

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 39 • nº 153

janeiro/março – 2002

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Função jurisdicional de mediata equidade em mandado de injunção

Rafael Cavalcanti Lemos

“Quando se lançam em leis regras jurídicas, atendeu-se ao que se supõe que aconteça. Tal suposição cria a generalidade de tratamento. Não se desce ao que é específico, se a especificidade não conduz à necessidade de trato especial. Mas, como o legislador pode pensar em existirem circunstâncias que revelem o desacerto da regra jurídica, ou mesmo a sua omissão, compreende-se que ponha em regras jurídicas a referência ao julgamento por equidade”

Pontes de Miranda (1997, p. 375).

1. Não é o termo “equidade” na literatura jurídica nacional ou estrangeira unívoco;

“assume, ao contrário, mais de um significado e, entre outros, o de interpretação segundo a natureza e finalidade do Estado (cf. Alípio Silveira, Conceito e funções da equidade, p. 182-183), ou, usando expressão contraditória em Biscaretti di Ruffia, exegese segundo os princípios gerais da ordem jurídica positiva do Estado” (BORJA, 1989, p. 44).

Representaria “equidade” mera “palavra-válvula, com que se dá entrada a todos os elementos intelectuais ou sentimentais que não caibam nos conceitos primaciais do método de interpretação” (MIRANDA, 1997, p. 375), e “a prática e os legisladores têm recorrido a essa noção ambígua, se não equívoca, com que se manda tratar com

Rafael Cavalcanti Lemos é Advogado em Recife, Pernambuco, e pós-graduando no curso de especialização em Direito Processual Civil da UFPE.

igualdade sem se definir de que igualdade se trata, nem se dizerem os seus começos e os seus limites” (p. 375). Acerca desse termo,

“‘vocábulo sonoro’, J. H. Correia Teles (*Comentário à lei da boa razão*. pr. n. 5), no suplemento ao citado comentário (Discurso sobre a equidade), escreveu: ‘creio ter aprovado quanta dificuldade há em julgar acertado conforme a equidade. O quanto seja mais fácil julgar bem conforme a lei é óbvio. Seja portanto corolário do que fica dito – *que nos não devemos negar ao estudo, persuadidos (de) que sem eles havemos (de) julgar retamente, só pelos ditames da equidade*’”(MIRANDA, 1997, p. 375).

Divisão todavia cediça de equidade é aquela que distingue esta social da individual.

Quanto ao segundo gênero,

“Aristóteles é responsável por sua definição como a justiça do caso concreto. A solução de litígios por equidade é a que se obtém pela consideração harmônica das circunstâncias concretas, do que pode resultar um ajuste da norma à especificidade da situação a fim de que a solução seja justa”¹.

Pode entretanto “acontecer que a lei não regule determinado caso. Nessa hipótese, os tribunais voltam ao método primitivo, em que o juiz formulava a regra que, em seguida, aplicava. É o ‘sistema da formulação judicial do Direito’ (TORNAGHI, 1989, p. 36).” O ordenamento jurídico “não admite lacunas; impõe aplicação de comandos normativos em concreto, quando elas porventura parecerem configuradas. É um sistema completo”². Cuida-se de equidade social, em que “a tarefa integradora ou de colmatação de lacunas é *criadora*, no sentido de criar como explícito algo já implícito no sistema jurídico, estabelecendo-se uma norma individual relativa à hipótese não regulamentada, submetida à apreciação do Judiciário” (DINIZ, 1998, p. 43).

Acham-se nos artigos 1º e 4º do Código Civil da Suíça de 10 de dezembro de 1907 a equidade social e a individual não confusas:

“Art. 1 (*application de la loi*). ¹ *La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l’esprit de l’une de ses dispositions.* ² *A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur.* ³ *Il s’inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.*”

e

“Art. 4 (*pouvoir d’appréciation du juge*). *Le juge applique les règles du droit et de l’équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d’appréciation ou qu’elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs.*” – “O art. 4º (*equidade individual*) manda que o juiz leve em conta as circunstâncias do caso concreto. O art. 1º (*equidade social*) ordena que, na falta de norma reguladora, o juiz aplique a que ele próprio formularia se fosse legislador” (TORNAGHI, 1989, p. 43).

2. Surge expressamente prevista em legislação brasileira a equidade pelo inciso 37 do artigo 113 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934: “Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade”:

“O Código Civil de 1916, no art. 7º da Introdução, dela não cogitara, se bem que, no direito anterior, certos critérios interpretativos chegassem aos mesmos resultados. O Código de Processo Civil de 1939, art. 114, inseriu a referência: ‘Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador’”(MIRANDA, 1997, p. 375).

O artigo 114 do Código de Processo Civil de 1939

“não dizia quando o juiz é autorizado a decidir por equidade. Portanto, para que o art. 114, que à equidade aludia, incidisse, era preciso que al-

guma lei dissesse: ‘resolvendo por equidade o juiz’, ou ‘de acordo com os princípios de equidade’, ‘decidirá equidosa-mente’. Sem isso, não cabia invocar-se o art. 114 (cf. 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 27 de abril de 1951, *R.R.*, 139, 131)”(MIRANDA, 1997, p. 379).

Proclamam respectivamente os artigos 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (decreto-lei 4.657/42) e 126 (redação pela lei 5.925/73) do Código de Processo Civil de 1973 que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” e “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.” Continua o 127 desse Código de Processo Civil: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei” – “Temos agora o texto de 1973, em que se alude à lei, qualquer que seja, que preveja os casos (‘nos casos previstos em lei’, art. 127)”(MIRANDA, 1997, p. 379). (v.g. artigo 1.109 do Código de Processo Civil de 1973: “O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna”).

3. O mandado de injunção é “instrumento de proteção” e “ferramenta forjadora de direitos”(TORNAGHI, 1989, p. 35), pois “alarga o campo da jurisdição de equidade” e “abre a porta para a renovação e o ajustamento do Direito a novas realidades sociais”³. Manifesta-se então por tríplice função social: “possibilita a solução de casos concretos para cuja regulamentação não há norma de lei”, “apressa a longa caminhada que o Direito teria que percorrer até chegar à formulação legislativa” e “evita as soluções revolucionárias”(TORNAGHI, 1989, p. 45).

Devem ser, em primeiro lugar atendidos o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (RUSCHEL, 1989, p. 42) e o 126 do Código de Processo Civil de 1973, os quais estatuem a preferência de que, não sendo descoberta “a norma para preencher a lacuna mediante o procedimento analógico⁴, recorre-se aos costumes⁵, e, se estes forem insuficientes, aos princípios gerais de direito⁶ e à equidade (DINIZ, 1998, p. 43). Pela “regra da total vinculação à lei” (artigo 127 do Código de Processo Civil de 1973)

“estaria vedado ao juiz decidir por equidade. Mas persistiria o dever de julgar, não como se legislador fosse, mas recorrendo à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito. Tal dever jurídico, agora, decorre de comando da própria Constituição que, ao instituir o mandado de injunção quis, declaradamente, remediar a inércia do legislador, confiando ao Judiciário o poder de supri-la (art. 5º, LXXI, Constituição)”(BORJA, 1989, p. 44):

reassume hierárquico grau constitucional “o que já antes se admitia no processo judiciário civil e o atual Código sem dúvida mantém em seu artigo 126 (no caso de lacuna da lei) e no 127 (recurso à equidade). O juiz não pode eximir-se de decidir; tem de resolver a questão. Como também indica o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, deve recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito; enfim, dispor como lhe pareça de equidade. Em outras palavras, cabe-lhe criar a norma para resolver o caso. Ou, como vem do direito anterior, aplicar ‘a norma que estabeleceria se fosse legislador’ (artigo 114 do Código de Processo Civil de 1939)” (DUARTE, 1991, p. 132).

A jurisdição em mandado de injunção não é de imediata equidade. Caso esta porém se faça imperativo, cuida-se de equidade pelo legislador qualificada constitucional (TORNAGHI, 1989, p. 44). Constitui

essa jurisdição de equidade, portanto, legítima função⁷.

Notas

¹ Tercio Sampaio Ferraz Junior, (2001, p. 244). André Franco, Montoro, (1997, p. 122): no capítulo X do livro V de *Ética a nicômaco*, Aristóteles definiu a *ἐπιεικεία* “uma adaptação da lei quando ela é deficiente por causa de sua universalidade”. Essa palavra grega é instrumento dos restantes sentidos: “conveniência”, “moderação”; “doçura”, “bondade” (PEREIRA, 1984, p. 210).

² Marcelo Duarte (1991, p. 132). Tercio Sampaio Ferraz Junior (2001, p. 215): “Historicamente, o problema das lacunas surge como questão teórica desde o momento em que a idéia de sistema impõe-se à concepção do ordenamento. Ela é, portanto, fruto da Era Moderna, da centralização e do monopólio da violência nas mãos do Estado e, conseqüentemente, do domínio sistemático da produção de normas, bem como da onipresença do legislador em relação a todos os comportamentos socialmente possíveis”. Maria Helena Diniz (*Compêndio...* 1997, p. 437 e *Lei de...*, 1997, p. 99-100): “Autores há que, ao examinarem a problemática das lacunas jurídicas, a consideram uma questão processual, uma vez que só surgem por ocasião da aplicação de normas a determinado caso para o qual não há, real ou aparentemente, norma específica”.

³ Hélio Tornaghi (1989, p. 41). “a instituição constitucional do mandado de injunção alarga o âmbito da atividade jurisdicional, porque, por ele, a Constituição autoriza o juiz decidir por equidade, o que significa determinar que ele aplique a lei como se fosse legislador” (SILVA apud CATHARINO, 1990, p. 72).

⁴ “Para integrar a lacuna, o juiz recorre, preliminarmente, à *analogia*, que consiste em aplicar, a um caso não contemplado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado” (DINIZ, *Compêndio*, 1997, p. 446 e *Lei de introdução*, 1997, p. 110). “Há autores” “que costumam distinguir *analogia legis* de *analogia juris*. A *analogia legis* consiste na aplicação de uma norma existente, destinada a reger caso semelhante ao previsto. E a *juris* estriba-se num conjunto de normas, para extrair elementos que possibilitem sua aplicabilidade ao caso concreto não contemplado, mas similar” (*Compêndio...*, p. 450-451 e *Lei de introdução*, 1997, p. 113-114).

⁵ “consoante o “art. 4º da atual Lei de Introdução, situa-se o costume imediatamente abaixo da

lei, pois o magistrado só poderá recorrer a ele quando se esgotarem todas as potencialidades legais para preencher a lacuna” (DINIZ, *Compêndio*, p. 455 e *Lei de introdução*, p. 118): “A grande maioria dos juristas, entre os quais citamos Storn, Windscheid, Gierke, Clóvis Beviláqua, Vicente Ráo, Washington de Barros Monteiro, sustenta que o costume jurídico é formado por dois elementos necessários: o uso e a convicção jurídica, sendo portanto a norma jurídica que deriva da longa prática uniforme, constante, pública e geral de determinado ato com a convicção de sua necessidade jurídica” (*Lei de introdução*, 1997, p. 119).

⁶ “Quando a analogia e o costume falham no preenchimento da lacuna, o magistrado supre a deficiência da ordem jurídica, adotando *princípios gerais de direito*, que” “são cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico”(DINIZ, *Compêndio*, 1997, p. 456 e *Lei...*, 1997, p. 123). “Esses princípios que servem de base para preencher lacunas não podem opor-se às disposições do ordenamento jurídico, pois devem fundar-se na natureza do sistema jurídico, que deve apresentar-se como um ‘organismo’ lógico, capaz de conter uma solução segura para o caso duvidoso. Com isso se evita que o emprego dos princípios seja arbitrário ou conforme as aspirações, valores ou interesses do órgão judicante” (Idem, *Compêndio...*, p. 457 e *Lei...*, p. 124).

⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 819: “*função*” “ação própria ou natural dum órgão, aparelho ou máquina”. *Michaelis – moderno dicionário da língua portuguesa*. Disponível em: [http://www.uol.com.br/bibliot/dicionar/](http://www.uol.com.br/bibliot/dicionar/:): “*função*” “ação natural e própria de qualquer coisa”. FERREIRA, Gilberto. Mandado de injunção. *Jurisprudência Brasileira*. n. 161, p. 49, jan./mar. 1991: o Judiciário “estará exercendo a sua mais lúdima função de aplicar o direito”.

Bibliografia

- BORJA, Célio. O mandamento de injunção e o habeas data. *Forense*, v. 306, p. 44, abr./jun. 1989.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Lei de Introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Norma constitucional e seus efeitos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

- DUARTE, Marcelo. Mandado de injunção. *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, n. 110, p. 132, abr./jun. 1991.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 2.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 24. ed. São Paulo: RT, 1997.
- PEREIRA, Isidro. *Dicionário grego-português e português-grego*. 6. ed. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa, 1984.
- RUSCHEL, Ruy Ruben. Contornos constitucionais do mandado de injunção. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 45, p. 42, mar. 1989.
- SILVA, José Afonso da. *Mandado de injunção e 'habeas data'*. São Paulo: RT, 1989. p. 45. Apud CATHARINO, José Martins. Mandado de injunção coletivo: cabimento, natureza, finalidade e alcance da sentença injuntiva. *Repertório IOB de jurisprudência, trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 4, 2. p. 72, 2. quinzena fev. 1990.
- TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção. *Revista de processo*, São Paulo, n. 56, p. 41, out./dez. 1989.