jurisprudência IOB: Tributário, Constitucional e Administrativo, São Paulo, n. 5, p. 87-86, mar. 1993.

DEBRUCHE, Anne-Francoise. What is “equity”? Of comparative law, time travel and judicial cultures. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 36, p. 229-245, out./dez. 2008.

FAGUNDES FILHO, Henrique. A equidade e o processo justo. In: **PROCESSO e Constituição : estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. Coordenação : Luiz Fux, Nelson Nery Jr. [e] Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 707-723.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes**. 6ª Edição refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013.

HELENA, Eber Zoehler Santa. Justiça distributiva na teoria da justiça como equidade de John Rawls. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 178, p. 337-346, abr./jun. 2008.

MARTINS, Ana Paula Oriola. O princípio da equidade : um dos pilares do sistema de seguridade social. In: **ESTUDOS em homenagem ao professor Wagner Balera**. coordenadores: Ana Paula Oriola Martins e Pierre Moreau. São Paulo: Moreau-Advogados, 2003. p. 13-16.

NASSIF, Elaine Noronha. A phrónesis aristotélica, a equidade e a atividade do juiz na racionalidade do discurso processual. **Boletim Científico**: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, v. 1, n. 3, p.

35-40, abr./jun. 2002.

NEVES, José Roberto de Castro. O artigo 924 do código civil : uma leitura do conceito de equidade nas relações de consumo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 98, n. 360, p. 51-59, mar./abr. 2002.

PÁDUA, Idiene Aparecida Vitor Proença. Breves noções de common law e equity no direito inglês, segundo René David. **Revista Jurídica da**

Universidade de Franca, Franca, v. 8, n. 15, p. 143-152, jul./dez. 2005.

PIRES JÚNIOR, José Fernandes. Equidade : a régua de chumbo da justiça. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 14, n. 319, p. 46-47, abr. 2010.

PRATA, Edson. Eqüidade. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 16, n. 63, p. 171-183, jul./set. 2008.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. O ideal de justiça política e constituição em John Rawls : análise dos pontos principais da “teoria da justiça como equidade”. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 189, p. 211-225, jan./mar. 2011.

SANTOS, Alexandre Martins dos. A eqüidade e a justiça. **Informativo Jurídico In Consulex**, Brasília, v. 17, n. 18, p. 8-9, maio 2003.

SCHEER, Milene de Alcântara Martins. **O acesso à justiça e os poderes de eqüidade do juiz no processo civil brasileiro**. Genesis: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 7, n. 25, p. 544-561, jul./set. 2002.

SORDI, Sandra. **Poderes instrutórios do juiz, ônus da prova e eqüidade nos juizados federais**. In: JUIZADOS especiais federais. Aline Miranda ... [et al.]. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 537-551.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Direito alternativo e eqüidade. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 21-31, abr./jun. 1996.

TÁCITO, Caio. **Interpretação da norma administrativa : métodos : analogia : eqüidade**. In: TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 497-506.

TAVARES, André Ramos. **Manual do Poder Judiciário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRINDADE, Washington Luiz da. **A eqüidade, a analogia, os costumes**. **Revista LTr**: Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 46, n. 1, p. 31-34, jan. 1982.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Texto

Justiça Federal de Pernambuco

estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials; notas revistas por Eric Desmons; tradução Cláudia Berliner; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2005.