

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA –
PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS –
CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA –
CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

O JULGAMENTO POR EQÜIDADE NOS JUIZADOS ESPECIAIS

CÍVEIS: Uma abordagem à luz da convergência entre os Sistemas Jurídicos da *Civil Law* e da *Common Law* e do movimento contemporâneo de acesso à Justiça

MARCELO CARLIN

Dissertação submetida à Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, para obtenção do grau de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Volnei Ivo Carlin
Co-orientador: Professor Mestre Alexandre Morais da Rosa

Itajaí [SC], fevereiro de 2004

MARCELO CARLIN

**O JULGAMENTO POR EQÜIDADE NOS JUIZADOS ESPECIAIS
CÍVEIS:**

Uma abordagem à luz da convergência entre os Sistemas Jurídicos da *Civil Law* e da *Common Law* e do movimento contemporâneo de acesso à Justiça

Esta Dissertação foi julgada apta para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI.

Professor Doutor Volnei Ivo Carlin
Orientador

Professor Doutor Cesar Luiz Pasold
Coordenador do CPCJ

Apresentada perante a Banca Examinadora composta dos Professores:

Doutor Volnei Ivo Carlin
Orientador e Presidente da Banca

Doutor Cesar Luiz Pasold
Membro Titular da Banca

Doutor Paulo de Tarso Brandão
Membro Titular da Banca

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

O autor isenta o seu Orientador e a Banca Examinadora de qualquer responsabilidade sobre o aporte ideológico conferido ao presente trabalho.

Itajaí [SC], fevereiro de 2004.

Marcelo Carlin
Mestrando

*Dedico esse trabalho, de forma particular à minha esposa, **Tathiana Nogueira Mendes Carlin**, companheira de todas as horas, pelo carinho sempre dispensado e auxílio nas revisões gramaticais e metodológicas, e em especial pela feliz coincidência entre o término da elaboração do relatório de pesquisa e o início de nosso casamento.*

Agradeço:

A todos aqueles que me incentivaram e/ou de alguma forma me auxiliaram durante a elaboração do presente trabalho, em especial:

- Minha esposa, **Tathiana Nogueira Mendes Carlin**, pela compreensão em todos os momentos;

- Meus pais, **Nilton Carlin** e **Neida Maria Carlin** e minhas irmãs, **Letícia Carlin Pereira** e **Fernanda Carlin**, pelo incentivo e apoio;

- Meu Orientador Professor Doutor **Volnei Ivo Carlin**, paradigma de magistrado e professor, brilhante orientador, permitiu-me desenvolver minhas próprias idéias;

- Meu Co-Orientador Professor Mestre **Alexandre Moraes da Rosa**, com a minha admiração científica e especial gratidão;

- Minha amiga **Clarissa dos Santos Viana**, competente profissional do Direito, pelo apoio e auxílio sempre que solicitado.

- Ao Desembargador **Pedro Manoel Abreu**, um dos idealizadores do projeto de aperfeiçoamento da Magistratura Catarinense, que tornou possível a realização do programa de Mestrado aos Juízes do Estado de Santa Catarina;

- À **Academia Judicial**, ao **Tribunal de Justiça de Santa Catarina** e à **Associação dos Magistrados Catarinenses** pelo apoio efetivo.

CARLIN, Marcelo. O Julgamento por Eqüidade nos Juizados Especiais Cíveis: uma abordagem à luz da convergência entre os Sistemas Jurídicos da *Civil Law* e da *Common Law* e do movimento contemporâneo de acesso à Justiça. 2004. 169f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí.

RESUMO

Esta Dissertação tem como **objeto** o julgamento por Eqüidade nos juizados especiais cíveis brasileiros, e como **objetivo** a interpretação do art. 6º da Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995 à luz do estudo das Famílias Jurídicas da *Civil Law* e da *Common Law* e do movimento contemporâneo de acesso à Justiça. A pesquisa procurou contextualizar historicamente o surgimento dos juizados especiais cíveis no sistema judicial brasileiro. Concluiu-se que há um movimento de aproximação entre as famílias da *Civil Law* e *Common Law*, fenômeno fortemente influenciado pela Globalização, que tem como conseqüência o crescimento como fontes de Direito do papel da jurisprudência naquele sistema e neste da lei. A Globalização também exerce influência sobre o retorno contemporâneo à Eqüidade, em razão da constatação da crise da lei e do Sistema de Justiça. O movimento contemporâneo pelo acesso à ordem jurídica justa tem como característica a ampliação dos poderes do juiz. Nesse contexto, surgem os juizados especiais, no qual o julgador, adotará a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo os fins sociais da lei e as exigências do bem comum. Quanto à **metodologia**, utilizou-se na Investigação, o Método Indutivo, no Tratamento de Dados, o Método Cartesiano e no Relatório dos Resultados a base lógica é a Indutiva, com o apoio das Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

Categorias/palavras-chave: *Civil Law*, *Common Law*, Direito, Direito Comparado, Direito Natural, Direito Positivo, Eqüidade, Família Jurídica, Globalização, Justiça, Justiça Social, Poder Judiciário, Positivismo Jurídico, Segurança Jurídica e Sistema Jurídico.

CARLIN, Marcelo. O Julgamento por Eqüidade nos Juizados Especiais Cíveis: uma abordagem à luz da convergência entre os Sistemas Jurídicos da *Civil Law* e da *Common Law* e do movimento contemporâneo de acesso à Justiça. 2004. 169f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí.

ABSTRACT

This thesis, whose **object** is the Judgement for Equity on the Brazilian Civil Special Court, and has as **objective** the interpretation of article 6° of Law n. 9.099, published in September 26th, 1995, in the light of Legal Families of Civil Law and Common Law studies and the contemporary movement of access to Justice. The research tried to put in a historical context the creation of Civil Special Court in the Brazilian's legal system. In the conclusion, there is an approach movement between Civil Law and Common Law families, phenomenon strongly influenced by Globalization, who has as consequence the growth of jurisprudence in that system and in this of the law, as right sources. The Globalization also exerts influence on the contemporary return to the Equity, because of the evidence of the crisis in the law and in the system of justice. The contemporary movement for access to joust juridical order has as characteristic the enlargement of judge's power. In this context, emerge the special courts, in which the judge will adopt the decision that considers more joust and fair, paying attention on the law's social purpose and the requirements of common welfare. Regarding the **methodology**, the Inductive Method has been employed to do the research; and the Cartesian Method to handle data. The Inductive logical background has been applied to the Result Report, being supported by several techniques as Referent, Category, Operational Concept and Bibliographic Research.

Categories/keywords: Civil Law, Common Law, Law, Comparative Law, Natural Law, Positive Law, Equity, Legal Family, Globalization, Justice, Social Justice, Judiciary Power, Legal Positivism, Judicial Security and Legal System

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
ABSTRACT.....	7
SUMÁRIO.....	VIII
INTRODUÇÃO.....	1
1 A GLOBALIZAÇÃO E OS SISTEMAS JURÍDICOS: APROXIMAÇÃO ENTRE AS FAMÍLIAS JURÍDICAS DA CIVIL LAW E DA COMMON LAW E O RETORNO CONTEMPORÂNEO À EQUIDADE.....	14
1.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE OS SISTEMAS JURÍDICOS.....	14
1.2 A CIVIL LAW.....	17
1.2.1 A evolução histórica.....	18
1.2.1.1 A fase inicial (século VII a.C. – século XIII d.C).....	19
1.2.1.2 A fase do Direito consuetudinário (século XIII d.C – século XVIII d.C).....	22
1.2.1.3 A fase do Direito legislativo (século XVIII).....	24
1.2.1.4 A fase de expansão para fora da Europa (século XIX d.C – século XX d.C).....	25
1.2.2 As fontes de Direito da Civil Law.....	26
1.2.3 A recepção da Civil Law pelo Sistema Jurídico brasileiro.....	28
1.3 A COMMON LAW.....	30
1.3.1 A evolução histórica	30
1.3.1.1 O período anglo-saxônico (século V a 1066).....	31
1.3.1.2 O período da formação da Common Law.....	33
1.3.1.3 A fase da difusão da Equidade.....	33
1.3.1.4 A fase de desenvolvimento da lei.....	37
1.3.2 As fontes de Direito da Common Law.....	38
1.3.3 A recepção da Common Law pelo Sistema Jurídico norte-americano	40
1.4 ASPECTOS DESTACADOS DAS FAMÍLIAS JURÍDICAS NA ATUALIDADE.....	44
1.4.1 A variação do papel das fontes de Direito e a adaptação às realidades históricas, sociais, políticas e econômicas.....	44
1.4.2 A importação de institutos jurídicos ou modelos estrangeiros.....	46
1.5 A GLOBALIZAÇÃO E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO E NOS SISTEMAS JURÍDICOS.....	47
1.5.1 Aspectos gerais da Globalização.....	47
1.5.2 A Globalização, o Estado Contemporâneo e sua função social..	50
1.5.3 A Globalização e sua influência na aproximação, harmonização ou unificação do Direito.....	52
1.5.4 A Globalização e a superação da visão tradicional que opõe a Civil Law à Common Law: a aproximação entre as famílias e as novas funções do Poder Judiciário.....	55
1.5.5 A Globalização e o retorno ao local.....	59
1.5.6 A Globalização e o retorno atual à Equidade.....	61
2 O MOVIMENTO CONTEMPORÂNEO DE ACESSO À JUSTIÇA: ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA.....	64
2.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE JURISDIÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA.....	64

2.2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE JUSTIÇA E DO ACESSO À JUSTIÇA.....	67
2.3 A TENDÊNCIA UNIVERSAL DE GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA.....	70
2.4 O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA.....	72
2.5 A INSATISFAÇÃO DA SOCIEDADE COM O MODELO ATUAL DE JUSTIÇA E OS OBSTÁCULOS AO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA.....	74
2.5.1 <i>A crise da lei e do Poder Judiciário</i>	75
2.5.2 <i>Os obstáculos ao acesso à ordem jurídica justa: entraves decorrentes da própria interpretação e aplicação do Direito</i>	78
2.6 A CRISE DO SISTEMA DE JUSTIÇA E O PARADOXO DA EXPANSÃO CRESCENTE E TRANSFORMAÇÃO DO PAPEL DA JURISDIÇÃO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO.....	79
2.6.1 <i>A extensão/transformação do papel da jurisdição e aceitação da subjetividade ao julgar</i>	81
2.6.1.1 <i>Razões político-estruturais</i>	83
2.6.1.2 <i>Razões científico-culturais</i>	84
2.6.1.3 <i>Razões sociológicas</i>	84
2.7 A SUPERAÇÃO DOS OBSTÁCULOS AO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA.....	85
2.7.1 <i>A reforma do aparelho judicial: criação de tribunais de pequenas causas</i>	85
2.7.2 <i>A simplificação das normas substantivas para a tomada de decisão</i>	87
2.7.3 <i>A superação da visão tradicional do juiz como a boca fria da lei, a criação judicial do Direito e o julgamento por Eqüidade</i>	90
2.7.3.1 <i>Limites à criatividade judicial</i>	93
2.8 O MOVIMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL.....	96
2.8.1 <i>Os juizados de pequenas causas</i>	98
2.8.1.1 <i>Origem</i>	99
2.8.1.2 <i>A inspiração</i>	99
2.8.1.3 <i>A small claims court (corte de pequenas reclamações)</i>	101
2.8.2 <i>O status constitucional: uma tentativa de resgatar a credibilidade do Poder Judiciário</i>	103
2.9 CARACTERÍSTICAS E PRINCÍPIOS INFORMADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS....	106
2.10 O PERFIL DO JUIZ DO JUIZADO ESPECIAL.....	107
3 A DECISÃO POR EQÜIDADE NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS....	110
3.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE DIREITO, JUSTIÇA E EQÜIDADE.....	110
3.2 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	114
3.2.1 CONCEITO	114
3.2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	117
3.2.2.1 <i>Na Grécia</i>	117
3.2.2.2 <i>No Direito romano</i>	120
3.2.2.3 <i>No Direito medieval</i>	123
3.2.2.4 <i>No Direito moderno</i>	124
3.2.2.5 <i>No Direito contemporâneo</i>	125
3.3 CLASSIFICAÇÃO E FUNÇÕES DA EQÜIDADE.....	127
3.3.1 Classificações	127
3.3.1.1 <i>Eqüidade lato sensu e Eqüidade stricto sensu</i>	127
3.3.1.2 <i>Eqüidade civil, natural e cerebrina</i>	128
3.3.1.3 <i>Eqüidade legal e judicial</i>	129

3.3.2 Funções.....	129
3.3.2.1 Na elaboração da norma: informadora ou inspiradora.....	129
3.3.2.2 Na atividade judiciária.....	130
3.4 A EQÜIDADE COMO FONTE DE DIREITO.....	134
3.5 JURISDIÇÃO LEGAL (NORMATIVA) E JURISDIÇÃO DE EQÜIDADE (NÃO NORMATIVA).....	135
3.6 DIFERENÇAS ENTRE UMA DECISÃO POR EQÜIDADE, COM EQÜIDADE OU COM A UTILIZAÇÃO DA EQÜIDADE.....	137
3.7 A EQÜIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	138
3.8 O JULGAMENTO POR OU COM EQÜIDADE NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.....	142
3.8.1 A Lei das pequenas causas (n. 7.244/84).....	142
3.8.2 O art. 6º da lei dos juizados especiais cíveis e criminais (n. 9.099/95): a adoção de decisão justa e equânime, atendendo os fins sociais e as exigências do bem comum.....	143
3.8.2.1 Fins sociais da lei.....	145
3.8.2.2 Exigências do bem comum.....	146
3.8.3 A posição doutrinária.....	147
3.8.4 A posição dos juízes e da jurisprudência.....	151
3.8.5 A inspiração na Corte de Pequenas Causas Norte-Americana e o julgamento por Eqüidade.....	153
3.9 A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÕES LEGISLATIVAS.....	155
3.9.1 A adequação da competência.....	155
3.9.2 A uniformização de jurisprudência das turmas recursais para a preservação da Segurança Jurídica e a realização da Eqüidade.....	
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	147
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	162

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação tem como **objeto**¹ o julgamento por Equidade nos juizados especiais cíveis brasileiros.

O seu **objetivo institucional** é a obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Curso de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica-CPCJ/UNIVALI.

O seu **objetivo geral** é a interpretação do art. 6º da Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995, determinando que ao decidir o juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime.

O **objetivo específico** é a interpretação de tal dispositivo à luz do estudo das Famílias Jurídicas da *Civil Law* e da *Common Law* e do movimento contemporâneo de acesso à Justiça.

Para tanto, principia-se, no primeiro capítulo, tratando dos Sistemas e das Famílias Jurídicas, especialmente das Famílias da *Civil Law* e da *Common Law*, bem como dos Sistemas Jurídicos brasileiro e norte-americano.

Ainda no primeiro capítulo, aborda-se a Globalização e sua influência nos Sistemas Jurídicos, no Estado Contemporâneo e sua função social, na aproximação, harmonização ou unificação do Direito entre as Famílias Jurídicas e nas novas funções do Poder Judiciário. O momento inicial do presente Relatório de Pesquisa encerra-se com destaque à

1 Nessa Introdução cumpre-se o previsto em PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 7. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002, p.169-181.

Globalização e ao retorno ao local e à Eqüidade, o que serve para justificar a atualidade do tema escolhido.

O segundo capítulo cuida do movimento contemporâneo de acesso à Justiça, iniciando-se com notas introdutórias sobre a jurisdição e acesso à Justiça, com atenção especial ao acesso à ordem jurídica justa. Segue-se com o estudo da crise do modelo atual de Justiça, dos obstáculos ao acesso à ordem jurídica justa e das possibilidades de superação desses obstáculos.

No mesmo capítulo aborda-se também o movimento de acesso à Justiça no Brasil, destacando-se a criação dos juizados de pequenas causas e juizados especiais e a inspiração na *small claim court* dos Estados norte-americanos.

O capítulo termina com uma análise dos princípios informadores dos juizados especiais e o perfil do julgador que nele deverá atuar.

O terceiro capítulo apresenta as três categorias fundamentais: o Direito, a Justiça e, especialmente, a Eqüidade. No mesmo diapasão, são analisados os inúmeros conceitos da Eqüidade, assim como sua evolução histórica, classificação e funções.

Após o estudo da Eqüidade no Sistema Jurídico brasileiro são explicitadas as posições da doutrina e dos juízes a respeito da interpretação do art. 6º da Lei n. 9.099/95.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre os juizados especiais e a Eqüidade.

Quanto à **Metodologia** empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano e o Relatório dos Resultados expresso na presente Dissertação é composto na base lógica Indutiva.²

Nas diversas fases da Pesquisa foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.³

Enfim, convém ressaltar que seguindo as diretrizes metodológicas do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ/UNIVALI, no presente trabalho as categorias fundamentais são grafadas, sempre, com a letra inicial maiúscula e seus Conceitos Operacionais apresentadas ao longo do texto, nos momentos oportunos.

2 Sobre os Métodos e Técnicas nas diversas Fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 7. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002, p.97-125.

3 Quanto às Técnicas mencionadas, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 7. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002, p.59-71, 29-42 e 97-125, nesta ordem.

Capítulo 1

A GLOBALIZAÇÃO E OS SISTEMAS JURÍDICOS: APROXIMAÇÃO ENTRE AS FAMÍLIAS JURÍDICAS DA *CIVIL LAW* E DA *COMMON LAW* E O RETORNO CONTEMPORÂNEO À EQÜIDADE

1.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE OS SISTEMAS JURÍDICOS

Para uma parcela da doutrina, os juizados especiais cíveis, no sistema judicial brasileiro, têm origem e inspiração nas cortes de pequenas causas norte-americanas, estando o juiz, em razão dessa inspiração, autorizado a julgar livremente por Eqüidade⁴.

Para a compreensão adequada do tema do presente trabalho científico – a Eqüidade nos juizados especiais cíveis – faz-se necessária uma investigação preliminar das Famílias⁵ Jurídicas da *Civil Law*⁶ e

4 O conceito operacional de Eqüidade adotado é a acepção *stricto sensu*, definida por Melo, como “adequação da norma geral e abstrata à realidade fática, constituindo-se em fundamento de equilíbrio, proporção, correção e moderação na construção da norma concreta.” MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000, p.37.

5 O vocábulo Família é utilizado para denominar o conjunto de Sistemas Jurídicos que ultrapassam a fronteira de uma nação.

6 *Civil Law* e Família romano-germânica serão adotadas como sinônimos. Segundo Castro Jr., “o uso da expressão ‘romano-germânico’ decorre da opção metodológica feita por alguns comparativistas, entre os quais René David, que usam o termo ‘família romano-germânica’, porque a ciência jurídica que é comum aos direitos desta família foi elaborada conjuntamente nas Universidades dos países germânicos e latinos. Acrescenta-se, ainda, que nos países de tradição anglo-saxônica usa-se a expressão *Civil Law*, tirado do título da grande codificação romana (*Corpus Juris Civilis*), para designar o Direito dos países continentais, chamado de *continental law*, em oposição ao Direito comum, *Common Law*”. CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.81.

*Common Law*⁷ e da influência da Globalização⁸ nos Sistemas Jurídicos⁹.

David, um dos maiores estudiosos do Direito Comparado^{10 11}, explica que o agrupamento dos direitos em famílias é o meio próprio para facilitar a apresentação e a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo.¹²

7 *Common Law* e anglo-saxônico são utilizados, em regra, como sinônimos. Dantas, no entanto, adverte que a expressão “não deve ser confundida e nem entendida como o sistema inglês, exatamente em razão de vários motivos, a saber: a) – embora nascido na Inglaterra, o *Common Law* é aplicado a vários Estados; b) – não deve ser confundido com britânico, tendo-se em vista que esta expressão diz respeito à Grã-Bretanha, entidade política que engloba a Escócia, a qual, por sua vez, adota e está incluída no sistema romano-germânico; c) – finalmente, não deve ser identificada com a expressão anglo-saxão, em razão de que esta refere-se ao sistema de direitos que regiam as tribos antes da conquista normanda da Inglaterra, ou seja, anterior à criação do *Common Law* naquele país.” DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.188. De outro lado, David explica que “o Direito inglês é o Direito aplicado na Inglaterra e no País de Gales. Não é o Direito dos países de língua inglesa ou de *Commonwealth* nem o do Reino Unido ou da Grã-Bretanha. Os direitos da *Commonwealth* às vezes são próximos ao Direito inglês, mas, em outros casos, podem ser bastante diferentes. [...] Comparável ao que foi o Direito romano para os países do continente europeu e para inúmeros países extra-europeus, o Direito inglês está na origem da maioria dos direitos dos países de língua inglesa, tendo exercido uma influência considerável sobre o Direito de vários países que sofreram, numa época de sua história, a dominação britânica”. DAVID, René. **O Direito Inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.VII. Título original: Le Droit Anglais.

8 Globalização é o fenômeno de aproximação entre os povos, com repercussões econômicas, culturais, políticas e jurídicas.

9 O conceito operacional de Sistema Jurídico é “conjunto de normas escritas, usos e costumes, inclusive decisões dos tribunais (*laws*), adotado por determinada comunidade que compartilha os mesmos princípios e regras de aplicação do Direito, objetivando a resolução de seus conflitos”, apresentado por CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, UNIGRANRIO, IBRADD, 2002. p.13.

10 A respeito do conceito operacional, da importância, do método e dos elementos do Direito Comparado, imprescindível observar CARLIN, Volnei Ivo. **Direito Administrativo: doutrina, jurisprudência e Direito Comparado**. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002. 384p.; PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. 7. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002. 243p.; CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Teoria e Prática do Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, UNIGRANRIO, IBRADD, 2002. 557p.; SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. Tradução de Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 318p. Título original: Trattato di Diritto Comparato.

11 Não se pretende nesse trabalho utilizar o método comparado, mas, apenas, buscar elementos de direitos estrangeiros e das Famílias Jurídicas para melhor compreensão de institutos jurídicos do sistema pátrio, bem como, por meio do estudo histórico das Famílias Jurídicas contextualizar o papel das fontes do Direito e também da Equidade.

12 Não há concordância, conforme David, quanto ao modo de efetuar tal agrupamento, nem quanto ao número de famílias, pois são muitos os direitos estrangeiros, como o são o

Abstraindo-se a discussão existente sobre as diversas classificações propostas por muitos autores que se dispõem a estudar o assunto¹³, por uma questão didática, adota-se, no presente trabalho, a classificação apresentada por David, que enumera e destaca, observando a existência de outros sistemas¹⁴, três grandes famílias: da *Common Law* (Direito anglo-saxônico), da *Civil Law* (romano-germânica) e dos direitos socialistas.

Os Sistemas Jurídicos norte-americano e brasileiro são variantes, respectivamente, da família da *Common Law*, que sofreu forte influência do Direito inglês, e do sistema português, tendo este a *Civil Law* como fonte.¹⁵

Em resumo, a *Civil Law* é a Família Jurídica que se desenvolveu na Inglaterra logo após a conquista dos normandos, em 1066, quando foi criado um Sistema de Direito diferente daquele vigente até então, de tradição romano-germânica.¹⁶

Durante séculos, a *Common Law* teve na atividade jurisdicional

número de Estados, o que dificulta o estudo individual, tornando-se necessário o agrupamento por traços essenciais e também das fundamentais linhas orientadoras de cada Sistema Jurídico analisado. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.17. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

- 13 Sobre as diversas classificações propostas pela doutrina nacional e estrangeira, ver a obra de DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 258p.
- 14 O autor também menciona o que chamou de “outras concepções da ordem social e do Direito”, tais como o Direito muçulmano, indiano, judaico, todos com forte componente ligado à religião. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.407. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.
- 15 Em conseqüência, as considerações introdutórias estarão limitadas a estas duas Famílias Jurídicas sem ingressar nos pormenores de cada uma delas, desconsiderando-se a Família dos direitos socialistas e as demais “concepções de ordem social e do Direito”, já que não fazem parte do presente trabalho.
- 16 Estas colocações iniciais constituem-se na diferença clássica que é realizada entre as duas Famílias Jurídicas. Contudo, no decorrer do trabalho, de forma crítica, será investigada a veracidade de tal assertiva, se as famílias mantêm-se com esses preceitos desde a sua origem e também se há influência recíproca entre as famílias, principalmente nos sistemas norte-americano e brasileiro, o que pode ter interferido no papel das fontes de Direito de cada sistema.

o seu desenvolvimento e característica determinante. Já a *Civil Law* teve na lei escrita o seu alicerce maior, a ponto de ter surgido uma tendência de confundir o Direito¹⁷ com a lei.

Portanto, a *Common Law*, de essência jurisprudencial, aparentemente opõe-se à *Civil Law*, já que esta tem por fundamento a norma, devidamente votada ou adotada pelas autoridades legislativas e políticas.

Para Sèroussi, a originalidade e a particularidade da *Common Law* “reside em ter sabido, no século XX e em pouco tempo, adaptar-se rapidamente às evoluções recentes dos cinquenta últimos anos¹⁸.” A *Common Law*, prossegue, “legislou em algumas áreas precisas na forma de leis escritas, mas sem cair no excesso legislativo romano-germânico¹⁹.” Na *Civil Law*, por outro lado, é crescente o papel da jurisprudência, já que as leis envelhecem, perdem a atualidade e distanciam-se dos fatos sociais.

1.2 A CIVIL LAW

A *Civil Law* representa o sistema adotado pelo povo da Europa Continental e também de outros povos que o têm adotado por opção (Turquia, Japão e Indonésia) ou de sociedades influenciadas por colonizadores como a França, Espanha ou Portugal, durante o período

17 De acordo com a lição de Maria Helena Diniz, Direito “é uma ordenação heterônoma das relações sociais baseada numa integração normativa de fatos e valores.” DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. 4 v. p.138. v 2.

18 SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano**. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. Paris: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 1999. p.13. Título original: Introduction aux Droits Anglais et Américain.

19 SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano**. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. Paris: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 1999. p.13. Título original: Introduction aux Droits Anglais et Américain.

colonial, tais como os países da América Latina ou da África francófona ou lusitana.²⁰

Liga-se ao Direito da antiga Roma. É continuadora do Direito romano, cuja evolução concluiu, mas não é cópia dele.²¹

Os sistemas que compõem a *Civil Law* possuem como características básicas: a suprallegalidade do texto constitucional e o conseqüente sistema hierarquizado de normas, com controle de constitucionalidade; divisão entre Direito Público e Privado; predomínio da lei escrita; e atuação do Poder Judiciário restrita à interpretação e aplicação da Constituição e das leis.²²

1.2.1 A evolução histórica²³

20 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.81.

21 Ao explicar que uma evolução mais que milenar afastou a *Civil Law*, não só das regras substantivas e de processo, mas da própria concepção que se tem do Direito e da regra do Direito na época de Augusto e Justiniano, David assevera que “o Direito inglês está, em diferentes aspectos, mais próximo que os direitos românicos do Direito romano, do qual, de modo plenamente autônomo, reproduziu a evolução nas suas grandes linhas: importância primordial das formas e da ação, caráter casuístico da regra de Direito, desconfiança em face das fórmulas gerais e da sistematização.” DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.25. Título original: *Les Grands Systèmes du Droit Contemporains*.

22 DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.202.

23 Certo que ao longo da história da humanidade os valores utilizados para compreensão do fenômeno jurídico sofreram grandes modificações, impondo-se breves comentários sobre a evolução histórica das duas famílias e dos dois sistemas analisados. O conhecimento do elemento histórico, mesmo que superficial, é indispensável para a perfeita assimilação do objetivo e conclusão desse trabalho. Conforme observa Rolim, “é impossível dissociar o Direito da História: ambos caminham juntos, interligados, entrelaçados pelas mais variadas mutações da vida em Sociedade. O Direito, essencialmente dinâmico, adapta-se sempre às transformações sociopolítico-culturais havidas no decorrer da história do homem.” ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de Direito Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.25.

As origens do Direito romano, ainda sem a influência do Direito germânico, remontam ao século VII a.C., tendo-se acentuado no século II a.C., antes do início do Império Romano.

A história do Direito romano-germânico é dividida em quatro fases: inicial; Direito consuetudinário; Direito legislativo e expansão para fora da Europa.²⁴

1.2.1.1 A fase inicial (século VII a.C. – século XIII d.C)

A fase inicial coincide com a expansão do Império Romano em face das conquistas de territórios, o que implicou aumento do comércio e de pessoas em Roma, bem como em outras cidades do Império. Tais pessoas, contudo, não viviam sob a tutela do *jus civile* ou Direito quiritário, aplicado aos cidadãos romanos, o que demandou a criação de um regime privado para regular as relações entre cidadãos e não-cidadãos, de modo que, nessa atmosfera, os juristas tiveram papel destacado.²⁵

24 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.85.

25 Os juristas respondiam a questões específicas de Direito em um documento conhecido como *responsa*, preparado para os pretores e juizes, freqüentemente por meio do artifício da *interpretatio*, na qual as frases específicas das leis serviam de base para a opinião dos magistrados. Portanto, os juristas, naquela época, preenchiam duas funções: proporcionavam aconselhamento jurídico aos juizes e outros membros do governo acerca do Estado de Direito e da interpretação dos textos legais, tais como a Lei das XII Tábuas ou o Édito; e eram também os responsáveis pelo desenvolvimento de uma jurisprudência sistemática, independente de decisões judiciais, a fim de se adequarem às contínuas e transformadoras mudanças inerentes ao desenvolvimento de uma Sociedade pluralista. CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.86.

Desde as mais remotas origens até por volta do ano 400 a.C., como todo Direito antigo, o Direito romano foi essencialmente consuetudinário. Sobre este pouco se conhece, já que não houve sequer redução a escrito, embora possam ser encontrados traços nas *leges regiae* (leis régias), na Lei das XII Tábuas²⁶, nos éditos dos magistrados e nos escritos dos jurisconsultos.

Nessa fase inicial (a mais longa), havia dois tipos de juízes civis: o magistrado, ou *praetor*²⁷, e o juiz para julgamento, ou *judex*²⁸. Era um judiciário não-profissional, raramente dotado de treinamento jurídico. Os pronunciamentos do *praetor* acerca do Direito (os éditos) tornaram-se fonte primária do Direito, ficando a legislação em segundo plano.²⁹

A lei, que passou a ter maior relevância que os costumes, somente começou a existir a partir da República (509 a 27 a.C.), por meio

26 Um das mais importantes leis do período republicano é a que se chama Lei das XII Tábuas, promulgada em 451 a.C., porque foi um dos fundamentos do *ius civile* e, embora tenha sido ultrapassada por outras fontes de Direito, manteve-se em vigor até a época de Justiniano. Pinheiro comenta que o Direito da época era incerto, por não ser escrito, e desigual, porque fazia distinção entre patrícios e plebeus, razão pela qual “a lei das XII Tábuas teve uma importância singular para o povo romano, sendo ela o resultado de uma luta da plebe. Representou uma conquista desta, assim como a Magna Carta dos ingleses, a Declaração dos Direitos Humanos da Revolução Francesa.” PINHEIRO, Ralph Lopes. **História Resumida do Direito**. 7. ed., Rio de Janeiro: Biblioteca Universitária Estácio de Sá, 1999. p.61.

27 Rolim explica que o cargo de pretor urbano foi criado no ano 367 a.C. e tinha como atribuição apreciar os litígios que ocorressem entre romanos. Posteriormente, segundo o autor, foi criado o cargo de pretor peregrino, que passou a resolver as lides que ocorriam entre cidadãos romanos e estrangeiros ou estrangeiros entre si.” ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de Direito Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.48.

28 Kazuo Watanabe sustenta que “John Henry Merryman, discorrendo sobre *Civil Law System*, que é o nosso, chega a afirmar que o juiz desta Família Jurídica descende do *iudex* romano, dotado de pouco poder, ao passo que o juiz anglo-saxão se filiará ao *praetor* romano, plenamente investido do poder do império (*The Civil Law Tradition*; conferir, também, Ovídio Batista da Silva, *Curso de Processo Civil*, vol. 2). Daí a importância e a notoriedade que alcançam os magistrados mais destacados dos países filiados à *Common Law* (Coke, Mansfield, Marshall, Story, Holmes, Brandeis, Cardozo), quando os nomes mais conhecidos dos países filiados à *Civil Law* são os dos legisladores (Justiniano, Napoleão) e dos doutrinadores (Gaio, Irnerio, Bartolo, Mancini, Domat, Pothier, Savigny e outros).” WATANABE, Kazuo. *Novas Atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade*. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, ano 1, n. 1, p.150, set.-dez. 1996.

29 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.86.

da *lex (leges publicae)*, que é o ato emanado das autoridades públicas que formulavam regras obrigatórias, sendo definidas como uma ordem geral do povo ou da plebe, feita a pedido do juiz, pelos magistrados superiores – cônsules, pretores, tribunos, ditadores – e que propunham um texto (*rogatio*) que era afixado (*promulgatio*) durante certo tempo.³⁰

O Império Romano conheceu uma civilização brilhante, construindo um Sistema Jurídico sem precedentes no mundo. No entanto, as invasões de diversos povos, germanos em particular, levaram a sua queda no século V, quando, então, as populações romanizadas e os bárbaros passaram a conviver, seguindo cada qual uns e outros a sua própria lei.³¹

Durante os séculos IV ao VI, período que vai de Constantino a Justiniano, o Direito romano desenvolveu-se numa fase de decadência política e intelectual. Recebeu grande influência do cristianismo e sobreviveu nas obras dos jurisconsultos e nas Constituições imperiais. O Direito, então, apareceu como Direito erudito, opondo-se ao Direito vivo, o Direito vulgar, nascido dos costumes novos e fixado pelos legisladores. A erudição pode ter influenciado a formação do processo interpretativo que afastou o aplicador da lei da consideração de fatores extralegais, distanciando-o, em consequência, dos princípios absolutos e da verdade das instituições jurídicas, característica típica do Positivismo Jurídico.^{32 33}

30 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito:** Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.86.

31 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo.** 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.29. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

32 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito:** Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.89-90.

33 O conceito operacional adotado é o elaborado por Melo: “1. Escola que reduz o Direito à sua função técnica, distinguindo-o rigorosamente da Metafísica, com o que se opõe frontalmente ao Jusnaturalismo. 2. Posicionamento que repele a idéia de um Direito Natural anterior e superior à positividade jurídica, vendo nesta última a fonte de todo o conhecimento do Direito”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica.** Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000, p.78.

A codificação por meio do *Corpus Juris Civilis*, no século VI d.C., é fato que merece destaque na história da *Civil Law*, pois, aos poucos, foram sistematizadas as normas costumeiras e escritas, as decisões jurisprudenciais e doutrinárias, juntamente com a obra dos glosadores.

Com a feudalização na Europa Ocidental e na Europa Central, a partir do século X, a autoridade foi dividida em benefício dos senhores feudais, e o costume tornou-se a única fonte de Direito, desaparecendo a atividade legislativa. O Direito, então, desenvolveu-se pela sobrevivência e depois pelo desaparecimento progressivo do Direito romano; pelo progresso do Direito germânico, em contato com as populações romanizadas; pela atividade legislativa dos reis e imperadores; e pelo desmembramento do poder nos quadros das instituições feudais.³⁴

Nesse contexto, por três séculos (do final do século IX ao século XII), o Direito feudal dominou a Europa Continental, desaparecendo somente na França e na Bélgica, no século XVIII, e na Alemanha, no século XIX.³⁵

1.2.1.2 A fase do Direito consuetudinário (século XIII d.C – século XVIII d.C)

Durante a fase do Direito consuetudinário³⁶ surgiu a Escola do Direito romano-germânico, denominada Humanista, entusiasta do retorno

34 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.83.

35 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.91.

36 Para David, a *Civil Law* surge, do ponto de vista científico, no século XIII, já que “até esta época existem, sem dúvida alguma, elementos com a ajuda dos quais o Sistema será constituído; mas parece prematuro falar de Sistema, e talvez mesmo de Direito.” DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.27. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

às origens, com aversão ao barbarismo medieval³⁷ e amor ao método histórico e filológico à descoberta do verdadeiro significado da Antigüidade Clássica e seus escritos.³⁸

O Direito e a ordem civil não seriam mais confundidos com a religião e com a moral. A idéia de que a Sociedade deveria ser regida pelo Direito não era uma idéia nova, fora admitida pelos romanos, mas, o regresso a essa idéia, no século XII, era tida como uma revolução, quando filósofos e juristas buscam um Direito novo, fundado na Justiça que a razão permite conhecer e repudiando o apelo ao sobrenatural. Esse movimento é revolucionário e equipara-se, em importância, ao movimento que, no século XVIII, substituiu a regra do poder pessoal pela democracia.³⁹

O período foi marcado pelo estudo do Direito romano nas universidades⁴⁰ e pelo domínio do sistema pela doutrina, sob a influência principal da qual a própria prática do Direito evoluiria nos diferentes Estados. A doutrina prepararia, com a Escola do Direito Natural⁴¹, o despertar do período seguinte, que foi dominado pela legislação.

37 No século IV, após a divisão do Império Romano em Império do Ocidente (Roma) e do Oriente (Constantinopla), e também do enfraquecimento do poder central, em decorrência da pressão dos chefes locais, que fez surgir o regime político e social denominado feudal, principalmente na França e na Alemanha, e, em menor escala, na Itália e na Inglaterra, ocorre o que para David está associado ao declínio da idéia do Direito, afirmando que “nas trevas da Idade Média a Sociedade voltou a um estado mais primitivo.” DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 30. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

38 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.91.

39 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.31. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

40 De acordo com a lição de Dantas, os professores das universidades, “na busca de um Direito Justo, desligado das diversidades dos costumes locais, passaram a se interessar por princípios, o que motivou o estudo do Direito romano, especialmente a compilação justiniana, ou seja, o *Corpus Juris Civilis*, composto pelo Digesto, pelas Institutas, pelo Código e pelas Novelas.” DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.198.

41 Segundo Melo, “concepção de que os sistemas de Direito Positivo deveriam ter suas imperfeições corrigidas por um sistema superior e universal, ao qual teriam que se adaptar.” MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000, p.31.

1.2.1.3 A fase do Direito legislativo (século XVIII)

Tida como a mais importante, já que influenciou todos os sistemas modernos de Direito ligados à *Civil Law*, a fase do Direito legislativo foi marcada pela codificação.⁴²

A Escola de Direito Natural obteve dois êxitos espetaculares: fez reconhecer que o Direito devia estender-se à esfera das relações entre governantes e os governados; e a codificação.⁴³

O desenvolvimento da centralização governamental, após a Revolução Francesa, fez com que a pluralidade de ordens jurídicas fosse abolida e as cortes unificadas, limitando-se a administração da Justiça somente à aplicação da norma e proibindo-se a sua intromissão em temas relativos ao funcionamento da legislatura e do Executivo.

As cortes, então, foram inibidas de criar ou interpretar as leis. O juiz deveria ser a boca (*la bouche*) e não o cérebro (*le cerveau*) da lei.⁴⁴ Deu-se então a sacralização da lei ou endeusamento da lei, o Direito foi identificado com a lei, e ensinar Direito era ensinar a lei.⁴⁵

A codificação teve méritos, pois possibilitou a expansão, na Europa e fora dela, da *Civil Law*. Porém, com a realização da perfeição da

42 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.52. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

43 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.51. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

44 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.92.

45 O juiz, no período de Napoleão, foi considerado o funcionário civil mais importante. Os juízes foram agraciados por Napoleão e receberam muitas homenagens, foram agraciados com um palácio, surgindo então o "Palácio da Justiça". No entanto, seus poderes foram limitados e tiveram que jurar fidelidade ao governo.

razão, para apenas considerar os códigos civis, perdeu-se aos poucos a tradição das universidades, que era, segundo David, “a de orientar a procura do Direito justo, de propor um Direito modelo e não de expor ou de comentar o Direito dos práticos deste ou daquele país ou região.”⁴⁶

Uma atitude de positivismo legislativo, agravada pelo nacionalismo, foi originada pelos códigos, contrariamente à idéia que os tinha inspirado.⁴⁷ O Direito tornou-se para os juristas o seu Direito nacional, que acabaram por concentrar-se sobre seus códigos, esquecendo-se de que o Direito “era, por essência, supranacional.”⁴⁸

O envelhecimento dos códigos atenuou a atitude do positivismo legislativo dominante no século XIX, reconhecendo-se a função essencial pertencente à doutrina e jurisprudência na formação e evolução do Direito, mesmo em matéria de Direito Criminal, no qual o princípio da legalidade das penas pode parecer justificar tal convicção.⁴⁹

1.2.1.4 A fase de expansão para fora da Europa (século XIX d.C – século XX d.C)

A fase de expansão para fora da Europa (séculos XIX – XX)

46 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.53. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

47 A finalidade da codificação tinha sido enunciar os princípios de um *jus commune* rejuvenescido, adaptado às condições e necessidades do homens do século XIX. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.55. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

48 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.53-54. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

49 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.55. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

coincidiu com a colonização de grandes territórios de além-mar, momento em que a *Civil Law* experimentou período de grande expansão, influenciando outros Sistemas Jurídicos nos continentes norte-americano (Louisiana, Flórida, Califórnia, Novo México, Arizona, Texas e Quebec), sul-americano (Brasil, Peru, Venezuela, Colômbia). Também na África negra e Madagascar, Ásia e Indonésia.⁵⁰

1.2.2 As fontes de Direito da *Civil Law*

Na lição de David⁵¹, cinco são as fontes do Direito⁵² na *Civil Law*: a lei, o costume, a jurisprudência⁵³, a doutrina e os princípios gerais⁵⁴.

50 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.93.

51 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.91. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

52 Segundo Melo: “Tudo aquilo que seja capaz de produzir fenômenos jurídicos. Apresentam-se cinco grupos: materiais (práticas sociais e costumes); sócio-políticos (movimentos sociais); históricos (documentos jurídicos, antigos códigos etc. que inspirem caminhos doutrinários); formais ou institucionais (a norma positivada e decisões judiciais); doutrinários (resultados de pesquisa que possam gerar conceitos ou regras)”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000. p.42-43.

53 A respeito do conceito, natureza jurídica, papel da jurisprudência no Direito romano, romano-germânico e luso-brasileiro, ver Federerighi, ao concluir que a jurisprudência, para que possa efetivamente ser considerada, deve constituir-se em uma série de julgados, com uma linha de continuidade e coerência entre eles; é fonte de Direito; no Direito brasileiro, que segue a *Civil Law*, a jurisprudência é não vinculante, mas meramente orientadora; e inadmitte-se a orientação jurisprudencial *contra legem*. FEDERIGHI, Wanderley José. **Jurisprudência e Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. 84p.

54 Para a compreensão do conceito de princípios constitucionais, vale destacar a obra de ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 288p. Ver também Ávila, especialmente na parte em que aborda o princípio (postulado normativo, segundo o autor) da razoabilidade como Equidade, sustentando que esta exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal. Logo, concluiu, que “a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência norma é condição necessária mas não suficiente para a sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da Justiça. (‘Preâmbulo’ e art. 3. da CF)”. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003. p.98.

Para a visão tradicional⁵⁵, a solução de um conflito na *Civil Law* encontra-se na lei, fonte primária ou principal do Direito. O sistema é considerado um conjunto de normas sistematizadas. Na ausência de norma para solucionar o caso, procura-se, em regra, a maior aproximação com norma existente, mesmo que não seja a solução mais justa.⁵⁶

Na escola positivista, o costume tem seu papel extremamente reduzido, uma vez que se pauta no Direito codificado/legislado. O papel do costume está longe de equiparar-se ao da *Common Law*, mas considera-se um elemento que ajuda a alcançar a decisão mais justa.⁵⁷

O papel da jurisprudência é cada vez mais importante, mas, quando se trata de fonte de Direito, ainda é colocado em segundo plano em relação à lei. A contribuição não é a mesma da lei, pois esta cria “a ordem jurídica na qual o juiz romano-germânico vai buscar o elemento principal, a lei, para fazer Justiça”. Função inversa da que possui na *Common Law*, em que a jurisprudência tem papel principal e o juiz “pode usar mais sua criatividade para resolver um litígio, pois se encontra menos restrito à lei do que o juiz de tradição *Civil Law*”.⁵⁸

A tradição das universidades colocou a doutrina como fonte fundamental. Foi nas universidades, entre os séculos XIII e XIX, que os princípios que nortearam o Direito efetivamente surgiram. Com o aumento

55 Sobre a visão tradicional, ver Portanova, ao revelar que nessa concepção todos são iguais perante a lei, cabendo ao juiz aplicar a lei neutramente, mesmo aquela injusta, o que torna a atividade do juiz um “raciocínio lógico-formal: premissa maior – a lei; premissa menor – o fato narrado nos autos (e só este, pois ‘o que não está nos autos não está no mundo’); conclusão – a solução judicial”. PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.28.

56 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.95. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

57 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.95. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

58 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.96-97. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

da complexidade das relações econômicas, principalmente após a revolução industrial na Inglaterra, foi suplantada pela lei, servindo atualmente como subsidiária na aplicação do Direito, para resolver as deficiências e omissões dos textos legais.⁵⁹

Para David, o recurso aos princípios gerais, pilasstras fundamentais do Sistema Jurídico, que podem ser descobertos nos textos legais e por vezes fora da lei, “põe em evidência a subordinação do Direito aos imperativos da Justiça tal como é concebida numa época e num momento determinados.”⁶⁰ Esses corretivos ou fugas são indispensáveis em qualquer sistema legislativo. Sem eles “haveria o risco de se produzir, entre o Direito e Justiça, um divórcio inadmissível”⁶¹.⁶²

1.2.3 A recepção da *Civil Law* pelo Sistema Jurídico brasileiro

O primeiro corpo legislativo posto em vigor no Brasil foi o português, contido nas Ordenações do Reino: Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, que tinham raízes romanas.

Moreira explica que a proclamação da Independência, em 1822, não expulsou imediatamente o complexo acervo das normas lusas, mas, alguns setores, tempo depois, foram atingidos por renovações,

59 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.98.

60 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.135. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

61 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.135. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

62 Reale sustenta que os princípios são elementos condicionadores e fundantes da experiência jurídica, com as mais diversas origens, consubstanciam exigências de ordem ética, sociológica, política, ou de caráter técnico. Desenvolvem-se no plano do Direito Positivo, embora se fundem, de maneira mediata, em razões éticas ou de Direito Natural, desde que este seja concebido em razão da experiência jurídica e não como uma duplicata inútil do Direito Positivo. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 13. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001. p.307-308.

enquanto outros permanecem intactos, ou quase, por prazo surpreendentemente dilatado.^{63 64}

No Direito Público brasileiro, especialmente no Direito Constitucional, nota-se maior influência do Direito norte-americano, fruto da Revolução Americana. Já no campo privado, a influência maior é do Direito europeu, que dominou o conteúdo dos códigos, bem como a legislação sobre o ensino jurídico e o papel do juiz no processo judicial.

A experiência jurídica brasileira é híbrida. A *Civil Law* e a *Common Law* tiveram de manter um certo convívio. Essa dualidade marcaria toda a posterior evolução do ordenamento pátrio, na segunda metade do século passado e principalmente nas últimas décadas, quando a influência anglo-saxônica se expande.

A expansão ocorre principalmente na vida econômica e financeira, na qual incorporam-se figuras jurídicas até então desconhecidas do nosso sistema (*leasing, factoring, franchising*), passando também pela assimilação, na Constituição de 1988, do conceito de “devido processo legal” (art. 5º, LXIII). No plano processual, a influência é percebida com a criação dos juizados especiais e das ações coletivas para defesa judicial de direitos e interesses supra-individuais.⁶⁵

63 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Importação de Modelos Jurídicos. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.180.

64 Sifuentes explica que a história do Direito, em Portugal e no Brasil, como decorrência do processo de colonização, conheceu longa fase substancialmente comum. “Essa ‘convivência’, de certo modo, estendeu-se para além da fase de separação e independência da Colônia – mesmo após 1822 o Brasil ainda conservaria, por muito tempo, o ordenamento lusitano. Não é despidendo lembrar que o Brasil somente teria o seu Código Civil na segunda década deste século. (sic) Até então, subsistia basicamente o velho arcabouço das Ordenações do Reino, se bem que com muitas modificações, provocadas por legislação esparsa. Assim é que também a orgânica do modo de se distribuir ou ‘administrar’ a Justiça será transportada da Metrópole, numa simbiose que marcará definitivamente, pelo nascimento, o Poder Judiciário na Colônia.” SIFUENTES, Mônica Jacqueline. O Poder Judiciário no Brasil e em Portugal: reflexões e perspectivas. **Doutrina Jurídica Brasileira** – Editora Plenum – Edição Ouro, Caxias do Sul, v. 2, [s.n.]. CD-ROM.

65 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.184-185. Título original: *Les Grands Systèmes du Droit Contemporains*.

As fontes do Direito brasileiro são as mesmas da *Civil Law*, não sendo percebidas divergências quanto ao seu conteúdo e aplicação, muito embora em avançado estágio encontre-se a discussão no Congresso Nacional acerca da reforma constitucional para que as decisões de tribunais superiores tenham efeito vinculante.⁶⁶

1.3 A COMMON LAW

A expressão *Civil Law* é empregada para indicar o Sistema Jurídico que começou a formar-se na Inglaterra a partir da conquista normanda, e que foi sucessivamente adotado nos Estados Unidos, no Canadá anglófono, na Austrália, na Nova Zelândia, na Índia e em grande parte de outros países que foram colônias inglesas.

O estudo da *Common Law* é complexo para um jurista latino, pois não há a tradicional divisão entre Direito público e privado, ou comercial e civil. A grande divisão encontrada é entre a *Common Law* e a *Equity*. Para David, o estudo da *Common Law* deve começar com o Direito inglês e por sua história, que é de forma exclusiva, até o século XVIII, a história do Direito inglês.⁶⁷

1.3.1 A evolução histórica ⁶⁸

66 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.113.

67 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.279. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

A evolução histórica⁶⁹ da *Common Law* é dividida em quatro fases: o período anterior à conquista normanda em 1066; o período que compreende a conquista normanda até o advento da dinastia dos Tudors (1485), que é o da formação da *Common Law*; o período de 1485 a 1832, marcado pelo desenvolvimento de um sistema complementar e, às vezes, rival, que se manifesta nas regras de Equidade; e o período que vai de 1832 até os dias atuais (2004), no qual a família vem sofrendo um desenvolvimento da lei sem precedentes.⁷⁰

1.3.1.1 O período anglo-saxônico (século V a 1066)

O domínio do Direito romano durou quatro séculos na Inglaterra (do imperador Cláudio até o começo do século V). Contudo, para os historiadores do Direito inglês, a história do Direito anglo-saxônico começa após a perda desse domínio, quando diversas tribos de origem germânica – saxões, anglos, dinamarqueses – partilharam entre si a Inglaterra, por volta do século VI, quando a missão de Santo Agostinho de Conorbéry, em 596, converteu a Inglaterra ao cristianismo.⁷¹

68 Por opção metodológica foi adotada a obra de CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. 286p., como guia para a descrição de aspectos destacados da evolução histórica das duas Famílias abordadas, intercalando-se, no entanto, comentários do pesquisador e de outros autores.

69 De acordo com David, os ingleses gostam de pôr em evidência o caráter tradicional, enquanto os franceses preferem evidenciar o caráter racional e lógico de seu Direito. Contudo, explica que a parte racional e tradicional, ambos os sistemas não são fundamentalmente diferentes, já que ambos tiveram de se adaptar a mudanças e fazer face às necessidades de sociedades que sempre foram e são muito semelhantes. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.282. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

70 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.20.

71 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados**

Antes das conquistas dos normandos por Guilherme, “O Conquistador”, em 1066, a Inglaterra era governada por um Direito primário, denominado como anglo-saxão, quando imperavam os costumes locais.

1.3.1.2 O período da formação da *Common Law*

O período tribal, que pouca influência teve na formação da *Common Law*, termina em 1066, quando então começou o feudalismo na Inglaterra.⁷²

Quando a *curia legis*, ou seja, a corte de Guilherme, tornou-se o centro da vida administrativa e jurídica do novo reino, iniciou uma classe profissional forense muito homogênea, de onde saíram os magistrados, iniciou, com suas sentenças, a criação do Direito que seria comum para quase a totalidade das ilhas britânicas.

O rei também proclamara que o Direito anglo-saxônico mantinha-se em vigor e até os nossos dias veremos juristas ingleses invocarem e aplicarem, em algumas circunstâncias, esta ou aquela lei da época anglo-saxônica.⁷³

Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.20-21.

72 Para David, o feudalismo na Inglaterra é muito diferente daquele que, na mesma época, pôde ser observado na França, na Alemanha ou na Itália, já que os senhores normandos, que acompanharam Guilherme à Inglaterra, viam-se em um país conquistado, cuja língua é diferente e os habitantes e costumes são por eles desprezados. Afirma que, para evitar vassalos muito poderosos, por ocasião da distribuição das terras, o conquistador evitou a formação de grandes feudos, fazendo com que todos os senhores dependessem diretamente do rei, destacando, por outro lado, a militarização, organizada e disciplinada, o que permitiu o desenvolvimento da *Common Law*. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.258. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

73 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.285. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

Foram 150 anos de tirania, com imposição de um truculento Código Penal aos saxões para garantir privilégios aos normandos e de excessiva carga tributária, o que levou o interior da Inglaterra à penúria, até que o rei João (1119-1216), pressionado pelos nobres e pelo clero da Inglaterra, foi forçado a assinar a Magna Carta, em 1215, considerada a base tradicional das instituições inglesas.

A jurisdição, inicialmente local, passou às cortes reais, pois estas julgavam de acordo com regras processuais mais modernas, e a execução das decisões era mais eficiente.

As cortes reais, criadas pela monarquia, desejavam aumentar sua competência e passaram a atender todos os tipos de litígios, de modo que a *Common Law* deixou de ser pública e começou a abranger todas as situações, inclusive de Direito privado, exercendo papel fundamental na elaboração e unificação do Direito.⁷⁴

A *Common Law* é obra exclusiva dos tribunais reais de Justiça, dos tribunais de Westminster, que se oporiam durante cinco séculos às inúmeras jurisdições senhoriais e eclesiásticas. Os diferentes soberanos ingleses confiam aos juízes itinerantes a incumbência de “dizer o Direito” em todo o reino e a missão de garantir a paz real, fazendo surgir, progressivamente, uma jurisprudência (*case law*) elaborada e aplicada de maneira uniforme à Inglaterra e ao País de Gales.⁷⁵

1.3.1.3 A fase da difusão da Eqüidade

74 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.23.

75 SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano**. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. Paris: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 1999. p.19. Título original: Introduction aux Droits Anglais et Américain.

A fase da difusão da equidade inaugurou a época do Sistema Jurídico duplo, que durou 350 anos. A partir do século XV – em razão da “esclerose”⁷⁶ apresentada pela *Common Law*, decorrente do excessivo formalismo, o que levou a uma insatisfação com o sistema, que já estava distante das preocupações cotidianas das pessoas – surgiu um sistema complementar, que se manifestava nas normas de Equidade: a *Equity*.⁷⁷

Os obstáculos existentes na administração da Justiça pelos Tribunais de Westminster – que não permitiam que a *Common Law* se desenvolvesse com liberdade suficiente para dar satisfação às necessidades da época –, acarretavam a não-aplicação da solução mais justa aos litígios. Dessa forma, os particulares passaram a dirigir-se ao rei para pedir-lhe que interviesse “para tranquilizar a consciência e fazer uma obra de caridade”.⁷⁸

Os insatisfeitos com as decisões da *Common Law* voltariam para a coroa real, por meio de um pedido dirigido ao chanceler⁷⁹ do rei (originariamente um eclesiástico), para que ele corrigisse alguns excessos da família. O recurso ao chanceler logo se sistematizou e este passou a tomar decisões eqüitativas, morais, visando não modificar a *Common Law*, mas complementá-la, acrescentando-lhe emendas ou corrigindo-a quando

76 SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano**. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. Paris: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 1999. p.22. Título original: Introduction aux Droits Anglais et Américain.

77 De acordo com Ráo, a *Equity* “caracterizou-se, de início, não só como meio de atenuar a rigidez das regras de Direito comum e do Direito estatutário, senão, também, como modo de evitar a sua imobilidade, tendendo, pois, a facultar a evolução do Direito. Mas, aos poucos, consubstanciou-se em regras (*rules of equity*), as quais, em virtude de sua constante aplicação pela jurisprudência e em virtude, ainda, do valor de precedente dos respectivos julgados, veio a constituir um corpo de Direito denominado Direito-Equidade.” RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5. ed., anot. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.134.

78 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.295-296. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

79 O Chanceler era o “guardião da consciência do rei” e tinha o poder de não aplicar normas injustas. CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.25.

necessário.⁸⁰

Assim, segundo Sèroussi, “regras autônomas, simples e modernas para a época são desenvolvidas e levadas em conta pelo chanceler, as quais satisfazem plenamente os interesses da Justiça.”⁸¹

Na época do absolutismo dos Tudors, no século XVI, em matéria civil, a jurisdição de Eqüidade do Chanceler, fundada igualmente na prerrogativa real, alcança considerável crescimento.

A partir de 1529, o chanceler teve seu perfil alterado de confessor do rei ou eclesiástico, para, quase sempre, um jurista. Passou a examinar as queixas que lhe eram encaminhadas como um verdadeiro juiz, mas seguindo um processo inspirado no Direito canônico, adotando princípios, que eram, em larga medida, do Direito romano e canônico.

Naquele momento histórico, o Direito inglês quase se reuniu à família dos direitos do continente europeu, pelo triunfo da jurisdição de Eqüidade do chanceler e pela decadência da *Common Law*.^{82 83} Essa reunião, que seria uma revolução, não ocorreu, estabelecendo-se, após muitos conflitos, um entendimento tácito, pelo qual a jurisdição do chanceler subsistiu, mas já não tentou realizar novas intromissões em detrimento dos tribunais de *Common Law*. A própria natureza da *Equity* transformou-se. O chanceler, homem político ou jurista, já não era qualificado para estatuir em nome da moral, tendendo a proceder mais

80 SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano**. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. Paris: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 1999. p.21. Título original: Introduction aux Droits Anglais et Américain.

81 SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano**. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. Paris: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 1999. p.22. Título original: Introduction aux Droits Anglais et Américain.

82 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.296-297. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

83 Soares afirma que as regras de Direito canônico eram bem mais evoluídas e racionais que o casuismo dos procedimentos da *Common Law*. Confira-se SOARES, Guido Fernando da Silva. **Common Law**: introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.34.

como jurista. O controle da Câmara dos Lordes foi admitido em relação às decisões do Tribunal de Chancelaria, desde 1621, e os tribunais de *Common Law* aceitaram as intervenções do chanceler que poderiam apoiar-se num precedente.⁸⁴

Por muito tempo a *Common Law* e a *Equity* seguiram caminhos paralelos, porém bastante distanciados, acabando por se reconciliar posteriormente.⁸⁵

O Direito inglês possuiu e ainda possui uma estrutura dualista, adotando, ao lado das regras da *Common Law*, soluções de *Equity*.⁸⁶ Contudo, com o passar dos séculos tais soluções se tornaram tão jurídicas como as da *Civil Law*, e “a sua relação com a equidade não permaneceu muito mais íntima do que no caso das regras da *Common Law*.”⁸⁷ Os juízes da *Equity* foram “sensíveis ao fascínio do precedente, e passaram a resolver casos análogos sempre da mesma maneira. Portanto, a própria *Equity* encarquilhou num certo número de soluções fixas.”⁸⁸

No século XVII houve uma transformação na *Equity*, que já não era mais compreendida como no seu ponto de partida, a Equidade como se concebeu no século XVI. Atualmente, conforme destaca David, os tribunais ingleses consideram a *Equity* “como um conjunto de regras que vieram corrigir historicamente o Direito inglês, e que constituem hoje uma peça que

84 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.298. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

85 SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano**. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. Paris: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 1999. p.21. Título original: Introduction aux Droits Anglais et Américain.

86 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.298. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

87 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.298. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

88 ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral**. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.143-144.

o integra.”⁸⁹

Mesmo unificados os órgãos da aplicação, a *Common Law* e a *Equity*, segundo Soares, conservam suas características originais e suas regras, já que o princípio que sempre foi dominante e que, em certa medida continua, tanto na Inglaterra como nos EUA, é de que só é possível utilizar a *Equity* quando inexistir remédio na *Common Law*.⁹⁰ As diferenças entre *Common Law* e *Equity*, esclarece, são relativas mais às tipicidades dos institutos abrigados, em um outro ramo do Direito, submetidos a interpretações judiciais próprias.^{91 92}

1.3.1.4 A fase de desenvolvimento da lei

Na fase moderna, verificou-se um desenvolvimento

89 David explica: “As razões que outrora justificaram a intervenção do Chanceler já não existem: o parlamento poderá intervir se o Direito inglês tiver necessidade de um aperfeiçoamento. A segurança das relações jurídicas e a supremacia do Direito seriam ameaçadas se, sob o pretexto da Equidade, os juízes aceitassem colocar em discussão as regras de Direito estabelecidas; os juízes ingleses manifestaram, de maneira clara, em fórmulas surpreendentes, a sua determinação de não aceitarem este caminho”. O caminho seria a continuação da obra do Chanceler para desenvolver ousadamente novas doutrinas de Equidade. Segundo David “Para afastar qualquer equívoco, evita-se na Inglaterra o emprego da palavra *equity* para designar o que nós chamamos de Equidade; prefere-se falar de *justice*, de *fairness* ou de *good conscience*”. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.299. Título original: *Les Grands Systèmes du Droit Contemporains*.

90 SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao Direito dos EUA**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.35.

91 SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao Direito dos EUA**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.36.

92 Uma ilustração interessante de como funciona a *Equity* pode ser dada pela doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, utilizada para buscar os bens dos sócios e evitar fraude a credores em procedimento falimentar, particularmente numa concordata: “[...] segundo a teoria da *Equity*, das *clean hands* (quem vem solicitar um benefício ao juiz deve vir de mãos limpas ou, em outras palavras, quem solicita uma concordata judicial deve estar de boa-fé), é permitido desconsiderar-se a personalidade jurídica e trazer os bens dos sócios para o patrimônio em discussão (e não a mera colação dos bens da Sociedade), na medida em que se prove, sim, ter havido fraude aos credores”. SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao Direito dos EUA**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.36.

surpreendente da legislação. Os ingleses passaram a prestar mais atenção ao Direito material e também foi suprimida pela reforma da organização judiciária, em 1873-1875, pelos *Judicature Acts*, a distinção formal dos tribunais de *Common Law* e da *Equity*, de modo que todas as jurisdições inglesas podiam proferir decisão aplicando as regras do *Common Law* e da *Equity*.⁹³

A *Common Law* não conseguiu acompanhar os desafios de mudanças na Sociedade. O Parlamento passou a intervir pela técnica do processo legislativo, criando-se, no final do século XIX e início do século XX, o *statute law*, que serviu para introduzir um Direito social inteiramente novo e, em menor escala, de um Direito econômico inédito, principalmente após 1945, em face da pressão do Partido Trabalhista.⁹⁴

Na primeira metade do século XX, a corrente liberal que dominou o Direito até 1914 foi substituída por determinada corrente socialista. Ocorreu o aumento do intervencionismo do Estado na vida da Sociedade, com a implantação do *Welfare State*, tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra. Tal fato provocou mudanças nos Sistemas Jurídicos, quando as leis e regulamentos passaram a ter mais importância do que anteriormente, já que seriam necessárias respostas mais rápidas dos órgãos executivos, legislativos e judiciais, aos problemas da Sociedade, cada vez mais complexos.⁹⁵

1.3.2 As fontes de Direito da *Common Law*

93 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.30.

94 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.31.

95 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.32.

A *Common Law* tem origem em quatro fontes de Direito: o precedente judicial (*case law*); a lei; o costume; e a doutrina e a razão.⁹⁶

Os juristas ingleses buscam primordialmente nos precedentes jurisprudenciais, principal fonte, as regras de Direito, processuais e materiais, aplicáveis aos casos concretos.

A lei serve de fonte secundária, apresentando corretivos e adjunções aos princípios, bem como precisa ou retifica os princípios estabelecidos pela jurisprudência.⁹⁷ Possui função auxiliar, completando e esclarecendo o sistema de Direito comum, como que do exterior, sem representar ela própria a base do sistema, conforme explica Ascensão.⁹⁸

O costume também desempenha papel secundário, atualmente ainda mais apagado que a lei, tendo sido substituído como fonte pelos precedentes jurisprudenciais, muito embora os usos locais existam até hoje na Inglaterra.⁹⁹

O sistema é considerado aberto. O juiz está livre para analisar cada caso e, em função da discricionariedade, aplicar o precedente que

96 DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.31-32. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

97 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.36.

98 Explica também o autor que a lei resolve categorias específicas de casos, mas os princípios gerais resultam da *Common Law*. Também observa que o predomínio da jurisprudência sobre a lei deriva não só do empirismo do povo inglês, mas também da sua desconfiança em relação à lei, que parece ser a arma preferida dos tiranos. Dessa forma, um conjunto estável de princípios seria a melhor barreira contra as arbitrariedades do Poder. O curioso, segundo o autor, é que a Europa continental utilizou a lei como forma de limitação do Poder, que deverá orientar-se por uma ordem já determinada. Contudo, adverte que hoje em dia já não pode ser tomada “como condição de validade da lei a conformidade dela com o Direito comum, como se pretendia, em todo o caso este continua a representar o sistema geral que se aplicará sempre que uma lei não regular especialmente uma situação. Ao contrário do que acontece no sistema romanístico, em que os princípios gerais se fundam antes de mais nas leis”. ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral**. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.146.

99 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.37.

melhor se adaptar à demanda. As lacunas de tal sistema, ao contrário da *Civil Law* (em que o legislador procura acabar com as possíveis omissões da lei em face das particularidades e que causam controvérsia, por meio da edição de novas normas), são preenchidas pela razão.¹⁰⁰

Doutrina, obras consagradas de juízes ingleses, tais como Ranulfo Glanvill, Henry de Bracton, Littleton e Sir Edward Coke, são manuais tão difundidos que, tendo alcançado grande respeitabilidade nos tribunais ingleses, podem ser considerados fontes de Direito.¹⁰¹

1.3.3 A recepção da *Common Law* pelo Sistema Jurídico norte-americano

O transporte jurídico-cultural sofre as influências do local de destino, o sistema implantado não fica imune às influências das variantes locais. Logo, a *Common Law* americana apresenta traços de autonomia dentro dessa família, não havendo sistema puro de *Common Law (latu sensu)*. Possuem uma Constituição Federal (inexistente na Inglaterra), convivem com o legalismo e também com o controle de constitucionalidade das leis. Mas a diferença principal está na concepção de Direito Federal e de Direito Estadual, circunstância inexistente na Inglaterra. Tais características próprias tornaram a América do Norte outro pólo de irradiação dessa família.

Os Estados Unidos conseguiram, em pouco mais de dois séculos, integrar os princípios gerais da *Common Law*, separá-los quando necessário (por intermédio das codificações e das leis), preservando a

100 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil.** Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.37.

101 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil.** Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001.p.37.

unidade nacional graças à Constituição Federal.¹⁰²

O Direito norte-americano desenvolveu-se primeiro na esfera legislativa e depois no sistema judicial, mas, adverte Castro Jr., deve-se ter cuidado quando se faz referência ao Direito dos Estados Unidos, “tendo em vista que existe um Direito Federal e vários direitos estaduais – cada Estado-membro com um Sistema Jurídico próprio –, embora esses direitos estaduais se desenvolvam observando aquele.”^{103 104}

A doutrina do *stare decisis* (ou poder vinculante dos precedentes judiciais) na cultura jurídica dos Estados Unidos, com origem no Direito consuetudinário inglês, determina que quando uma Corte de recurso, estadual ou federal, elege uma solução para um caso concreto, estabelecendo um precedente, a corte deverá aplicá-lo a casos futuros nos quais os fatos relevantes para fins decisórios sejam os mesmos, inclusive se as partes forem outras. As cortes vinculadas a essa corte de segunda instância, que gerou o precedente, devem segui-lo.

Para D. Cole, esta é uma das características mais extraordinárias, permitindo que estudantes, advogados e professores possam prever o que a Corte deverá decidir. Contudo, isso não significa que o precedente de um caso “está escrito em pedra”. Poderá mudar quando houver mudança da lei sobre o qual o precedente está baseado, como quando ocorrer a evolução cultural, quando a filosofia judicial da

102 SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano**. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. Paris: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 1999. p.84. Título original: *Introduction aux Droits Anglais et Américain*.

103 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.38

104 Acrescenta o autor que “O Direito norte-americano é um Direito essencialmente jurisprudencial, baseado no precedente (*case*), que possui natureza quase vinculante nas cortes norte-americanas. Deve-se acrescentar que o desenvolvimento da intervenção do Estado na economia e na vida dos cidadãos, com o aumento da complexidade das relações entre os indivíduos numa Sociedade moderna, em constante e rápido processo de desenvolvimento, fez com que houvesse aumento da importância da lei (*statute law*) ao lado da jurisprudência, ambas consideradas as principais fontes de Direito norte-americano”. CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p. 57.

maioria da Corte, com autoridade para mudar o precedente aplicável, alterar ou revogar o precedente anterior, ou quando a Corte com autoridade para mudar o precedente determinar que cometeu um erro ao estabelecer o precedente.¹⁰⁵

De acordo com Sèroussi, as leis norte-americanas “desempenham um papel muito superior ao que lhes é atribuído no Direito inglês. Na verdade, a *Common Law* não tem o monopólio quase exclusivo da fonte do Direito.”¹⁰⁶

Em relação a *Equity*, Soares leciona que os Estados Unidos da América receberam-na no momento histórico em que as oposições à *Civil Law* já estavam esmaecidas. E que, embora unificados na *civil action*, os procedimentos de *Civil Law* e *Equity* possuem algumas diferenças.¹⁰⁷

Em alguns Estados americanos, conforme destaca Soares, existem tribunais próprios ao julgamento em *Equity*, sendo que Montana tem até uma codificação da *Equity Maxims*. Essa codificação, no seu entendimento, é curiosa, pois a característica fundamental que distingue a *Civil Law* da *Common Law* é exatamente a resistência à codificação, nesta última. De outro lado, entre as normas da *Equity* e da *Common Law*, as

105 COLE, Charles D.. Precedente Judicial – a experiência americana. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 23, n. 92, p. 71-86, out.-dez. 1998.

106 SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano**. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. Paris: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 1999. p.89. Título original: Introduction aux Droits Anglais et Américain.

107 O autor explica que: “Nos procedimentos *triable at law*, nos quais se buscam *Common Law reliefs*, é possível, como regra, o julgamento, nos processos civis e criminais, pelo *jury*; o processo é inflexível, sendo os remédios oferecidos resultam sempre numa indenização em dinheiro (*award of money damages*). Já nos procedimentos *triable in equity*, os *equity reliefs* se traduzem em operações contra a pessoa do réu, não mais condenações em dinheiro, mas em *injunctions*, ordens judiciais de fazer ou deixar de fazer (*specific performance*), multas compensatórias ou prisão, sob sanção por desrespeito a uma ordem judicial (*contempt of court*); verifica-se a ausência do *jury*, bem como maior alargamento dos julgamentos em recurso (*wider scope of review on appeal*). Em geral, as questões disputadas que pertencem à Equidade (*equitable issues*) são julgadas pelo juiz togado, e as questões que pertencem à *Common Law* (*legal issues*) são julgadas pelo júri; nos conflitos para determinar uma questão (*issue*) é de *Equity* ou da *Common Law*, resolve-se como um *equitable issue*, ou seja, pelo juiz, sem a participação de um júri”. SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.36.

desta talvez fossem as que mais se prestariam à transformação em Direito escrito, dado seu maior formalismo.¹⁰⁸

Especialmente sobre a *Equity* é interessante a análise realizada por Castro Jr., quando observa que:

[...] o Direito da Eqüidade desenvolveu-se na Inglaterra como método jurídico para aliviar os frequentes conflitos entre precedentes judiciais ou legislações, a fim de estabelecer procedimentos diferentes, que pudessem ser requeridos para um tema particular, objetivando a Justiça, quando os remédios do *Common Law* não estivessem disponíveis ou não pudessem assegurar resultado justo no caso particular. Desse modo, não há instituto semelhante no sistema romano-germânico, pois o método de orientação por intermédio dos códigos e legislação não permitiu desenvolvimento de outro ramo do Direito fora do ambiente do sistema, prejudicando a certeza requerida pelos interesses da ciência jurídica. Nesse sentido, a Eqüidade foi recepcionada de forma diversa, por meio da sua disposição nos textos dos códigos e legislação. Por fim, deve-se mencionar um paradoxo, porque o conceito de Eqüidade teve origem em Roma, num período em o *jus civile* não podia ser usado para resolver todos os conflitos envolvendo as pessoas que não eram de Roma, e que vinham para a cidade em função do Império. Mesmo assim, o Direito, de alguma forma, foi desenvolvido para esse grupo social.¹⁰⁹

Atualmente percebe-se nos EUA, por outro lado, uma preocupação com certa uniformidade de normas, para não colocar em choque a unidade da *Common Law*, o que tem levado ao desenvolvimento do Direito Federal, que faz intervir o congresso norte-americano ou a administração federal sempre que o âmbito da matéria se fizer necessário. Há uma tendência de ampliação dos poderes da autoridade federal para se

108 SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao Direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.37.

109 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.30.

evitar um esfacelamento da *Common Law*.¹¹⁰

1.4 ASPECTOS DESTACADOS DAS FAMÍLIAS JURÍDICAS NA ATUALIDADE

1.4.1 A variação do papel das fontes de Direito e a adaptação às realidades históricas, sociais, políticas e econômicas

Após estas considerações a respeito da evolução histórica e sobre o papel das fontes de Direito da *Common Law* e da *Civil Law*, bem como da recepção destas famílias pelos sistemas, respectivamente, norte-americano e brasileiro, pode-se perceber que o papel das fontes, em ambas as famílias, tem variado de acordo com o momento histórico, político, social ou econômico.

Tal fato ocorre porque o Direito, por ser um “fenômeno histórico-social, está sempre sujeito a variações e intercorrências, fluxos e refluxos no espaço e no tempo.”¹¹¹

Os Sistemas Jurídicos não podem ser vistos de forma isolada, mas sim, em um contexto histórico, que constantemente se modifica, implicando alterações nos Sistemas e Famílias Jurídicas, que devem ser adaptados às novas realidades sociais¹¹², adaptações que nem sempre são

110 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 7 v., p.106. v 1.

111 REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 13. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001. p.14.

112 As mudanças sociais ocorridas no último século, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, em decorrência do desenfreado desenvolvimento científico, segundo Cristo, refletiram na velocidade dos acontecimentos, proporcionando transformações que não se deram em dois mil séculos anteriores. O autor, no entanto, adverte que o desenvolvimento científico não se fez acompanhar do corrente progresso social, havendo um imenso abismo

aceitas com facilidade pelos operadores jurídicos.

Até mesmo a *Common Law*, considerada aberta e flexível, em determinado momento histórico, em face do seu anacronismo, não prescindiu de um sistema ainda mais aberto – a *Equity* – para poder acompanhar as mudanças que se desenvolviam no meio social, superar a crise do envelhecimento do seu Direito, temperando o rigor do sistema para atender as questões de Equidade.

Os Sistemas Jurídicos considerados fechados como os da *Civil Law* encontram dificuldades para se adaptar às mudanças sociais, cabendo aos princípios gerais, como fatores de mobilidade do sistema, essa função. Para Oliveira a flexibilização possibilitada pelos princípios gerais é própria do Direito da *Civil Law*, pois o sistema anglo-americano já se caracteriza por ser elaborado pela via jurisprudencial (*case law*).¹¹³

Crescente é o papel da lei como fonte de Direito da *Common Law*, pois, no que pese, para alguns, não influenciado pelas inovações e exigências do mundo moderno, chamado, inclusive, de Direito das tradições, vem evoluindo, adaptando-se, sem perder sua estrutura original.¹¹⁴

que separa um do outro e isto proporcionou uma quantidade infindável de inconvenientes aos habitantes do planeta. CRISTO, Ismael Vieira de. **Acesso à Justiça e Participação Popular: reflexões sobre o direito de ação**. São Paulo: Edições Pulsar, 2000, p.18.

113 OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios Informadores do Sistema de Direito Privado: a autonomia da vontade e a boa fé objetiva. 2. ed. **Revista da AJURIS** – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul Publicações Eletrônicas, Porto Alegre, v. 1 a 74, 1998. CD-ROM.

114 Para Silva, é possível identificar dois momentos distintos, com evoluções internas: “1º) O chamado momento tradicional, vivido de forma mais intensa na Inglaterra, e que prevalecerá até meados deste século: este período, na verdade, guarda uma certa semelhança com a codificação, na medida em que a *Common Law* é vista como um sistema místico manifestado através das sentenças dos Tribunais. Assim com na Escola Exegética, o juiz era a voz do Direito (evidentemente, para o sistema legislativo, o juiz é a boca da lei). 2º) Momento atual: marcado por uma legislação crescente com caráter econômico-social. Nos EUA, especialmente a jurisprudência sociológica e o movimento do realismo jurídico.” SILVA, Sandra Dalla Pola da. O Sistema da *Common Law*. 2. ed. **Revista da AJURIS** – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul Publicações Eletrônicas, Porto Alegre, v. 1 a 74, 1998. CD-ROM.

1.4.2 A importação de institutos jurídicos ou modelos estrangeiros

Como “não há ‘muralhas chinesas’ em torno dos Sistemas Jurídicos vigentes”¹¹⁵, havendo influência recíproca entre eles, nos últimos anos, houve um crescimento, por parte dos juristas da *Civil Law*, entre eles os brasileiros, no interesse pela *Common Law*. Inclusive tem ocorrido a importação de institutos jurídicos criados e desenvolvidos nesta família, principalmente os do sistema norte-americano, com o objetivo de aperfeiçoar – imprimindo maior eficácia – o funcionamento da máquina judiciária brasileira.

Esse fenômeno ocorre porque as nações e povos não recebem de fora dos respectivos territórios somente bens materiais. Com grande freqüência recebem idéias filosóficas e políticas, técnicas e manifestações artísticas. O Direito não faz exceção, pois não há muitos casos em que “alguma Sociedade se haja mantido impermeável, por tempo dilatado, à influência de ordenamentos jurídicos estrangeiros.”¹¹⁶

Importante exemplo de influência e interação entre os sistemas foi a incorporação, por vários países que adotaram a *Civil Law* de um instituto da *Common Law* norte-americano, o controle de constitucionalidade das leis (inexistente na Inglaterra), que, com pequenas alterações, foi absorvido da *Civil Law* por alguns países.¹¹⁷

A importação de experiências, modelos e institutos

115 REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 13. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 310.

116 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Importação de Modelos Jurídicos. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.175.

117 Dentre eles Alemanha, França, Brasil, Portugal e Espanha. A origem desse instituto decorre de decisão da Suprema Corte americana de 1803, no caso *Marbury v. Madison*, em que, pela primeira vez, um órgão judicial declarou nula uma lei federal incompatível com o texto da Constituição norte-americana. CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.82.

estrangeiros pode ser extremamente útil ao desenvolvimento do sistema pátrio. Porém, é preocupante a simples importação, sem qualquer atenção com adequá-los à cultura jurídica local.

Para Moreira, entre os postulados básicos da importação de modelos jurídicos, avulta a investigação atenta da maneira pela qual o instituto que se quer importar funciona praticamente no Estado de origem. Observa que a consumir-se a importação, teremos de medi-la pelos resultados práticos que vier a produzir, lembrando-se que a história da norma não acaba no momento em que se põe em vigor: ao contrário, desse momento em diante é que ela verdadeiramente começa a viver.¹¹⁸

A Globalização, por outro lado, tem exercido forte influência sobre os Sistemas Jurídicos, favorecendo a importação de institutos e modelos jurídicos. Oportuno, para compreensão das perspectivas da função jurisdicional e da atuação do juiz no século atual, temas relacionados com o julgamento por Eqüidade, abordar-se tal fenômeno, o que será realizado no item seguinte.

1.5 A GLOBALIZAÇÃO E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO E NOS SISTEMAS JURÍDICOS

1.5.1 Aspectos gerais da Globalização

118 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Importação de Modelos Jurídicos. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.185-186.

Após o trauma das duas Grandes Guerras Mundiais do Século XX, os povos viram-se compelidos a conviver em dois grandes blocos: o capitalista e o comunista. Porém, o mundo atual já não se divide mais em dois blocos político-ideológicos, Leste e Oeste. Na nova ordem mundial, a questão central é o fenômeno da mais recente Globalização e suas conseqüências.

A Globalização – que no seu sentido ideológico é concebida por um processo de integração econômica, sob a égide do neoliberalismo, este caracterizado pelo predomínio dos grandes interesses financeiros, pela desregulamentação dos mercados regionais, pelas privatizações desordenadas das empresas estatais, pelo colapso do sistema previdenciário e pelo abandono do chamado Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*)¹¹⁹ – não é um fenômeno novo na História.^{120 121}

Em severa crítica ao fenômeno, Boff sustenta que “um dos efeitos mais avassaladores do capitalismo globalizado e de sua ideologia, o neoliberalismo, é a demolição da noção de bem comum ou de bem-estar

119 BARROS, Miguel Daladier. Direitos Humanos e Globalização. **Revista Prática Jurídica**, Brasília, DF, ano II, n. 17. p. 28/29, ago. 2003.

120 Muito embora tenha momento de retração ou de menor intensidade, nunca chegou a cessar totalmente. Conforme Barros, a análise, sob o enfoque histórico, revela que, no curso da história da humanidade, ocorreram três momentos principais, ou três fases de Globalização: a primeira fase é caracterizada pela expansão mercantilista (de 1450 a 1850) da economia-mundo européia; a “segunda Globalização” vai de 1850 a 1950, caracterizando-se pelo expansionismo industrial-imperialista e colonialista das grandes potências européias; a “terceira Globalização (Globalização propriamente dita), teve início com o fim do regime da União da República Socialista Soviética – URSS e a histórica queda do muro de Berlim, de 1989 até o presente”. BARROS, Miguel Daladier. Direitos Humanos e Globalização. **Revista Prática Jurídica**, Brasília, DF, ano II, n. 17. p. 28/29, ago. 2003.

121 A Globalização tem aparecido em alguns períodos como um resultado de difusão cultural, ampliação de fronteiras políticas, desenvolvimento de atividades econômicas ou de propagação religiosa. Já foi cultural, pelo poder do exemplo, como se deu no mundo helênico; foi política, pelo poder da espada, como no mundo romano; econômica, pelo poder das riquezas, como no mundo ibérico dos descobrimentos, e religiosa, pelo poder da fé, como no mundo cristão. Contudo, a Globalização que atualmente se experimenta ultrapassa todas essas experiências. É que ela não é só mais ampla e mais diversificada e, sobretudo, mais profunda, mas, pela primeira vez, é um produto da Revolução das Comunicações, muito mais rápida e eficaz, e, por isso, veio para permanecer.

social.”¹²²

Segundo Abreu, “vivemos, hoje, um mundo paradoxal”, pois vemos na Globalização “uma esperança de integração da humanidade e o surgimento de um novo homem, de uma nova civilização, de outro”, porém, tendo ela começado pela economia acabou desarticulando a Sociedade e fragilizando o conceito de Estado-nação e o Direito Positivo interno, abrindo espaço para o chamado Direito comunitário.¹²³

A Globalização tem trazido revolução em todas as áreas do conhecimento, despertando defensores fervorosos e críticos ferozes.¹²⁴ Independentemente da posição favorável ou contrária ao processo de Globalização¹²⁵, o que deve ser percebido é que se trata de um processo

122 Explica também que “as sociedades civilizadas se constróem sobre duas pilastras fundamentais: a participação (cidadania) e a cooperação. Juntas criam o bem comum. Mas este foi enviado ao limbo da preocupação política. Em seu lugar entraram as noções de rentabilidade, de flexibilização, de adaptação e de competitividade. A liberdade do cidadão é substituída pela liberdade das forças do mercado; o bem comum, pelo bem particular; e a cooperação, pela competitividade. A participação e a cooperação asseguravam a existência de cada pessoa e a vigência dos direitos. Negados esses valores, a existência de cada um não está mais socialmente garantida nem seus direitos afixados. Logo, cada um se sente constrangido a garantir o seu: o seu emprego, o seu salário, o seu carro, a sua família. Ninguém é levado, portanto, a construir algo em comum. A única coisa que resta é a guerra de todos contra todos em vista da sobrevivência individual. Que é o bem comum? No plano infra-estrutural é o acesso justo de todos à alimentação, à saúde, à moradia, à energia, à segurança e à expressão artística. No plano humanístico é o reconhecimento, o respeito. Porque, sob a Globalização competitiva, foi desmantelado o bem comum que deve agora ser reconstruído. Para isso, importa dar hegemonia à cooperação e não à competição”. BOFF, Leonardo. Bem comum. **Diário Catarinense**, Santa Catarina, 24-25 dez. 2002. p.12.

123 ABREU, Pedro Manoel. Crise do Judiciário, Globalização e o Papel do Juiz Orgânico na Sociedade Brasileira. Disponível em: Home Page PJESC – Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina – <http://www.tj.sc.gov.br/cejur/doutrina/crisepoder.rtf>. Acesso em 29/08/2003.

124 A Globalização é acusada de ser responsável pelo incremento da exclusão social, concentrar renda, deixar os países ricos mais ricos, e os pobres mais pobres, além de provocar crises econômicas sucessivas, com a destruição da poupança dos países do Terceiro Mundo, escassos de pequenos empreendimentos, causando conseqüentemente aumento de desemprego e violência.

125 A respeito do assunto, assevera Arnaud que o primeiro efeito da Globalização é dividir o mundo entre os que se dobram a ela, e aqueles que a recusam e são tachados de cegos, de reacionários, de irresponsáveis, apostando na possibilidade de que um maior conhecimento do fenômeno possa talvez “permitir que possamos nos engajar em uma terceira via, a de uma análise crítica ao cabo da qual seria possível, não somente considerar as coisas de outra maneira, mas de tomar, também, uma atitude construtiva”. ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre a Modernidade e Globalização: lições de filosofia do Direito e do Estado**. Tradução de Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.1. (sem menção do título original no exemplar utilizado)

generalizado, difícil de ser revertido, e que interessa a todas as disciplinas porque cobre todos os campos das atividades humanas, merecendo amplo estudo também dos profissionais do Direito, já que serão chamados a atuar na solução dos conflitos decorrentes dessa nova ordem social.

Dito de outra forma, deve-se buscar resolver os problemas que estão começando a surgir com a Globalização, ou seja, que esta começou a causar, e, para tanto, é necessário levantar os desafios e procurar as soluções, objetivando torná-la o mais humana e solidária possível.

1.5.2 A Globalização, o Estado contemporâneo e sua função social

Com a Globalização há uma tendência de enfraquecimento do Estado, que perde a condição de instância decisória e protetiva, formando-se, em conseqüência, redes que visam apenas à satisfação de interesses particulares, deixando em segundo plano o interesse coletivo. Fragilizado, o Estado tem falhado até mesmo em suas funções reputadas como essenciais. Mas, a reintrodução do conceito de mercado livre proporciona um momento de reflexão e ação para reconstruir o Estado, objetivando realmente servir ao cidadão.

Segundo Arnaud, o Estado pode parecer ameaçado e enfraquecido pelo processo de Globalização, mas caber-lhe-á, no contexto do desenvolvimento do neoliberalismo em escala global, tomar as medidas necessárias ao aperfeiçoamento do funcionamento do mercado, à promoção da Equidade e à manutenção e ao desenvolvimento da proteção social no interior das fronteiras onde se exerce a sua soberania.¹²⁶

126 ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização**: lições de filosofia do Direito e do Estado. Tradução de Patrice Charles Wuillaume, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.20-21. (sem menção do título original no exemplar utilizado)

Portanto, o Estado Contemporâneo^{127 128} “deve comportar sob a égide da primazia do humano, submetendo o econômico à força do social”¹²⁹, ou seja, deve estar voltado para sua função social, cuja “destinação hodierna principal é, por evidência, a Justiça Social.”¹³⁰

Para que possa cumprir sua função social, o aparelho institucional do Estado deve estar organizado e operacionalizado. A organização deve alcançar também o Poder Judiciário que, assim como o Legislativo e o Executivo, tem compromissos com efetivar a função social do Estado Contemporâneo, inclusive com suas terminalidades: a Justiça em sua tríplice dimensão (comutativa, distributiva e social) e o bem comum ou interesse coletivo.¹³¹

Independente do modelo de Estado adotado, a função jurisdicional será essencial para o desenvolvimento das sociedades. Para poder realizar sua função social, o Poder Judiciário deve atuar com eficiência, eficácia e efetividade,¹³² devendo dispor de instrumentos que garantam o efetivo acesso à Justiça, já que não haverá Justiça Social no

127 Pasold defende a tese de que em 1916 encerra-se o período do Estado Moderno e surge, com a Constituição Mexicana de 1917, o Estado Contemporâneo. PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Diploma Legal co-edição OAB/SC Editora, 2003. p.34.

128 Segundo muitos, o Estado contemporâneo, sinônimo de Estado social, é definido por Pasold como “aquele que assume formalmente na sua *Lex Fundamentalis* um compromisso com a Sociedade toda e, em virtude disto, disciplina a Ordem Econômica e Social, além de expressar os direitos e garantias fundamentais e organizar os poderes públicos, de modo a realizar o Interesse Coletivo, ou seja, o Bem Comum”. PASOLD, Cesar Luiz. **A Função Social do Estado Contemporâneo e o Poder Judiciário**. Revista da Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Santa Catarina, ano 2, v. 2, p.35, 1996.

129 PASOLD, Cesar Luiz. **A Função Social do Estado Contemporâneo e o Poder Judiciário**. Revista da Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Santa Catarina, ano 2, v. 2, p.35, 1996.

130 PASOLD, Cesar Luiz. **A Função Social do Estado Contemporâneo e o Poder Judiciário**. Revista da Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Santa Catarina, ano 2, v. 2, p.36, 1996.

131 PASOLD, Cesar Luiz. **A Função Social do Estado Contemporâneo e o Poder Judiciário**. Revista da Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Santa Catarina, ano 2, v. 2, p.38, 1996.

132 PASOLD, Cesar Luiz. **A Função Social do Estado Contemporâneo e o Poder Judiciário**. Revista da Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Santa Catarina, ano 2, v. 2, p.38, 1996.

Estado Contemporâneo sem a garantia do efetivo acesso à Justiça, principalmente às camadas mais carentes da população.

A crise do Estado revela, por outro lado, uma crise no Direito, com influências na ordem jurídica e na própria técnica jurídica. A crise do Direito relaciona-se com a própria crise das estruturas jurídicas e políticas legadas pelo Estado Liberal, no século XIX, e pelo Estado Social, no século XX. Há uma crescente deteriorização da organicidade do Sistema Jurídico, marcada também pelo colapso do constitucionalismo e pela crescente superação do equilíbrio entre poderes, bem como pelo fenômeno da Globalização econômica.¹³³

1.5.3 A Globalização e sua influência na aproximação, harmonização ou unificação do Direito

A Globalização não ocorre apenas em razão da intensa circulação de bens, de capitais e de tecnologia, já que há também uma universalização de padrões culturais, o que reflete em vários aspectos da vida em Sociedade, inclusive no Direito. Obviamente não é responsável por todas as transformações ocorridas no Direito. Porém, não restam dúvidas quanto a sua influência, merecendo a atenção dos juristas. Novas soluções e tratamentos jurídicos são necessários para a atual realidade social.¹³⁴

133 Freitas Filho sustenta ainda que “há instabilidade no Direito Positivo em razão da já aludida inflação legislativa. Paira a insegurança acarretada pela perda de confiança nas soluções normativas; o Estado se ausenta das suas funções para parcela considerável; o aumento de poder dos instrumentos de controle social como a manipulação dos instrumentos de comunicação de massa, a baixa implementação dos direitos individuais e sociais consagrados constitucionalmente, tudo isso faz o perfil de uma crise do Direito à qual nos referimos”. FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do Direito e Juspositivismo**: a exaustão de um paradigma. 2002. 117f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. p.21.

134 FARIAS, Cristiano Chaves de. A Proteção do Consumidor na Era da Globalização. *In* FILHO, Rodolfo Pamplona; LEÃO, Adroaldo. (coord.). **Globalização e Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.35.

A crescente internacionalização da economia traz consigo problemas jurídicos dos mais diversos. As chamadas empresas multinacionais, ou transnacionais, têm atuação em países de todo o mundo, sendo obrigadas a conviver com os mais variados Sistemas Jurídicos.

O desenvolvimento dos transportes ampliou sensivelmente a circulação de pessoas, aumentando o número de estrangeiros em todos os países. As influências culturais de uns países sobre outros são cada vez mais presentes.

A Globalização econômica – que caminha de mãos dadas com uma constante revolução tecnológica, redimensionando a noção de soberania nacional, na superação das fronteiras entre os Estados, bem como de todos os pilares do sistema de Direito Positivo – está a causar desde já novas perplexidades e indagações, na medida em que há uma forte tendência à sujeição a uma ordem internacional.¹³⁵

A Globalização e a formação dos blocos comerciais regionais revelam uma face/tendência de harmonização ou uniformização (unificação) das legislações dos Estados,¹³⁶ cada vez mais influenciadas por

135 Ao refletir sobre uma possível Globalização do Direito, Delmas-Marty assevera que a expressão pode surpreender, já que não existe um Direito mundial, se entendido como um sistema de normas aplicáveis de forma uniforme em uma escala planetária. Contudo, explica que o fenômeno chamado Globalização traz uma transformação dos sistemas de direitos, sob a dupla influência do mercado e dos direitos do homem. O Direito estaria caminhando para formação de um Direito comum, “composto por normas inter e supranacionais, que têm a vocação de ser aplicadas além das fronteiras nacionais e não se limitam às relações entre Estados, mas podem ser-lhes, às vezes, contrários.” DELMAS-MARTY, Mireille. Europa, Laboratório da Globalização do Direito. **Consulex** – Revista Jurídica, Brasília, DF, ano VI, n. 132. p.12-20, jul. 2002.

136 Segundo Machado, harmonização é o vocábulo adotado pelo tratado-marco que institui o Mercado Comum do Sul – Mercosul, termo repetido pelos instrumentos legislativos surgidos posteriormente. É usado no sentido de se buscar o afastamento das divergências acerca de determinado tema. Aproximação e harmonização são usados como se fossem sinônimos e estivessem a disciplinar o mesmo fenômeno jurídico. A unificação legislativa é um procedimento muito mais profundo do que a harmonização antes vista. Já na unificação, prossegue, “a mesma norma jurídica é criada para vigorar em Estados diferentes, podendo ser imposta por uma autoridade supranacional, ou, ainda, ser acolhida espontaneamente pelo outro Estado, que a introduz na sua ordem jurídica interna (Pabst, 1997, p. 19). Foi o que aconteceu em relação ao cheque, quando o Brasil aderiu a Convenções Internacionais que dispunham acerca de uma Lei Uniforme. Assim se faz no interesse da busca de uniformidade de tratamento a um tema que tem relevância e repercussão em mais de um Estado.” MACHADO,

tratados e convenções internacionais.¹³⁷

Para Delmas-Marty, o Direito comum não é concebido tão-somente como unificação, inclui harmonização, que quer dizer “uma simples aproximação das normas nacionais que dá aos Estados uma margem de apreciação, um tipo de Direito à diferença.”¹³⁸

A busca de harmonização, aproximação ou unificação do Direito Positivo, por meio de leis, normas abstratas e gerais, que se tornam cada vez mais gerais (já que não é possível legislar detalhadamente, sendo melhor a adoção da técnica de fixação de princípios gerais¹³⁹), é uma tendência que deve ser cuidadosamente observada, pois pode trazer

Jânio de Souza. **O Dano Moral pela Violação ao Direito de Privacidade: o Mercosul e os direitos humanos.** Ijuí: Ijuí, 2003. p.141.

137 Sobre o tema, Cordeiro explica que existe um processo de harmonização das legislações, rumo à construção de um Direito Comunitário, ou seja, um processo integracionista, que é influenciado pela economia mundial, “o qual, apesar das vicissitudes próprias e dos dados conjunturais e estruturais decorrentes das diferenças entre países ricos e pobres, avança exigindo mecanismos e estruturas adequadas para o enfrentamento do universo conflitual da concorrência e das relações individuais.” CORDEIRO, Fernando Antonio Sabino. *Constitucionalismo Contemporâneo e Globalização. Cidadania e Justiça* – Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 5, n. 11, p.75-80, 2001.

138 A autora alerta, contudo: “estas diferenças são limitadas à obrigação de respeitar os princípios comuns. A corte Européia dos Direitos do Homem, por exemplo, reconhece uma margem nacional de apreciação nos domínios conflitantes como os que dizem respeito à moral ou à religião. Certos países consideram a blasfêmia ou o aborto como delito penal, enquanto outros se negam a incriminá-los. Antes que se declare a impossibilidade do Direito comum porque as divergências são muito fortes, a harmonização consiste em dizer: tentemos nos aproximar em nível mais baixo e depois, progressivamente, aumentemos o limiar da nossa compatibilidade, reduzindo a margem nacional e reforçando o controle desse Direito comum. Este método tem a vantagem de ser evolutivo, tido que ‘renacionalização’ significará o retorno ao ponto de partida: o carvoeiro é mestre na casa dele. Para resolvermos progressivamente as divergências, em uma escala mundial, a harmonização é a via mais flexível, razoável no mesmo sentido de quando o filósofo americano John Rawls fala de ‘pluralismo razoável’.” DELMAS-MARTY, Mireille. **Consulex** – Revista Jurídica, Brasília, DF, ano VII, n. 158. p.9, ago. 2003.

139 É o que sustenta Delmas-Marty em entrevista à Consulex. DELMAS-MARTY, Mireille. **Consulex** – Revista Jurídica, Brasília, DF, ano VII, n. 158. p.9, ago. 2003.

benefícios, mas, também, estar acompanhada de contra-indicações.^{140 141}

Não se pode aceitar a Globalização sem reconhecer e admitir a existência de grandes desigualdades sociais – aliás, cada vez mais acentuadas pela livre concorrência e pelo livre mercado – para, então, criar mecanismos, inclusive jurídicos e judiciais, para reduzi-las. A aplicação rígida de leis universais para situações desiguais pode levar a flagrantes injustiças.¹⁴²

Logo, na medida em que há maior harmonização ou uniformização da produção normativa, aumenta a importância da atividade de interpretação e aplicação do Direito ao caso concreto.

1.5.4 A Globalização e a superação da visão tradicional que opõe a Civil Law à Common Law: a aproximação entre as famílias e as novas

140 Ao comentar a crença na possibilidade de um só Direito normativo, universal, Ráo, explica que seria preciso que todas as comunidades nacionais, niveladas em suas necessidades e seus anseios e despojadas de suas peculiaridades, alcançassem o mesmo modo de pensar e de viver, com o mesmo grau de desenvolvimento. Universais segundo o autor podem e devem ser os princípios gerais, éticos, e jurídicos, os direitos e deveres fundamentais do homem, inerentes à sua personalidade, à sua dignidade. O mesmo não pode ocorrer com as normas positivas, “que se caracterizam como regras de alcance particular, variáveis por natureza, porque de fatos variáveis e próprios de cada povo resultam.” Prossegue em sua crítica: “Atribuir-se, então esta força niveladora tão-só aos fatos econômicos, importaria reconhecer-lhes o caráter de causa determinante de todos os demais fatos sociais – o que as ciências sociais de há muito contestam e desmentem. Os planejamentos econômicos, a industrialização, a racionalização do trabalho e a conseqüente produção em série e em alta escala, invadindo os mais recônditos mercados consumidores, poderão elevar, por toda parte, o nível material de vida; mas não conseguirão jamais sopitar, menos ainda destruir, as diferenciações que da natureza humana resultam e por ela são mantidas, atingindo e caracterizando os diversos Sistemas Jurídicos, costumeiros e legislativos. Nem a força jamais o conseguiu, pois o sentimento natural de independência e de liberdade, que anima todos os povos, sempre, afinal, esfacela impérios e conquistas.” RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5. ed. anot. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.100-101.

141 No momento histórico atual ainda não está madura a criação de uma codificação internacional, que possa reger vários povos. No entanto, segundo observa Venosa, esta é aspiração que cada dia ganha mais corpo e inclusive alguns países já criaram legislações comuns. Vide VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 7 v., p.99. v 1.

142 A preocupação com os problemas decorrentes da aplicação de normas gerais e abstratas aos casos concretos não é nova. Aristóteles, na Grécia Antiga, ao criar a imagem da régua de Lesbos, que será analisada mais detalhadamente no terceiro capítulo, já indicava que a Equidade era o caminho para superar essa dificuldade.

funções do Poder Judiciário

A *Civil Law* e a *Common Law* sempre foram consideradas distantes, sem qualquer origem comum. Sèroussi¹⁴³ alerta ser redutor esse debate no fim do século XX, para não dizer simplista, já que há uma aproximação cada vez maior entre os sistemas.^{144 145}

É simplista porque com a chamada Globalização do Direito e com a tendência de aproximação das duas grandes Famílias Jurídicas, na *Civil Law* verifica-se um incremento da busca do raciocínio tópico, da solução a partir do caso proposto, e na *Common Law* aparece uma tendência no sentido da estatutorificação, compreendida como incremento da legislação e até com tentativas de codificação.¹⁴⁶

143 O autor explica que “Cada Direito obedecendo a uma história e a interesses próprios, apresenta muitas vantagens e alguns inconvenientes maiores. No entanto, por vários meios, o Direito continental não está tão longe assim da *Common Law*. A rivalidade histórica das duas Famílias Jurídicas dá aqui e ali lugar a aproximação ou até espaços de complementariedade (extensão de conceitos, harmonização dos textos de leis, comparação de soluções jurisprudenciais e de processos, trocas de juristas [...]). Falta saber se as forças convergentes dos dois sistemas de Direito triunfarão sobre as desconfianças, provenientes da ignorância mútua. O Direito europeu é, na matéria, um excelente laboratório de observação e de mestiçagem”. SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Inglês e Norte-Americano**. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. Paris: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 1999. p.14. Título original: Introduction aux Droits Anglais et Américain.

144 A experiência da comunidade europeia deve ser observada pela América, já que seus acertos e desacertos também nas questões envolvendo o Sistema Jurídico comunitário podem ser muito úteis ao continente americano, que está iniciando negociações para configuração de uma área de livre comércio (ALCA), pois aqui, tanto como lá, existem países com Sistema Jurídicos de origens diferentes.

145 Ao comentar sobre contratos, Gomes destaca que o fenômeno da Globalização trouxe o conhecimento de sistemas jurídicos como o nosso, de origem na *Civil Law*, institutos da *Common Law*, influência crescente após a queda do socialismo, que derrubou barreiras e preconceitos a tal aproximação. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Aspectos dos Contratos de Leasing, Franquia e Factoring. **Doutrina Jurídica Brasileira** – Editora Plenum – Edição Ouro, Caxias do Sul, v. 2, [s.n.]. CD-ROM.

146 Oliveira ressalta que “como ingresso da Grã-Bretanha na União Europeia, acentuou-se a influência continental sobre o Direito inglês. Atualmente, o legislador do Reino Unido pende por adotar a forma de texto legal segundo o modelo continental europeu. Isso em nada deprecia a notável tradição jurídica inglesa. Ao contrário, destaca a maravilhosa virtude da flexibilidade do seu Direito, que é uma das causas de sua vitalidade.” OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios Informadores do Sistema de Direito Privado: a autonomia da vontade e a boa fé objetiva. 2. ed. **Revista da AJURIS** – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul Publicações Eletrônicas, Porto Alegre, v. 1 a 74, 1998. CD-ROM.

Cichocki Neto também sustenta a interação dos sistemas e cita como exemplo, de um lado o progressivo aumento de leis *statutes* no Direito inglês¹⁴⁷ e, de outro lado, a maior influência dos princípios da Eqüidade e a influência dos procedimentos da *class action* norte-americana para a criação de novos instrumentos de proteção dos interesses difusos e coletivos no ordenamento brasileiro.¹⁴⁸

Nessa linha de aproximação entre os sistemas da *Civil Law e da Common Law*, Watanabe¹⁴⁹, após comparar as atribuições do Judiciário brasileiro com as do Judiciário norte-americano, conclui que os nossos juízes estão efetivamente assumindo novas funções, adotando um papel cada vez mais efetivo, aproximando-se paulatinamente do modelo da *Common Law*.

Cappelletti explica que apesar das diferenças existentes entre as duas Famílias Jurídicas:

potentes e múltiplas tendências convergentes estão ganhando ímpeto, à origem das quais encontra-se a necessidade comum de confiar ao ‘terceiro poder’, de modo ainda mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito.¹⁵⁰

Não obstante as diferenças ainda existentes, segundo Vargas,

147 Destaca que em 1900 foram expedidos 198 diplomas legislativos; em 1920, 560; em 1957, 1103; em 1964, 2961 e, em 1974, 3480 leis.

148 CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça**. 1 ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2001. p.81.

149 O autor sustenta uma modificação da função do Judiciário no sistema brasileiro, que passou a solucionar não somente os conflitos intersubjetivos de interesse, segundo o modelo liberal individualista, mas, também, atuar, “como órgão calibrador das tensões sociais, solucionando conflitos de conteúdo social, político e jurídico, e também implementando o conteúdo promocional do Direito, como o contido nas normas constitucionais e nas leis que consagram os direitos sociais e protegem o meio ambiente, o consumidor e outros interesses difusos e coletivos”. WATANABE, Kazuo. *Novas Atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade*. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, ano 1, n. 1, p.150, set.-dez. 1996.

150 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.133. Título original: *Giudici Legislatori?*

a tendência é a convergência, já que ambas as famílias têm a mesma origem, o Direito romano; a diferença é que a *Common Law* se origina do Direito romano clássico, enquanto a *Civil Law* vem do período de Justiniano.¹⁵¹

Essa tendência de aproximação dos sistemas tem levado muitos juristas brasileiros a pesquisar sobre institutos do Direito norte-americano. Ao comentar sobre o *amicus curiae*¹⁵², Pereira explica que a dinâmica dos fatos sociais, repercutindo no mundo jurídico, e, em especial, a Globalização (ou mundialização), “está impondo uma revisão crítica no processo judicial, com especial reflexão quanto aos meios necessários para que os direitos do cidadão sejam amplamente considerados.”¹⁵³

A aproximação é diagnosticada por vários juristas¹⁵⁴, podendo-se perceber claramente que cada família aproveita os melhores institutos, experiências e soluções da outra.

151 VARGAS, Jorge de Oliveira. **As Conseqüências da Desobediência da Ordem do Juiz Cível**. Curitiba: Juruá, 2001. p.81.

152 Instituto conhecido no Direito norte-americano, favorecedor da intervenção de terceiro no processo (terceiro especial ou de natureza excepcional, sem confundir-se com as formas tradicionais de intervenção) cidadão ou ente público, interessado na solução da controvérsia, que poderá contribuir para a solução justa, especialmente impedindo desafortunado resultado ao interesse público.

153 PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus Curiae*: intervenção de terceiros. **Consulex** – Revista Jurídica, Brasília, DF, ano VI, n. 142. p.30-33, dez. 2002.

154 Ao comentar sobre a doutrina do *stare decisis*, Lima também conclui pela convergência entre os dois sistemas, ao dizer que este “processo, que um elaborador de leis descreveu como microcirurgia legislativa, tornará o Direito ainda mais uma amálgama de *common law* e leis. Acredito que enquanto os dois sistemas estejam convergindo, o raciocínio jurídico em ambos os sistemas parece estar mudando também. O Direito Reenunciado (*Restatement of Laws*) nos EUA, espécie de coletânea produzida por diversos professores de Direito com muito prestígio, é grande prova desse movimento em direção de uma aproximação um tanto mais ‘codificada’ ao raciocínio jurídico e autoridade em fontes do Direito nos EUA. E movimentos em direção da adoção de versões mais fortes de precedentes igualmente existem em diversos sistemas com Direito codificado”. LIMA, Augusto César Moreira. **Precedentes no Direito**. São Paulo: LTr, 2001, p.115.

Diante das diferenças culturais e das realidades locais, a possibilidade de um Sistema Jurídico único ainda é remota. Contudo, esse fato não impede que se busque, em experiências de outros sistemas, lições para aperfeiçoar o Sistema pátrio, aplicando a nossa realidade.

Para ser bem compreendida, a aproximação entre as famílias deve ser observada com a atenção voltada para a ampliação do papel da jurisprudência na *Civil Law*, acompanhada, por outro lado, de um forte movimento de ampliação do papel da lei na *Common Law*, ou seja, uma busca de equilíbrio no papel das fontes como forma de aperfeiçoamento do sistema.

1.5.5 A Globalização e o retorno ao local

Arnaud explica que o Direito está também implicado diretamente com o processo de Globalização, e esta adquiriu, hoje em dia, um valor de paradigma, podendo os juristas encontrar uma nova maneira de colocar problemas considerados sem solução, superando a crise permanente na qual o Direito se encontra mergulhado.¹⁵⁵

A Globalização, por outro lado, é acompanhada de uma preocupação com os processos locais, com as identidades locais. Sem esta ressalva, o estudo do processo global seria mal entendido, já que ele opera em uma dialética permanente com o “local”, daí a expressão recentemente

cunhada: “glocalização”.^{156 157}

155 ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização**: lições de filosofia do Direito e do Estado. Tradução de Patrice Charles Wullaume, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.3. (sem menção do título original no exemplar utilizado)

156 ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização**: lições de filosofia do Direito e do Estado. Tradução de Patrice Charles Wullaume, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.17. (sem menção do título original no exemplar utilizado)

157 O retorno ao local também pode ser percebido em razão da criação de blocos

O retorno ao local é entendido, segundo Arnaud, como “descentralização, desconcentração ou deslocalização do local de produção norma jurídica no âmbito de um Estado.” O Estado-Nação, então, cada vez mais cede responsabilidade às coletividades locais (regiões, província, etc.). Logo, as decisões são tomadas mais perto das pessoas. Contudo, adverte, não podem ser contrárias à lei, sempre emanadas de um Estado Central.¹⁵⁸

Adotando essa linha de raciocínio de retorno ao local e transpondo-a para o sistema judicial, pode-se observar que surge, em função da Globalização, a necessidade de criar instituições (tribunais) internacionais e comunitários, instituições supranacionais, para solucionar os grandes conflitos de interesse surgidos em uma Sociedade global. Esses conflitos internacionais afetam direta ou indiretamente toda a humanidade, merecendo a atenção dos maiores juristas contemporâneos.

Por outro lado, não se pode desprezar a necessidade de criar mecanismos eficientes e descentralizados de acesso à Justiça, para solucionar adequadamente os pequenos conflitos de interesses, conflitos travados localmente, no cotidiano da pessoa comum e que, assim como os grandes conflitos internacionais da humanidade, atingem a qualidade de vida dos indivíduos envolvidos e dificultam o desenvolvimento social e econômico.

Nesse contexto é que se inserem os juizados de pequenas

comerciais regionais, que buscam, por meio da reunião de forças, superar as conseqüências desastrosas da Globalização, que do ponto de vista econômico trouxe miséria, ainda mais concentração de riqueza de um lado, para poucos, e miséria de outro, para muitos. A união em blocos, para fortalecer-se no mercado altamente competitivo e globalizado, para Machado, cria, contudo, um paradoxo, “pois ao mesmo tempo em que o mundo se torna uma aldeia global, novos mecanismos de preservação de individualidade e das características regionais se impõem, com o argumento de que se assim não se procede, sucumbe-se, buscando-se, de imediato, a abertura de canais de negociação entre os vários blocos de integração”. MACHADO, Jânio de Souza. **O Dano Moral pela Violação ao Direito de Privacidade: o Mercosul e os direitos humanos.** Ijuí: Ijuí, 2003. p.34.

158 ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização: lições de filosofia do Direito e do Estado,** Tradução de Patrice Charles Wuillaume, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.23-24. (sem menção do título original no exemplar utilizado)

causas, que surgem na onda do movimento contemporâneo de acesso à Justiça, para solucionar localmente os pequenos conflitos individuais, dando vazão à litigiosidade reprimida, de forma célere, barata, desburocratizada e eficiente, pois numa Sociedade em que tudo acontece muito rápido já não se admite a morosidade do Poder Judiciário.¹⁵⁹

1.5.6 A Globalização e o retorno atual à Eqüidade

A história do Direito ocidental, destaca Arnaud, fez-se, durante muitos séculos, em torno de brocardos apreendidos nas faculdades e que invocavam o termo Eqüidade. Posteriormente, deram lugar a duas tradições: a anglo-saxônica (*da Equity*) e a continental (do Positivismo Jurídico).^{160 161}

O sistema continental – do Positivismo Jurídico, do qual são herdeiros o Código de Napoleão – pouca importância resguardou ao papel da Eqüidade. No entanto, explica o autor, progressivamente, e de forma mais consistente, na segunda metade do século passado a Eqüidade

159 Aliás, conforme observa Castro Jr., ao comparar a organização judiciária dos Estados Unidos da América e do Brasil, naquele: “Em função da política do localismo judicial há maior difusão das cortes municipais, de modo que, por exemplo, na Califórnia, subordinam-se aos condados e difundem as *Small Claim Courts*. Ressalte-se que estas localizam-se nas *Municipal Courts*, possuindo competência mais ampla que aquelas, e julgam causas cíveis e criminais.” Esse modelo, prossegue o autor, leva a uma aproximação da Justiça da comunidade, vincula o juiz aos jurisdicionados, “tendo em vista que sua legitimidade decorre de processo de seleção político, no qual a participação da Sociedade civil tem grande importância.” CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, UNIGRANRIO, IBRADD, 2002. p.454.

160 ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização**: lições de filosofia do Direito e do Estado, Tradução de Patrice Charles Wuillaume, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.107. (sem menção do título original no exemplar utilizado)

161 Percebe-se que o movimento revolucionário na França não confiava nos juizes e, segundo Lima, por causa disso, “o caráter e conceito de separação de poderes tomaram rumos diferentes dos adotados na Inglaterra. Na França, os juizes estavam mais relacionados com a monarquia, assim, eles perderam mais poder e a interpretação que tinham do Direito era de menor impacto nas decisões futuras.” LIMA, Augusto César Moreira. **Precedentes no Direito**. São Paulo: LTr, 2001, p.48.

reaparece em vários autores da filosofia política e em programas relacionados com as relações jurídicas vinculadas ao fenômeno da Globalização das trocas.¹⁶²

Após realizar uma série de questionamentos sobre o ressurgimento da Eqüidade¹⁶³, o autor propõe três teses:

- a) de que o retorno contemporâneo à Eqüidade, se inscreve contra o esforço jusnaturalista racionalista axiomático “moderno” (séculos XVI-XVII) com pretensões à restauração de uma linha de pensamento político e jurídico anti-racionalista;
- b) de que o recurso contemporâneo à Eqüidade no âmbito da Globalização das trocas comporta um significado radicalmente diferente daquele que recobria o retorno à Eqüidade da antiga tradição jurídica ocidental;
- c) de que a redação do Código Civil, resultado da visão de um positivismo legalista, não sofreu de modo algum com essa irrupção nova da Eqüidade no Direito, esta última não estando de forma alguma limitada pela quase ausência de referência à equidade no Código Civil.¹⁶⁴

Arnaud referia-se ao Código Civil francês, pois no atual Código Civil brasileiro¹⁶⁵, a influência da Eqüidade é facilmente percebida.¹⁶⁶ O

162 ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização**: lições de filosofia do Direito e do Estado, Tradução de Patrice Charles Guillaume, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 107. (sem menção do título original no exemplar utilizado)

163 “Que filosofia fundamenta o retorno, um século e meio mais tarde, da Eqüidade no direito? De que forma a eqüidade se manifesta no contexto da Globalização do comércio? Que significado, que conotações políticas, ideológicas e econômicas traz esse ressurgimento? Como gerir a sobreposição do positivismo legalista oficial no novo recurso à Eqüidade?” ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização**: lições de filosofia do Direito e do Estado, Tradução de Patrice Charles Guillaume, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.108. (sem menção do título original no exemplar utilizado)

164 ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização**: lições de filosofia do Direito e do Estado, Tradução de Patrice Charles Guillaume, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.108-109. (sem menção do título original no exemplar utilizado)

165 Sancionado em 10 de janeiro de 2002, para ter vigência a partir de 2003.

166 Conforme observa Carvalho Filho: “Para que se adaptem mais precisamente às futuras e esperadas mudanças sociais decorrentes do próprio sentido de coletividade, o

maior papel da Eqüidade no atual Código Civil brasileiro é sustentado inclusive por Fiuza, deputado federal, relator do projeto de lei que deu origem ao Estatuto, quando, ao rebater críticos que reclamavam da ausência de temas novos (clonagem humana, negócios eletrônicos), explica que o mesmo permite a função criadora do intérprete.¹⁶⁷

Além dos grandes avanços de conteúdo, o novo Código Civil é uma legislação temporalmente adequada, pois está de acordo com a moderna teoria da legislação e técnica legislativa, já que os autores tiveram presente a necessária correlação entre racionalidade de produção e racionalidade de aplicação do Direito.¹⁶⁸

legislador preferiu configurar os modelos jurídicos do novo Código Civil com amplitude de repertório, destituindo de qualquer apego a meros valores formais abstratos. Com isso, visando a alcançar a concretude normativa, autorizou a adoção de critérios ético-jurídicos, tais como a Eqüidade, a boa-fé, a probidade, entre outros, conferindo ao juiz e à doutrina larga margem de ação para chegar-se a essa concreção jurídica. A utilização pelo legislador de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados, como acontece nos casos em que se exigem boa-fé, correção e probidade, permite ao juiz que decida, em cada caso, de acordo com seus elementos de fato e de valor que foram levados em conta na enunciação e na aplicação da norma. Surge aí nesse contexto, com papel relevante, no novo diploma civil, a Eqüidade, com a finalidade de adequar os fatos sociais aos modelos jurídicos existentes, diante de sua insuperável contingência". CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por Eqüidade no Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003. p.11-12.

167 Um Código Civil, na condição de lei geral, deve apresentar seus comandos de forma suficientemente aberta, de maneira a permitir a função criadora do intérprete. Tem de sair do positivismo exagerado que engessa o Direito e atrasa as transformações, para alcançar o que chamo a fase pós-positivista do Direito. O excesso de positivismo, que vê no sistema legal inexauríveis soluções para todas as hipóteses da vida legal, onde a lei tudo prevê e tudo dispõe, é a maior fonte de instabilidade e precariedade das normas do Direito legislado, propagando e contaminando de forma igualmente corrosiva a ordem jurídica do País de que todos temos sido testemunhas, nas últimas décadas. O *animus* desse novo Código reside justamente no combate a essa instabilidade. Não que esteja a defender a chamada 'escola do Direito livre', encabeçada por Kantorowicz, nem mesmo o movimento muito em moda na atualidade do chamado 'Direito alternativo'. Mas a flexibilidade na interpretação das normas permitirá que o Direito se modernize, sem que haja a necessidade de estar, a cada instante, alterando os textos legais." FIUZA, Ricardo (coord.). **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.XV-XVI.

168 COELHO, Inocêncio Mártires. O Novo Código Civil e o seu *Completamento* pela Jurisprudência. In ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). **Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.325-334.

Capítulo 2

O MOVIMENTO CONTEMPORÂNEO DE ACESSO À JUSTIÇA: ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

2.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE JURISDIÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA

Após linhas gerais sobre a Globalização, constatando-se sua influência sobre as Famílias Jurídicas, a tendência de aproximação/convergência entre a *Common Law* e a *Civil Law*, com repercussão no papel atual das fontes do Direito, são necessárias considerações sobre o acesso à Justiça.

Muitos são os conflitos de interesse na vida em Sociedade, envolvendo aspectos múltiplos da existência humana. A grande maioria desses conflitos é resolvida pelos próprios interessados, sozinhos ou com o auxílio de terceiros (familiares, amigos, líderes comunitários ou religiosos). No entanto, se frustrada a solução, o interessado pode renunciar ao Direito lesado, adotando postura de omissão (o que ocorre com frequência quando há descrédito no sistema judicial), ou procurar a jurisdição, uma das funções do Estado, para buscar a pacificação do conflito, já que a autotutela restou praticamente banida dos Sistemas Jurídicos.

No Estado Democrático de Direito deve ser garantido a todos o efetivo acesso à Justiça, questão, aliás, que se insere dentre as grandes preocupações da Sociedade contemporânea.¹⁶⁹

169 “O acesso à Justiça é Direito fundamental, e se não for observado, todos os demais direitos não estarão garantidos no sentido de suas efetividades. No Estado Democrático de

A atual Constituição Brasileira (art. 5º, inciso XXXV), por exemplo, além de declarar o Direito de ação, também assegura o princípio da inafastabilidade do controle judiciário ou universalidade da jurisdição, quando estabelece que a lei, e conseqüentemente nenhum outro ato estatal, poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de Direito.

O acesso à Justiça, garantia constitucional do cidadão e dever de resposta adequada do Estado ao acionamento do jurisdicionado, pode e deve ser analisado sob dois enfoques: o de quem procura o serviço estatal e do Poder com o dever de oferecer a resposta. No presente trabalho, o enfoque será o da resposta, já que o tema, a Eqüidade, relaciona-se à decisão, ou seja, a resposta final do órgão solicitado.

A temática do acesso à Justiça liga-se à noção de Justiça Social¹⁷⁰ e, conforme sustenta Marinoni, é o “‘tema ponte’ a interligar o processo civil com a Justiça Social. Tal perspectiva, porém, traz à tona, ainda, a desmitificação da neutralidade ideológica do juiz e do processualista.”^{171 172}

Direito, a Justiça Social é prioridade, e a atividade jurisdicional do Estado, que tem como escopo magno a pacificação social, é uma das formas de assegurar o cumprimento de tal prioridade. O acesso à Justiça, entendido como acesso à ordem jurídica justa, é um Direito público subjetivo (oponível inclusive contra o Estado), garantido à Sociedade em geral e às pessoas (físicas e jurídicas), em particular para a tutela de lesão (ou ameaça) a direito, seja individual ou coletivo, inadmitida a persistência de qualquer tipo de óbice, no plano jurídico, capaz de frustrar o exercício de tal Direito”. BRUNING, Rafael. **Casas da Cidadania: uma experiência catarinense na utilização de métodos alternativos de solução de conflitos**. 2001. 181f. Monografia (Graduação) – Universidade do Vale do Itajaí, Biguaçu, 2001. p.92.

170 Para Diniz, Justiça Social, “Também designada Justiça geral ou legal, é aquela em que as partes da Sociedade, isto é, governantes e governados, indivíduos e grupos sociais, dão à comunidade o bem que lhe é devido, observando uma igualdade proporcional. Os membros da coletividade dão a esta sua contribuição para o bem comum, que é o fim da Sociedade e da lei, proporcionalmente à função e responsabilidade na vida social. Esta Justiça está presente, por exemplo, na prestação de serviço militar ou público, no pagamento de impostos etc.” DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. 4 v., p.41, v 3.

171 MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3. ed. rev. ampl., São Paulo: Malheiros, 1999. p.192.

172 O tema desmitificação da neutralidade ideológica é muito bem trabalhado por Portanova ao afirmar “que todo homem, e assim também o juiz, é levado a dar significado e alcance universal e até transcendente àquela ordem de valores imprimida em sua consciência individual. Depois, vê tais valores nas regras jurídicas. Contudo, estas não são postas só por

Como instrumento da jurisdição e da realização do acesso à Justiça, o processo tem escopos sociais, políticos e jurídicos. Atualmente, a consciência jurídica foi despertada para a dimensão social do processo, como um movimento mundial para um Direito e uma Justiça mais acessíveis.

Ao tratar do escopo social da jurisdição (educação para o exercício dos direitos), Marinoni explica que a falta de acesso à Justiça não permite que o cidadão se libere da insatisfação trazida pelo conflito, fazendo com que se sinta desprotegido, desamparado pelo Estado, situação que poderá gerar infelicidade pessoal e, num plano coletivo, tornar-se “fonte propícia para a desestabilização social.”¹⁷³

O escopo político da jurisdição não pode ser desconsiderado, já que o Estado, ao decidir e impor suas decisões, afirma o seu próprio poder. De outra parte, a jurisdição também deve estar apta a incentivar a participação popular na administração da Justiça, que pode ser direta ou indireta. A participação direta ocorre com a presença de leigos nos juzizados

si. É a motivação ideológica da sentença. [...] A ideologia de que falamos não é má-fé, é um conjunto de representações, saberes, diretrizes ou pautas de condutas. Este complexo disperso, acumulado e pseudamente sistemático orienta, condiciona e governa atos, decisões e atividades. Não é uma realidade sensível e concreta, mas realidade imaginária e meramente possível, emanada do contexto socioeconômico. Está difundida nos preconceitos, costumes, religião, família, escola, tribunais, asilos, ciência, cultura, moral, regras gerais de conduta, filosofia, bom-senso, tradição. Não há malícia no agir, mas age-se de forma imperceptível, inconsistente, por meio de mecanismos de controles sociais de forma a substituir na consciência a realidade concreta por uma ‘realidade’ representada”. PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 4. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.16-17. De outro lado, de acordo com Rocha, inconfundíveis são os conceitos de neutralidade e imparcialidade, pois enquanto a primeira refere-se à posição de distanciamento do juiz, na condição de terceiro não-interessado, a neutralidade significa indeferência em relação aos valores, o que é incompatível com a natureza essencialmente valorativa do ser humano. ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995. p.30.

173 “Nessa dimensão assume relevo o exemplo a ser dado pela administração da Justiça. O funcionamento adequado das vias de pacificação social é que poderá levar o cidadão a retomar a confiança na ‘Justiça’, estimulando o exercício dos direitos e, inclusive, o respeito aos direitos alheios. Aí, aliás, de grande importância é a tarefa reservada aos juzizados especiais, que, por estarem mais perto do cidadão comum e dos seus problemas, têm condições de constituir exemplo mais vivo e significativo de que a administração da Justiça pode bem atender aos reclamos sociais.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3. ed. rev. ampl., São Paulo: Malheiros, 1999. p.192.

de pequenas causas, e a indireta, por meio dos princípios constitucionais da publicidade e da motivação.¹⁷⁴

Já o escopo jurídico da jurisdição, com base na lição de Marinoni, é traduzido na “idéia de atuação da vontade concreta do Direito”.¹⁷⁵ O autor explica que o processo se destina à realização dos valores do Estado e da própria Sociedade, e os valores sociais podem ser revelados pelo Direito substancial. O escopo da atuação concreta do Direito, adverte, deve ser compreendido de modo a “permitir sua conciliação com o ideal de acesso à ordem jurídica justa.”¹⁷⁶

Para Marinoni, a finalidade da jurisdição não é mais apenas a de atuar a vontade da lei, já que, para decidir, o julgador deve aplicá-la. E, para atuar de modo a revelar valores do Estado e da Sociedade, que variam no tempo, a lei “deve concretizar a idéia de Direito posta na Constituição.”¹⁷⁷

2.2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE JUSTIÇA E DO ACESSO À JUSTIÇA

No entender de Carneiro, a idéia e o significado da expressão “Justiça” e “acesso à Justiça” variam no tempo, em função de inúmeros elementos, como, influências de natureza política, religiosa, sociológica e

174 MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3. ed. rev. ampl., São Paulo: Malheiros, 1999. p.193.

175 MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3. ed. rev. ampl., São Paulo: Malheiros, 1999. p.186-187.

176 MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3. ed. rev. ampl., São Paulo: Malheiros, 1999. p.186-187.

177 MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3. ed. rev. ampl., São Paulo: Malheiros, 1999. p.186.

filosófica.¹⁷⁸

Ao abordar o acesso à Justiça em diferentes períodos históricos, o doutrinador apresenta uma breve síntese da evolução da idéia de Justiça e da prática do acesso à ordem jurídica, dividindo o movimento em quatro períodos: antigo; medieval; moderno; e contemporâneo.

No período antigo, nas origens, a Justiça emanava da Justiça divina, razão pela qual o acesso dependia do acesso à religião. Dentre as primeiras normas escritas encontra-se no Código de Hamurabi garantias que impediam a opressão do fraco pelo forte, já que o ordenamento assegurava a proteção às viúvas e aos órfãos, e, ainda, incentivavam a procura do soberano pelo homem oprimido, para que aquele resolvesse a sua questão.¹⁷⁹

Na Grécia Antiga – berço das primeiras discussões filosóficas que influenciaram várias correntes no decorrer da história – teve início a formação da expressão *isonomia* que, somada às correntes jusnaturalistas, no futuro teria grande influência sobre a questão dos direitos humanos. Dos três grandes filósofos dessa época, conhecida como “de ouro da filosofia antiga”, foi Aristóteles que formulou a chamada “teoria da Justiça”.¹⁸⁰

178 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.3.

179 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 3-4.

180 Carneiro explica que Aristóteles: “Influenciado pelo pensamento pitagórico no que se refere aos pesos, às medidas de igualdade e proporcionalidade, situou a questão da proporcionalidade não do ponto de vista estritamente aritmético, matemático, mas da igualdade das razões. Foi Aristóteles quem primeiro falou sobre a possibilidade do juiz adaptar a lei à situação concreta. A régua de Lesbos, que, por ser de chumbo, possuía flexibilidade suficiente para se adaptar à forma da pedra, foi a imagem precisa da Equidade. Assim o juiz também deveria proceder relativamente aos casos levados ao seu conhecimento, adaptando a lei. [...] É importante registrar, antecedente a esse pensamento socrático, que trazia acenos a uma doutrina positivista, na medida em pregava a estrita obediência à lei – para ele, esta última se confundia com a noção de Justiça. Já Aristóteles distinguia o justo segundo a lei do equitativo, considerado este último valor superior àquele, porque poderia ultrapassar e corrigir a própria lei escrita”. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: juizados especiais

Durante o período medieval, quando o Cristianismo trouxe forte concepção religiosa ao Direito, o homem justo era medido por sua fé.

O período moderno é marcado pelas revoluções (Gloriosa de 1689, Francesa), por uma tentativa de limitação dos poderes dos príncipes, uma reação contra o Poder Judiciário¹⁸¹, reduzindo os poderes dos juízes, limitando sua função a declarar o conteúdo da lei; também existiu uma disputa muito forte entre duas correntes do pensamento filosófico-jurídico: um embate entre o positivismo e o jusnaturalismo. Há grande influência do positivismo legalista, com tendência para reduzir o Direito à lei como vontade do Estado e para sobrevalorar a Segurança Jurídica¹⁸².

A partir da segunda metade do século XIX, e já no século XX, o período contemporâneo é aquele em que surgem nos países desenvolvidos, a partir das reivindicações sociais, a demanda por formas céleres e efetivas de Justiça, despontando os chamados juizados de pequenas causas, conhecidos no sistema norte-americano como *small claim courts*, e as ações coletivas.¹⁸³

A nova ordem resgatou a dimensão social do Estado, que assume função mais intensa, protetiva. Já o modelo legal racioanalista não mais satisfaz e é substituído por novo modelo que vai buscar a igualdade material e utilizar-se de conceitos indeterminados, o que exige uma atuação mais efetiva dos juízes, que deixam de considerar a mera declaração do

cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.4

181 Carneiro afirma que “esse desprezo pelo judiciário revela que o Estado liberal não tem preocupação com a idéia ou a prática do acesso à Justiça”. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.17.

182 Segurança Jurídica é entendida como “princípio que decorre do da determinabilidade das leis e o do da proteção da confiança, consubstanciado na existência de normas estáveis e previsíveis quanto aos seus efeitos”, criado por Canotilho, referido por DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. 4 v., p.279 v 4.

183 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.3-31.

conteúdo da lei para utilizar instrumentos técnicos dogmáticos para interpretar e aplicá-la.¹⁸⁴

2.3 A TENDÊNCIA UNIVERSAL DE GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

O fenômeno da Globalização da cultura dos povos e, em consequência, a aproximação ideológica das nações, segundo observa Cichocki Neto, “provocaram a união dos povos em torno de alguns princípios universais que resultaram em afirmações de cartas internacionais das garantias de acesso aos juízos e tribunais.”^{185 186}

Em função da transição de um sistema proposto pelo liberalismo ao *Welfare State*,¹⁸⁷ o acesso à Justiça passou a constituir um método político, traçado pelas cartas constitucionais, para obter benefícios sociais. A igualdade perante a lei traduziu-se como igualdade perante a

184 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.3-31.

185 CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça** . 1. ed. 2 tiragem. Curitiba: Juruá, 2001.p.78.

186 O significado de acesso à Justiça deve ser tratado à luz da Globalização e da regulamentação das economias dos países da América Latina, pois, segundo Lara, “suas experiências recentes com a transição na economia, de um modelo controlado pelo Estado para um livre mercado, trouxeram para dentro do continente a relevância da ‘segurança legal’ e o acesso à Justiça como componentes essenciais do desenvolvimento econômico sustentável.” Acrescenta que padrões tradicionais de desigualdade de renda, agravados pelo impacto recente de políticas neo-liberais, sugere que programas subsidiários de assistência legal para os pobres deveriam ter algum papel para assegurar padrões mais igualitários de distribuição de renda. LARA, Rubens. **Acesso à Justiça**: o princípio constitucional e a contribuição prestada pelas faculdades de Direito. São Paulo: Método, 2002. p.31.

187 Cruz conceitua o Estado de Bem-Estar como “produto da reforma do modelo clássico de Estado Liberal que pretende superar as crises de legitimidade que este possa sofrer, sem abandonar sua estrutura jurídico-política. Caracteriza-se pela união da tradicional garantia das liberdades individuais com o reconhecimento, como direitos coletivos, de certos serviços sociais que o Estado providencia aos cidadãos, de modo a proporcionar iguais oportunidades a todos.” CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001. p.207.

Justiça, e a elevação de alguns princípios processuais a categorias de normas constitucionais vinculou, não apenas as atividades jurisdicionais, como as administrativas e legislativas, em benefício dos valores e liberdades, individuais e sociais, reconhecidas pelo ordenamento.¹⁸⁸

A garantia do acesso à Justiça é uma das características do Estado de Bem-Estar Social e, no caso brasileiro, recebeu dos constituintes de 1988 um tratamento semelhante ao recebido pelo Direito à vida, à honra, “erigindo-o à categoria de garantia e princípio constitucional, juntamente com os instrumentos próprios para sua concreção.”¹⁸⁹

E uma das conseqüências do estudo do processo sob o prisma constitucional foi a aproximação entre a *Common Law* e a *Civil Law*, já que a análise comparativa tem revelado, apesar de diferenças marcantes, a existência de instrumentos e institutos comuns.¹⁹⁰

Foi com fundamento na cláusula do *due process* que a experiência jurídica norte-americana construiu o Direito, fundado em princípios de Justiça. E, conforme observa Cichocki Neto, com o tempo o conteúdo inicialmente processual passou a ter a “concepção de proteção mais ampla, sem distinção entre *substance* e *procedure*.”^{191 192}

188 CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça** . 1. ed. 2 tiragem. Curitiba: Juruá, 2001. p.79.

189 CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça** . 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2001. p.80.

190 CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça** . 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2001. p.86.

191 CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça** . 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2001. p.86.

192 Para Grinover, *Due process of law* “é, em sentido amplo, a garantia do ‘processo’ legislativo e, também, a garantia de que a lei é razoável, justa e contida nos limites da Constituição. Ao lado do *procedural due process*, sustenta-se a existência de um *substantive due process*, garantindo o exercício pleno e absoluto dos direitos de liberdade e de propriedade, em sentido amplo. A cláusula não mais se limita à determinação processual de direitos substanciais; mas se estende à garantia de que seu gozo não seja restrito de modo arbitrário ou desarrazoado.” GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p.35.

A Eqüidade e a firmeza processual têm sido fundamentais para o *due process of law* norte-americano. A frase tem recebido duas significações: devido processo sob o aspecto procedimental (insistência na observância de predeterminadas regras para os casos a serem julgados) e devido processo substancial (exigência de que essas regras sejam razoáveis).

Na atual Constituição Brasileira, o tratamento constitucional do acesso à Justiça não se limitou a facultar o acesso aos tribunais, já que a elevação de inúmeros princípios processuais e a inscrição de diversos instrumentos na ordem constitucional, sem dúvida, constitui manifestação de uma opção política pela realização de uma atividade jurisdicional justa.¹⁹³

2.4 O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

Os temas relacionados ao acesso à Justiça estão em evidência no Direito atual, surgindo vários conceitos para a expressão. Cappelletti e Garth, do “Projeto Florença”, sintetizaram os dois principais aspectos da expressão, ao sustentarem que “o sistema deve ser igualmente acessível a todos” e “produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.¹⁹⁴

¹⁹⁵

¹⁹³ CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça**. 1. ed. 2 tiragem. Curitiba: Juruá, 2001. p.95.

¹⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.8. Título original: *Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective*.

¹⁹⁵ Prescreve o art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamados pela ONU – Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1950, que “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja eqüitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.” Disponível em [Home](#) [Page](#) [Nações](#) [Unidas](#) –

De fato, não se trata apenas de garantir o Direito de buscar a proteção jurisdicional, mas de “administrar a Justiça como um valor”¹⁹⁶, supremo e universal do Direito, não sendo possível “contentar-se com a pura solução das lides, de um ponto de vista puramente processual”¹⁹⁷.

Conforme observa Silva, cada sentença há de constituir um tijolo na construção de uma Sociedade justa, Justiça que há de ser aquele valor supremo de uma Sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, conforme nos promete o “Preâmbulo da Constituição”.^{198 199}

Para Araújo, “essa problemática do acesso à Justiça não pode apenas ser estudada nos limites do acesso aos órgãos do Poder Judiciário, tendo como raciocínio a questão de que não se trata apenas de dar oportunidade para que um indivíduo lamente sua pretensão em juízo, mas sim, viabilizar um acesso à ordem jurídica justa, real e efetiva.”²⁰⁰

<http://www.un.org/spanish/Depts/dpi/portugues/Universal.html>. Acesso em 04/02/2004. Dispõe o art. 6, I, da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma, em 4 de novembro de 1950: “Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial criado por lei, que decidirá sobre seus direitos e deveres civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”. Disponível em Home Page Índice Fundamental do Direito – http://www.dji.com.br/processo_civil/jurisdicao.htm. Acesso em 04/02/2004.

196 ABREU, Pedro Manoel. **Juizados Especiais Cíveis**: uma experiência brasileira contemporânea de acesso à Justiça. 2002. 254f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. p.11.

197 SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**: Estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000. p.150.

198 SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**: Estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000. p.150-151.

199 O preâmbulo representa uma síntese do pensamento que dominou a Assembléia Constituinte. Consta do Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a Justiça como valores supremos de uma Sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” LOUREIRO, Lair da Silva; LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. **Constituição da República Anotada**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p.1.

200 ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Acesso à Justiça & Efetividade do Processo**: a ação monitória é um meio de superação dos obstáculos? 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2002. p.17.

Sob essa ótica, prescreve Cichocki Neto que o acesso também consiste “na distribuição legislativa justa dos direitos e faculdades substanciais.”²⁰¹ No conceito de acesso à Justiça prossegue “toda a atividade jurídica, desde a criação de normas jurídicas, sua interpretação, integração e aplicação, com Justiça.”²⁰²

Portanto, o acesso à Justiça abrange toda a ordem jurídica, que também deverá ser justa, sendo Direito do jurisdicionado, na visão axiológica da expressão, a obtenção de uma decisão fundamentada em uma ordem jurídica justa.

A concretização, pelo Estado, da promessa de acesso à Justiça, no sentido mais amplo de acesso à ordem jurídica justa, porém, esbarra em vários obstáculos, entre eles a crise da lei e do sistema de Justiça, devendo-se buscar mecanismos para a superação dessa crise e a criação de um sistema judicial que atenda às necessidades atuais da Sociedade.

Em consequência, dentre os vários aspectos que podem ser abordados sobre a temática do acesso à Justiça, merecem destaque os fatores que obstruem o acesso à ordem jurídica justa. A análise deve partir dos motivos de uma notória insatisfação da Sociedade com o modelo atual de Justiça, buscando-se os mecanismos apontados para a superação de tais obstáculos.

2.5 A INSATISFAÇÃO DA SOCIEDADE COM O MODELO ATUAL DE JUSTIÇA E OS OBSTÁCULOS AO ACESSO À ORDEM JURÍDICA

201 CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça**. 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2001. p.63.

202 CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça**. 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2001. p.63.

JUSTA

2.5.1 A crise da lei e do Poder Judiciário

Dentre todas as constituições, a Constituição de 1988 foi a que mais acreditou na solução judicial dos conflitos, prevendo instrumentos de conversão da Justiça em serviço eficiente, célere, descomplicado e acessível. Nesse contexto, seduzido por essa Justiça diferente com que o constituinte acenou, o povo buscou o Judiciário, multiplicando-se ainda mais os processos.²⁰³ A Sociedade, no entanto, encontrou uma Justiça atormentada com suas carências e que acabou falhando em quase todas as novas perspectivas constitucionais.

Cobrou-se um desempenho que o Judiciário não estava preparado para apresentar, e até hoje não está, e então desenhou-se um quadro de crise institucional jamais visto na história desse Poder.

O tema *crise do Poder Judiciário* tem sido abordado por vários

203 “Todos os números referentes ao Judiciário são grandiosos. São milhares de processos entrados a cada ano e outro tanto julgados. De fato, quando se observa tanto a movimentação judicial anual quanto a evolução do número de processos entrados de 1990 a 1998, não há como fugir de uma primeira constatação: a demanda por uma solução de natureza judicial tem sido extraordinária. Ainda que em magnitude menor, o mesmo pode ser dito no que se refere à quantidade de processos julgados: o volume de trabalho da Justiça tem sido apreciável. [...] Nesse período de 9 anos – de 1990 a 1998 – entraram, em média, na Justiça Comum, 4.985.664 processos por ano, devendo-se ressaltar uma tendência de crescimento na demanda por uma solução judicial. Efetivamente, enquanto em 1990 chegaram até o Poder Judiciário 3.716.064, em 1998 esse número mais do que dobrou, atingindo 7.467.189 – um crescimento de 106%.” SADEK, Maria Tereza; LIMA, Fernão Dias de; ARAÚJO, José Renato de Campos. O Judiciário e a Prestação de Justiça. In SADEK, Maria Tereza (org.). **Acesso à Justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p.13-14.

autores.²⁰⁴ ²⁰⁵ Mas ao mesmo tempo que se constata essa crise, por duas razões principais: a dissintonia entre a lei e os anseios sociais²⁰⁶ e a ineficiência da realização da Justiça, observa-se uma expansão crescente do papel da jurisdição.²⁰⁷

Conforme ensina Xavier, desvincular o Direito da Sociedade acarreta uma crise de legitimação do Judiciário. Ao propor a razoabilidade na decisão judicial como forma de superação dessa crise, explica que o Judiciário busca sua legitimidade como Poder “do dia-a-dia mediante a

204 Dallari sustenta que a Globalização, a instauração da *lex mercatoria*, a erosão da soberania do Estado e a instauração do neoliberalismo mundial são fatores que levaram o Poder Judiciário a enfrentar uma crise de legitimidade, de independência e produtividade. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juizes**. São Paulo: Saraiva, 1996. 163p.

205 Já Sadek e Arantes apontam uma crise institucional, estrutural e procedimental. Confira-se SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A Crise do Judiciário e a Visão dos Juizes. **Revista USP** – Dossiê Judiciário, São Paulo, SP, n. 21, p.34-45, mar.-mai. 1994.

206 Segundo Marinoni “A lei que era a expressão da vontade geral – fruto da vontade de um Parlamento habitado apenas por representantes da burguesia e no qual não havia confronto ideológico – não mais existe. O Parlamento não é mais o lugar da uniformidade ideológica; com o passar do tempo as Casas Legislativas tornaram-se o local da divergência, onde diferentes idéias acerca do papel do Direito e do Estado passam a se confrontar. Aí, à evidência, não há mais uma vontade geral, podendo-se falar em uma ‘vontade política’, a vontade do grupo mais forte dentro do Parlamento. Passa a importar, entretanto, apenas se a lei foi produzida em processo regular, e não seu conteúdo, o que contribui para o surgimento de um Direito formalizado. A lei, porém, atualmente, em uma determinada perspectiva, não é propriamente a expressão de uma vontade política, porque determinados membros do Parlamento sequer conhecem suas próprias vontades. A ausência de vontade, contudo, é certamente a presença de vontade de outro, vale dizer, a presença da vontade de alguém que está por trás do Parlamento. A lei contemporânea, na realidade, é muito mais fruto do *lobby* e das pressões de grupos do que a expressão de uma ideologia. É importante, assim, que seja resgatado o conteúdo da lei e que esse conteúdo seja buscado nos valores expressos na Constituição da República, até mesmo para que possa ser apontada a substancial inconstitucionalidade da lei injusta.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3. ed. rev. ampl., São Paulo: Malheiros, 1999. p.186.

207 Ao defender os juizados especiais como instrumento de superação dessa crise, Fux explica: “A lei, como regra de conduta, no seu amplo espectro de regulação das atividades humanas, tem-se revelado afastada das expectativas da comunidade. A Justiça, por sua vez, se apresenta ineficiente e incapaz de cumprir o sumo postulado enunciado pelos juriconsultos romanos de perpétua *voluntas unicuique suum tribuendi* (a vontade perpétua de dar a cada um o que é seu), quer pelas desigualdades que encerra, quer pela tardança da prestação jurisdicional, quer pela qualidade da resposta judicial. Cada uma dessas questões deve ser enfrentada, para que se possa anunciar as perspectivas do mundo jurídico no limiar do Terceiro Milênio, que na sua essência residem na instauração da denominada ‘Era da Legitimidade’ encartada numa das ‘Eras do Direito’, idealizadas pela notável cultura de Norberto Bobbio. De toda sorte, o pluralismo jurídico participativo e a disseminação dos Juizados Especiais freqüentam, desde já, os sonhos daqueles que lutam por um milênio melhor.” FUX, Luiz. A Crise Jurídica e as Perspectivas de Solução para o Terceiro Milênio. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais** – Editora Plenum – Edição Ouro, Caxias do Sul, v. 1, [s.n.]. CD-ROM.

constante busca do adequado sentido da lei ao caso concreto e à vida contemporânea do país, aplicada da forma mais célere possível.”^{208 209}

Na opinião de Nalini, a crise do Poder Judiciário é ética, já que a sintomologia crítica – desalento do destinatário, lentidão nos processos, multiplicação da massa dos desassistidos – reflete a insuficiência dos métodos tradicionais para que a própria Justiça venha a se adaptar aos reclamos sociais, sendo que uma consciência moral acurada faria de cada operador jurídico um artífice na reconstrução da Justiça.²¹⁰

A crise é também de credibilidade, abalada por sucessivos escândalos e desvios éticos de parcela ínfima de seus membros, mas de grande repercussão. Ocorre que dentre os poderes do Estado Democrático, o Judiciário, cujos membros não são renovados periodicamente pelo voto popular, é o poder mais dependente da credibilidade da população.

208 O autor afirma ainda que “A manutenção de tal ideário, a proteção eficaz dos direitos subjetivos, a despeito de conveniências ocasionais, constitui a seiva que alimentará o Judiciário no limiar do século XXI, cujos fenômenos sociais decorrentes da Globalização da economia e saturamento de fórmulas do *Welfare State* acarretarão novos desafios na preservação da dignidade dos indivíduos frente a constantes alterações sociais, comportamento possível somente mediante uma postura institucional voltada para a interpretação razoável dos preceitos normativos, e, portanto, compromissada com a identificação dos valores assecuratórios da dignidade humana e das aspirações sociais com ela compatíveis, cumprindo desta forma a missão institucional do Poder Judiciário”. XAVIER, Luiz Roberto. *A Razoabilidade como Parâmetro para Atuação Contemporânea do Judiciário. Doutrina Jurídica Brasileira* – Editora Plenum – Edição Ouro, Caxias do Sul, v. 2, [s.n.]. CD-ROM.

209 Sobre a crise e conseqüências Grinover leciona: A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da Justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que os Códigos lhe atribuem, a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do Direito mas tem como preocupante conseqüência a de incentivar a litigiosidade latente, que freqüentemente explode em conflitos sociais; ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a Justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os ‘justiceiros’). GRINOVER, Ada Pellegrini. *Aspectos da Conciliação no Atual Direito Processual. Doutrina Jurídica Brasileira* – Editora Plenum – Edição Ouro, Caxias do Sul, v. 2, [s.n.]. CD-ROM.

210 NALINI, José Renato. *A Consciência Moral do Juiz. Doutrina Jurídica Brasileira* – Editora Plenum – Edição Ouro, Caxias do Sul, v. 2, [s.n.]. CD-ROM.

2.5.2 Os obstáculos ao acesso à ordem jurídica justa: entraves decorrentes da própria interpretação e aplicação do Direito

A Justiça é distribuída por algumas instituições e pessoas e, em consequência, há obstáculos para alcançar essas pessoas e instituições.

A população não recorre ainda mais ao Poder Judiciário por não encontrar, dentro e fora dele, as condições necessárias ao alcance da Justiça, bem como em razão dos inúmeros obstáculos existentes no ordenamento jurídico pátrio. Não há dúvida que alguns deles, mesmo que superados aos poucos por várias experiências criativas, ainda se apresentam insuficientes para garantir o acesso à ordem jurídica justa.

Vários são os obstáculos enfrentados, ou seja, várias são as causas que dificultam ou impedem o acesso à Justiça, mas, conforme explica Cichocki Neto, uma das maiores restrições ao acesso à Justiça decorre da própria interpretação e aplicação do Direito com Justiça, pois nesse momento surge o conflito entre a Segurança Jurídica – em tese oferecida pela lei – e os critérios de Justiça, já que nem sempre a lei se pauta por critérios de Justiça na distribuição de bens e benefícios sociais.²¹¹

211 CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça** . 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2001. p.120.

Assim, quando o texto legal não está de acordo com os valores vigentes na Sociedade, o aplicador enfrenta um dilema: optar pela aplicação da lei injusta, ou romper com o sistema e desconsiderá-la. E, segundo Cichocki Neto, o problema é afeto aos Sistemas Jurídicos codificados e àqueles em que no momento da decisão são informados pelos princípios da *Equity*.²¹² No plano do acesso à Justiça, prossegue o autor, afirmando que “o problema, consoante pode-se observar, diz respeito à dimensão da liberdade de ação dos Juízes na atividade jurisdicional.”²¹³

A obtenção de resultados justos nos procedimentos de interpretação e aplicação da norma jurídica é indispensável para a garantia do efetivo acesso à Justiça.

A desconsideração dessas estimativas axiológicas é outro fator inibidor da realização de atividades de acesso à ordem jurídica justa. A interpretação puramente técnica do Direito, ainda que sustentada por silogismo correto, e, portanto, por princípios lógico-dogmáticos, nem sempre conduz à realização da Justiça.²¹⁴

2.6 A CRISE DO SISTEMA DE JUSTIÇA E O PARADOXO DA EXPANSÃO CRESCENTE E TRANSFORMAÇÃO DO PAPEL DA JURISDIÇÃO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

212 Em nota de rodapé, o autor explica: “São conhecidas, na jurisprudência norte-americana, principalmente na interpretação do princípio do *due process of law*, o esforço para se atribuírem poderes aos tribunais de revisão da lei, quando se apresenta substancialmente incompatível com os valores sociais vigentes. Dentre elas, aquelas relativas ao direito à intimidade das pessoas (*privacy and personhood*), o caso *Hurtado vs. California*, 1884, ao afirmar que o devido processo legal objetiva proteger *aquellos principios fundamentales de libertad y justicia que yacen en la base todas las instituciones civiles y politicas* dos Estados Unidos”. CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça**. 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2001. p.52.

213 CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça**. 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2001. p.1.

214 CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça**. 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2001. p.122-123.

Paradoxalmente, mesmo sendo flagrante a crise do sistema de Justiça, as recentes transformações sociais, influenciadas pelo fenômeno da Globalização, têm transformado o papel e aumentado a importância da função jurisdicional, do Poder Judiciário e do juiz no Estado Contemporâneo.

Sifuentes observa que em nenhum tempo na história, como o atual, o Poder Judiciário assumiu tamanho protagonismo, razão pela qual será o Poder que estará em evidência neste século. O Judiciário teve o campo de atuação alargado pela Constituição de 1988 e passou a ser o centro dos impasses institucionais entre os poderes Legislativo e Executivo.²¹⁵

A importância crescente do papel do Poder Judiciário também é defendida por Abreu, ao sustentar que a Sociedade procura no juiz um “megaassistente social”, porque outras instituições, notadamente o Estado, estão falhando em suas funções.²¹⁶

215 Sobre o alargamento da intervenção do Poder Judiciário na vida da Sociedade, o autor explica que é fruto “não só do processo de tomada de consciência dos cidadãos, dos seus direitos e meios de defesa, o que se tem denominado de ‘explosão de litigiosidade’ como, por outro lado, do próprio estrangulamento do Poder Legislativo, dominado por blocos de pressão e interesses, que resultam em uma ‘inflação normativa’, imprecisa e contraditória. Assim é que, por um desses movimentos contraditórios da história, o aumento dos poderes do legislador, na passagem do Estado liberal ao Estado social, determinou um aumento dos poderes do juiz. O fenômeno foi acelerado, paradoxalmente, por uma ‘patologia’ de uma legislação oscilante entre a inflação de alguns setores e o esvaziamento, em outros. As várias formas de inatividade do legislador ou, por outro lado, de sua super-atividade, representam, desse modo, uma das principais causas que estão na origem do alargamento dos poderes do Judiciário. A atividade jurisprudencial vem, desse modo, ocupar um espaço importante na tarefa de criação do Direito, mas o seu exercício só é possível em um Estado que assegure a independência e a imparcialidade dos seus Tribunais.” SIFUENTES, Mônica Jacqueline. O Poder Judiciário no Brasil e em Portugal: reflexões e perspectivas. **Doutrina Jurídica Brasileira** – Editora Plenum – Edição Ouro, Caxias do Sul, v. 2, [s.n.]. CD-ROM.

216 “O fenômeno novo do acesso à Justiça coloca o cidadão a defender os seus direitos civis, os direitos sociais, procurando cada vez mais o Judiciário, justamente por falta de Estado e de outras instituições (inclusive da Igreja, pelo crescente descrédito das religiões). Diga-se, apesar de seus graves problemas, o Judiciário é ainda mais acessível ao povo que o Legislativo. Exemplos disso: A provocação do Judiciário para obrigar o Estado a prover o tratamento de doenças graves (leucemia, mal de Duchene); para a aquisição de medicamentos (coquetel para os aidéticos). É portanto, um Poder que se democratiza”. ABREU, Pedro Manoel. Crise do Judiciário, Globalização e o Papel do Juiz Orgânico na

Por trás de todas essas transformações surge a figura do juiz como agente fundamental do sistema, com poderes ampliados, e, conforme destaca Cichocki Neto, encarregado de interpretar e aplicar a lei, “especialmente em face da configuração do Estado como um Estado social, cujas decisões exercem, também, uma função modificadora da Sociedade”.^{217 218}

2.6.1 A extensão/transformação do papel da jurisdição e aceitação da subjetividade ao julgar

Não há dúvida que a visão do juiz e do Poder Judiciário está mudando ao longo dos tempos. Vários mitos, entre eles o da neutralidade – que serviu para sustentar a figura do magistrado sem qualquer poder criativo – aos poucos estão desmoronando.

Ao comentar que o juiz do Direito liberal estava proibido de assumir uma postura ativa no processo, Marinoni enfatiza que, em nome da liberdade do indivíduo, chegou-se, nos países em que o pensamento de

Sociedade Brasileira. Disponível em: Home Page PJESC – Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina – <http://www.tj.sc.gov.br/cejur/doutrina/crisepoder.rtf>. Acesso em 29/08/2003.

217 CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça**. 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2001. p.123.

218 Se verdadeira essa premissa da transformação do papel da jurisdição, ou melhor, do aumento do poder deferido aos magistrados, importante também a advertência de Passos, ao sustentar que se o Estado não está organizado previamente em termos de possibilitar a responsabilização de seus agentes políticos proporcionalmente ao quanto de poder lhe é deferido, pode acabar ocorrendo diminuição do espaço da liberdade e ampliação da dominação, ou seja, menos cidadania. Explica ser lugar comum da ciência política que, numa real democracia, devem conviver indissolúvelmente poder e responsabilidade. Um é diretamente proporcional à outra e quanto mais poder se defere, mais efetivos devem ser os instrumentos de responsabilização do agente político nele investido. Para o autor, como a Sociedade brasileira assegura privilégio e torna quase impossível a responsabilização dos agentes políticos, todos eles protegidos por privilégios estamentários, o que equivale a nenhum controle social, nesse quadro “qualquer acréscimo de poder aos magistrados, como protagonistas do processo jurisdicional de produção do direito, é acréscimo de arbítrio e fonte geradora de insegurança e instabilidade dos direitos. O Judiciário se disfuncionaliza, produzindo justamente os resultados para cuja incoerência foi institucionalizado.” PASSOS, J.J. Calmom de. A Crise do Poder Judiciário e as Reformas Instrumentais: avanços e retrocessos. **Informativo INCIJUR** – Publicação Oficial do Instituto de Ciências Jurídicas, Joinville, SC, ano IV, n. 50, p.7, set. 2003.

Montesquieu era mais vivo, a proibir ao juiz a interpretação da lei. Conclui que:

Com o surgimento da democracia social, intensificava-se a participação do Estado na Sociedade e, por consequência, a participação do juiz no processo, que não deve mais apenas estar preocupado com o cumprimento ‘das regras do jogo’, cabendo-lhe agora zelar por um processo justo, capaz de permitir (a) a justa aplicação das normas de Direito material (b) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real e (c) a efetividade da tutela dos direitos, pois a neutralidade é mito, e a inércia do juiz, ou abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, não é compatível com os valores do Estado atual.²¹⁹

Portanto, não é mais possível afastar uma certa carga de subjetividade na função de julgar – o que não quer dizer que não existam limites ao julgador. Tal fato representa uma mudança da visão do papel do juiz que, segundo Facchini Neto, está interligada “a um fenômeno comum a todas as democracias avançadas, qual seja, a expansão crescente do papel da jurisdição.”^{220 221}

Facchini Neto aponta algumas razões ligadas à subjetividade da função jurisdicional, sendo indispensável uma síntese de suas idéias:

219 MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3. ed. rev. ampl., São Paulo: Malheiros, 1999. p.192.

220 FACCHINI NETO, Eugênio. Introdução. Visões Redutivas da Função Jurisdicional. In ZIMERMAN, David; COLTRO, Carlos Mathias (org.). **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. Campinas: Millennium, 2002. p.399.

221 Ao comentar sobre a expansão no mundo moderno do Direito judiciário, ou “jurisprudencial” e, assim, do papel criativo dos juizes, Cappelletti explica que paradoxalmente foi o próprio fenômeno da expansão anterior do Direito legislativo, ocorrido tanto nos países de *Common Law* quanto nos de *Civil Law*, o responsável por esse fenômeno atual. Para o autor, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, num sistema democrático de *checks and balances*, à paralela expansão dos ramos políticos do estado moderno. Confira-se CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.18-19. Título original: *Giudici Legislatori?*

2.6.1.1 Razões político-estruturais

- a) **o constitucionalismo moderno**, no qual as constituições são o lugar dos novos direitos – e os litígios de natureza constitucional representam o meio para sua afirmação, definição e realização –, representa significativa transferência de poderes ao juiz, que passa a garantir os direitos fundamentais também contra o legislador, utilizando-se do reconhecimento da invalidade das leis que violam aqueles direitos;
- b) **a nova organização do poder**, já que não há, por parte do governo central, o monopólio exclusivo da representação de todos os interesses públicos, ou seja, surge um contexto de pluralismo institucional, no qual a lei à qual o juiz é submetido não se apresenta mais como um dado textual imóvel e fixo;
- c) **a crise do poder legislativo**, pois há um envelhecimento das leis frente a uma Sociedade em rápida transformação, e o constante surgimento de novos fenômenos sociais a reclamar a atenção do Direito, mas sem resposta legislativa, não restando outra alternativa ao juiz (ao qual não é dado escusar-se de proferir um julgamento, sob alegação de ausência ou insuficiência da legislação), senão julgar com base em sua interpretação pessoal de certos princípios genéricos e valores abstratos;
- d) **a crise da legislação**, pois a lei deve ser estável, mas não pode permanecer imóvel. Desse paradoxo, surgem tensões no mundo do Direito entre as exigências opostas de certeza jurídica e de mudanças sociais, envolvendo intensamente o magistrado.²²²

222 Facchini Neto explica que, neste contexto, em que há complexidade e variabilidade das situações que devem ser regulamentadas, a legislação está constantemente em atraso relativamente à evolução dos temas a regular. Por outro lado, fruto de acordos setoriais, a legislação não mais expressa uma única visão ideológica, mas uma pluralidade de visões. Esse contexto torna a atividade do juiz mais difícil e, contemporaneamente, mais necessária. “Mais difícil, porque o juiz não mais dispõe de uma trilha bem visível para encontrar o caminho do justo. Mais necessária, porque cabe a ele conferir um pouco de organicidade,

2.6.1.2 Razões científico-culturais

- a) **a superação do positivismo normativista** e de suas teses clássicas²²³, já que ninguém mais acredita que a interpretação, mesmo aquela mecânica, seja uma operação meramente lógica;
- b) **a nova relação juiz-lei**, pois cada vez maior é a consciência de que a lei é um ponto de partida e que a aplicação da norma pelo juiz jamais a deixa intacta, ao contrário, determina progressivamente o seu significado concreto, fixando por isso mesmo o seu próprio conteúdo. O Direito em vigor, portanto, é produto do legislador, da jurisprudência e das forças atuantes no comércio jurídico;
- c) **o aporte inovativo/criativo da interpretação**, descobrindo-se o que sempre existiu, mas que sempre fora negado, ou seja, a função criativa na interpretação da lei e o papel ativo que o juiz desempenha ao prestar a jurisdição.

2.6.1.3 Razões sociológicas

sistematicidade e coerência a este conjunto de fontes jurídicas. Isso pode ser feito agarrando-se aos valores constitucionais, que são os únicos que atualmente podem conferir uma certa unidade, ao menos em nível de interpretação.” FACCHINI NETO, Eugênio. Introdução. *Visões Redutivas da Função Jurisdicional*. In ZIMMERMAN, David; COLTRO, Carlos Mathias (org.). **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. Campinas: Millennium, 2002. p.402.

223 De acordo com Facchini Neto são: “1) cada norma possui um significado intrínseco; 2) a atividade do intérprete consiste em adivinhar e tornar explícito este significado; o juiz declara o Direito e não o cria; procede logicamente sem fazer escolhas de valor, aplicando dedutivamente a norma ao fato; 3) se diversas interpretações do mesmo enunciado normativo se afiguram possível, isso se resolve individualizando o significado correto e descartando os outros, que consequentemente são errôneos; 4) o método interpretativo por excelência é o lógico-dedutivo, que exclui escolhas discricionárias do intérprete.” FACCHINI NETO, Eugênio. Introdução. *Visões Redutivas da Função Jurisdicional*. In ZIMMERMAN, David; COLTRO, Carlos Mathias (org.). **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. Campinas: Millennium, 2002. p.403.

As próprias sociedades modernas são dinâmicas e conflituais, pluralistas, caracterizadas por valores diversos, o que torna mais complexa a função judicial, mas, também, torna inevitável a contribuição do juiz à formatação da norma.

Diante desse quadro de crise, na qual o Judiciário não consegue dar a resposta esperada pela Sociedade, não há outra alternativa senão a reavaliação de antigos conceitos, observando-se novas idéias e sugestões de autores contemporâneos, comprometidos com a superação dos obstáculos ao acesso à ordem jurídica justa.

2.7 A SUPERACÃO DOS OBSTÁCULOS AO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

2.7.1 A reforma do aparelho judicial: criação de tribunais de pequenas causas

O tema *acesso à Justiça* sempre despertou o estudo e a preocupação de muitos estudiosos do Direito, desencadeando um movimento mundial para soluções dos vários obstáculos encontrados.

Na “terceira onda”²²⁴ desse movimento, o que Cappelletti e Garth chamam simplesmente de “enfoque de acesso à Justiça”, que “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas

224 Para Cappelletti e Garth, o efetivo acesso à Justiça levou a três posições básicas, o que denominou “ondas”: a) assistência judiciária para os pobres; b) a representação dos interesses difusos; c) do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.31. Título original: Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective.

sociedades modernas”²²⁵, exige-se “um estudo crítico e reforma de todo o aparelho social judicial”²²⁶, inclusive dos tribunais regulares.

Cappelletti e Garth advertem, no entanto, que em função das complexidades de “tantas de nossas modernas leis e a necessidade de advogados e juízes de deslindá-las e aplicá-las, parece claro que a idéia de tornar os tribunais muito simples e baratos não é realística.”²²⁷

E explicam que:

se os juízes devem desempenhar sua função tradicional, aplicando, moldando e adequando leis complicadas a situações diversas, com resultados justos, parece que advogados altamente habilitados e procedimentos altamente estruturados continuarão a ser essenciais. Por outro lado, torna-se necessário um sistema de solução de litígios mais ou menos paralelo, como complemento, se devemos atacar, especialmente ao nível individual, barreiras tais como custas, capacidades das partes e pequenas causas.

Portanto, resumindo as idéias de Cappelletti e Garth, percebe-se que essa nova onda do movimento de acesso à Justiça está marcada pela: a) eleição da criação de métodos alternativos para decidir causas judiciais; b) criação de fórmulas gerais para desviar as causas dos tribunais, utilizando-se, no primeiro caso, de procedimentos mais simples e/ou julgadores mais informais, e, no segundo, do juízo arbitral, da conciliação e de incentivos econômicos para solução de litígios fora dos tribunais.

Mas a atividade mais importante da reforma é a eleição de

225 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.67-68. Título original: Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective.

226 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.75. Título original: Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective.

227 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.81. Título original: Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective.

tipos particulares de causas, especialmente as pequenas ou de interesse de consumidores, já que é preciso reconhecer que o sistema judiciário regular freqüentemente é “pouco adequado a fazer valer os direitos das pessoas comuns ao nível individual”, pois “colocam severas limitações na acessibilidade de nossos tribunais a pequenas causas intentadas por pessoas comuns.”²²⁸

Necessário, então, “um sistema destinado a servir às pessoas comuns”²²⁹, para “solucionar ‘as pequenas injustiças’ de grande importância social”²³⁰, que devem ser tratadas de forma diferente das grandes causas – diga-se, não um sistema “supostamente de segunda classe”²³¹, mas adequado à natureza do litígio e às necessidades da Sociedade contemporânea, com características, estrutura e métodos próprios e fundamentalmente com operadores jurídicos preparados para lidar com essa nova cultura/filosofia de solução de litígios.

2.7.2 A simplificação das normas substantivas para a tomada de decisão

Entre os vários aspectos da reforma para superação dos obstáculos ao acesso à ordem jurídica justa²³², destacam-se os que

228 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.91. Título original: *Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective*.

229 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.93. Título original: *Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective*.

230 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.95. Título original: *Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective*.

231 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.97. Título original: *Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective*.

232 São quatro as características dessa reforma segundo Cappelletti e Garth: “(a) a promoção de acessibilidade geral, (b) a tentativa de equalizar as partes, (c) a alteração no

Cappelletti e Garth sustentam ser “a simplificação do Direito aplicado”²³³ ou das normas substantivas para a tomada de decisões em pequenas causas. Os autores sustentam ser necessário permitir que os árbitros²³⁴ tomem “decisões baseadas na ‘Justiça’ mais do que na letra fria da lei.”²³⁵

Os autores citam como exemplo dois dos tribunais de pequenas causas da Austrália, onde se exige que suas decisões sejam “justas e equânimes”. No entanto, advertem que a abertura do sistema para decisões por Eqüidade, sem qualquer apego à lei, pode causar prejuízo aos novos direitos.²³⁶

A preocupação de Capelletti e Garth com a evolução do Direito

estilo de tomada de decisão e (d) a simplificação do Direito aplicado”. Relação, segundo os autores, não exaustiva. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.99. Título original: Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective.

233 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.99. Título original: Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective.

234 Essa foi a expressão utilizada por Cappelletti. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.111. Título original: Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective.

235 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.111. Título original: Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective.

236 “É realmente adequado tentar evitar que os tribunais ‘populares’ se tornem órgãos nos quais as regras técnicas, mais que a ‘Justiça’, sejam o centro dos debates. A dispensa das formalidades técnicas, todavia, não irá assegurar automaticamente a qualidade de decisão do tribunal. Antes de mais nada, as pessoas devem ser capazes de planejar seu comportamento de acordo com os dispositivos legais e invocar a lei, se trazidos ao tribunal. É claramente impossível desprezar por completo as normas legais. Além disso, existe o perigo de que um relaxamento dos padrões substantivos permita decisões contrárias à lei em prejuízo dos novos direitos (freqüentemente, técnicos). Os julgadores podem ter mais simpatia pelos ricos e resistir à execução de normas técnicas, as quais, uma vez que se destinam a construir uma nova ordem social, podem parecer ‘injustas’ em casos particulares para com comerciantes, locadores e outros. O perigo é ampliado se os juízes de pequenas causas, os quais não constam com o auxílio de advogados para identificar a lei aplicável, falharem em desenvolver sua própria experiência. Na Austrália, no entanto, esses perigos não se concretizaram. Ao contrário, os julgadores de pequenas causas desenvolveram experiência jurídica considerável, e as pequenas liberdades tomadas em relação à lei substantiva ‘têm sido usadas para evitar abusos e não para denegar a proteção da lei às pessoas que estejam efetivamente atuando dentro de seus limites’. Parece, portanto, que esse tipo de reforma pode, realmente, auxiliar as pessoas comuns a buscar defender seus direitos. Embora não seja uma panacéia, trata-se de um instrumento importante colocado à disposição de reformadores de pequenas causas.” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.112-113. Título original: Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective.

é correta, o que pode ser interrompido quando as leis são desprezadas por completo pelo julgador. Muito embora os autores não tenham constatado tal fenômeno nas cortes de pequenas causas da Austrália, a estagnação do Direito poderá ocorrer se o sistema não dispuser de julgadores qualificados para atuarem nesses órgãos e, o que é mais importante, julgadores independentes.

A idéia de “simplicação das normas substantivas para a tomada de decisão em pequenas causas” é, no entanto, contraditória, já que não há método mais simples que a concepção tradicional da decisão judicial, apegada ao raciocínio jurídico dedutivo, ou seja, baseado na premissa maior (lei), na premissa menor (a situação de fato) e na conclusão (aplicação da regra legal à situação de fato).²³⁷

Acrescentar qualquer outro elemento ao julgamento, como a busca de “decisões justas”, tornaria o método muito mais complexo, exigindo juízes mais bem preparados, ou com outra formação jurídica, aptos a analisar qual a solução justa do caso concreto e fundamentar nesse sentido, em vez de simplesmente aplicar a lei e seu sentido gramatical ao caso submetido a julgamento.

Somente haveria uma simplificação se Cappelletti e Garth estivessem sustentando em sua obra que os julgadores pudessem decidir sem fundamentar as decisões – o que é incompatível com o Sistema Jurídico brasileiro em que há obrigatoriedade constitucional de fundamentar

237 Segundo Ascensão: “A posição típica desta corrente exprime-se através do chamado silogismo judiciário. Têm-se em vista as formas judiciais de aplicação da lei e raciocina-se como se a lei representasse a premissa maior de um silogismo. O juiz conhecerá a lei, as partes dão os fatos, o juiz subsume os fatos à lei e tira a conclusão. Em certas épocas, e nomeadamente em consequência de uma concepção mecânica da atividade judiciária, chegou-se a uma visão particularmente rígida deste processo. Para empregar uma comparação moderna e que é adequada apesar de ser risível, pode dizer-se que se pensou que a atuação do juiz seria análoga a das máquinas automáticas. Nestas, metendo-se a moeda, sai mecanicamente o produto desejado; ali, provados os fatos, produz-se inelutavelmente certa decisão”. ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**: introdução e teoria geral. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.644.

as decisões^{238 239} – e também com critérios subjetivos de Eqüidade, sem apego nenhum ao ordenamento jurídico, ou seja, sem nenhum limite. Contudo, como poderemos verificar no próximo item, o próprio Cappelletti, em outra obra, “*Juízes Legisladores*”, reconhece a existência de limites à liberdade de criação judicial, o que reforça a apontada contradição na utilização da categoria simplificação.

2.7.3 A superação da visão tradicional do juiz como a boca fria da lei, a criação judicial do Direito e o julgamento por Eqüidade

A visão mais conservadora da tripartição dos poderes reservou função prioritária ao Legislativo, o formulador de regras abstratas de conduta. O legislativo seria elaborador das normas; cumprí-las, administrar e aplicá-las às contendas, mediante provocação, seria o exercício da jurisdição.

238 De acordo com Pero, “O preceito constitucional da obrigatoriedade da motivação dos atos judiciais e o princípio do devido processo legal mantêm entre si uma relação de interdependência muito grande, representando, ambos, a concretização de um princípio político maior, que é o da controlabilidade sobre o modo de como o Poder é exercido no moderno Estado de Direito”. PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A Motivação da Sentença Civil**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.14.

239 Pero critica duramente a não-adoção do hábito de motivar as próprias decisões em alguns tribunais e alguns órgãos de primeiro grau norte-americano (principalmente nas hipóteses de *trial by jury*; *non-jury trial*; a praxe dos procedimentos *in equity* prevê que o juiz exponha os *findings of fact* e as *conclusions of law* em que se funda a decisão, mas o mesmo não ocorre nos *trial at common law*, em que o juiz pode pronunciar apenas um veredicto imotivado), afirmando ser intrigante, considerando a importância ideológica que lhe vem sendo atribuída no Estado moderno, que o país que se considera o esteio da democracia e com origem jurídica no sistema da *Common Law*, no qual nasceu o princípio do devido processo legal, não adote como princípio a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais. PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.11-12.

Por temor da prepotência do Judiciário do Estado-absolutista, a concepção tradicional da função jurisdicional na *Civil Law*, da qual o sistema brasileiro é uma variante, é extremamente redutiva, já que tem o juiz como um mero aplicador mecânico de leis preexistentes, atuando o magistrado de forma objetiva e neutra, o que evidentemente não é verídico.

O mesmo não ocorre na *Common Law*, de essência jurisprudencial, na qual o papel judicial – por meio de julgados, registrados nos arquivos das Cortes e publicados em coletâneas, para regerem casos futuros – é reconhecidamente de criação do Direito. Este seria apenas um estereótipo dos Sistemas Jurídicos, já que em lugar algum os juízes deixam de criar e em lugar algum os juízes ignoram a legislação ou as decisões.

Para a visão tradicional, na *Civil Law* a solução do litígio está formulada no ordenamento jurídico, cabendo ao julgador, sem qualquer possibilidade de criação, simplesmente indicá-la.

Percebe-se na *Civil Law*, no entanto, em razão da tendência de aproximação entre as famílias, explicada no capítulo anterior (item 1.5.4), maior abertura para a atividade criadora dos juízes.

Facchini Neto sustenta que até pouco tempo atrás havia substancial consenso de que “as cortes de Justiça não tinham o poder e nem a legitimação para introduzir elementos pessoais na atividade de interpretar/aplicar o Direito, o que transformaria o juiz em criador do Direito.”²⁴⁰

240 Prossegue dizendo que “O juiz, segundo esta concepção, devia apenas encontrar e aplicar a norma justa, e nada mais do que isso. Os últimos anos do século XIX representaram o ápice da doutrina da aplicação mecânica do Direito: tratava-se da teoria do silogismo judicial, segundo a qual todos os casos são decididos com base em normas certas e imutáveis, cuja aplicação é integralmente previsível. De acordo com esta teoria o juiz seria um técnico especialmente qualificado para decidir: porque ele conhece as normas, sabe onde procurá-las, e sabe como usar os cânones da lógica formal para justificar sua decisão.” FACCHINI NETO, Eugênio. Introdução. Visões Redutivas da Função Jurisdicional. In ZIMERMAN, David; COLTRO, Carlos Mathias (org.). **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. Campinas: Millennium, 2002. p.398-399.

Contudo, no Brasil, segundo Nalini, não existe mais espaço para o juiz omissor, burocrata, compilador de jurisprudência ou distanciado do consenso jurídico.²⁴¹

Os opositores da criação judicial do Direito normalmente invocam a falta de Segurança Jurídica e a possibilidade de autoritarismo judicial, mas não há precedente histórico a respeito.²⁴²

As evidências empíricas confirmam que a liberdade prosperou mais na *Common Law*, do que na *Civil Law*, em que, alternativamente, o Direito é o que o governo diz que é, o que às vezes tem resultado no declínio do Direito e na erosão da liberdade, pois esse sistema foi mais usado em países sem democracias representativas, tendo ajudado mais a perpetuar o autoritarismo, por intermédio da supressão da liberdade, com maior incidência, comparativamente, do que em países da *Common Law*.²⁴³

A discussão sobre a criação judicial do Direito está intimamente relacionada ao julgamento por Equidade, considerada esta como a Justiça do caso particular, destinando-se a abrandar o rigor excessivo da lei positiva.

A aceitação da criatividade da função jurisdicional implica aceitar com mais facilidade o papel da Equidade. A decisão baseada na

241 “Até os mais ortodoxos na formação dogmática positivista não aceitam hoje que o juiz seja a boca a pronunciar as palavras da lei. É reconhecida a tarefa integradora que todo aplicador da lei desempenha quando vai concretizá-la. Se o juiz não substitui o legislador, ao menos viu ampliada a margem para uma interpretação criativa, principalmente quando a lei deixa de ser a expressão necessária que se extrai da natureza das coisas para ser resposta conjuntural, contingente e possível, a uma série de demandas casuísticas e localizadas temporal e espacialmente.” NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.18.

242 Conforme preleciona Castro Jr.: “as nações que acolheram o modelo ‘o juiz faz o direito’ (*judge makes law*), ou *common law*, tomaram o caminho no qual o Direito deve ser descoberto, pois nessa tradição ele é aplicado às partes envolvidas, mas com a colaboração do precedente judicial e do *stare decisis*, aumentando a Segurança Jurídica e a eficiência do sistema judicial”. CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.36.

243 CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. p.36.

Eqüidade, segundo Cappelletti, “tem espaço mais amplo de escolha do que a baseada e vinculada a precisos precedentes judiciais ou detalhadas prescrições legislativas. O grau de criatividade é, portanto, mais elevado na primeira.”²⁴⁴

O autor explica que nem precedentes nem normas legislativas podem vincular totalmente o intérprete, contudo “o juiz, vinculado a precedentes ou à lei (ou a ambos), tem como dever mínimo apoiar sua própria argumentação em tal Direito judicial ou legislativo, e não (apenas) na ‘Eqüidade’ ou em análogos e vagos critérios de valoração”.²⁴⁵

A criatividade judicial é um fator inevitável da função jurisdicional, e o desenvolvimento dessa criatividade está sustentado por fatores econômicos, sociais, políticos e constitucionais. Mais importante do que discutir a aceitação ou não da possibilidade da criação judicial como forma de superar os entraves ao acesso à ordem jurídica justa é buscar os limites dessa criação.

2.7.3.1 Limites à criatividade judicial

Por ser o próprio problema do papel do juiz, colocado em face do legislador, de acordo com Cappelletti, o verdadeiro problema a ser enfrentado não é a aceitação ou não da criação do Direito por obras dos magistrados, mas, o grau de criatividade e os modos, limites e aceitabilidade dessa criação.²⁴⁶

A respeito dos limites, Cappelletti explica:

244 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.25. Título original: Giudici Legislatori?

245 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.25. Título original: Giudici Legislatori?

246 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.21. Título original: Giudici Legislatori?

De fato, o reconhecimento de que é intrínscico em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha –, não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador de Direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo Sistema Jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais.²⁴⁷

Os limites processuais ou virtudes passivas, segundo Cappelletti, são a exigência que o juiz seja *super partes* – não decidindo sobre questões de que seja partícipe, livre das pressões das partes –; o caráter contraditório do processo, uma vez que ambas as partes devem ter oportunidade de se defender e de ser ouvidas por um juiz imparcial; e a impossibilidade de se iniciar de ofício o processo, que precisa de um autor, para que o juiz possa exercer em concreto o poder jurisdicional.²⁴⁸

Já os limites substanciais variam de época para época, incluem, vez por outra, precedentes judiciais, opiniões de juriconsultos, leis e códigos.

247 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.23-24. Título original: *Giudici Legislatori?*

248 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.75-76. Título original: *Giudici Legislatori?*

Lacerda admite no sistema pátrio o papel de criação do juiz, pois a Constituição e as leis conferem aos juízes grande discricão para realizarem a Justiça concreta do caso, por meio de um instrumento processual flexível e antiformalista. Os juízes podem, por outro lado, deixar de aplicar leis por inconstitucionais, ou preencher-lhes as lacunas quando necessário. Dessa forma, prossegue o autor, o juiz brasileiro “exerce com plena eficiência e aceitação política e social papel proeminente na criação do Direito em concreto, através de um ativismo positivo, dentro do sistema constitucional e legal vigorante”²⁴⁹.

Em suma, no contexto atual não se aceita um juiz cegamente atado à lei, sob o pretexto de proteger a Segurança Jurídica, como se fosse o único valor do Direito, mas também não se admite um julgador disposto a afrontar pelo arbítrio. Conforme sustenta Cichocki Neto, o arbítrio poderia induzir a destruição do próprio ordenamento jurídico, razão pela qual é necessário um equilíbrio entre o Juiz de outrora, “puramente lógico, passivo aplicador das leis” e outro, atual, “sensível às exigências da Sociedade em que vive e, conseqüentemente, sustentáculo dos valores éticos, políticos, sociais; e, não, meramente jurídicos.”²⁵⁰

A proposta de solução ao problema que melhor atende a esses objetivos, segundo o autor, é a formulada por Recaséns Siches, já que, relacionada com os postulados da democracia social, resguarda o valor da Justiça nas opções das decisões, mas não desconsidera os valores da legalidade. Portanto, o juiz não busca uma decisão matematicamente certa; mas razoável, isto é, justa. O julgador não se afasta do Sistema Jurídico: dentro dele, somente tem uma cota maior de arbítrio na sua valoração. O próprio Direito brasileiro consagra esse procedimento, quando estabelece

249 LACERDA, Galeano. O Juiz e a Justiça no Brasil. 2. ed. **Revista da AJURIS** – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul Publicações Eletrônicas, Porto Alegre, v. 1 a 74, 1998. CD-ROM.

250 CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça** . 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2001. p.124-125.

que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.²⁵¹

Os limites do papel de criação do Direito estariam dentro do ordenamento jurídico, ou seja, dentro do sistema constitucional e legal vigente; aliás, este é um dos postulados do Estado Democrático de Direito.

A independência do juiz, proclamada na Constituição, conforme destaca Rocha, não tem outro objetivo senão o de garantir sua dependência somente ao ordenamento jurídico, o que significa três coisas básicas: a) em um ordenamento jurídico de corte piramidal como o nosso, em que uma Constituição rígida ocupa seu vértice, servindo de fundamento de validade de todas as outras normas, ou seja, funcionando como a norma de mais alta categoria, o que importa é que o primeiro dever do juiz é de aplicar a Constituição; b) o segundo, por sua vez, é de não aplicar normas contrárias aos valores, princípios e regras constitucionais; c) o terceiro é de interpretar o Direito infraconstitucional em harmonia com esses valores, princípios e regras constitucionais.²⁵²

2.8 O MOVIMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Após essas considerações sobre o movimento contemporâneo e universal de acesso à Justiça, verificamos que no Brasil esse acesso, como o entendemos hoje, não existiu no Império. Após a proclamação da República, em ano de 1889, e até a década de 80 do século passado,

251 CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça**. 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2001. p.125.

252 ROCHA, José de Albuquerque. Acesso à Justiça: direito a uma decisão fundada no ordenamento jurídico. *In* RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). **O Direito no Terceiro Milênio**. Canoas: Ulbra, 2000. p.265.

predominou a noção de acesso à Justiça como atividade caritativa, como favor prestado aos mais pobres única e exclusivamente na área penal, retratando o ideário do Estado Liberal (a igualdade meramente formal). A única ressalva de monta seria a criação da Justiça do trabalho.^{253 254}

Abreu destaca a Justiça de paz, no Império, como um modelo de jurisdição funcionalmente mais próximo do cidadão e, num balanço histórico, constata que o instituto foi perdendo importância, estando, hoje, “à beira da obsolescência”.²⁵⁵

O Código de Processo Civil de 1939 e até mesmo o de 1973, apesar do notável avanço técnico deste, são considerados por Carneiro²⁵⁶ individualistas²⁵⁷, tecnicistas²⁵⁸, elitizados²⁵⁹ e conservadores²⁶⁰, pois no lugar de um processo acessível a poucos, demorado, preocupado tão-somente com a segurança e a técnica em detrimento dos seus fins, exigia-se como inevitável um outro tipo de processo que funcionasse para todos e que “resultasse em uma sentença eticamente justa, com a utilização dos instrumentos técnicos que seriam direcionados para essas finalidades.”²⁶¹

A partir da década de 80, em período de abertura política,

253 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.37.

254 Durante esse período a Constituição de 1934 cria a assistência judiciária para os necessitados. Com base na Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, em 1954 o Estado de São Paulo e em 1962 o Estado do Rio de Janeiro criam cargos de defensores públicos.

255 ABREU, Pedro Manoel. **Juizados Especiais Cíveis**: uma experiência brasileira contemporânea de acesso à Justiça. 2002. 254f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. p.114.

256 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 41.

257 Por serem baseados no princípio da igualdade formal, sem qualquer preocupação com o efetivo acesso das camadas mais pobres da coletividade.

258 Eivados de uma visão interna, sem preocupação com as finalidades sociais e políticas.

259 Caros, distantes, misteriosos e desconhecidos, servindo aos mais ricos, preparados e com melhores advogados.

260 Afastados da realidade das ruas, da Sociedade e das transformações sociais, estagnado no tempo, portanto, longe da efetividade adequada.

261 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.42.

iniciaram-se inúmeras publicações, e vários congressos abordando o tema *acesso à Justiça* foram realizados; também começaram a surgir os primeiros avanços legislativos, destacando-se a Lei n. 7.019, de 31 de agosto de 1982, que criou o procedimento de arrolamento de bens no caso de partilha amigável, e, posteriormente, a Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984, que criava o juizado de pequenas causas, que será analisada mais detidamente no item seguinte.²⁶²

Os juzizados de pequenas causas são sucedidos pelos juzizados especiais cíveis e criminais, criados pela Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. A Lei n. 9.958, de 12 de janeiro de 2000, prevê a formação de comissão de conciliação prévia, com a atribuição de compor os dissídios trabalhistas individuais, agindo preventivamente. Nessa mesma linha, a Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, cria os juzizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal.

Atualmente, constata-se a implantação de vários projetos de juzizados itinerantes em diversos Estados da Federação²⁶³, a criação de “conselhos de conciliação” (Rio Grande do Sul), varas universitárias e “casas de cidadania” (Santa Catarina), “juzizados municipais” (Paraíba), todos com a mesma filosofia de descentralização da prestação jurisdicional, com a presença em municípios que não são sede de comarcas ou em bairros populosos das comarcas maiores, objetivando solucionar conflitos de forma barata, célere e eficiente.

2.8.1 Os Juzizados de Pequenas Causas

262 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: juzizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.44-46.

263 O atendimento descentralizado e a experiência dos juzizados itinerantes no Estado de São Paulo é muito bem descrita por CHIMENTI, Ricardo Cunha. A Crise da Justiça, o Juizado de Pequenas Causas e a Justiça de Paz. In ZIMERMANN, David; COLTRO, Carlos Mathias (org.). **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. Campinas: Millennium, 2002. p.261-269.

2.8.1.1 Origem

Como não poderia deixar de ser, a “terceira onda” de acesso à Justiça também alcançou o Brasil. Na análise do caso brasileiro, conforme enfatiza Carmona, merece especial atenção a experiência e atividade dos Juizados Informais de Conciliação, criados no Estado do Rio Grande do Sul, que foi pioneiro na iniciativa de instaurar os “Conselhos de Conciliação e Arbitramento”, para dar solução extraprocessual a pequenas causas envolvendo direitos disponíveis.²⁶⁴

2.8.1.2 A inspiração

A experiência gaúcha dos juizados informais de conciliação não se inspirou nos juizados americanos ou de qualquer outro país, pois conforme adverte Abreu, os nossos operadores desconheciam a experiência estrangeira sobre o assunto.²⁶⁵

264 O primeiro “juizado” surgiu na cidade do Rio Grande do Sul e logo após instaurou-se o de Sarandi. O exemplo posteriormente foi seguido em outros Estados, como Paraná e São Paulo.

265 ABREU, Pedro Manoel. **Juizados Especiais Cíveis: uma experiência brasileira contemporânea de acesso à Justiça**. 2002. 254f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. p.89-91. A afirmação se baseia em dados colhidos pelo próprio autor com o juiz Tanger Jardim, conforme destacado em nota de rodapé.

No entanto, muito embora o desconhecimento das experiências estrangeiras quando da idealização dos juizados informais de conciliação, verifica-se que logo após sua instalação, Lacerda, ao discursar no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na sessão solene de abertura do ano judiciário, em 1983, já era conhecedor da experiência inglesa e da americana.²⁶⁶

266 Oportuno conferir trecho de seu discurso, sem valor histórico e por representar a comprovação de que os estudos para a instalação dos juizados de pequenas causas, posteriormente, com a Lei n. 7.244/84, partem de subsídios de modelos estrangeiros: “Com o beneplácito da Presidência deste Tribunal e o apoio da infatigável e exemplar da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, foi criado em 1982, em experiência pioneira no País, o chamado ‘juizado das pequenas causas’, envolto em simpatias generalizadas nesta Corte, como tentativa informal e felizmente não ortodoxa, na corajosa quebra das convenções, de propiciar Justiça rápida e eficaz aos desvalidos, iniciativa que, pelos resultados auspiciosos e imediatos, tem merecido justo destaque na imprensa nacional. [...] O juizado das pequenas causas, nascido neste Estado, fruto recente de nosso inconformismo ante a crise crônica do Judiciário, incapaz, porém, de nos reduzir à passividade, encontra analogia em reações análogas contra os anacronismos surgidos nos sistemas do *Common Law*. A Inglaterra soube, cedo, suprir as necessidades práticas da vida sem abandono da tradição conservadora. Manteve, sim, o aparato das Cortes medievais, mas, de outro lado, popularizou a Justiça de modo admirável, pela criação empírica e consuetudinária de meios mais racionais e expeditos de solução da controvérsia. Os dados da estatística revelam-se impressionantes. Apenas quatro a cinco por cento das ações propostas perante os Tribunais ingleses chegam à audiência de julgamento. A imensa maioria resolve-se perante o *master*, na fase preliminar, na audiência da *summons for directions*. Esta fase, impropriamente dita preliminar, tem por fim, na realidade, não tanto a delimitação do material de conhecimento e a preparação do debate perante o *Judge in Chambers*, senão principalmente a solução da lide sempre que possível. [...] A reação nos Estados Unidos também foi empírica, embora sem nenhuma ligação aparente com o fenômeno inglês. Em 1929, o Juiz Ira W. Jayne e seus vogais da 3ª Circunscrição Judicial de Michigan, em Detroit, começaram a celebrar conferências prévias com as partes ou seus advogados, mais como amigos do que como juizes. O objetivo era ajudá-los a encontrar modos de simplificar o processo e assim economizar tempo e despesas. A experiência redundou em absoluto sucesso. Pautas reduzidas, processos simplificados, inúmeros casos resolvidos nas *pre-trial conferences*. Litigantes e advogados se tornaram apreciadores entusiastas das vantagens do novo método e Juizes de outros Estados vieram a Detroit para certificarem-se de sua utilidade. ‘Hoje o *pre-trial* é empregado na generalidade dos Tribunais americanos. A sua prática dispensa ou pode dispensar assento legislativo, porque as Cortes americanas possuem um ‘poder inerente de prover-se de instrumentos adequados para o cumprimento de seus deveres’ (Brandeis, Ex parte Peterson, 253 U.S. 300, 1919). E parece razoável que nesse poder também se incluam os meios que possam simplificar o processo e reduzir-lhe o custo para o público (Harry Nims, ‘Pré-trial’, New York, 1950, p.4). O objetivo do *pre-trial* é a simplificação das questões e da prova, e, principalmente, a conciliação. Não pode o juiz julgar nessa audiência prévia qualquer matéria controvertida, mas o despacho homologatório da conciliação tem força de sentença. As estatísticas revelam que a maior parte das causas são conciliadas dessa forma. Faculta-se ao juiz no *pre-trial* completa liberdade de ação preparatória, o que dá ao método o máximo de flexibilidade, incentivada pela ausência ou pelo caráter elástico das normas regulamentares. Os norte-americanos solucionaram, assim, o problema da economia processual de um modo empírico. Por esse método, ultrapassaram na prática o resultado a que chegou a reação clássica da oralidade nos processos austríaco e alemão. Mas devemos também aos Estados Unidos a criação consuetudinária do juizado das pequenas causas, surgido em New York em 1934,

A inspiração dos juizados especiais de pequenas causas nos juizados de pequenas causas americanos é sustentada também por José Carlos Barbosa Moreira²⁶⁷, Athos Gusmão Carneiro²⁶⁸, Nagib Slaibi Filho²⁶⁹ e também pode ser facilmente comprovada por uma leitura do artigo da lavra de José Geraldo Piquet Carneiro²⁷⁰, consultor jurídico do Ministério da Desburocratização, pasta responsável pelo encaminhamento do projeto de lei para instituição dos juizados de pequenas causas.

2.8.1.3 A *small claims court* (corte de pequenas reclamações)

embora com manifestações anteriores e mais empíricas nos Estados de Kansas, Oregon, Ohio e Illinois. Segundo informa Piquet Carneiro, 'o crescente congestionamento dos Tribunais comuns fez com que o juizado das pequenas causas assumisse, gradativamente, papel fundamental no Sistema Jurídico norte-americano e, em particular, em New York. Nos últimos dez anos, graças à aplicação do conceito de pequenas causas e à completa reformulação de toda a metodologia de funcionamento do aparelho Judiciário do Estado, o juizado das pequenas causas continuou a crescer em importância. Com jurisdição sobre causas de valor até 1.000 dólares, esse Juizado é hoje descrito como a Corte do Homem Comum' ('juizado das pequenas causas', 1982, p.16). 'O fato de encontrar símile na experiência norte-americana, a instituição empírica recentemente criada em nosso Estado robustece a tese de que, nos setores do Direito Público, muito mais nos afinamos com o sistema do *Common Law*, do que com o romano-germânico da Europa Continental. O Direito se descobre nos fatos e nas necessidades da vida. E cabe ao juiz o contato pioneiro com a realidade. Depois, a partir desta criação vital, obrará o legislador, segundo a ordem natural do desvendar do Direito ao longo da história. Nada impede, pois, que a imaginação criadora tente modos empíricos de levar a Justiça ao homem comum. O principal é que algo se faça, e que não se paire na crítica estéril e abstrata. Pouco importa não possua nosso 'juizado das pequenas causas' caráter jurisdicional. O que vale é que, através dele, graças aos homens bons a ele dedicados, a paz e a harmonia, quem sabe o amor e a amizade, voltem ao convívio da gente simples. Praza a Deus que a lei anunciada não sufoque pelo formalismo e pela burocracia os belos frutos de tão nobre trabalho. De qualquer forma, os juizes e advogados deste Estado estão de parabéns pelo destemor com que, rompendo barreiras formais, plantaram semente fecunda em prol da Justiça no Brasil.' LACERDA, Galeano. O Juiz e a Justiça no Brasil. 2. ed. **Revista da AJURIS** – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul Publicações Eletrônicas, Porto Alegre, v. 1 a 74, 1998. CD-ROM. – Publicações Eletrônicas, 2. ed. Porto Alegre, v. 1 a 74, 1998. CD-ROM.

267 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Importação de Modelos Jurídicos. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.183.

268 CARNEIRO, Gusmão Athos. Política Judicial no Brasil, Estrutura do Poder Judiciário Brasileiro conforme a Constituição de 1988. 2. ed. **Revista da AJURIS** – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul Publicações Eletrônicas, Porto Alegre, v. 1 a 74, 1998. CD-ROM.

269 SLAIBI FILHO, Nagib. Juizados Especiais Cíveis: informalidade e equidade. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais** – Editora Plenum – Edição Ouro, Caxias do Sul, v. 1, [s.n.]. CD-ROM.

270 CARNEIRO, João Geraldo Piquet. A Justiça do Pobre. 2. ed. **Revista da AJURIS** – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul Publicações Eletrônicas, Porto Alegre, v. 1 a 74, 1998. CD-ROM.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, a legislação que regulamenta as cortes de pequenas reclamações é estadual, variando a competência pelo valor da causa e os procedimentos nos 50 (cinquenta) estados federados.

A maioria dos estados norte-americanos criou as *small claim courts* na década de 1920, mas na década de 80, decorridos mais de cinquenta anos, a maioria da população americana, embora conhecesse a sua existência, não sabia como usá-las. Atualmente, há evidências de que houve grande mudança da relação desse órgão com a Sociedade, pois vários veículos de comunicação divulgam as suas atividades, com o objetivo de esclarecer a população sobre o seu funcionamento.²⁷¹

A maior difusão dessas cortes, segundo Castro Jr., talvez tenha sido a mais importante inovação judicial da primeira metade do século XX, pela repercussão que causam na população por sua eficiência.²⁷² Para os americanos, “todo cidadão tem direito a um dia na

271 Com o desenvolvimento da indústria – aumento da população nas grandes cidades – e o crescimento da complexidade do conflito, o movimento de defesa dos consumidores a partir da década de 1960, provocou uma demanda por uma Justiça mais eficiente, rápida e barata, sendo incentivada uma maior difusão das *small claims courts*. A partir de então passou a ocorrer uma grande preocupação com o funcionamento dessas cortes. Em 1990, as cortes de pequenas causas dos Estados Unidos receberam cerca de 40% de todos os casos cíveis na esfera de jurisdição estadual especial e 27% do total de casos distribuídos na jurisdição genérica. CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, UNIGRANRIO, IBRADD, 2002. p.239.

272 “Desta forma, como as cortes estaduais administram e decidem os casos nos juizados especiais e nas cortes de tráfego, causam certo impacto na percepção que os cidadãos norte-americanos têm quanto à Justiça e eficiência do sistema judicial norte-americano, o que faz com que tenham atenção especial no que tange à sua eficácia, pois a confiança da Sociedade nos sistemas judicial e jurídico é o objetivo fundamental das cortes e do governo democrático em geral. Desta maneira, juízes, administradores das cortes, legisladores estaduais e lideranças comunitárias preocupam-se sobremaneira com a qualidade dos juizados especiais. Saliente-se que isto se dá não somente em função da quantidade de processos, mas em decorrência da sua importância para a atividade comercial e aos indivíduos, já que as grandes e pequenas empresas dependem destas cortes para que os devedores paguem suas dívidas e cumpram as suas obrigações, de forma eficiente e barata”. CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, UNIGRANRIO, IBRADD, 2002. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis:

corte e *the small claims court* existe para colaborar na garantia desse direito.”²⁷³

2.8.2 O status constitucional: uma tentativa de resgatar a credibilidade do Poder Judiciário

A regulamentação legal dos juzados aconteceu com o advento da Lei n. 7.244, de 07 de novembro de 1984, que dispôs “sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas”.

Não resta mais a menor dúvida sobre a validade e importância daquele movimento iniciado no Rio Grande do Sul, no ano de 1982, e que teve como premissa básica oferecer uma Justiça rápida, informal e eficiente e, principalmente, acessível àquelas pessoas com poucos recursos financeiros e impossibilitadas de contratar advogados e pagar custas judiciais.

Assim, em razão da necessidade de ampliar o acesso à Justiça, sem qualquer pretensão de resolver os problemas que atingiam e ainda atingem a imagem do Poder Judiciário, surgiu a experiência pioneira gaúcha, muito embora naquele tempo já se falasse em crise do Poder Judiciário e algum juristas já sustentassem que os juzados poderiam servir de instrumento de superação dessa crise.

Porém, já na década de 1990, o Judiciário encontra-se em crise em decorrência do aumento da demanda e após ganhar status

IBRADD, CESUSC, 2001. p.245.

273 Lawrence H. Cooke, *Chief judge*, “A Guide to Small Claims Court”, New York States Unified Court System, 1982, p. i, libretto de divulgação – citando Hon. Herbert B. Evans – *Chief Administrative Judge*. LAGRASTA NETO, Caetano. **Juizado Especial de Pequenas Causas no Direito Comparado**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p.35.

constitucional²⁷⁴, houve uma evolução e os juizados especiais cíveis e criminais são instituídos, primeiramente no âmbito da Justiça Estadual (Lei n. 9.099/95, que revogou a Lei n. 7.244/84²⁷⁵), e posteriormente também da Justiça Federal (Lei n. 10.259/2001). Estes são exemplos práticos da credibilidade e da importância que os juizados de pequenas causas ou de causas de menor complexidade alcançaram junto à Sociedade, resgatando parte da desgastada imagem do Poder Judiciário.²⁷⁶

A implementação dos juizados especiais foi lenta em alguns Estados e em outros ocorreu sem qualquer preocupação com a preparação dos magistrados e servidores que iriam atuar no novo sistema judicial ou

274 A Constituição Federal de 1988, no art. 98, I, abriu novos caminhos na seara da jurisdição, garantindo amplo acesso à Justiça quando tornou obrigatória a criação dos juizados especiais. Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 22, de 18 de março de 1999, dispôs sobre a criação dos juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

275 A Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, instituidora dos “juizados especiais cíveis e criminais”, está fundada nos arts. 24, X, e 98, I, da Constituição Federal de 1988. Visou, ao revogar a Lei n. 7.244/84, – esta referente exclusivamente ao “juizado de pequenas causas” (art. 97 da Lei n. 9.099/95), – a criação de um “órgão da justiça ordinária” destinado a apreciar não só as “causas de pequeno valor”, mas também as “causas de menor complexidade”, a fim de que, nessas ações, fosse viabilizada a rápida procura da verdade, propiciando decisões lógicas e com Equidade. Não se olvidou, destarte, é certo, seja dado também um tratamento conciliatório e justo aos litigantes. Veículo de maior acesso à Justiça (Direito do cidadão), procurou garantir o tratamento igualitário das partes e à liberdade do cidadão (presente na esfera criminal), de modo a possibilitar um processo rápido e menos oneroso tanto para os litigantes como para o Estado (art. 2º da Lei n. 9.099/95). NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. *A Competência dos Juizados Especiais Cíveis em face das Normas Constitucionais e Infraconstitucionais. Juizados Especiais Cíveis e Criminais* – Editora Plenum – Edição Ouro, Caxias do Sul, v. 1, [s.n.]. CD-ROM.

276 Os dados sobre os juizados especiais impressionam e, conforme enfatiza Cunha: “Estão em funcionamento 1.702 juizados em todo o país, sendo, em alguns casos, onde funcionam há mais tempo, as atividades dos juizados especiais é maior do que o de processos encontrado na Justiça comum. Este é o caso, por exemplo, do Estado do Amapá, onde desde 1996, o número de processos nos juizados especiais é maior do que o de processos entrados na Justiça comum. Contando com 30 juizados especiais cíveis e criminais, em 1996, deram entrada no juizado especial do Amapá 17.931 novos casos, enquanto que, na Justiça comum, esse número foi de 10.153 processos. Em 1997, os casos nos juizados especiais representaram mais que o dobro do número de novos processos na Justiça comum: nos juizados especiais deram entrada 24.631 novos processos, enquanto na Justiça comum foram 11.758. Em 1998, a diferença caiu um pouco, apesar de os juizados especiais ainda receberem mais processos – 19.307 nos juizados especiais e 17.836 novos processos na Justiça comum. Da mesma forma, em 1999: 24.387 nos juizados especiais e 21.268 novos processos na Justiça comum. No Rio Grande do Sul, onde estão em funcionamento o maior número de juizados especiais – 220 em todo o estado –, eles já fazem parte da organização do Poder Judiciário, contando com varas específicas e com juizes titulares. O Paraná aparece em segundo lugar quanto ao número de juizados especiais – 218 –, seguido do Rio de Janeiro, que possuiu 170 juizados cíveis e criminais em todo o Estado.” CUNHA, Luciana Gross Siqueira. *Juizado Especial: ampliação do acesso à Justiça?* In SADEK, Maria Tereza (org.). *Acesso à Justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p.44.

com a criação de um organismo central responsável pela organização, avaliação das atividades desenvolvidas e a difusão de estudos e experiências sobre os juizados especiais.²⁷⁷

Não obstante em alguns casos essa falta de preocupação institucional com os juizados especiais, fruto, talvez, de uma visão conservadora e elitista da função jurisdicional, que rejeitou no primeiro momento a “Justiça dos Pobres”, a experiência atendeu satisfatoriamente às expectativas iniciais.

Neste momento em que os juizados especiais estão próximos de completar uma década de funcionamento, é oportuno, sem dúvida, avaliar a experiência e corrigir os rumos.

Necessária maior preocupação das administrações dos tribunais²⁷⁸, propiciando um aparelhamento adequado das unidades dos juizados especiais já instalados e a instalação de novas unidades.

277 O legislador federal, ao criar os juizados especiais federais, para evitar esse problema, criou a figura do coordenador dos juizados, que, segundo, Figueira Júnior e Tourinho Neto, “muito contribuirá para a fixação de diretrizes, desenvolvimento de projetos, harmonização de atribuições e atividades funcionais, preparo permanente e atualização dos magistrados, serventários da Justiça etc. Assim, evita-se sobremaneira o problema constatado nos juizados estaduais, onde se verificou em alguns Estados da Federação a falta de indicação de coordenador ou a designação tardia para o desempenho desta importante missão, em detrimento do bom desempenho e funcionamento das unidades jurisdicionais especializadas ou mesmo daquelas que exerciam (ou ainda exercem) competência cumulativa). FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais**: comentários à lei 10.259, de 10.07.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.176.

278 Segundo Nalini “Os juizados especiais merecem toda a atenção dos tribunais. Constituem a porta pela qual o Judiciário poderá obter a salvação institucional, merecendo a indulgência do povo pela reiterada prática de uma Justiça burocratizada e insensível”. NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.103.

Não menos importante é o papel das Escolas da Magistratura, e no caso catarinense, também da Academia Judicial, órgãos que poderão ser responsáveis pela formação de uma nova cultura jurídica e de uma nova mentalidade dos operadores jurídicos que irão atuar no âmbito dos juizados especiais, como servidores, conciliadores, juízes leigos e juízes de Direito.

2.9 CARACTERÍSTICAS E PRINCÍPIOS INFORMADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Posteriormente à Carta Federal de 1988, as características mais marcantes dos juizados especiais cíveis são a obrigatoriedade da sua criação e a definição da sua competência por um critério misto: não mais exclusivamente o valor, mas também o grau de complexidade.²⁷⁹

Quanto aos princípios, o art. 2º da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que versa a respeito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, dispõe que o processo deve orientar-se “pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade”.

Ao mencionar “critérios”, o legislador refere-se aos princípios informadores dos juizados especiais, ou seja, princípios que devem orientar o trabalho intelectual do intérprete da lei.

Mas estes não são os únicos princípios, já que o art. 5º do

279 Merecem também destaque outras características importantes: a) a completa gratuidade no primeiro grau de jurisdição; b) a facultatividade da assistência por advogado nas causas de até 20 salários-mínimos; c) a informalidade e a oralidade, pelas quais a parte pode deduzir o seu pedido pessoal e verbalmente; d) a legitimação ativa exclusiva para as pessoas físicas (posteriormente ocorreu a ampliação para microempresas; e) a priorização da solução negociada do litígio através da conciliação; e f) a possibilidade de utilizar conciliadores e juízes leigos como auxiliares para a conciliação, a instrução e a decisão do processo.

referido Estatuto²⁸⁰ também adotou o princípio da ampla liberdade do juiz na produção e análise das provas.

A sentença, por sua vez, também é impregnada dos princípios simplificadores do procedimento especial. É que não há necessidade de relatório e, para cumprir o mandamento constitucional da obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões judiciais, basta um breve resumo dos fatos mais relevantes da audiência, a menção dos elementos de convicção do juiz e a referência, ainda, da essência das informações das testemunhas.²⁸¹

2.10 O PERFIL DO JUIZ DO JUIZADO ESPECIAL

O desenho traçado a partir da formação ideológica do operador jurídico brasileiro, perpassando a crise do Judiciário e o fenômeno da Globalização, segundo Abreu, está a apontar para o operador jurídico e, notadamente, para o magistrado brasileiro, novos enfoques e fundamentos no exercício da atividade profissional. Não se pode mais ignorar essa crise social e política por que passamos.²⁸²

280 “**Art. 5º** O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.” BRASIL. Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

281 “**Art. 36.** A prova oral não será reduzida a escrito, devendo a sentença referir, no essencial, os informes trazidos nos depoimentos. [...] **Art. 38.** A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório.” BRASIL. Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

282 ABREU, Pedro Manoel. Crise do Judiciário, Globalização e o Papel do Juiz Orgânico na Sociedade Brasileira. Disponível em: Home Page PJESC – Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina – <http://www.tj.sc.gov.br/cejur/doutrina/crisepoder.rtf>. Acesso em 29/08/2003.

Para Nalini, um novo modelo de juiz já esta sendo delineado pela vivência nos juzizados especiais. Menos formalista, menos burocrata, mais sensível, mais criativo. Exatamente conforme se prega no discurso e não se realiza na prática da formação do juiz brasileiro”.²⁸³

Essa mudança no modelo de juiz também é percebida na França, onde Carlin observa que está surgindo uma “magistratura cidadã”, comprometida com o seu tempo, com apoio em instituições políticas e sociais, surgindo posto de Justiça descentralizados, nos subúrbios desfavorecidos e todas as outras formas de conciliação da chamada Justiça de proximidade. Carlin sustenta ainda que “é neste contexto que o juiz de hoje encontra sua nova atmosfera de ação, buscando reconquistar, no interesse geral, superiores ideais da vida coletiva, sua identidade ética vinculada à responsabilidade, ante o convívio social.”²⁸⁴

O foco principal da maioria dos estudiosos que escrevem sobre o perfil do juiz que deverá atuar no juzizado especial tem sido sobre a atuação conciliatória desse profissional. Espera-se a atuação do “juiz negociador, o juiz conciliador, o juiz argumentador, o juiz humilde, que aceita uma participação maior dos envolvidos na infração e suas conseqüências e reparte com eles o seu poder.”^{285 286}

A postura conciliatória, sem dúvida, é um aspecto importante da atuação, pois contribui fortemente para a pacificação social, com a

283 NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.103-104.

284 CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia jurídica: ética e justiça**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996. p.90.

285 NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.104.

286 De acordo com Tourinho Neto e Figueira Júnior, “O juiz integrante do Juzizado não pode ter pressa, deve ter paciência para ouvir, calma, espírito conciliador, jamais perder o controle, fidalguia de caráter. Não deve jamais perder o controle, ser afetado, não chamar atenção para si mesmo, não querer ser a estrela da audiência”. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juzizados Especiais Federais Cíveis e Criminais: comentários à lei 10.259, de 10.07.2001**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.75.

rápida solução do litígio de forma negociada, com economia de tempo, dinheiro, e também com a obtenção da paz de espírito. No entanto, não é a única, já que não são todas as causas que são solucionadas pela autocomposição, passando o litígio então ao julgamento do juiz. Indispensável, portanto, a análise do art. 6 da Lei n. 9.099/95²⁸⁷, que, para parte da doutrina, teria autorizado ao magistrado julgar livremente por Eqüidade, o que será realizado no próximo capítulo, após algumas considerações sobre o instituto da Eqüidade.

Ao autorizar o julgamento por Eqüidade, o legislador teria rompido com o paradigma vigente no tocante à atuação do magistrado, o que também deve ser considerado, já que de nada adianta a disponibilização desse instrumento de realização da Justiça, se a mentalidade do juiz não for alterada e a formação jurídica permanecer a mesma.

O juiz do juizado especial não poderá ser um mero técnico que aplica leis, até porque mesmo que não o perceba, nem o queira, haverá sempre um componente ideológico em suas decisões. Atualmente, está superada a teoria de um conhecimento inteiramente neutro, teoria que não resistiu nem mesmo no campo das chamadas ciências exatas. Logo, deve-se repensar a forma de ingresso e o perfil do julgador.

O magistrado, e em especial o do juizado especial, deve compreender que interpretar é também integrar e que a aplicação do Direito tem – ou deve ter – caráter criativo, sendo preciso quebrar a tendência – introjetada em sua consciência em função da formação jurídica tradicional – de limitar a interpretação ao texto escrito da lei, dissociado do ordenamento

287 “Art. 6º O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.” BRASIL. Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

jurídico como um todo e dos anseios da Sociedade.

Deve o juiz atuante no juizado especial ser um profissional comprometido com a Justiça, que realmente acredita na Constituição como lei superior – mais eficaz do que as outras, que condiciona todo o Sistema Jurídico, que consagra princípios com força normativa – e se preocupa com a efetividade desses princípios, para que todos possam viver em paz.

Capítulo 3

A DECISÃO POR EQÜIDADE NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

3.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE DIREITO, JUSTIÇA E EQÜIDADE

As constatações da inspiração do juizado especial no tribunal de pequenas causas norte-americano; de um movimento de aproximação entre as famílias da *Civil Law* e da *Common Law* (fenômeno, fortemente influenciado pela Globalização, e que tem como consequência o crescimento naquele sistema do papel da jurisprudência e, frise-se, neste da lei, como fontes de Direito); do retorno contemporâneo à Eqüidade, em razão da constatação da crise da lei e do sistema de Justiça; do movimento contemporâneo pelo acesso à ordem jurídica justa; e a ampliação dos poderes do juiz foram importantes para compreender o contexto histórico em que está inserido o surgimento dos juzados especiais cíveis no sistema judicial brasileiro.

Ao abordarmos neste capítulo a Eqüidade, de início observa-se que há não uma definição unitária de Direito. Como sinônimo de Direito se

empregou, em cada momento histórico, a forma habitual de estabelecê-lo: foro, costume, lei.

O Direito pode ser entendido como o justo, como regra, como poder e como sanção. O Direito, sem dúvida, identifica-se com a Justiça. O Direito provém da Justiça e a criação do Direito não pode ter outro objetivo senão a realização da Justiça. A idéia de Justiça está presente no conceito de Direito. Logo, o legislador deve considerar um conceito de Justiça ao elaborar a lei e o julgador deve julgar segundo os princípios da Justiça ou da Eqüidade.

A definição de Justiça também não é única. Segundo Perelman, é ilusório enumerar todos os sentidos possíveis. O autor tenta, no entanto, dar alguns exemplos dos sentidos mais comuns:

- a) a cada qual a mesma coisa;
- b) a cada qual segundo seus méritos;
- c) a cada qual segundo suas obras;
- d) a cada qual segundo suas necessidades.;
- e) a cada qual segundo sua posição;
- f) a cada qual segundo o que a lei lhe atribuiu.²⁸⁸

Há, por outro lado, uma distinção entre o Direito concebido como ideal, noção ou princípio, de um lado, e o Direito considerado como regra precisa emanada (ou reconhecida) do poder político, ou seja, o Direito Positivo²⁸⁹, por outro.

288 PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.9. Título original: *Éthique et Droit*.

289 Para Diniz, Direito Positivo é o “conjunto de normas vigentes e estabelecidas pelo poder político que se impõe e regulam a vida social de um dado povo em determinada época.” DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. 4 v., p.173. v 2. Em contrapartida, Silveira explica que o Direito Positivo é aquele em vigor em determinado momento, provenha esse vigor da promulgação da lei, do costume ou da jurisprudência. Portanto, o Direito Positivo não se confunde com a lei, sendo esta apenas uma das fontes formais. SILVEIRA, Alipio. *Conceito e Funções da Eqüidade em face do Direito Positivo: especialmente no Direito Civil*. São Paulo: [s.n.], [1941]. p. 23.

De acordo com Silveira:

O Direito Positivo deve conformar-se com esse ideal, noção ou princípio do Direito, embora na prática se afaste dele muitas vezes, de forma mais ou menos intensa.

Esse ideal, noção ou princípio do Direito, pondo de lado divergências terminológicas, corresponde aos princípios da Justiça e da Eqüidade.²⁹⁰

Perelman, que define a Justiça formal como “princípio de ação segundo o qual os seres de uma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma” explica que existe uma noção assemelhada à de Justiça, a noção de Eqüidade.²⁹¹

A Eqüidade é ontologicamente independente do Direito Positivo, mas este deve conformar-se a ela.²⁹² No tocante às relações da Eqüidade com o Direito Positivo, duas correntes surgiram: uma objetiva e outra subjetiva. Para a primeira, clássica, consagrada por Cícero, a Eqüidade seria um conceito externo ao Direito Positivo, designando um conjunto de princípios a ele preexistentes, orientadores tanto da elaboração quanto da aplicação do Direito. Para essa corrente, a Eqüidade teria relações estreitas com o Direito Natural, a Justiça²⁹³ e a moral, sendo mais importante para o juiz do que para o legislador. A Eqüidade seria um conjunto de regras superior ao Direito Positivo e um arsenal de valores ao qual se refere o Sistema Jurídico.

Para a segunda corrente, de natureza subjetivista, a Eqüidade

290 SILVEIRA, Alipio. **Conceito e Funções da Eqüidade em face do Direito Positivo:** especialmente no Direito Civil. São Paulo: [s.n.], [1941]. p.19.

291 PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito.** Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.33. Título original: *Éthique et Droit*.

292 SILVEIRA, Alipio. **Conceito e Funções da Eqüidade em face do Direito Positivo:** especialmente no Direito Civil. São Paulo: [s.n.], [1941]. p.23.

293 Justiça consiste em “ideal político de liberdade e igualdade relacionado às reivindicações da Sociedade e a resposta entregue pela norma, correspondendo ao conhecimento científico sobre o fato e o que por ela é preconizado, sendo constituída de legitimidade ética”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p.108-109.

não seria exógena ao Direito Positivo, já que seria parte integrante deste, um princípio a ele inerente. Dessa forma, possibilitaria ao juiz humanizar a regra jurídica, levando em consideração as circunstâncias do caso e, por isso, funcionando de forma subsidiária, corretiva ou supletiva, mas sem criar uma nova regra.²⁹⁴

A Eqüidade pode ser considerada nas mãos do legislador ou do juiz. Nas mãos do primeiro é “critério ideal que o guia na elaboração do Direito Positivo”; já nas mãos do segundo “serve para atenuar, em certa medida, a insuficiência, rigidez, lacuna e obscuridade do Direito Positivo”. Silveira ressalva “em certa medida”, por considerar inconveniente o desprezo total da lei positiva, penhor de ordem e de segurança social.²⁹⁵

A Eqüidade, como critério exclusivo de solução, sempre sofreu forte resistência dos juristas pátrios, antigos e modernos, já que o arbítrio puro do julgador, ou seja, a arbitrariedade²⁹⁶, é algo inaceitável no Estado Democrático de Direito.

A análise do art. 6º da Lei n. 9.099/95, da posição de várias correntes doutrinárias e da jurisprudência a respeito desse dispositivo legal requer uma prévia introdução a respeito do instituto da Eqüidade, sua origem e evolução histórica, seus vários conceitos, sua classificação e funções.

294 AMARAL, Francisco. A Eqüidade no Código Civil Brasileiro. In ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). **Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.205.

295 SILVEIRA, Alípio. **Conceito e Funções da Eqüidade em face do Direito Positivo**: especialmente no Direito Civil. São Paulo: [s.n.], [1941]. p.19.

296 Luz afirma: “É preciso deixar bem claro que essa interpretação eqüitativa do órgão julgante lhe confere um Poder Discricionário e não uma Arbitrariedade. É uma permissão de apreciar, eqüitativamente, segundo a lógica do razoável, interesses e fatos não determinados a priori pelo legislador, estabelecendo uma norma individual para o caso concreto. Mas esse Poder não quer dizer, em absoluto, decisão *contra legem*. A Eqüidade não é, portanto, uma licença para o arbítrio desmesurado, mas uma atividade jurisdicional condicionada a valorações positivas do ordenamento jurídico, ou seja, relacionando com a prudência sempre os subsistemas normativos, fáticos e valorativos que compõem o Sistema Jurídico.” LUZ, Sérgio Roberto Baasch. **O Poder Judicial e a Produção da Norma Individual**. 1999. 130f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 1999. p.64.

3.2 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

3.2.1 CONCEITO

A Eqüidade é uma palavra tomada do latim *aequitas*, cognata de *aequo-a-um* e que significa plano ou liso. Na Roma clássica, *aequor* designava a uniformidade do campo ou do mar, com raiz proveniente do grego *aikos*, que significava semelhante, parecido ou similar. Já em sânscrito, a palavra *aikas* significava um e *aikatum*, unidade ou semelhança. Partindo de sua etimologia, a palavra Eqüidade revela a idéia básica de igualdade, e sua transposição para o Direito leva à conclusão de que Eqüidade significa outorgar igual proteção a interesses iguais ou semelhantes.²⁹⁷

A elaboração de um conceito de Eqüidade é difícil, considerando que tem sido diversamente conceituada por vários autores – numa gama que parte do próprio conceito de Direito à pura caridade, passando também pela moral e pela Justiça – e o mesmo autor às vezes admite mais de um conceito. O conceito, por outro lado, varia também de acordo com a tendência filosófica de cada autor.

Silveira resume as principais conceituações de Eqüidade da seguinte forma:

- a) idéia ou não do Direito; b) forma especial do Direito, em contraposição à forma literal (Giuseppe Miraglia); c) Direito ideal (P. Vander Eychen); d)

²⁹⁷ CUNHA, Maria Inês Moura Santos Alves da. **A Eqüidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos**. São Paulo: LTr, 2001. p.25.

Direito justo (Stammler); e) Direito Natural (Paulo, Aristóteles, Santo Tomás, Del Vecchio); f) Moral, princípio ético (Giuseppe Magiore, Groppali); g) Justiça absoluta (Teixeira de Freitas); h) Justiça Natural ou justo natural; i) Poder discricionário (que não se confunde com arbítrio puro e simples) (Vicenzo Micelli, P. Calamandrei); j) Standard jurídico, norma individualizadora, maleável e flexível ou flexível, norma de Eqüidade (Georges Rippert); Direito equitativo, normas de cultura (Max Ernst Mayer); norma mixta de Direito Positivo e Natural (Biaggio Bruggi); k) Justiça do caso singular, individual ou concreto (conceito empírico por excelência); l) Espírito da lei (Cicero, Dernburg, Contardo Ferrini); m) Propriedade ou qualidade lei de adaptar-se às circunstâncias variáveis de fato, segundo certos critérios (Giovanni Pacchioni e Eduardo Espínola); n) Caridade, piedade, benevolência, benignidade, humanidade; o) Princípios supremos da Justiça (F. Geny); p) O justo moral (A Giovanni); q) Natureza dos fatos (A. Asquini); r) Modo de sentir da consciência coletiva (Vicenzo Micelli, Clovis Bevilacqua, Francesco Carnelutti, Francesco d' Alessio, Cod. de Processo Civil Italiano, Código de Montenegro); s) Juízo do *bonus vir*, sensato e normal (Carlo Predella, Mario Rotondi, Fadda e Bensa, Código Civil de Montenegro).²⁹⁸

Para Ráo, a Eqüidade significa uma aplicação do princípio da igualdade às funções do legislador e do juiz, a fim de que, na elaboração das normas jurídicas e em suas adaptações aos casos concretos, todos os casos sejam tratados igualmente e com humanidade, ou benignidade, corrigindo-se, para esse fim, a rigidez das fórmulas gerais usadas pelas normas jurídicas, ou seus erros, ou omissões.²⁹⁹

Há certos casos, explica Reale, em que a aplicação rigorosa do Direito redundaria em ato profundamente injusto. Assim como o Direito não é apenas sistema lógico-formal, mas sobretudo a apreciação estimativa, ou

298 SILVEIRA, Alipio. **Conceito e Funções da Eqüidade em face do Direito Positivo:** especialmente no Direito Civil. São Paulo: [s.n.], [1941]. p.21-22.

299 RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos Direitos.** 5. ed. anot. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.134. p.95.

axiológica da conduta, diante de certos casos, mister é que a Justiça se ajuste à vida. Este ajustar-se à vida, como momento do dinamismo da Justiça, é que se chama Eqüidade, que “na essência é a Justiça bem aplicada”, ou seja, “prudentemente aplicada”³⁰⁰.

De acordo com Perelman, a Eqüidade é “a muleta da Justiça, é o complemento indispensável da Justiça formal, todas as vezes que a aplicação desta se torna impossível.” Prossegue o autor:

Consiste ela uma tendência a não tratar de forma por demais desigual os seres que fazem parte de uma mesma categoria essencial. A Eqüidade tende a diminuir a desigualdade quando o estabelecimento de uma igualdade perfeita, de uma Justiça formal, é tornado impossível pelo fato de se levar em conta, simultaneamente, duas ou várias características essenciais que chocam em certos casos de aplicação.

Contrariamente à Justiça formal, cujas exigências são bem precisas, a Eqüidade consiste apenas numa tendência oposta a todo formalismo, do qual ela deve ser complementar. Ela intervém quando dois formalismos entram em choque: para desempenhar seu papel de Eqüidade, ela própria só pode ser, pois, não-formal.³⁰¹

O conceito de Eqüidade, segundo Venosa, “não se afasta do conteúdo do próprio Direito; enquanto o Direito regula a Sociedade com normas gerais do justo e do eqüitativo, a Eqüidade procura adaptar essas normas a um caso concreto.”³⁰² A Eqüidade, continua o autor, é um labor de abrandamento da norma jurídica no caso concreto, já que são freqüentes as situações em que o juiz, ao aplicar uma lei ao caso concreto, percebe que esta se afasta da noção do que é justo.

300 REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 13. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001. p.125.

301 PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.36-37. Título original: *Éthique et Droit*.

302 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 7 v., p.51. v 1.

3.2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A busca de um conceito de Eqüidade revela um conceito fluido, que, ao longo do tempo, tem sofrido toda sorte de influências, alterando-se ao sabor das influências do momento histórico. A compreensão do significado da Eqüidade somente é possível à luz da evolução do Direito.³⁰³

A percepção da evolução histórica do conceito de Eqüidade teve início na Grécia e, em especial, com o filósofo grego Aristóteles, muito embora Platão também tenha abordado o tema.

3.2.2.1 Na Grécia

A Eqüidade surgiu na Grécia, com Platão, que já se preocupava com a necessidade de corrigir, por meio da *epieikeia*, as injustiças decorrentes da rigidez apresentada pela norma geral, especialmente o Direito escrito. Sendo assim, a *epieikeia* manifesta a idéia de adaptação, ajustando o Direito ao caso concreto.^{304 305}

303 Conforme já foi ressaltado, não é objetivo do presente trabalho elaborar um tratado sobre Eqüidade. Assim, a evolução histórica do conceito será tratada sem muito aprofundamento, apenas para revelar algumas circunstâncias históricas e culturais que permitiram a sua integração aos sistemas jurídicos dos tempos atuais e para se constatar a evolução do seu papel.

304 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por Eqüidade no Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003. p.19.

305 “Consiste, assim, em uma atuação do intérprete que procura aplicar a norma jurídica de modo, digamos, aperfeiçoado. O que leva a pressupor a existência de uma lei diversa da lei positiva, aplicando-se conceitos daquela sempre que insuficientes os desta”. AMARAL, Francisco. A Eqüidade no Código Civil Brasileiro. In ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). **Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.200.

Aristóteles, em *Ética* e *Nicômano*, sustentou:

“A Justiça e a Eqüidade são portanto a mesma coisa, embora a Eqüidade seja melhor. O que cria o problema é o fato de o eqüitativo ser justo, mas não justo segundo a lei, e sim um corretivo da justiça legal. A razão é que toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nestes casos, então, em que é necessário estabelecer regras gerais, mas não é possível fazê-lo completamente, a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora não ignore a possibilidade de falha decorrente desta circunstância. E nem por isto a lei é menos correta, pois a falha não é da lei nem do legislador, e sim da natureza do caso particular, pois a natureza da conduta é essencialmente irregular. Quando a lei estabelece uma regra geral, e aparece em sua aplicação um caso não previsto por essa regra, então é correto, onde o legislador é omissos e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo que o que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se houvesse o previsto o caso em questão. Por isto o eqüitativo é justo, e melhor que uma simples espécie de Justiça, embora não seja melhor que a Justiça irrestrita (mas é melhor que o erro oriundo da natureza irrestrita de seus ditames). Então o eqüitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissa devido à sua generalidade. De fato, a lei não prevê todas as situações porque é impossível estabelecer uma lei a propósito de alguma delas, de tal forma que às vezes se torna necessário recorrer a um decreto. Com efeito, quando uma situação é indefinida a regra também tem de ser indefinida, como acontece com a régua de chumbo usada pelos construtores em Lesbos; a régua se adapta à forma da pedra e não é rígida, e o decreto se adapta aos fatos de maneira idêntica.”³⁰⁶

Segundo Carvalho Filho, para o filósofo grego a Eqüidade é uma espécie de Justiça superior à legal ou normativa.³⁰⁷

306 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômanos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília. 2001. p. 109-110. Título original: *Ethikon Nikomacheion*.

307 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por Eqüidade no Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003. p.19-20.

A Eqüidade de Aristóteles, portanto, parte de uma separação entre o justo legal e o justo por natureza, desenvolvendo seu conceito de Eqüidade como melhor que a Justiça legal por ser o justo por natureza, que corrige a Justiça legal aperfeiçoando-a.

De acordo com Silveira:

Os que pugnam por uma admissão ampla da Eqüidade judiciária [...] afirmam ser Aristóteles o pai ou avô das teorias do Direito livre. Eles se baseiam em textos genuínos nos quais o Stagirita contrapõe o justo legal ao justo natural, dando preferência a este último.

Mas salta aos olhos a enorme diferença entre as idéias de Aristóteles (nas quais a Eqüidade é a correção do rigor da lei em casos excepcionais) e certas correntes modernas do Direito livre, que propõem abolir a própria lei e representam o niilismo legislativo, que estava tão longe do pensamento do sábio grego.³⁰⁸

A Eqüidade aristotélica é concebida como corretiva ou retificadora da lei escrita, ou como a Justiça do caso concreto. Nota-se, portanto, no pensamento de Aristóteles, uma preocupação com a dificuldade que oferece a aplicação de leis abstratas a casos concretos, já que toda lei é universal, mas sobre algumas coisas não é possível afirmação universal que seja exata.³⁰⁹

Aristóteles indica a Eqüidade como meio corretivo da rigidez da Justiça, já que a justa aplicação da lei exigiria uma certa adaptação. Daí então a imagem da régua de Lesbos. Funcionaria como aquela régua flexível, podendo inclusive criar normas nas hipóteses em que o legislador falhou ou foi omissivo, em face da excessiva generalidade da lei.³¹⁰

308 SILVEIRA, Alipio. **Conceito e Funções da Eqüidade em face do Direito Positivo:** especialmente no Direito Civil. São Paulo: [s.n.], [1941]. p.34.

309 SILVEIRA, Alipio. **Conceito e Funções da Eqüidade em face do Direito Positivo:** especialmente no Direito Civil. São Paulo: [s.n.], [1941]. p.34.

310 CUNHA, Maria Inês Moura Santos Alves da. **A Eqüidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos.** São Paulo: LTr, 2001. p.28.

Aristóteles não coloca a Eqüidade em confronto com a lei, mas sim busca uma combinação harmoniosa entre ambas, o que resultaria em uma Justiça menos imperfeita.³¹¹

3.2.2.2 No Direito romano

O mundo grego é o ponto de partida para a reflexão filosófica sobre a Eqüidade, mas, segundo Amaral, o “corpo central da construção jurídica é o Direito romano, nas suas sucessivas fases”. No campo jurídico, a *aequitas*³¹² romana precede a *epieikeia* grega.³¹³

A *aequitas* ou o *aequum et bonum*, no império romano, estava ligado ao Direito Natural e correspondia à Justiça. Os romanos distinguem a *aequitas naturalis* da *aequitas civilis*, já que a primeira era a Justiça absoluta ou ideal, que o Direito tinha por objetivo precípua atingir; por outro lado, a segunda, como elemento integrante da primeira, era a aplicada pelos pretores (*aequitas praetoris*). A *aequitas* era uma espécie de Justiça natural informadora do *ius praetorium*. Portanto, cabia a este ajudar, suprir ou corrigir o *ius civile*.³¹⁴

311 Esta é a concepção adotada por SILVEIRA, Alipio. **Conceito e Funções da Eqüidade em face do Direito Positivo**: especialmente no Direito Civil. São Paulo: [s.n.], [1941]. p.33.

312 De acordo com Amaral, “*Aequitas* significa basicamente igualdade, proporção, simetria. Embora não fosse sinônimo, tinha um sentido próximo, paralelo ao da *epieikeia* grega, ambas as palavras utilizadas com sentido de uma solução que contorna a rigidez da norma geral e abstrata. A *epieikeia* era, precisamente, uma manifestação da Justiça, antes, um melhoramento, dessa, pois servia para mitigar os excessos decorrentes de seu absolutismo. A sua essência estava na adaptação da lei geral ao caso concreto, no substituir-se ao legislador interpretando-lhe a vontade e a orientação. Enquanto a *epieikeia* grega, aristotélica, criava a norma como princípio ético que se identificava com a Justiça, a *aequitas* romana não criava a norma, apenas adaptava o *ius* aos fatos concretos. Não era superior ao *ius*, estava nele.” AMARAL, Francisco. A Eqüidade no Código Civil Brasileiro. In ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). **Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.202.

313 AMARAL, Francisco. A Eqüidade no Código Civil Brasileiro. In ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). **Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.201.

314 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por Eqüidade no Novo Código**

Para Ráo “*a aequitas naturalis*, segundo essa concepção, inspira o Direito e em Direito tende a transformar-se; a *aequitas civilis*, incorporada ao Direito Positivo, da natureza deste participa”.³¹⁵

De acordo com Alves da Cunha, a *aequitas* se relacionava com o *ius gentium* e assim na época clássica auxiliou, como valoração do justo, na criação de normas jurídicas pelos pretores, jurisconsultos e imperadores. No *ius respondendi* dos jurisconsultos e no trabalho dos pretores, por meio dos editos, podia-se completar, desenvolver ou modificar a lei.³¹⁶

O pretor romano, que teve muitos poderes, também não poderia ir abertamente contra a lei positiva, negando-lhe aplicação. Apenas extraordinariamente eliminava a eficácia do texto legal, sempre que este se lhe afigurasse iníquo, usando de artifícios relacionados com as particularidades do caso concreto. Justificava-os com os ditames da *aequitas*, fundando-se em razões de utilidade pública. Ele, às vezes, mostrava a inaplicabilidade de uma disposição rigorosa ao caso concreto e também chegava até a criar para o caso, uma instituição especial de Direito.³¹⁷

Uma forma de restringir os poderes discricionários do pretor foi obrigá-lo a respeitar o próprio edito, o que ocorreu a partir da Lei Cornélia.

No Império Romano, com a Codificação Justiniana, a Eqüidade ocupa lugar de grande relevo, exigindo-se que o juiz tenha sempre presente a Eqüidade como guia. Não poderia, no entanto, o juiz julgar contra clara disposição de lei, devendo, em tal caso, recorrer ao Imperador,

Civil. São Paulo: Atlas, 2003. p.21.

315 RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5. ed., anot. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.88.

316 CUNHA, Maria Inês Moura Santos Alves da. **A Eqüidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos**. São Paulo: LTr, 2001. p.28.

317 SILVEIRA, Alipio. **Conceito e Funções da Eqüidade em face do Direito Positivo: especialmente no Direito Civil**. São Paulo: [s.n.], [1941]. p.170.

a fim de obter a solução de Eqüidade. Como o juiz sequer podia interpretar as leis, uma vez que fora proibido por Justiniano, é natural que não pudessem decidir contra as leis.³¹⁸

A Eqüidade, então, foi prestigiada pela Codificação, mas, em razão da concentração de poderes, somente o Imperador poderia aplicá-la, ou seja, os julgadores tiveram seus poderes restringidos naquele período.

Cunha explica que havia uma distinção na língua romana entre o (*ius*) Direito e o (*iustum*) justo. O justo é o fim perseguido, o Direito é o que nós conseguimos descobrindo e formulando positivamente. A respeito dos autores romanos, Cunha esclarece:

A forma de Justiça dos romanos parecia hesitar entre aquilo que Aristóteles denominava de Justiça geral e Justiça particular.

Na definição de Celso, antes de fixar que o Direito é a arte do équo (igualdade proporcional), vemos que ela se inicia por destiná-lo a serviço do bem (*jus est ars boni et aequi*), o que parece indicar que os juristas romanos optaram, dentro do Direito Civil, pela segunda espécie de Justiça: a particular.

Ulpiano refere que a Justiça é uma vontade constante e perpétua de atribuir a cada um o seu Direito. *Jus suum cuique tribuere*. Essa afirmação espelha uma Justiça geral, virtude social que conduz a que cada um seja colocado em seu lugar, que tenha uma função própria dentro do todo. Para o jurista, isto é atribuir a cada um o seu Direito, o que seria uma função definitiva da arte jurídica.

Diz ainda Ulpiano que a jurisprudência é a ciência do justo e do injusto (*justi atque injusti scientia*), ou do équo (*just east ars boni eta aequi*), e segundo Félix Senn, citado por Michel Villey, devemos nos fixar na última expressão (équo), porque especifica o Direito.³¹⁹

Por outro lado, com a influência cristã ocorreram manifestações

318 SILVEIRA, Alipio. **Conceito e Funções da Eqüidade em face do Direito Positivo:** especialmente no Direito Civil. São Paulo: [s.n.], [1941]. p.170.

319 CUNHA, Maria Inês Moura Santos Alves da. **A Eqüidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos.** São Paulo: LTr, 2001. p.29.

entendendo a Eqüidade como *benignitas, pietas ou humanitas*.³²⁰ Se do ponto de vista religioso são admiráveis esses significados de Eqüidade, no campo jurídico esses valores causaram certa indefinição conceitual e terminológica, causando dificuldade para sua utilização no Direito.

3.2.2.3 No Direito medieval

No Direito medieval, prevaleceu o conceito aristotélico-tomista do Direito Natural e da Eqüidade, já que São Tomás de Aquino tem da Eqüidade, no fundo, uma concepção idêntica à de Aristóteles, tendo desta forma retomado, desenvolvido e renovado a doutrina de Aristóteles, em especial nos comentários à *Ética a Nicômano* e na *Suma Teológica*. Santo Tomás situou a *epieikeia* num contexto católico³²¹. Ligou a Eqüidade à noção de Justiça e à utilidade comum, aos princípios da razão e a exigências da vida social. Logo, considerou a Eqüidade do ponto de vista racional e do ponto de vista social (realidade social subjacente).³²²

De acordo com Alves da Cunha:

Partindo do fato de que os atos humanos são variáveis e contingentes, São Tomás assinala não ser possível à lei prever todas as situações. Daí, o legislador legisla levando em conta o que comumente se dá, aduzindo que ‘toda a lei se ordena ao bem comum dos homens’. Todavia, assinala que muitas vezes ocorre de uma lei, quase sempre útil a ser observada para o bem comum, se mostrar nociva

320 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por Eqüidade no Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003. p.22.

321 Na concepção cristã de Eqüidade há influência aristotélica e tomista (aderência do juízo à situação concreta e individual), romanítica (superação do *ius strictum* e apelo a uma Justiça superior nos casos concretos) e patrística (a Justiça suavizada pela misericórdia: *aequitas est iustitia dulcore misericordiae temperata*). CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por Eqüidade no Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003. p.23.

322 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por Eqüidade no Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003. p.26.

por exceção, em algum caso particular. Neste caso a letra da lei não deverá ser observada, mas a intenção do legislador para que a utilidade comum, pretendida pelo legislador, se conserve.³²³

A *epieikeia*, segundo São Tomás de Aquino, é uma virtude, parte subjetiva da Justiça, que leva à correção da lei no caso concreto. Assim, tanto para Aristóteles quanto para Santo Tomás, a Eqüidade guarda íntima relação com a prudência, ou seja, é a prudência que guia a Eqüidade, que conjugada com o equilíbrio das regras gerais e exigências do caso, permite uma atuação situada num justo meio-termo, entre a inconsideração do laxismo e o rigorismo literalista.³²⁴

3.2.2.4 No Direito moderno

Com a racionalização do Direito e a forte influência do positivismo legalista no Direito moderno, cujo efeito mais flagrante é o processo de codificação, a Eqüidade sofre uma profunda crise, já que há uma tendência para reduzir o Direito à lei como vontade do Estado e para sobrevalorizar a Segurança Jurídica.

A Eqüidade, então, aparece apenas como preenchimento de lacunas da lei, autorizando o juiz a apenas interpretá-la de forma ampla e eqüitativa, mas de forma alguma corrigi-la.

Com isto, inicia-se uma discussão doutrinária que é sintetizada por Silveira da seguinte forma:

De um lado, temos a questão nevrálgica da correção da lei, que está presa às variadas correntes da

323 CUNHA, Maria Inês Moura Santos Alves da. **A Eqüidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos**. São Paulo: LTr, 2001. p.31.

324 Conforme CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por Eqüidade no Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

metodologia jurídica, correntes essas que se extremam, de um lado, no Direito livre; e de outro, no fetichismo legislativo.

Atualmente, o moderno pensamento jurídico equilibra-se entre estes dois extremos. Por conseguinte, ele repele a correção propriamente dita da lei, mas admite a interpretação ampla e eqüitativa, assim como a integração pelos princípios gerais do Direito e pela Eqüidade; ainda são de notar as normas elástica ou de Eqüidade, que concedem um certo poder discricionário ao aplicador.

De outro lado, temos a situação referida por De Page, Perreau, Cruet, entre outros, e que servem de argumento aos doutrinadores do Direito livre, no sentido de que o juízes podem realizar livremente a Eqüidade, a despeito dos textos formais.³²⁵

3.2.2.5 No Direito contemporâneo

O Direito contemporâneo é marcado por um retorno à Eqüidade, conforme afirmado no capítulo 1, influenciado pelo pensamento nuclear de Aristóteles, ligado à imperfeição da lei positiva.

A idéia de existência de lacunas nos sistemas e as alterações sociais, que tornam uma lei primitivamente boa em injusta, também é levada em consideração pelos autores contemporâneos. A discussão está centrada na eleição de fórmulas para evitar o arbítrio do juiz na solução justa do caso concreto.

A Eqüidade é adotada em vários ordenamentos jurídicos do mundo todo, ora restringindo-se, ora ampliando-se as suas funções.

325 SILVEIRA, Alípio. **Conceito e Funções da Eqüidade em face do Direito Positivo:** especialmente no Direito Civil. São Paulo: [s.n.], [1941].p.41.

O art. 4º do Código Civil suíço dispõe que “O juiz aplica as regras de Direito e de Eqüidade quando a lei lhe reserva seu poder de apreciação ou o encarrega de decidir levando em conta as circunstâncias ou os justos motivos.”³²⁶

Consta do Código Civil português, art. 4º, que os “tribunais podem resolver segundo a Eqüidade”, desde que haja disposição legal que os autorize, quando as partes, tratando-se de relação jurídica disponível, estejam de acordo em que eles assim decidam, e ainda quando elas tenham previamente convencionado o recurso à Eqüidade, nos termos aplicáveis à cláusula compromissória. No Código Civil português, a Eqüidade é disciplinada no capítulo destinado às fontes do Direito.³²⁷

Já no Código Civil espanhol, a Eqüidade é tratada no capítulo da aplicação das normas. Consta do art. 3º, n. 2, que “A Eqüidade deverá ater-se à aplicação das normas, já as decisões dos tribunais somente poderão fundamentar-se de maneira exclusiva nela quando a lei expressamente o permita.”³²⁸

No Código de Processo Civil Italiano há previsão de casos em que o juiz pode julgar por Eqüidade (art. 113³²⁹) e também casos em que as partes podem autorizar o juiz a julgar por Eqüidade direitos disponíveis (art. 114)³³⁰.

326 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por Eqüidade no Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003. p.31.

327 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por Eqüidade no Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003. p.31.

328 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por Eqüidade no Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003. p.31.

329 “Art. 113. Ao se pronunciar sobre a causa, o juiz deve seguir as normas do Direito, a menos que a lei lhe atribua o poder de decidir por Eqüidade. O conciliador decide por Eqüidade as causas cujo valor não exceda duas mil libras.” *In* CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por Eqüidade no Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003. p.33.

330 “Art. 114. O juiz, seja em primeiro grau ou em apelação, decide o mérito da causa por Eqüidade, quando este se refere a direitos disponíveis pelas partes e estas unanimemente lhe façam o pedido.” *In* CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por Eqüidade no Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003. p.33.

A doutrina contemporânea sobre a Eqüidade está marcada por uma busca de um equilíbrio entre formalismo e pragmatismo, entre legislador e juiz. Dito de outra forma, o estático do prescrito na lei é adaptado pelo dinamismo da solução do caso concreto.

3.3 CLASSIFICAÇÃO E FUNÇÕES DA EQÜIDADE

3.3.1 Classificações

3.3.1.1 *Eqüidade lato sensu e Eqüidade stricto sensu*

Para Silveira, a Eqüidade apresenta duas acepções principais: *latu sensu* e *stricto sensu*. Aquela constitui o princípio supremo que serve à elaboração do Direito Positivo, quer se trate de elaboração legislativa, quer consuetudinária, quer jurisprudencial. Já esta, é esse mesmo princípio, enquanto serve à adaptação ou aplicação da norma ao caso concreto, ou da integração do caso omissis. Essa adaptação é necessária em qualquer norma, implicando uma certa dose de poder discricionário. Mas não deixa de haver diferença entre as normas rígidas e as normas elásticas. Nas primeiras, o poder discricionário é menor, e nas segundas é maior. No primeiro caso, a Eqüidade *latu sensu* confunde-se com os primeiros princípios do Direito Natural, com os princípios supremos do Direito, da Justiça e da moral. A Eqüidade assim entendida é o fundamento do Direito Positivo, ao qual devem conformar-se o legislador, a “consciência popular” na elaboração do costume” e o juiz na aplicação das normas.³³¹

Já a Equidade *stricto sensu* significa a atuação desse mesmo Direito Natural e princípios de Direito e Justiça ao se tratar da aplicação das normas do Direito Positivo, ou seja, a Justiça do caso concreto. Conforme Silveira, nessa hipótese, a Equidade pode atuar de várias formas:

a) na escolha da norma aplicável; b) na interpretação da norma; c) na integração da norma ou preenchimento das lacunas; d) na flexibilização ou adaptação da norma ao caso concreto; e) na individualização judiciária da norma flexível ou maleável; f) na correção da norma que as circunstâncias especiais do caso tornam injusta; é curioso observar que esta última função é considerada como a mais típica da Equidade, por alguns, e combatida com mais veemência, por outros.³³²

A acepção *stricto sensu* de Equidade é adotada por Melo, ao conceituá-la como “adequação da norma geral e abstrata à realidade fática, constituindo-se em fundamento de equilíbrio, proporção, correção e moderação na construção da norma concreta.”³³³

3.3.1.2 *Equidade civil, natural e cerebrina*

Segundo Limongi França, a Equidade civil baseia-se exclusivamente em determinação contida na lei. Já a Equidade natural, o próprio nome deixa claro, funda-se no Direito natural que tem o juiz de

especialmente no Direito Civil. São Paulo: [s.n.], [1941]. p.27.

332 SILVEIRA, Alipio. **Conceito e Funções da Equidade em face do Direito Positivo:** especialmente no Direito Civil. São Paulo: [s.n.], [1941]. p.28.

333 MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica.** Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000. p. 37. Acrescenta, ainda, Melo que o Positivismo Jurídico, comprometido com o *Jus Strictum*, (Direito direcionado exclusivamente para obtenção da Segurança Jurídica, mesmo em detrimento da realização da Justiça) ao reduzir o papel do julgador ao de simples intérprete ou aplicador da norma vigente, deixa pouca margem para a aplicação da Equidade nas decisões dos feitos.

distribuir Justiça de forma equânime. Por último, a Eqüidade cerebrina, também chamada de falsa Eqüidade, é a sentimentalista, anticientífica, e, sob certos aspectos, tirânica. Nela inclui-se ainda a Eqüidade confessional, ou seja, aquela cujas decisões estão jungidas aos preconceitos de um credo. As duas primeiras são indispensáveis à realização prática da Justiça. Porém, a última deve ser banida de uma visão autêntica da missão de julgar, pois o juiz não pode ater-se às suas concessões pessoais.³³⁴

3.3.1.3 Eqüidade legal e judicial

A Eqüidade é dita como legal quando a lei foge às generalizações e especifica, ou seja, traz alternativas, esmiúça a possibilidade de soluções diversas, em face de uma provável casuística. Por outro lado, é judicial quando permite ao magistrado individualizar, ao conhecer de um caso concreto. Nessa hipótese, o legislador incumbe ao juiz, expressa ou implicitamente, a adoção da Eqüidade no caso concreto.

O pressuposto de ambas, segundo Carvalho Filho, é a “flexibilidade da lei, pois a lei inflexível e a Eqüidade são conceitos que se repelem.”³³⁵

3.3.2 Funções

3.3.2.1 Na elaboração da norma: informadora ou inspiradora

334 FRANÇA, Rubens Limongi. Aplicação do Direito Positivo. *In Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 7. p.198-206, 7 v.

335 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por Eqüidade no Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003. p.36.

Na elaboração da norma, a Eqüidade exerce influência como informadora ou inspiradora do legislador. A Eqüidade também pode estar presente como elemento ativo de certas normas, ou seja, quando normas elásticas, flexíveis concedem certo grau de discricionariedade ao julgador. Logo, em face da norma elástica e exercendo a função criadora, o juiz forma uma verdadeira subnorma para aplicar ao caso concreto.³³⁶

3.3.2.2 Na atividade judiciária

3.3.2.2.1 Escolha da norma

A determinação da norma aplicável exige uma livre apreciação do juiz dentre as numerosas normas existentes no sistema legal. Caso nenhuma delas seja aplicável, o magistrado deve chegar à determinação de uma norma para a causa em questão (a qual pode ou não ficar como uma norma para os casos subseqüentes). Essa escolha deve seguir os ditames da Eqüidade, isto é, deve estar de acordo com as idéias da Justiça e da utilidade social.^{337 338}

3.3.2.2.2 Interpretação da lei

336 SILVEIRA, Alipio. **Conceito e Funções da Eqüidade em face do Direito Positivo:** especialmente no Direito Civil. São Paulo: [s.n.], [1941]. p.57.

337 SILVEIRA, Alipio. **Conceito e Funções da Eqüidade em face do Direito Positivo:** especialmente no Direito Civil. São Paulo: [s.n.], [1941].p.59.

338 A respeito das categorias *Justiça* e *utilidade social* ver LUZ, Sérgio Roberto Baasch. **O Poder Judicial e a Produção da Norma Individual.** 1999. 130f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 1999.

A função da Eqüidade, na interpretação da lei, está no predomínio do espírito ou intenção do legislador sobre a letra da lei e também significa a preferência, entre as várias interpretações aceitáveis de um texto, por aquela mais benigna e humana.³³⁹

3.3.2.2.3 Na integração da lei

Duas correntes formaram-se em relação à existência de lacunas no Direito. Para uma corrente, todos os Sistemas Jurídicos apresentam lacunas. A outra corrente defende que não há vazios, uma vez que se existem lacunas na lei, no Direito não podem existir. Há mecanismos para integração da norma, suprimindo-se as lacunas da lei. Na integração da lei, a Eqüidade tem a função de suplementá-la, preenchendo lacunas.

A doutrina diverge sobre o papel da Eqüidade para suprir lacunas. Para uma parte da doutrina³⁴⁰, os mecanismos que estão à disposição do juiz são apenas a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito. A Eqüidade, para essa corrente, seria apenas um meio auxiliar da aplicação da lei.

Ocorre que a Eqüidade é por muitos identificada, quer com os princípios do Direito natural, quer com os princípios gerais do Direito. De acordo com Silveira, basta identificar a Eqüidade com os princípios gerais do Direito natural para que ela possa assumir função supletiva das lacunas do Direito vigente, função que, por muitos, é reputada como criadora.³⁴¹

339 SILVEIRA, Alipio. **Conceito e Funções da Eqüidade em face do Direito Positivo:** especialmente no Direito Civil. São Paulo: [s.n.], [1941]. p.61.

340 Nesse sentido, ver GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** parte geral. 2003. 2 v., p.54. v 1.

341 SILVEIRA, Alipio. **Conceito e Funções da Eqüidade em face do Direito Positivo:** especialmente no Direito Civil. São Paulo: [s.n.], [1941]. p.61.

3.3.2.2.4 Na correção da lei: a controvérsia sobre Eqüidade e o julgamento contra a *legem*

A Eqüidade também pode servir como forma de correção da lei. Novamente as opiniões se dividem sobre a possibilidade de um julgamento por Eqüidade contra a lei.

Para Ráo, não é lícito, em princípio, julgar *contra legem*, mas adverte que existem casos, raríssimos, nos quais pode o juiz encontrar-se diante de uma lei obsoleta, ou manifestamente iníqua, não mais correspondendo às condições sociais do momento e cuja aplicação rígida e formal possa causar dano à ordem pública, ou social. Em tais situações, segundo o autor, a solução está em considerar a lei inadapável ao caso concreto, por dissonância com os elementos de fatos e socorrer-se, para a solução do conflito, das demais fontes do Direito.³⁴²

De acordo com a lição de Maximiliano, a Eqüidade pode ser invocada para atenuar o rigor de um texto e interpretá-lo de forma compatível com o progresso e a solidariedade humana, mas jamais será possível agir, ou decidir, contra prescrição clara e prevista.³⁴³

As regras do Direito e os precedentes, segundo Perelman, são indispensáveis para permitir a constituição de uma ordem jurídica estável, mas são insuficientes para fazer reinar a Justiça. O juiz não está a serviço da lei, está a serviço da Justiça, prossegue o autor, razão pela qual deve servir-se da lei para motivar suas decisões, mas estas devem ser acima de tudo eqüitativas.³⁴⁴

342 RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5. ed., anot. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.95.

343 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.143.

344 PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São

Mesmo os que defendem a possibilidade de a Eqüidade funcionar como fundamento de correção da lei inadequada ao caso concreto, ressaltam que ao julgador é conferido um poder discricionário, não uma arbitrariedade. Conforme Carvalho Filho, “a autorização é para apreciar, eqüitativamente, segundo a lógica do razoável³⁴⁵, interesses de fato não determinados a priori pelo legislador, estabelecendo uma norma individual para o caso concreto singular ou omissa.”³⁴⁶

3.3.2.2.5 A Eqüidade complementar

A Eqüidade pode acompanhar a aplicação da norma ou, pelo contrário, prescindir dela. A Eqüidade pode ser adotada como critério exclusivo de decisão, ou seja, é chamada a resolver um caso independente de qualquer critério normativo, o que a tradição do Direito brasileiro rejeita, mas admitindo-a em hipóteses excepcionais (art. 127 do CPC). A Eqüidade pode ser adotada na lacuna da lei, na correção da lei e na substituição da lei. Mas também há uma outra linha de atuação possível, já que a Eqüidade pode ser aplicada não *praeter legem* ou *contra legem* (ou de todo modo em lugar dela), mas como complemento de uma precisa regra.³⁴⁷

Com o exemplo do Código Civil português, que estabelece que

Paulo: Martins Fontes, 1996. p.73. Título original: Éthique et Droit.

345 Construída por Luís Recansés Siches, a lógica do razoável é uma escola hermenêutica que interage com todos os métodos de interpretação (gramatical, histórico-evolutivo, teleológico) a partir da aceitação do papel criativo do reservado ao jurista na interpretação da lei. A criação interpretativa não é, no entanto, um “passe livre conferido à imaginação do intérprete”. Conforme destaca Bueno, pois tanto “a Lógica do Razoável quanto os demais conceitos de Direito direcionados à atuação do intérprete não aleatórios, mas situados no próprio Direito como ciência valorativa que é.” No Direito brasileiro, a abertura para a adoção dessa escola está no art. 5 da Lei de Introdução ao Código Civil. BUENO, Sérgio. **A Interpretação Jurídica pela Lógica do Razoável**. 2000. 245f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000, p.94.

346 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por Eqüidade no Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003. p.115.

347 ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p.240.

“quando não for possível formar a maioria legal para a administração da coisa comum, qualquer dos condôminos pode recorrer a juízo, decidindo-se segundo a Eqüidade” (art. 1.407/2), Ascensão explica que, então, é efetivamente a Eqüidade que está em causa, pois para ela apelou o legislador como único critério. O intérprete poderá recorrer livremente a todas as circunstâncias que forem relevantes à luz da Justiça, como é próprio da solução eqüitativa.³⁴⁸

O autor indaga se haverá, em toda aplicação, uma intervenção complementar da Eqüidade ou se a adaptação da regra generalizadora às circunstâncias do concreto não será justamente a Eqüidade. A resposta, segundo Ascensão, é negativa. Não se pode confundir Eqüidade com individualização. A Eqüidade é o método de individualização mais radical, no entanto, está longe de ser o único admissível na ordem jurídica.³⁴⁹

A atividade complementar também aparece no complemento de cláusulas gerais que, em razão da orientação ampla e vaga da lei, obrigam o intérprete a uma acrescida intervenção na solução do caso concreto, e também na medida da consequência jurídica, ou seja, quando o efeito jurídico exige uma quantificação, tal como acontece na definição do *quantum* de uma pena ou de uma indenização.

3.4 A EQÜIDADE COMO FONTE DE DIREITO

As fontes de Direito dividem-se em materiais e formais. Aquelas correspondem aos elementos econômicos e sociais, culturais, históricos e morais que influenciaram o surgimento do Direito, enquanto

348 ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**: introdução e teoria geral. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p.241.

349 ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**: introdução e teoria geral. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 241-242.

estas correspondem à lei, aos costumes e aos princípios gerais do Direito, segundo apontam os doutrinadores, em sua ampla maioria.

Contudo, não há consenso, entre os que se dispõem a estudar a questão das fontes do Direito, sobre o papel da jurisprudência, da doutrina e da Equidade, se meras colaboradoras da função de elaboração do Direito, ou se realmente poderiam ser consideradas fontes formais.

Coelho explica que para alguns tecnólogos as três poderiam ser classificadas como fontes formais do Direito, porque a doutrina – repositório dos ensinamentos dos mais respeitados estudiosos do Direito – e a jurisprudência – reunião dos precedentes judiciais – exercem forte influência no estudo e na aplicação do Direito. Já a Equidade não poderia deixar de ser fonte, na medida em que é entendida como a superação de conflito de interesses através de uma decisão não prevista em lei escrita ou consuetudinária, mas razoável para os litigantes.³⁵⁰

Ascensão ensina que a Equidade, “misteriosa companheira da Justiça – da qual aparece, ora como aliada, ora como rival”, é considerada fonte do Direito pelo Código Civil português (art. 4º). Contudo, adverte que “se as fontes do Direito são os modos de formação e revelação de regras jurídicas, a Equidade, como critério formal de decisão, está fora desta noção.”

3.5 JURISDIÇÃO LEGAL (NORMATIVA) E JURISDIÇÃO DE EQUIDADE (NÃO NORMATIVA)

350 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.29-30. v 1.

Há no Direito um conflito permanente entre a tendência generalizadora e a individualizadora de solução de litígios.³⁵¹ Dessas tendências, verificamos que o poder jurisdicional do Estado pode ser exercido pela jurisdição de Eqüidade ou pela jurisdição legal.

Na primeira hipótese, o órgão jurisdicional é que formula a norma e a aplica ao caso concreto, que servirá de precedente para casos posteriores. Na segunda hipótese, porém, um órgão do Estado (Legislativo) já havia declarado como deveria agir o juiz. Essa divisão de jurisdição legal e de Eqüidade não significa que existam dois tipos de jurisdição, já que o poder jurisdicional do Estado é um só. Na verdade, são dois critérios de julgamento, duas formas de exercício do poder jurisdicional; este sim, uno.³⁵²

Em síntese, a solução dos casos concretos pode ser normativa e não-normativa. Na primeira hipótese, quando a solução é encontrada mediante a aplicação de uma regra jurídica. Mas, de acordo com Ascensão, “há hipóteses em que essa mediação não existe: o critério de solução é então não-normativo. Assim, acontece, por exemplo, quando um caso deve ser resolvido segundo exclusivamente a Eqüidade.”³⁵³

A cultura ocidental foi dominada, em parte, pela tendência de solução normativa, porém, há uma forte corrente no sentido da individualização da solução de casos singulares³⁵⁴, ou seja, de confiar na adaptação da consequência abstrata ao caso concreto.³⁵⁵

351 ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**: introdução e teoria geral. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p.235.

352 PALERMO, Hertha Helena Rollemberg Padilha. **Decisão por Eqüidade nos Juizados Especiais Cíveis**. [s.n.]. 152f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, [s.n.]. p.80.

353 ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**: introdução e teoria geral. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p.226.

354 ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**: introdução e teoria geral. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p.226.

355 ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**: introdução e teoria geral. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p.652.

Cada Sistema Jurídico deve buscar um equilíbrio entre a solução normativa e a não-normativa, como forma de permitir a evolução do Direito e a busca do justo sem desconsiderar a Segurança Jurídica.

3.6 DIFERENÇAS ENTRE UMA DECISÃO POR EQÜIDADE, COM EQÜIDADE OU COM A UTILIZAÇÃO DA EQÜIDADE

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho, as decisões que se valem da Eqüidade podem ser classificadas de três formas distintas:

- a) decisão com Eqüidade: é toda a decisão em que se pretende estar de acordo com o Direito, enquanto ideal supremo de Justiça;
- b) decisão por Eqüidade: é toda a decisão que tem por base apenas a consciência e a percepção de Justiça do julgador, que não precisa estar preso a regras de Direito Positivo e métodos preestabelecidos de interpretação;
- c) decisão utilizando a Eqüidade como meio supletivo de integração e interpretação de normas: é toda decisão proferida no sentido de encontrar o equilíbrio entre a norma, fato e valor (aplicação do Direito ao caso concreto), na hipótese de constatação de uma contradição entre a norma legal posta e a realidade, gerando uma lacuna.³⁵⁶

A Eqüidade como meio supletivo de integração guarda perfeita compatibilidade com a tradição jurídica brasileira e com a evolução do papel do juiz no Estado Democrático de Direito. Na solução do caso concreto, não dependerá o julgador apenas da regra abstrata, mas também, da análise do fato e da valoração dele em face da norma genérica, ou seja, complementar e adaptará a norma ao fato para chegar

³⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2002. 3 v., p.29. v 1.

à norma concreta.

3.7 A EQÜIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

No Direito brasileiro a Eqüidade encontra-se presente “nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, estando albergada pelos arts. 1º, incisos III e IV, 3º, I, 5º, *caput*, incisos XXXV, XXXVII e LV, 170 e 173, § 4º, da Constituição Federal.

A Constituição traz em seu preâmbulo a Justiça como um dos valores supremos. Logo, justifica a utilização de um método eqüitativo de produção justo, por exigência da própria natureza do sistema.

A Lei de Introdução ao Código Civil, nos arts. 4º e 5º, e o Código de Processo Civil, no seu art. 126, quando obrigam o juiz a proferir decisão até mesmo quando há omissão ou defeito legal, também fundamentam a utilização da Eqüidade.

No antigo Código Civil são exemplos práticos do uso da Eqüidade o art. 400³⁵⁷ e o art. 1.456.³⁵⁸ Já no atual Código Civil destacam-se os artigos relacionados à responsabilidade civil: arts. 928, parágrafo

357 “**Art.** 400. Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.” BRASIL. Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 jan. 1916. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

358 “**Art.** 1.456. No aplicar a pena do art. 1.454, procederá o juiz com equidade, atentando nas circunstâncias reais, e não em probabilidade infundadas, quanto à agravação dos riscos.” BRASIL. Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 jan. 1916. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

único³⁵⁹; 944, parágrafo único³⁶⁰; 945³⁶¹; 953, parágrafo único³⁶², 954³⁶³.

O Código de Processo Civil prevê a aplicação da Eqüidade nos arts. 20, §§ 3^{o364} e 4^{o365}, arts. 127³⁶⁶ e 1.109.³⁶⁷ Importante destacar que, pelo teor da redação do art. 127, o juiz está autorizado a decidir por Eqüidade nos casos previstos em lei.

359 “**Art.** 928. [...] Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser eqüitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.” BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

360 “**Art.** 944. [...] Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.” BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

361 “**Art.** 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.” BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

362 “**Art.** 953. [...] Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.” BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

363 “**Art.** 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.” BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

364 “**Art.** 20. [...] § 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.” BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

365 “**Art.** 20. [...] § 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.” BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

366 “**Art.** 127. O juiz só decidirá por eqüidade nos casos previstos em lei.” BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República

No art. 59³⁶⁸ do Código Penal, o juiz, adotando critérios de Eqüidade previstos no próprio texto legal, pode fixar a pena dentro dos limites mínimo e máximo previstos em lei, e também o regime prisional e a modalidade da pena.

A Lei da Arbitragem (n. 9.307/96), nos arts. 2º, 11, II, e 26, II, autoriza que os árbitros decidam por Eqüidade em juízo arbitral.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, segundo Carvalho Filho, traz a Eqüidade expressa nos dispositivos que se referem ao equilíbrio de direitos e deveres nos contratos, para alcançar a Justiça contratual. Assim, a legislação protetiva dos consumidores institui normas imperativas, as quais proíbem a utilização de qualquer cláusula abusiva, definidas como as que assegurem vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor de bens e serviços, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a Eqüidade.^{369 370}

Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

367 “**Art.** 1.109. O juiz decidirá o pedido no prazo de dez (10) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.” BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

368 “**Art.** 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.” BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

369 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por Eqüidade no Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003. p.34.

370 Ver artigos 4º, I e III; 6º, VIII; 20, § 5º; 39, IV; 47; 51, I, IV e VI; 82, § 1º; 83; e 101, I, todos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990.

Na Consolidação das Leis do Trabalho, art. 8^{o371} e no Código Tributário Nacional, art. 108³⁷², também podemos encontrar o instituto da Eqüidade.

Como se pôde ver, a Eqüidade está prevista em vários dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, sendo que em determinadas hipóteses o próprio legislador estabeleceu os critérios para a decisão eqüitativa, restringindo a subjetividade do julgador, e em outros, o legislador, explícita ou implicitamente, utilizando-se de conceitos indeterminados, deixou ao próprio julgador a definição dos parâmetros da decisão, ou seja, ampliando os poderes do julgador.

Percebe-se também que a Eqüidade, muito embora considerada ainda como excepcional para a maior parte da doutrina³⁷³, tem seu papel ampliado.

371 “**Art. 8º** As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por eqüidade e outros princípios e normas gerais do Direito [...]”. BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

372 “**Art. 108.** Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada [...] IV – a Eqüidade.” BRASIL. Lei n. 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de Direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

373 Coelho, que aliás, sustenta que no juizado especial cível o julgador estaria autorizado a julgar por Eqüidade, comenta que as decisões ditadas pela eqüidade são aquelas justas, até mais justas de que aquelas ditadas pela lei, ou seja, a Justiça que não se encontra em normas de Direito Positivo, porém, “o julgamento por Eqüidade, no Direito brasileiro, só é permitido em hipóteses delimitadas por lei (art. 127 do CPC). Quer dizer, salvo algumas situações, o juiz só pode agregar à fundamentação de sua sentença argumentos que procurem demonstrar que a lei está sendo aplicada. Por mais que flexibilize a norma jurídica (através dos métodos e tipos de interpretação, da identificação e integração de lacunas, da superação de antinomias etc.), o juiz deve ordinariamente argumentar que a está aplicando. Ele não deve sustentar sua decisão em argumentos que revelem ou sugiram não estar sendo aplicado o Direito Positivo, exceto nos casos em que a própria lei autoriza o julgamento por Eqüidade”. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.121. v 1.

3.8 O JULGAMENTO POR OU COM EQUIDADE NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

3.8.1 A Lei das pequenas causas (n. 7.244/84)

Antes mesmo da edição da Lei de Pequenas Causas, Corte Real já sustentava a necessidade de decisões por Equidade como substitutiva da lei, com ampla liberdade ao julgador, ao argumentar que a decisão técnica muitas vezes não se torna adequada à realidade social.³⁷⁴

A Lei de Pequenas Causas estabeleceu, em seu artigo 5º, que “O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.” Constava do anteprojeto original: “O Juiz decidirá com base na lei, atendendo aos seus fins sociais e às exigências do bem comum e adotando em cada caso a solução que reputar mais justa e equânime.”

A redação do dispositivo é muito parecida com o disposto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, quando estabelece que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Com a inversão da redação prevista no anteprojeto, que iniciava afirmando que o juiz “decidirá com base na lei”, parte da doutrina passou a sustentar que o legislador procurou dar mais importância ao papel do aplicador do Direito, que deverá, inicialmente, buscar uma decisão justa

374 Sustenta que “Em razão disso, é fundamental que o Juiz das Pequenas Causas tenha liberdade para aplicar solução consentânea às necessidades do momento. Talvez essa decisão não venha a ser estritamente jurídica ou legal. Mas terá legitimidade, na medida em que corresponder à expectativa das partes e se ajustar aos interesses em choque. O fundamental é que a decisão seja socialmente adequada, e, sobretudo, prática.” REAL, Luiz Antônio Corte. Juizado das Pequenas Causas: estudos e projetos. 2. ed. **Revista da AJURIS** – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul Publicações Eletrônicas, Porto Alegre, v. 1 a 74, 1998. CD-ROM.

e equânime para o caso concreto.

3.8.2 O art. 6º da lei dos juizados especiais cíveis e criminais (n. 9.099/95): a adoção de decisão justa e equânime, atendendo os fins sociais e as exigências do bem comum

Os juizados especiais, segundo Alvim, “são, ou pelo menos deveriam ser, o repositório natural da Justiça de Eqüidade, pois é a Justiça de cada caso, como soa o artigo em comento, ou a Justiça feita caso a caso e não em bloco”³⁷⁵.

O art. 6º da Lei n. 9.099/95 dispõe que “O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo os fins sociais da lei e às exigências do bem comum”³⁷⁶.

Este dispositivo evidencia um princípio implícito na lei dos juizados especiais, que é o alargamento dos poderes do juiz. Trata-se de um princípio não expresso no art. 2º da Lei n. 9.099/95, mas verificável em vários artigos da legislação em questão e que revelam que o legislador, visando à obtenção de decisões substancialmente justas, autorizou o juiz a “dirigir o processo com ampla liberdade”, quer em relação à determinação da produção das provas, quer em relação à sua valoração, permitindo também “especial valor às regras de experiência comum ou técnica”³⁷⁷.

O aprofundamento a respeito do julgamento com ou por Eqüidade nos juizados especiais, requer esclarecimentos do que seja

375 ALVIM, J. E. Carreira. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais**: Lei 9.099, de 26.09.1995, Curitiba: Juruá, 2003. p.42.

376 A redação do art. 6º da Lei dos Juizados Especiais é idêntica à do art. 5º da Lei de Pequenas Causas, o que não deixa de ser uma falha, já que o legislador, ao repetir a redação do texto legal, não solucionou as dúvidas e controvérsias doutrinárias instauradas sobre a interpretação do dispositivo.

377 Art. 5º da Lei n. 9.099/95 e art. 4º da Lei n. 7.244/84.

atender “aos fins sociais da lei” e “as exigências do bem comum”.

O dispositivo remete ao art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que preceitua que, ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, que tem por função flexibilizar a aplicação da normas, adequando-as ao momento de sua aplicação, possibilitando a sua atualização.^{378 379}

Fins sociais e bem comum são expressões genéricas, vagas, excessivamente abstratas, cujo conteúdo pode variar com o tempo. Desta forma enquadram-se dentro da categoria conceitos jurídicos indeterminados, que são deixados intencionalmente pelo legislador para o juiz aplicá-los aos casos concretos que lhe são submetidos, de acordo com as circunstâncias especiais de cada caso.

A observância desses conceitos indeterminados, que na verdade são parâmetros para a atividade jurisdicional, implica uma consideração dinâmica do Direito, construída considerando as normas, os fatos e os valores.

No entendimento de Pedra, o art. 5º da Lei de Introdução consagra a Eqüidade como elemento de adaptação e integração. Explica que em tal função a Eqüidade não pretende quebrar a norma, mas adaptá-la às circunstâncias sociovalorativas do fato concreto no instante de sua

378 Quando se interpretar uma norma, deve-se procurar compreendê-la em atenção aos seus fins sociais e aos valores que pretende garantir [...] e não resumir o exercício interpretativo em simples operação mental, reduzida a meras inferências lógicas a partir das normas, olvidando-se do coeficiente axiológico e social nelas contido. Afirma-se então que interpretar não é apenas desvendar o sentido contido atrás da expressão legal, mas é arte jurídica de eleger, dentre os significados possíveis albergados pela lei, o decisivo para dado caso concreto, por exteriorizar o sentido mais favorável ou adequado ao fim social e ao bem comum. [...] Emerge assim a grande utilidade prática do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, pois ao se interpretar a norma a fim de decidir, deve-se ter como escopo uma solução justa ao caso singular apreciado, sem conflitar com o ordenamento jurídico e com o meio social. PEDRA, Anderson Sant’Ana. **Os Fins Sociais da Norma e os Princípios Gerais do Direito**. Disponível em: Home Page JUS NAVIGANDI – <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3762>. Acesso em 14/10/2003.

379 O dispositivo também remete ao processo sociológico ou teleológico de interpretação, que procura o fim, a razão do preceito normativo, para, a partir dele, determinar seu sentido.

aplicação.^{380 381}

3.8.2.1 Fins sociais da lei

Não há norma que não contenha uma finalidade social imediata, um propósito. Fins sociais da lei, segundo Alvim, significa aplicação pelo juiz sem o fim único de servi-la, por si mesma, mas buscar, sob a inspiração dela, um resultado que, além de resolver o litígio, proporcione a tranquilidade social, pois a lei se destina à disciplina da Sociedade como um todo e não de cada um ou de parcelas de seus componentes.³⁸²

Fim social, de acordo com Pedra, é “o objetivo de uma Sociedade, encerrado na somatória de atos que constituíram a razão de sua composição, abrangendo assim o útil, a necessidade social, seus anseios, o equilíbrio de interesses”.³⁸³

380 “Neste contexto a parêmia *dura lex, sed lex* merece ser revisitada, pois a finalidade da norma não é ser, mas justa; daí o dever do intérprete ao aplicar a norma ao caso concreto, sem desvirtuar-lhe as feições e torcer sua direção, arredondar as suas arestas e adaptar sua rigidez. [...] Inquestionável que o art. 5 da Lei de Introdução ao Código Civil permite ao intérprete-aplicador corrigir a inadequação da norma à realidade fático-social e aos valores positivados, harmonizando o abstrato e o rígido caráter da norma à realidade, mitigando seu rigor, corrigindo-lhe os desacertos, ajustando-a do melhor modo possível ao caso emergente.” PEDRA, Anderson Sant’Ana. **Os Fins Sociais da Norma e os Princípios Gerais do Direito**. Disponível em: Home Page JUS NAVIGANDI – <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3762>. Acesso em 14/10/2003.

381 A Lei de Introdução ao Código Civil, no art. 5, consagra a interpretação teleológica, também chamada de axiológica, em razão dos valores que leva em consideração, ou sociológica, em função de buscar pensar e adaptar a norma às necessidades sociais vigentes à época da interpretação.

382 ALVIM, J. E. Carreira. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais**: Lei 9.099, de 26.09.1995, Curitiba: Juruá, 2003. p.43.

383 PEDRA, Anderson Sant’Ana. **Os Fins Sociais da Norma e os Princípios Gerais do Direito**. Disponível em: Home Page JUS NAVIGANDI – <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3762>. Acesso em 14/10/2003.

3.8.2.2 Exigências do bem comum

Tanto a lei quanto o Estado são instrumentos para o bem comum temporal. O bem comum, noção que varia de acordo com as diferentes filosofias político-jurídicas, segundo Silveira, é a base do Direito em qualquer dos momentos da vida deste, quer no momento da elaboração legislativa, quer no momento da elaboração ou da aplicação judiciária. Esse bem comum, princípio diretor do julgador quer na interpretação, quer na integração das lacunas, quer na adaptação da norma ao caso, identifica-se até certo ponto com a Equidade *latu sensu*.³⁸⁴

Para atender as exigências do bem comum, o juiz não deve limitar o seu horizonte aos interesses em conflito, mas ter em consideração que eles são a expressão de um fenômeno social e devem ser resolvidos de forma que atenda o interesse geral, que é a mais típica expressão do bem comum.³⁸⁵

Pedra explica que o bem comum:

não é o somatório dos interesses individuais, como pretendia o individualismo, mas sim a coordenação do bem dos indivíduos, segundo um princípio ético. Todo Sistema Jurídico se inspira numa concepção do bem comum, isto é, nos fins pelos quais a Sociedade optou, porque ela os considera bons. [...]
Há ainda aqueles que procuram harmonizar, na concepção de bem comum, os dois pólos: o filosófico e o sociológico, entendendo que bem comum não é o fim do Direito, mas da própria vida social [...] a fórmula de bem comum serve como limitador do poder do intérprete-aplicador do Direito, fazendo com que, ao prolatar sua decisão, considere as valorações positivadas na Sociedade, sem atentar às

384 SILVEIRA, Alípio. **Conceito e Funções da Equidade em face do Direito Positivo:** especialmente no Direito Civil. São Paulo: [s.n.], [1941]. p.162.

385 ALVIM, J. E. Carreira. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais:** Lei 9.099, de 26.09.1995, Curitiba: Juruá, 2003. p.43.

suas pessoais. A noção de bem comum introduz no Direito um princípio teleológico, passando a norma jurídica, sua interpretação e aplicação a ter uma dimensão finalista, colocando-se a seu serviço.³⁸⁶

O bem comum é sem dúvida uma noção complexa, composta por variados elementos, dos quais os precípuos, segundo Silveira, são: “a liberdade, a Justiça, a ordem, a paz, a utilidade, a segurança.”³⁸⁷ O bem comum, prossegue o autor, “não resulta da justaposição e sim da harmonização destes elementos.”³⁸⁸

3.8.3 A posição doutrinária

Ao interpretar o art. 6º da Lei n. 9.099/95, a doutrina está dividida entre os que defendem a instituição de uma jurisdição de Eqüidade e os que sustentam a adoção da Eqüidade como meio de atingir uma decisão justa com base na interpretação e na integração da lei.

Para a primeira corrente, que defende a instituição de uma jurisdição pura de Eqüidade (julgamento por Eqüidade), com ampla liberdade ao julgador, este poderia decidir adotando valores pessoais de Justiça para a criação da norma ao caso concreto.

Wambier explica que o art. 6º legitima o Juízo de Eqüidade e permite o afastamento do princípio da legalidade estrita, pois o juiz pode “decidir contra o texto expresso de lei, desde que esteja convencido que essa decisão é a que mais atende ao valor Justiça, e desde que,

386 PEDRA, Anderson Sant’Ana. **Os Fins Sociais da Norma e os Princípios Gerais do Direito.** Disponível em: Home Page JUS NAVIGANDI – <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3762>. Acesso em 14/10/2003.

387 SILVEIRA, Alipio. **Conceito e Funções da Eqüidade em face do Direito Positivo:** especialmente no Direito Civil. São Paulo: [s.n.], [1941]. p.162.

388 SILVEIRA, Alipio. **Conceito e Funções da Eqüidade em face do Direito Positivo:** especialmente no Direito Civil. São Paulo: [s.n.], [1941]. p.163.

evidentemente, não se trate de norma de ordem pública”. Contudo, adverte o autor ser “passo enorme e ao mesmo tempo [...] profundamente arriscado. A pior arbitrariedade é a do juiz, e o ‘freio’ da lei é sempre um referencial importante para a conduta judicante.”³⁸⁹

Coelho também sustenta a possibilidade de julgamento por Eqüidade com o afastamento dos critérios legais.³⁹⁰

Palermo explica que dentre todas as inovações que os Juizados especiais comportam, destaca-se a possibilidade do juízo de Eqüidade. Para a autora, “Se tal possibilidade redundará em arbitrariedade e iniquidade é uma questão mais voltada para a qualidade dos juizes que compõem o judiciário.”³⁹¹ No entendimento da autora, “reduzir os Juizados especiais a apenas mais um procedimento especial, excluindo a possibilidade da jurisdição de Eqüidade, é frustrar os próprios objetivos deste instituto.”³⁹²

Para a segunda corrente, mais conservadora, é possível o

389 WAMBIER, Luiz Rodrigues. Apontamentos sobre os Juizados Especiais Cíveis. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais** – Editora Plenum – Edição Ouro, Caxias do Sul, v. 1, [s.n.]. CD-ROM.

390 Coelho esclareceu: “Nos casos de autorização legal, o julgamento por Eqüidade significa o afastamento da aplicação da lei específica para a disciplina do conflito de interesses, objeto da demanda judicial, para alcançar solução tanto ou mais justa que a veiculada por aquela. Imagine que, numa causa compreendida na competência do Juizado Especial Cível, tenha ocorrido a prescrição da ação no dia exatamente anterior ao da sua propositura. Nessa demanda, se aplicar o dispositivo legal específico sobre a prescrição das ações, o juiz considerará que o autor perdera o direito de acionar o réu. Se, porém, empregar a Eqüidade em seu julgamento, o juiz poderá deixar de aplicar aquele dispositivo e aceitar a demanda, mesmo tendo sido esta proposta um dia após prescrita. Note, porém, que, no exemplo acima, o juiz deixou de aplicar a norma específica para o caso, mas aplicou o art. 6º da Lei n. 9.099/95. Quer dizer, exceto se estiver colmatando lacuna, o juiz, quando julga por Eqüidade, também aplica uma norma jurídica; não a norma jurídica para o fato em questão, porque a tem por circunstancialmente injusta, mas a norma genérica que o autoriza a assim proceder”. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva. 2003. p.123. v 1.

391 PALERMO, Hertha Helena Rollemberg Padilha. **Decisão por Eqüidade nos Juizados Especiais Cíveis**. [s.n.]. 152f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, [s.n.]. p.132.

392 PALERMO, Hertha Helena Rollemberg Padilha. **Decisão por Eqüidade nos Juizados Especiais Cíveis**. [s.n.]. 152f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, [s.n.]. p.133.

afastamento da legalidade estrita, permitindo-se o julgamento com a utilização da Eqüidade como meio supletivo de interpretação e integração das normas, utilizando-se da Eqüidade com observância de princípios e critérios previstos no próprio ordenamento jurídico.

Chimenti entende que sem as limitações previstas no art. 127 do CPC, o art. 6 da Lei n. 9.099/95 autoriza o julgamento por Eqüidade, porém, não afastado da lei, pois esse critério deve atender aos fins sociais dessa lei e às exigências do bem comum.³⁹³

Mandelli leciona que, embora o julgador esteja autorizado a decidir além dos limites impostos pela legislação, permitindo-se que o juiz adote decisões que entenda como mais justas e equânimes, não há como não reconhecer que está subentendido que a lei deva ser aplicada, atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem-comum (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil). Não se trata, segundo o autor, de um juízo puro de Eqüidade, não havendo razão para maiores preocupações por parte daqueles que defendem que o limite do juiz deva ser fixado.³⁹⁴

Segundo Silva, o dispositivo permite ao juiz abrandar o rigor da lei, decidindo, em cada caso, de acordo com sua finalidade e conforme as exigências do bem comum. Para tanto, poderá valer-se, na opinião do autor, da interpretação teleológica, com mais liberdade, como forma de buscar a solução mais justa para o caso. A discricionariedade permitida deverá estar amparada pela lei, pois não pode o magistrado agir *contra legem*, negando o preceito legal e construindo um Direito para o caso concreto, pois afrontaria o princípio da legalidade. A lei é o ponto de partida para a solução da causa, devendo o julgador procurar decidir de acordo

393 CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis**. São Paulo: Saraiva, 1999. p.43.

394 MANDELLI, Darci Pacheco. A Prestação Jurisdicional através dos Juizados Especiais de Pequenas Causas. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais** – Editora Plenum – Edição Ouro, Caxias do Sul, v. 1, [s.n.]. CD-ROM.

com os objetivos dela e com a exigência do bem de todos. Ressalta, no entanto, que ao juiz aqui não é permitido decidir por Eqüidade, pois esta não se confunde com decisão equânime.³⁹⁵

A decisão por Eqüidade é uma solução de igualdade, que não se fundamenta em conteúdo normativo, mas sim em juízo de valor e em uma percepção intuitiva do justo. A decisão equânime, por sua vez, é a solução justa, ponderada e prudente, que se alicerça em uma norma legal, a qual não pode ser contrariada.³⁹⁶

Figueira Júnior e Tourinho Neto reconhecem a importância do papel conferido ao Estado-juiz no microssistema dos juizados especiais, estando o julgador autorizado a julgar por Eqüidade. Contudo, segundo os autores, não exclusivamente por critérios subjetivos de Eqüidade (uma típica jurisdição de Eqüidade).

O que o legislador procurou ressaltar, e com absoluta razão, foi a necessidade de ver, de uma vez por todas, ultrapassadas as barreiras da mera subsunção, para atingir, finalmente, uma interpretação e aplicação da norma jurídica ao caso concreto, dentro de padrões sociológicos e axiológicos de interpretação. Por isso, e não menos por isso, foi que frisou: o julgamento atenderá aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.³⁹⁷

Por último, importante registrar a opinião crítica de Passos ao sustentar, contrariado, que os julgadores foram autorizados a adotar em cada caso a decisão que acharem mais justa e equânime (“seres privilegiados que são”), atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum. Contudo, adverte:

395 SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis Anotada**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p.35.

396 SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis Anotada**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p.36.

397 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais**: comentários à lei 10.259, de 10.07.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.158-159.

Com tal gongorismo jurídico, liberam-se os magistrados do dever de respeito ao princípio da legalidade constitucionalmente consagrado, criando-se, sem autorização constitucional, um sistema corcunda de Eqüidade, que nem é de legalidade nem de Eqüidade, mas um festival de arbítrio inspirado na demagogia de afirmações genéricas, inespecíficas, elásticas, que nem mesmo poderão ser objeto de controle pelos tribunais superiores, visto que nas decisões proferidas nos Juizados descabe recurso especial, como descabe apelação, tudo ficando entre juízes do primeiro grau que, por estarem sobrecarregados, se sobrecarregam patrioticamente com mais uma função, a de integrantes de Turmas Julgadoras. Resolveu-se milagrosamente o excesso de trabalho com o acréscimo de mais trabalho. E mais: atribuiu-se aos magistrados com exercício nos Juizados Especiais o direito de desrespeitar a lei federal e de lhes dar interpretação que lhes aprouver.³⁹⁸

No julgamento por ou com Eqüidade os princípios constitucionais e as garantias individuais devem atuar como balizas para a correta e justa aplicação das normas, não se podendo cogitar, em sede de Juizado Especial Cível, de uma aplicação robotizada das normas, esquecendo-se de valorar o justo ou o injusto.

3.8.4 A posição dos juízes e da jurisprudência

A tradição conservadora da maioria dos juízes é destaca por Luz, ao criticar o excessivo apego ao texto legal e pouca contribuição para a evolução do Direito, o que produz um “distanciamento, até mesmo de credibilidade, entre o cidadão e o Poder; e este foge de sua finalidade maior que é a distribuição da Justiça, visando ao bem comum.” No entanto,

398 PASSOS, J.J. Calmom de. A Crise do Poder Judiciário e as Reformas Instrumentais: avanços e retrocessos. **Informativo INCIJUR** – Publicação Oficial do Instituto de Ciências Jurídicas, Joinville, SC, ano IV, n. 50, p.9-10, set. 2003.

em função de um processo econômico globalizado, no qual a evolução do Direito obrigatoriamente terá de acompanhar o desenvolvimento social, é possível perceber uma mudança de postura dos juízes.³⁹⁹

Está ocorrendo um deslocamento da tradição normativista do magistrado brasileiro. A mudança é lenta em razão da composição heterogênea da magistratura, que se apresenta recortada pluralisticamente, podendo-se notar várias orientações, entre elas: a que tem na instituição do Poder Judiciário um ator coletivo que quer envolver-se no processo de mudança social; a centrada no juiz como agente solitário que aproxima o Direito da Justiça; a fiel ao cânon da *Civil Law*, com ênfase no tema da certeza jurídica; e também de uma corrente minoritária que acentua o uso alternativo do Direito.⁴⁰⁰

No cotidiano das decisões de Turmas Recursais, registre-se, inicialmente, que não são muitas as que mencionam a Eqüidade. O que é compreensível, em face da formação jurídica dos magistrados brasileiros. No entanto, as que fazem menção, normalmente o fazem sem qualquer aprofundamento sobre o instituto, ou seja, invocando-o sem qualquer aprofundamento teórico.

Pelo visto também adotaram na prática a corrente que entende que o julgador pode adotar critérios subjetivos de Eqüidade, afastando-se livremente do texto legal.

Não há, por outro lado, qualquer cuidado com a fundamentação de tais decisões por Eqüidade, fato preocupante, já que o jurisdicionado sequer tem o conhecimento dos motivos que levaram o julgador a afastar-se de letra da lei para adotar uma decisão por critérios de

399 LUZ, Sérgio Roberto Baasch. **O Poder Judicial e a Produção da Norma Individual**. 1999. 130f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 1999. p.41.

400 BURGOS, Marcelo Baumann; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; WERNECKVIANNA, Luiz. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p.14.

Eqüidade.⁴⁰¹

A motivação da sentença é um dever do juiz, por motivo de segurança das partes, e também por ter um caráter explicativo e de convencimento. Sua falta vicia o ato processual como um todo. Um julgamento por Eqüidade, sem dúvida, necessita de fundamentação cuidadosa por parte do julgador.

A Eqüidade é uma busca permanente do julgador, quer da melhor interpretação da lei, quer para a melhor decisão para o caso concreto.

A Eqüidade é uma posição filosófica de cada julgador e é certo que cada um dará uma valoração própria aos fatos e às normas, com a finalidade de buscar uma solução justa para o caso concreto. Desta forma, há muito de subjetivismo do julgador, o que impõe a obrigação de decisões bem fundamentadas, sob pena de prevalecer o arbítrio e o autoritarismo judicial.

3.8.5 A inspiração na Corte de Pequenas Causas Norte-Americana e o julgamento por Eqüidade

Slaibi Filho leciona que, na elaboração da Lei dos Juizados de Pequenas Causas, buscou-se inspiração na Corte de Pequenas Causas, criada em 1928 em Nova Iorque, socorrendo-se o legislador pátrio dos princípios processuais usuais do Sistema Jurídico da *Common Law*. Diante da constatação de tal inspiração, o autor critica a estranheza com

401 De acordo com Chimenti “a maior liberdade de atuação proporcionada pela Lei n. 9.099/95, ao contrário de dispensar a motivação das decisões, impõe ao juiz o dever de bem justificar seu eventual distanciamento da letra da lei, a fim de evitar que a discricionariedade que lhe foi confiada ganhe contornos de arbitrariedade”. CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis**. São Paulo: Saraiva, 1999. p.43.

que muitos juristas comentam a lei federal regulamentadora dos Juizados Especiais, principalmente em relação ao princípio da Eqüidade, talvez o mais polêmico do subsistema.⁴⁰²

Na esteira do *Common Law*, segundo o autor, alternativa não tinha o legislador senão permitir ao juiz o julgamento por Eqüidade. Alerta que há sempre quem diga que é perigoso o juiz julgar sem a estrita vinculação à lei. Contudo, estes, ressalta, são aqueles que confundem Lei e Direito, dispositivo legal e norma, a generalidade inerente às leis com a concretude e individualização que todo ser humano espera receber ao ser julgado.⁴⁰³

A inspiração dos juizados especiais na *Common Law* é fato pacífico e demonstrado por todos os elementos históricos colhidos. No entanto, esta inspiração, por si só, não é suficiente para autorizar a conclusão de que fora criado no sistema brasileiro uma jurisdição pura de Eqüidade. Ocorre que se na *Civil Law* os poderes do juiz estão sendo consideravelmente ampliados, valorizando-se o papel da jurisprudência, em razão da aproximação entre as famílias da *Civil Law* e da *Common Law*, conforme demonstrado no primeiro capítulo, nesta também está havendo um aumento de importância da lei como fonte do Direito.

Logo, a tendência contemporânea é de maior equilíbrio entre as fontes do Direito, ou seja, um equilíbrio entre o poder de decisão (judiciário) e poder de elaborar normas prévias (legislativo), evitando-se, dessa forma, uma Justiça sem legisladores ou uma Justiça sem juízes⁴⁰⁴.

402 SLAIBI FILHO, Nagib. Juizados Especiais Cíveis: informalidade e eqüidade. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais** – Editora Plenum – Edição Ouro, Caxias do Sul, v. 1, [s.n.]. CD-ROM.

403 SLAIBI FILHO, Nagib. Juizados Especiais Cíveis: informalidade e eqüidade. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais** – Editora Plenum – Edição Ouro, Caxias do Sul, v. 1, [s.n.]. CD-ROM.

404 Ver PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 371. Título original: *Éthique et Droit*.

3.9 A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÕES LEGISLATIVAS

Se a conclusão do intérprete foi que o legislador adotou a opção por uma jurisdição de Eqüidade, para pôr fim à controvérsia, deve haver uma adequação legislativa, devendo estar expreso no art. 6 da Lei n. 9.099/95 que o julgador pode decidir por Eqüidade. Outras adequações necessárias dizem respeito à competência e à uniformização da jurisprudência.

3.9.1 A adequação da competência

A adequação de competência passa pela definição mais cuidadosa de causas que realmente admitem um julgamento por Eqüidade, ou seja, que a matéria em discussão tenha determinada natureza que o julgamento por Eqüidade seja o mais adequado. O critério do valor da causa não é mais apropriado para definir tal situação.⁴⁰⁵

Por outro lado, já que o entendimento predominante é de que o ajuizamento da causa no juizado especial é opção do autor, preocupante que este possa escolher se sua demanda deve ser julgada ou não por Eqüidade, uma vez que à parte contrária não teria essa opção, ferindo-se, então, o princípio da isonomia.

405 “Sobre a opção do legislador por definir menor complexidade pelo valor da causa, ver a crítica de Passos, de que não há nada mais imprestável para esse fim do que o valor da causa. PASSOS, J.J. Calmom de. A Crise do Poder Judiciário e as Reformas Instrumentais: avanços e retrocessos. **Informativo INCIJUR** – Publicação Oficial do Instituto de Ciências Jurídicas, Joinville, SC, ano IV, n. 50, p.8, set. 2003.

3.9.2 A uniformização de jurisprudência das turmas recursais para a preservação da Segurança Jurídica e a realização da Equidade

A Segurança Jurídica também é um valor, aparecendo como um dos objetivos do Direito, muito embora se sinta que a segurança é um valor menos nobre que a Justiça, esta não pode ser dispensada, pois, conforme adverte Ascensão, “sem segurança a ordem não existe ou é imperfeita, o que inquina a possibilidade de realização total dos fins da Sociedade e das pessoas que a compõem.”⁴⁰⁶ Prossegue:

O drama está em que a Justiça e Segurança, embora caminhem normalmente a par, podem em certos casos ter exigências não coincidentes. Pode-se falar de uma repetida confrontação dos dois valores, cabendo à Política revolver em cada caso. Com freqüência será necessário sacrificar a Justiça por amor da Segurança, ou sacrificar a Segurança por amor da Justiça, ou sacrificar ambas parcialmente. Estes sacrifícios são inevitáveis. Devem respeitar a posição hierarquicamente superior da Justiça, mas não podem ser transcendidos. Se se prosseguir cegamente a Justiça, sem atender à Segurança, a instabilidade da vida social anulará as vantagens teoricamente obtidas. Se pelo contrário se prosseguir a segurança sem atender à Justiça caminhar-se-á para formas de opressão ou de embotamento que tornam a ordem social daí resultante uma carapaça de força.⁴⁰⁷

A necessidade de certeza jurídica, para regular as ações na Sociedade, é tão importante que leva à constituição de um Poder do Estado, o Poder Judiciário, cuja finalidade é ditar o sentido exato das normas. Dito de outra forma, esta é uma das finalidades do Poder

406 ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**: introdução e teoria geral. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.189.

407 ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**: introdução e teoria geral. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.189.

Judiciário.

Um sistema aberto como o dos Juizados Especiais, em que foram aumentados sensivelmente os poderes do Juiz, autorizando-o a julgar com ou por Eqüidade, necessita de mecanismos para preservar a segurança jurídica, razão pela qual torna-se indispensável ao bom funcionamento do sistema a possibilidade de um recurso para uniformizar as decisões das turmas recursais, já que no território de um Estado são instaladas várias turmas recursais.

O art. 47 do projeto de lei convertido na Lei n. 9.099/95, que permitia a lei local criar o recurso de divergência, foi vetado, com fundamento no interesse público, já que a sanção desse dispositivo ensejaria aumento de recursos nos tribunais locais, em vez de sua diminuição, contribuindo consideravelmente para o prolongamento na solução das causas, contrariando o espírito da criação dos juizados especiais.

Como no sistema dos juizados não cabe recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça,⁴⁰⁸ não há então uniformização da interpretação da legislação federal por um único Tribunal Superior. Dessa forma, é importante que, pelo menos no âmbito do próprio Estado, a interpretação seja única.

A Lei n. 10.259/2001 conferiu tratamento bastante diverso no que concerne aos denominados embargos de divergência. Tomando-se por base valores de segurança, foi criado esse recurso objetivando uniformizar a jurisprudência das turmas recursais integrantes da mesma região ou regiões diferentes, desde que a apontada discrepância entre as decisões e estejam fundamentadas em Direito material objeto da controvérsia na qual

408 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 203**. Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais. Disponível em Home Page: STJ – Superior Tribunal de Justiça – <http://www.stj.gov.br/webstj/> Acesso em 04/02/2004.

a parte interessada tenha sido vencida parcial ou totalmente.⁴⁰⁹

A uniformização de jurisprudência afigura-se, segundo Vigliar, como uma garantia do jurisdicionado, já que trata-se de técnica processual perfeitamente identificada com os postulados mais nobres existentes em nosso ordenamento e intimamente ligada ao efetivo acesso a Justiça. A uniformização preserva os valores igualdade, segurança, economia e respeitabilidade.⁴¹⁰

Segundo Beneti, um dos maiores choques para o jurisdicionado é a diversidade de interpretação jurisdicional para situações idênticas, aquinhoando ou desamparando vizinhos, parentes, presos da mesma cela, trabalhadores. A formação de uma jurisprudência estável é pressuposto da afirmação do poder dos juízes.⁴¹¹

A própria noção de Eqüidade nos indica que as situações iguais devem ter a mesma solução, razão pela qual a uniformização da jurisprudência das turmas recursais é medida coerente com o sistema dos juizados especiais.

409 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais**: comentários à lei 10.259, de 10.07.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.365.

410 VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de Jurisprudência**: segurança jurídica e dever de uniformizar. São Paulo: Atlas, 2003. p. 204.

411 BENETI, Sidnei Agostinho. **Da Conduta do Juiz**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000. p.202.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de considerações finais, num balanço final das idéias expressas no presente relatório de pesquisa, pode-se destacar alguns dos fundamentos e conclusões, o que segue:

1. Destacam-se na atualidade três grandes Famílias Jurídicas: a *Civil Law*, a *Common Law* e a dos Direitos socialistas.

2. Os Sistemas Jurídicos norte-americano e brasileiro são variantes, respectivamente, da família da *Common Law*, que sofreu forte influência do Direito inglês, e do Sistema português, tendo este a *Civil Law* como fonte.

3. O estudo da evolução histórica das famílias revela que o papel das fontes de Direito tem variado de acordo com o momento histórico, político, social ou econômico.

4. Em determinado momento histórico, a *Common Law*, considerada aberta e flexível, necessitou de um sistema mais aberto – a *Equity* – para poder acompanhar as mudanças que se desenvolviam no meio social, para atender questões de Equidade.

5. Os Sistemas Jurídicos constantemente recebem influências externas, havendo uma interação entre os vários sistemas, tornando comum a importação de experiências, modelos e institutos estrangeiros.

6. A Globalização tem trazido revolução em todas as áreas do conhecimento. No Direito revela tendência de harmonização ou uniformização das legislações dos Estados. No entanto, tal tendência deve ser estudada cuidadosamente, em razão de contra-indicações que a acompanham, já que a Globalização está cercada de desigualdades

sociais, cada vez mais acentuadas, e a aplicação de leis universais para situações desiguais pode gerar injustiças. Logo, a maior harmonização ou uniformização da produção normativa, aumenta a importância da atividade de interpretação e aplicação do Direito ao caso concreto.

7. Em razão da influência que a Globalização exerce nos Sistemas Jurídicos, revelando tendência de convergência entre as famílias da *Civil Law* e da *Common Law*, percebe-se naquela a ampliação do papel da jurisprudência como fonte do Direito e nesta da lei.

8. A Globalização é marcada por preocupação com os processos locais, tornando necessária a criação de mecanismos eficientes e descentralizados de acesso à Justiça, para a solução de pequenos conflitos, travados localmente, e também pelo retorno contemporâneo à Equidade, com a finalidade de adequar os fatos sociais aos modelos jurídicos, facilitando-se pela flexibilização da interpretação das normas que o Direito se modernize.

9. No Estado Democrático de Direito deve ser garantido a todos o efetivo acesso à Justiça, entendido como acesso à ordem jurídica justa, o que significa que o sistema deve ser acessível a todos e também deve produzir resultados justos.

10. Os juizados especiais surgem na fase contemporânea do movimento universal de garantia ao acesso à Justiça, exigindo-se uma atuação mais efetiva dos juízes na interpretação e aplicação da lei, como forma de garantir o acesso à ordem jurídica justa.

11. Um dos obstáculos ao acesso à ordem jurídica justa está na interpretação e aplicação do Direito com Justiça, principalmente quando o texto legal não está de acordo os valores vigentes na Sociedade.

12. Mesmo constatando-se crise no Sistema de Justiça, percebe-se transformações e aumento de importância do papel do Poder Judiciário e do juiz no Estado Contemporâneo, o que pode ser percebido

com a superação da visão tradicional do juiz como a boca fria da lei e com a aceitação da criação judicial do Direito.

13. Em consequência da ampliação dos poderes do juiz, ganham relevo os estudos sobre os limites do papel de criação, que estariam dentro do ordenamento jurídico, ou seja, dentro do sistema constitucional e legal vigente. Dito de outra forma, para evitar a arbitrariedade, o julgador não pode afastar-se do ordenamento jurídico, mas, apenas, ter uma cota maior de arbítrio na sua valoração, observando os fins sociais da lei e as exigências do bem comum.

14. O aumento do papel e do poder dos juízes exige estudos sobre o perfil do juiz dos juizados especiais, as formas de seu recrutamento e aperfeiçoamento, para que o poder ampliado seja exercido com humanismo e que a utilização do processo sirva de instrumento de realização da dignidade humana.

15. O julgamento com ou por Equidade nos juizados especiais deve ser adotado com muita responsabilidade pelos julgadores, sem arbitrariedade, em decisões muito bem fundamentadas.

16. Por último, ressalta-se que apesar de ser fato pacífico que houve inspiração para criação dos juizados especiais na *Common Law*, esta inspiração, por si só, não é suficiente para autorizar a conclusão de que fora criado no sistema brasileiro uma jurisdição pura de Equidade, considerando que na *Common Law* a lei cresce em importância como fonte do Direito. Logo, a tendência contemporânea é de maior equilíbrio entre o papel das fontes em ambos os sistemas jurídicos analisados.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. Crise do Judiciário, Globalização e o Papel do Juiz Orgânico na Sociedade Brasileira. Disponível em Home Page: PJESC – Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina – <http://www.tj.sc.gov.br/cejur/doutrina/crisepoder.rtf>. Acesso em 29/08/2003.

ABREU, Pedro Manoel. **Juizados Especiais Cíveis**: uma experiência brasileira contemporânea de acesso à justiça. 2002. 254f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

ALVIM, J. E. Carreira. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais**: Lei 9.099, de 26.09.1995, Curitiba: Juruá, 2003. 178p.

AMARAL, Francisco. A Eqüidade no Código Civil Brasileiro. *In* ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). **Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.205.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Acesso à Justiça & Efetividade do Processo**: a ação monitória é um meio de superação dos obstáculos? 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2002. 167p.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômanos**. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília. 2001. 238p. Título original: Ethikon Nikomacheion.

ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre a Modernidade e Globalização**: lições de filosofia do Direito e do Estado. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 256p. (sem menção do título original no exemplar utilizado)

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**: introdução e teoria geral. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 726p.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003. 127p.

BARROS, Miguel Daladier. Direitos Humanos e Globalização. **Revista Prática Jurídica**, Brasília, DF, ano II, n. 17. p.28/29, ago. 2003. 66p.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Da Conduta do Juiz**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000. 264p.

BOFF, Leonardo. Bem comum. **Diário Catarinense**, Santa Catarina, 24-25 dez. 2002. p.12.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

BRASIL. Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 jan. 1916. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

BRASIL. Lei n. 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de Direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

BRASIL. Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: Home Page Senado Federal – <http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 04/02/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 203**. Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais. Disponível em Home Page: STJ – Superior Tribunal de Justiça –

<http://www.stj.gov.br/webstj/> Acesso em 04/02/2004.

BRUNING, Rafael. **Casas da Cidadania: uma experiência catarinense na utilização de métodos alternativos de solução de conflitos.** 2001. 181f. Monografia (Graduação) – Universidade do Vale do Itajaí, Biguaçu, 2001.

BUENO, Sérgio. **A Interpretação Jurídica pela Lógica do Razoável.** 2000. 245f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.

BURGOS, Marcelo Baumann; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; WERNECKVIANNA, Luiz. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira.** 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997. 336p.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. 134p. Título original: Giudici Legislatori?

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. 168p. Título original: Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective.

CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia Jurídica: ética e justiça.** Florianópolis: Obra Jurídica, 1996. 180p.

CARLIN, Volnei Ivo. **Direito Administrativo: doutrina, jurisprudência e Direitocomparado.** 2. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002. 348p.

CARNEIRO, Gusmão Athos. Política Judicial no Brasil, Estrutura do Poder Judiciário Brasileiro conforme a Constituição de 1988. 2. ed. **Revista da AJURIS** – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul Publicações Eletrônicas, Porto Alegre, v. 1 a 74, 1998. CD-ROM.

CARNEIRO, João Geraldo Piquet. A Justiça do Pobre. 2. ed. **Revista da AJURIS** – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul Publicações Eletrônicas, Porto Alegre, v. 1 a 74, 1998. CD-ROM.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo.** Rio de Janeiro: Forense, 1999. 252p.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por Equidade no Novo Código Civil.** São Paulo: Atlas, 2003. 131p.

CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito:**

Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001. 285p.

CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil.** Florianópolis: Fundação Boiteux, UNIGRANRIO, IBRADD, 2002. 557p.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. A Crise da Justiça, o Juizado de Pequenas Causas e a Justiça de Paz. *In* ZIMERMAN, David; COLTRO, Carlos Mathias (org.). **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica.** Campinas: Millennium, 2002. 618p.

CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça.** 1 ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2001. 213p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2003. p.29-30. v 1. 388p.

COELHO, Inocêncio Mártires. O Novo Código Civil e o seu *Completamento* pela Jurisprudência. *In* ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). **Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 608p.

COLE, Charles D.. Precedente Judicial – a experiência americana. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 23, n. 92, p. 71-86, out.-dez. 1998.

CORDEIRO, Fernando Antonio Sabino. Constitucionalismo Contemporâneo e Globalização. **Cidadania e Justiça** – Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 5, n. 11, p.75-80, 2001. 256p.

CRISTO, Ismael Vieira de. **Acesso à Justiça e Participação Popular:** reflexões sobre o direito de ação. São Paulo: Edições Pulsar, 2000, 142p.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo.** Florianópolis: Diploma Legal, 2001. 284p.

CUNHA, Luciana Gross Siqueira. Juizado Especial: ampliação do acesso à Justiça? *In* SADEK, Maria Tereza (org.). **Acesso à Justiça.** São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. 280p.

CUNHA, Maria Inês Moura Santos Alves da. **A Equidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos.** São Paulo: LTr, 2001. 152p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes.** São Paulo: Saraiva, 1996. 163p.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 258p.

DAVID, René. **O Direito Inglês.** Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 120p. Título original: Le Droit Anglais.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo.** 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 556p. Título original: Les Grands Systèmes du Droit Contemporains.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Consulex** – Revista Jurídica, Brasília, DF, ano VII, n. 158. p.9, ago. 2003. 66p.

DELMAS-MARTY, Mireille. Europa, Laboratório da Globalização do Direito. **Consulex** – Revista Jurídica, Brasília, DF, ano VI, n. 132. p.12-20, jul. 2002. 66p.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** São Paulo: Saraiva, 1998. 4 v. 916p. v 2.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** São Paulo: Saraiva, 1998. 4 v., 869p. v 3.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** São Paulo: Saraiva, 1998. 4 v., 781p. v 4.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 288p.

FACCHINI NETO, Eugênio. Introdução. Visões Redutivas da Função Jurisdicional. *In* ZIMERMAN, David; COLTRO, Carlos Mathias (org.). **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica.** Campinas: Millennium, 2002. 618p.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A Proteção do Consumidor na Era da Globalização. *In* FILHO, Rodolfo Pamplona; LEÃO, Adroaldo. (coord.). **Globalização e Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2002. 317p.

FEDERIGHI, Wanderley José. **Jurisprudência e Direito.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. 84p.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais: comentários à lei 10.259, de 10.07.2001.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 799p.

FIUZA, Ricardo (coord.). **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002. 1843p.

FRANÇA, Rubens Limongi. Aplicação do Direito Positivo. *In Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 7. p.198-206, 7 v.

FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do Direito e Juspositivismo**: a exaustão de um paradigma. 2002. 117f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

FUX, Luiz. A Crise Jurídica e as Perspectivas de Solução para o Terceiro Milênio. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais** – Editora Plenum – Edição Ouro, Caxias do Sul, v. 1, [s.n.]. CD-ROM.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002. 3 v., p.29. v 1. 522p.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Aspectos dos Contratos de Leasing, Franquia e Factoring. **Doutrina Jurídica Brasileira** – Editora Plenum – Edição Ouro, Caxias do Sul, v. 2, [s.n.]. CD-ROM.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: parte geral. 2003. 2 v., p.54. v 1. 506p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. 195p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos da Conciliação no Atual Direito Processual. **Doutrina Jurídica Brasileira** – Editora Plenum – Edição Ouro, Caxias do Sul, v. 2, [s.n.]. CD-ROM.

ITÁLIA. Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. 4 nov. 1950. Disponível em: Home Page Índice Fundamental do Direito – <http://www.dji.com.br/processocivil/jurisdicao.htm>. Acesso em 04/02/2004.

LACERDA, Galeano. O Juiz e a Justiça no Brasil. 2. ed. **Revista da AJURIS** – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul Publicações Eletrônicas, Porto Alegre, v. 1 a 74, 1998. CD-ROM.

LAGRASTA NETO, Caetano. **Juizado Especial de Pequenas Causas no Direito Comparado**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. 63p.

LARA, Rubens. **Acesso à Justiça**: o princípio constitucional e a

contribuição prestada pelas faculdades de Direito. São Paulo: Método, 2002. 160p.

LIMA, Augusto César Moreira. **Precedentes no Direito**. São Paulo: LTr, 2001, 125p.

LOUREIRO, Lair da Silva; LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. **Constituição da República Anotada**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. 313p.

LUZ, Sérgio Roberto Baasch. **O Poder Judicial e a Produção da Norma Individual**. 1999. 130f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 1999.

MACHADO, Jânio de Souza. **O Dano Moral pela Violação ao Direito de Privacidade: o Mercosul e os direitos humanos**. Ijuí: Ijuí, 2003. 182p.

MANDELLI, Darci Pacheco. A Prestação Jurisdicional através dos Juizados Especiais de Pequenas Causas. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais** – Editora Plenum – Edição Ouro, Caxias do Sul, v. 1, [s.n.]. CD-ROM.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3. ed. rev. ampl., São Paulo: Malheiros, 1999. 279p.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 342p.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000, 100p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Importação de Modelos Jurídicos. *In* MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 298p.

NALINI, José Renato. A Consciência Moral do Juiz. **Doutrina Jurídica Brasileira** – Editora Plenum – Edição Ouro, Caxias do Sul, v. 2, [s.n.]. CD-ROM.

NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 183p.

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. A Competência dos Juizados Especiais Cíveis em face das Normas Constitucionais e Infraconstitucionais. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais** – Editora Plenum – Edição Ouro, Caxias do Sul, v. 1, [s.n.]. CD-ROM.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios Informadores do Sistema de Direito Privado: a autonomia da vontade e a boa fé objetiva. 2. ed. **Revista da AJURIS** – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul Publicações Eletrônicas, Porto Alegre, v. 1 a 74, 1998. CD-ROM.

ONU, Declaração Universal dos Direitos do Homem. 10 dez. 1950. Disponível em: Home Page Nações Unidas – <http://www.un.org/spanish/Depts/dpi/portugues/Universal.html>. Acesso em 04/02/2004.

PALERMO, Hertha Helena Rollemberg Padilha. **Decisão por Equidade nos Juizados Especiais Cíveis**. [s.n.]. 152f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, [s.n.].

PASOLD, Cesar Luiz. **A Função Social do Estado Contemporâneo e o Poder Judiciário**. Revista da Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Santa Catarina, ano 2, v. 2, p.34-40, 1996. 189p.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Diploma Legal co-edição OAB/SC Editora, 2003. 128p.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. 7. ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002. 243p.

PASSOS, J.J. Calmom de. A Crise do Poder Judiciário e as Reformas Instrumentais: avanços e retrocessos. **Informativo INCIJUR** – Publicação Oficial do Instituto de Ciências Jurídicas, Joinville, SC, ano IV, n. 50, p.5-10, set. 2003.

PEDRA, Anderson Sant’Ana. **Os Fins Sociais da Norma e os Princípios Gerais do Direito**. Disponível em: Home Page JUS NAVIGANDI – <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3762>. Acesso em 14/10/2003.

PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus Curiae*: intervenção de terceiros. **Consulex** – Revista Jurídica, Brasília, DF, ano VI, n. 142. p.30-33, dez. 2002. 66p.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 722p. Título original: *Éthique et Droit*.

PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A Motivação da Sentença Civil**. São Paulo: Saraiva, 2001. 207p.

PINHEIRO, Ralph Lopes. **História Resumida do Direito**. 7. ed., Rio de Janeiro: Biblioteca Universitária Estácio de Sá, 1999. 169p.

PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 4. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 168p.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5. ed., anot. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 981p.

REAL, Luiz Antônio Corte. Juizado das Pequenas Causas: estudos e projetos. 2. ed. **Revista da AJURIS** – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul Publicações Eletrônicas, Porto Alegre, v. 1 a 74, 1998. CD-ROM.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 13. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001. 393p.

ROCHA, José de Albuquerque. Acesso à Justiça: direito a uma decisão fundada no ordenamento jurídico. *In* RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). **O Direito no Terceiro Milênio**. Canoas: Ulbra, 2000. 335p.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995. 176p.

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de Direito Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 296p.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. Tradução de Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 318p. Título original: Trattato di Diritto Comparato.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A Crise do Judiciário e a Visão dos Juízes. **Revista USP** – Dossiê Judiciário, São Paulo, SP, n. 21, p.34-45, mar.-mai. 1994.

SADEK, Maria Tereza; LIMA, Fernão Dias de; ARAÚJO, José Renato de Campos. O Judiciário e a Prestação de Justiça. *In* SADEK, Maria Tereza (org.). **Acesso à Justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p.13-14. 280p.

SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano**. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. Paris: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 1999. 206p. Título original: Introduction aux Droits Anglais et Américain.

SIFUENTES, Mônica Jacqueline. O Poder Judiciário no Brasil e em Portugal: reflexões e perspectivas. **Doutrina Jurídica Brasileira** – Editora Plenum – Edição Ouro, Caxias do Sul, v. 2, [s.n.]. CD-ROM.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis Anotada**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. 198p.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular: Estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2000. 308p.

SILVA, Sandra Dalla Pola da. O Sistema da *Common Law*. 2. ed. **Revista da AJURIS** – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul Publicações Eletrônicas, Porto Alegre, v. 1 a 74, 1998. CD-ROM.

SILVEIRA, Alipio. **Conceito e Funções da Eqüidade em face do Direito Positivo: especialmente no Direitocivil**. São Paulo: [s.n.], [1941]. 276p.

SLAIBI FILHO, Nagib. Juizados Especiais Cíveis: informalidade e eqüidade. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais** – Editora Plenum – Edição Ouro, Caxias do Sul, v. 1, [s.n.]. CD-ROM.

SOARES, Guido Fernando da Silva. **Common Law: introdução ao Direitos dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 197p.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **As Conseqüências da Desobediência da Ordem do Juiz Cível**. Curitiba: Juruá, 2001. 200p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 7 v., p. 106. v 1. 663p.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de Jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar**. São Paulo: Atlas, 2003. 226p.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Apontamentos sobre os Juizados Especiais Cíveis. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais** – Editora Plenum – Edição Ouro, Caxias do Sul, v. 1, [s.n.]. CD-ROM.

WATANABE, Kazuo. Novas Atribuições do Judiciário: Necessidade de sua Percepção e de Reformulação da Mentalidade. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, ano 1, n. 1, p.149-151, set./dez. 1996. 208p.

XAVIER, Luiz Roberto. A Razoabilidade como Parâmetro para Atuação Contemporânea do Judiciário. **Doutrina Jurídica Brasileira** – Editora Plenum – Edição Ouro, Caxias do Sul, v. 2, [s.n.]. CD-ROM.