

MAGISTRATURA: FUNÇÃO QUE REQUER CORAGEM, INDEPENDÊNCIA, CRIATIVIDADE E HUMANITARISMO

Paulo César Bachmann Alves

Consultor jurídico aposentado do Poder Judiciário do Paraná, articulista e monografista forense.

RESUMO

A magistratura deve ser exercida por profissional honesto e audaz. Ele não pode curvar-se a pressões dos poderosos. Deve julgar o forte e o fraco com imparcialidade. O julgador não está obrigado a seguir cegamente o laudo pericial – artigo 479 do CPC – se entender que este não esclarece os fatos. Pode divergir do laudo e lançar na sentença as razões da sua discordância. Ainda cabe ao julgador aconselhar a parte que pretende ajuizar ação a não o fazer. Para tanto, há que concluir que não há motivo para o aforamento. As lacunas da lei, tanto na área cível quanto no crime, exigem criatividade do juiz. Deve ele socorrer-se da doutrina, da jurisprudência, da analogia, da interpretação por força da compreensão e dos costumes. Prevalecerá o espírito cristão e humanitário sobre a letra fria da lei.

Palavras-chave: Magistratura. Imparcialidade. Lacunas da lei. Ação judicial. Humanismo. Legalismo.

ABSTRACT

The magistracy must be exercised by an honest and daring professional. He cannot bow to the pressures of the powerful. He must judge the strong and the weak with total impartiality. The judge is not obliged to blindly follow the expert report – article 479 of the CPC – if he understands that it does not clarify the facts. He can diverge from the report and give the reasons for his disagreement. It is still up to the judge to advise the party that intends to take action not to do so. To this end, he must be concluded that there is no reason for the relief. Gaps in the law, both in civil and criminal matters, require creativity from the judge. He must draw on doctrine, jurisprudence, analogy, interpretation by virtue of understanding and custom. The Christian and humanitarian spirit must be prevail over the cold letter of the law.

Keywords: Magistracy. Imparciality. Law gaps. Lawsuit. Humanism. Legalism.

1. INTRODUÇÃO

Já houve tempo em que o magistrado era passivo aplicador de leis. Os monarcas ditavam o que queriam, cumprindo os magistrados a eles subordinados, sem maiores divergências, as normas que os imperadores apresentavam. No Brasil, desde a República, seguiu-se a orientação de Montesquieu, tripartindo-se os Poderes estatais em: Legislativo, que, em essência, legisla; Executivo, cujo trabalho específico é administrar e executar as leis; e Judiciário, com a relevante missão de julgar, interpretando a lei aos fatos examinados.

Eliminada, então, a posição do Judiciário como mero vassalo dos imperadores, os julgadores puderam, com mais desembaraço, cumprir suas obrigações. Mas, para desempenhar tão importante missão, o magistrado não pode ser máquina fria, mecânica, automática. Ele não está determinando o destino de galinhas, bois, animais irracionais, mas de seres humanos. Assim, além de profundo conhecedor de leis, deve, ainda, ter outras qualidades: visão social, sintonia com as mudanças que o mundo produz, compaixão (ninguém pode julgar se não tiver compaixão), intrepidez e criatividade. Se a cada fato novo o Poder Legislativo fosse baixar uma lei, teríamos o caos na coletividade. O magistrado há que entender que atrás de cada processo há uma pessoa, e é visando a felicidade desta que ele será um juiz na acepção da palavra ou um engenho destruidor.

O presente trabalho pretende destacar as qualidades especiais que o julgador deve ter, como implantador do amor, da fraternidade e da convivência harmônica entre as pessoas.

2. ASPECTOS PRETÉRITOS

Travei contato, há anos, com um dos maiores magistrados que conheci, o Dr. Francisco Muniz, hoje de saudosa memória, quando eu era assessor jurídico do extinto Tribunal de Alçada. Uma frase do nobre julgador não consigo esquecer: “senten-

ciar é um ato de coragem”. E realmente é assim. O julgador, enquanto estiver examinando feitos que não envolvem pessoas muito poderosas, poderá apenar os réus sem que lhe advenham consequências perigosas. Mas elas logo irão ameaçar o magistrado se alguns figurões da esfera política e empresarial estiverem envolvidos, como ficou tão claramente demonstrado no Brasil, desde que foi deflagrada a operação Lava Jato.

Regressando ao Tribunal de Alçada, outro magistrado, também já falecido, veio a me narrar: “Eu era juiz da Vara da Fazenda e fui contatado por determinado desembargador. Observou ele que eu deveria ser mais tolerante com os processos que envolviam interesses da Fazenda Pública, pois era dela que advinham os proventos destinados aos juízes. Respondi ao desembargador que no gabinete dele as ordens que ele expedia eram cumpridas. Na minha vara, porém, as minhas é que eram acatadas”. E o julgador deu a entender que foi prejudicado na vida profissional por influência do desembargador, por não ter atendido o estranho pedido. Já alertava para esse fato Ruy Barbosa, na sua famosa “Oração aos Moços”. Ouçamo-lo:

Não vos mistureis com os togados que contraíram a doença de achar sempre razão ao Estado, ao Governo, à Fazenda, por onde o condecora o povo com o título de ‘fazendeiros’. Essa presunção de terem, de ordinário, razão contra o resto do mundo, nenhuma lei a reconhece à Fazenda, ao Governo ou ao Estado.

Historicamente, surgiu a figura de Thomas More. Quando viu que não podia concordar com a atitude de Henrique VIII na questão do divórcio, More se demitiu do cargo de chanceler. Colocado entre o dilema de trair sua consciência, votando a favor do Ato de Supremacia, ou perder os bens e a vida, não duvidou: foi fiel à sua consciência. Na cadeia, teve a visita da esposa, que chorava para induzi-lo a usar de um subterfúgio que lhe permitisse conservar a vida sem negar interiormente a fé; não quis gestos falsos. Ficou firme em sua fé e em sua integridade moral. Numa época de tantas deserções covardes, passou à História como “o homem que não vendeu sua alma”. Que exemplo para todas as épocas! Voltando a Ruy Barbosa, observou ele, ainda na “Oração aos Moços”, de onde vem o poder da Justiça:

Ora, senhores, esse poder eminentemente necessário, vital e salvador, tem os dois braços, nos quais aguenta a lei em duas instituições: a magistratura e a advocacia, tão velhas como a sociedade humana, mas elevadas ao cem-dobro, na vida constitucional do Brasil, pela estupenda importância que o novo regime veio dar à Justiça. Meus amigos, é para colaborar em dar existência a essas duas instituições que hoje saís daqui habilitados. Magistrados ou advogados sereis. São duas carreiras quase sagradas, inseparáveis uma da outra, imensas nas dificuldades, responsabilidades e utilidades. Se cada um meter bem a mão na consciência, certo que tremerá da perspectiva. O tremer próprio é dos que se defrontam com as grandes vocações, e são talhados para as desempenhar. O tremer, mas não o descorçoar. O tremer, mas não o renunciar. O tremer, com o ousar. O tremer, com o empreender. O tremer, com o confiar. Confiai, senhores.

O magistrado há, também, que ser criativo. Reza o artigo 479 do CPC/15 – novo Código de Processo Civil (Lei nº 13105/2015): “O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto do artigo 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito”. Por seu turno, reza o artigo 371: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação do seu convencimento”. Embora a ciência tenha avançado muito, não se pode confundir excelência com perfeição. Esta é só encontrável na Providência Divina; aquela, em profissionais muito capacitados.

3. EXEMPLO CONCRETO

Conquanto o assunto tenha sido debatido há anos, quando ainda vigorava o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), é sabido que o Direito é atemporal, tanto que há dispositivos do CPC/73 reproduzidos *ipsis litteris* no diploma de 2015. A matéria debatida, inserta na Revista dos Tribunais (RT) nº 418/134, se reveste de especial importância.

Um menor, recém-nascido, representado por sua mãe, intentou ação de investigação de paternidade, cumulada com ação de alimentos, contra seu presumido pai, alegando que sua mãe e seu suposto pai foram namorados durante cinco anos, acabando por manter relações sexuais pela primeira vez, numa certa cidade, ocasião em que sua mãe foi desvirginada e engravidada. Após esse acontecimento, por mais duas vezes o casal manteve relações sexuais, tentando o réu, ainda, convencer a mãe a abortar. Como não conseguiu, abandonou-a.

Após o nascimento do autor, a mãe procurou o réu, que, no entanto, negou-se a registrá-lo. Daí a propositura da investigatória, com pedido de prestação de alimentos e prova do alegado por todos os meios, especialmente a perícia. O réu contestou, dizendo-se noivo e negando ter tido qualquer relação sexual com a mãe do autor, e muito menos ter sido seu namorado. Alegou, ainda, que, na época da concepção do autor, sua mãe manteve relações sexuais com outros homens, sendo, pois, notória sua “má conduta”. Pediu, assim, a improcedência da ação, prometendo provar o alegado por todos os meios admitidos em Direito, especialmente por perícia.

Findo o prazo para a resposta do réu, os autos foram conclusos ao juiz, que, após superadas mais algumas etapas do processo, houve por bem nomear um perito. Este, após realizar exames nos interessados, concluiu: “O réu incluiu-se entre os pais possíveis do menor, nunca sendo possível, porém afirmar a existência de vínculo genético entre um imputado pai e seu suposto filho, visto que sempre se poderá encontrar outra pessoa de mosaico sanguíneo igual ao da pessoa investigada”.

O juiz, examinando o laudo, concluiu que, “não excluída a paternidade pelo exame referido, a perquirição de outras provas deve continuar”. Analisando, então, a prova testemunhal, verificou o magistrado que esta indicava o namoro, referia-se às relações sexuais, às aflições da moça enquanto grávida, e aludia às imputações firmes sempre feitas por ela ao réu como pai da criança. E resultou dessa prova, também, inequívoca demonstração de que a mãe do autor sempre foi moça de comportamento excelente.

Nessa altura, como existisse dúvida ao cuidadoso magistrado, este deliberou por realizar uma audiência com as partes,

com o fim de constatar, pessoalmente, uma semelhança física entre o filho e o suposto pai, prova não pacificamente aceita, seja na Medicina, seja no Direito, mas que opera como elemento subsidiário que, em alguns casos, é de acentuado valor.

Em sala especial, obviamente franqueada aos procuradores das partes e ao Curador Geral, por duas horas, pacificamente, o juiz procurou encontrar caracteres somáticos e físicos entre o filho e o imputado pai. A parença era inarredável, fisicamente, sendo os caracteres somáticos os mesmos. Sentiu o julgador nitidamente que o réu se encontrava embaraçado ante a semelhança evidenciada. Chegou mesmo, o réu, a dizer que estaria disposto a reconhecer o filho como seu, com a condição de que fosse entregue à sua guarda, condição obviamente recusada pela mãe. Mas dessa audiência saiu o magistrado convencido moral e intimamente da certeza da paternidade atribuída ao réu, esboroando-se, assim, de maneira definitiva, as diminutas dúvidas subsistentes.

Está aí, então, a beleza do Direito e a criatividade do magistrado, não afeto ao laudo pericial, quando este, cabalmente, não oferece as respostas necessárias. Digamos que o julgador se omitisse comodamente. Ora! Fácil lhe seria aplicar o *in dubio pro reo*. O responsável pelo fato, então, quedar-se-ia livre, rindo da Justiça. Mas o ínclito julgador fez até as vezes de psicólogo, analisando a reação do réu, e até de fisionomista, comparando a aparência do acusado com a criança em questão.

Percebe-se o que se disse linhas atrás: a constatação visual não é pacificamente aceita nem pela Medicina nem pelo Direito. Isso, porém, não é motivo para intimidação do juiz, o qual, se não estiver bem convencido da verdade emergente os fatos, há que investigá-los mais.

4. FUNÇÃO SUPLETIVA DO JUIZ, LACUNAS DA LEI E A CIÊNCIA DA INTERPRETAÇÃO

Há o magistrado, também, que aconselhar caridosamente

algumas pessoas. A ação judicial, como se sabe, é só aconselhável quando nenhuma solução conciliatória foi alcançada. Existe, até, um provérbio muitas vezes repetido: “um mau acordo é melhor do que uma boa demanda”. Fiéis a tais princípios, tanto o CPC/73 (artigo 331) quanto o CPC/15 (artigo 334) indicam a conciliação, buscando, com o acordo, evitar os incômodos de uma ação judicial.

O magistrado faz, às vezes, função de aconselhador. Há registro de um que foi procurado por uma mulher, e essa mulher estava consumida pelo ódio. Então, o julgador perguntou: “Qual é o seu problema?” A mulher narrou. Após ouvir o que fora dito, o juiz observou: “Minha senhora, não existe, no que a senhora me contou, motivo para se aforar uma ação. O que a senhora precisa é de um psiquiatra”. A senhora, que depositava muita confiança na autoridade, seguiu o conselho. Semanas depois, veio agradecer ao julgador, pois o problema dela era só psíquico. Quantas ações talvez poderiam ser evitadas se as pessoas buscassem conselho junto a personagens amigos!

E o que dizer das lacunas da lei, previstas no artigo 140 do CPC/15? Entra aí, sobremaneira, a criatividade do juiz. O dispositivo, que só reformulou em parte a redação do artigo 126 do CPC/73, desenha a função espinhosa, porém sublime do julgador. Com efeito, se para cada situação nova que surgisse no ordenamento jurídico fosse baixada uma lei, elas haveriam de ser diárias, instalando-se o caos no Judiciário. Apagada seria a função do juiz. Ao magistrado só caberia indicar qual a lei aplicável ao caso. Se assim fosse, seria até conveniente entregar o trabalho ao computador, e depois compelir as partes a se curvarem à decisão eletrônica. Tal caminho não pode ser seguido.

A jurisprudência, que encerra vários posicionamentos acerca de um só tema jurídico, é fonte importante de Direito. Outra fonte é a doutrina, oriunda das colocações de destacados pensadores. Há ainda que se falar na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do Direito, que poderão orientar o julgador nas situações novas que irão surgindo. Tais situações novas enquadram-se na chamada zona da penumbra do Direito.

A lei é fonte de século de aprendizado. Todavia, sendo ela fruto de uma época, deve sujeitar-se a certos entendimentos oriundos dos pretórios, que visam a atualizá-la, lançá-la junto

aos fatos que ocorrem na época presente. As leis representam o imobilismo judicial; a jurisprudência e a doutrina tratam de oxigená-la. A vida segue uma velocidade alucinante. Regras antigas já não contemplam todas as situações apresentadas pelos tempos modernos.

Em nenhuma ciência a estagnação produziu frutos bons. O Judiciário, desejoso de trazer a felicidade para a sociedade, há que procurar caminhos jamais percorridos para solucionar fatos recentes. A própria Bíblia Sagrada, o livro eterno, há que ser reinterpretada, e isso já é feito, para se lhe arrancarem soluções para a vida moderna. A sua redação original não sofreu, porém, alterações. O Código Civil e o Código de Processo Civil, entre outros diplomas legais, sofreram.

O que o magistrado está impedido de fazer é decidir em colisão direta com a lei. Se esta é, porém, obscura, omissa, ambígua, há o julgador que indagar qual terá sido o espírito que norteou o cérebro do legislador, caso este tivesse que aclarar, que deixar nítida a sua intenção. Despachar ou sentenciar é a obrigação do magistrado, haja ou não uma norma legal que contemple as situações inesperadas que o cotidiano forense apresenta.

O grande jurista Roberto de Ruggiero, mencionado por Pedro Batista Martins nos *Comentários* deste último (vol. II, p. 43-44), buscou, infrutiferamente, conceituar os princípios gerais do Direito: “Quanto aos princípios gerais, está hoje assente que eles não são, como em tempos se sustentou, [...] os princípios fundamentais do Direito Positivo italiano, tal como se deduzem de todo o sistema orgânico. Podem eles, porventura, coincidir com os princípios racionais ou romanos nos limites em que as concepções das escolas filosóficas ou dos juriconsultos de honra passaram para as novas leis, mas o que faz o seu valor de princípios gerais é precisamente essa sua recepção no Direito vigente”.

Poder-se-á argumentar que, ao decidir acerca de um fato não contemplado pela lei, estará o magistrado ultrapassando os limites desenhados para os seus misteres. Todavia, não o faz. Está, assim, verazmente mergulhado nos mesmos misteres, eis que, como integrante do Judiciário, deve solucionar as pendengas que as partes encaminham ao mundo forense.

De tal maneira, o Judiciário envolve-se profundamente na área social, agindo como se legislador fosse ou representante da vontade do Estado. Aliás, em ocasiões especiais, o Judiciário até executa atividade específica do Legislativo, quando elabora, por exemplo, o seu Regimento Interno. Na sua feitura, o Legislativo não interfere, pois é da alçada específica do Judiciário. O que não pode acontecer é os litígios ficarem sem resolução. O artigo 140 do CPC/15 contém um parágrafo único, assim redigido: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. O parágrafo, cópia *ipsis litteris* do artigo 127 do CPC/73, ao se referir à equidade, mergulha em águas revoltas.

Turvo, nebuloso, confuso e obscuro é o conceito de equidade. Já Aristóteles, há séculos, procurou defini-la: “Ser equitativo é ser clemente com as fraquezas humanas; é considerar não só a lei, mas o legislador; não a letra da lei, mas o espírito daquele que a fez; não a ação, mas a intenção; não a parte, mas o todo; não o que o acusado é atualmente, mas o que ele foi sempre, ou a maior parte do tempo. É consentir que uma contenda seja resolvida antes pela palavra do que pela ação, preferir submeter-se a um arbitramento, em vez de um julgamento pelos tribunais, porque o árbitro vê a equidade, o juiz não vê senão a lei; o árbitro não foi, aliás, inventado senão para dar força à equidade” (Rhetorique, liv. I, texto restabelecido e traduzido por Médéric Dufour, 1932, p. 132-134 - Eduardo Espíndola Filho, *Equidaeae*. In: **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**, vol. 20, p. 244).

O artigo 114 do CPC/39 observava que, quando autorizado a decidir por equidade, o juiz deveria aplicar a norma que estabelecer se fosse legislador. A orientação era válida, mas deixava entrever que o magistrado só poderia decidir por equidade se a lei o autorizasse. Ora, a equidade há que estar presente em qualquer decisão judicial, sendo os fatos trazidos ao conhecimento do julgador previstos ou não nos dispositivos legais.

É sabido que a propedêutica é o corpo de ensinamentos introdutórios ou básicos de uma disciplina; ciência preliminar, introdução. Pois bem: a equidade é regra primária de aplicação da norma geral abstrata, fixa, e a sua atuação concreta, especial, em correspondência com a variação das circunstâncias do caso apresentado. Isso apenas se tornará eficientemente realizável

se o juiz se conferir um razoável poder de apreciação. Sem a equidade, com a aplicação intransigente e rigorosa da lei, a despeito de quaisquer questões e circunstâncias, o resultado poderá ser de uma flagrante injustiça, o que não corresponde à finalidade da lei e ao fundamento do Direito.

Em síntese, anotemos: i) na hipótese de haver previsão legal, o julgador decide por equidade, redigindo norma que redigiria se fosse legislador; e ii) existindo casos outros, o magistrado, usando da equidade, infirma a severidade da lei e a adapta à situação contemplada. Mas o julgador não pode invocar a equidade contra texto expresso da lei, o qual deve fazer cumprir e prestigiar.

Um exemplo concreto contribuirá para aclarar ainda mais o conceito de equidade. Vejamos os fatos narrados adiante. Marido e mulher vivem em comum no norte do país. Ele exerce as funções de representante comercial, e ela trabalha no comércio. Certo dia, ela resolve transferir-se para uma cidade de maior vulto, e a isso se opõe o marido, alegando que ele fatalmente encontraria dificuldades para conseguir emprego em cidade maior, ainda mais levando-se em conta sua idade, de 62 anos. Contudo, para salvaguardar a união do casal, mantida durante tantos anos, o marido aceita acompanhar a esposa.

Na mudança, ele perde a sua única fonte de renda, e, posteriormente, não consegue emprego para garantir sua subsistência e a da sua esposa. Ela recebe elevados vencimentos; resolve não mais morar na companhia do marido. A única solução para o marido é pedir alimentos à esposa através do Poder Judiciário, ocasião em que o juiz, após mandar citar a ré, fixa os alimentos provisionais em 30% do total dos rendimentos da esposa.

A esposa, por sua vez, contesta o feito, dizendo, preliminarmente, que ao marido é que cabe a obrigação de sustentar a mulher; que tal obrigação só cessa para ele quando a mulher o abandona sem justo motivo (Código Civil, artigo 234); que a Lei nº 5478/1968 (sobre ação de alimentos) em nenhum dos seus parágrafos estabelece normas para alimentos a serem fornecidos pela mulher; que deve ser revogado liminarmente o ato de concessão de 30% de alimentos ao autor; e que deve ser declarada a carência da ação. Quanto ao mérito, a contestante declara que o autor é alcoólatra inveterado, a ponto de, no estado de embria-

guez, não respeitar nem a própria filha, uma menina de 12 anos; que o autor sempre demonstrou ser irresponsável, sem vontade de trabalhar, e preguiçoso, passando maior parte do seu tempo em botequins. Alega, ainda que ela sempre sustentou a casa, e que o pouco que o autor ganhava era gasto em bebidas.

Convém indicar: o fato ocorreu sob a égide do Código Civil de 1916. O juiz, à época, não encontrou uma norma jurídica prevista para regular aquela situação específica, e, assim, procurou fazer justiça sem lei, aplicando a norma que faria se fosse legislador. Ou seja, decidiu por equidade (CPC/73 - artigos 126 e 127; CPC/15 - artigos 140, *caput* e parágrafo único). O magistrado, assim, deu razão ao marido, com fundamento no princípio da assistência mútua que deve existir entre os cônjuges, suprindo e interpretando a lei (Revista forense - 236/238). A ementa da hipótese inicial foi a seguinte: “No dever de mútua assistência que o Código Civil impõe aos cônjuges, se compreende a prestação recíproca de alimentos, desde que esteja em condições de provê-los aquele a quem o outro recorre”.

Conforme anotado, a matéria foi examinada sob a égide do Código Civil de 1916. O juiz, é claro, não pode desempenhar as funções de legislador, salvo no exemplo já ofertado anteriormente: quando os Tribunais, por conta própria, montam o seu Regimento Interno. Todavia, nas situações novas, o magistrado há que fazer as vezes de legislador. Não é demais repetir que sem solução as demandas não podem ficar. Entretanto, as leis, que exigem atualização permanente, dada a velocidade com que os fatos se desenrolam na sociedade, não raras vezes se abeberam da jurisprudência para montar novos artigos. Aliás, a jurisprudência e a doutrina são fontes da lei. O Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro), nos seus artigos 1694 e 1702, prevê, evidentemente seguindo a trajetória do exemplo acima, hipótese em que, qualquer que seja o sexo do cônjuge, o outro deve prestar-lhe alimentos, desde que o requerente realmente os necessite.

Leia-se o artigo 1694: “Podem os parentes, os cônjuges ou os companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social”. E o artigo 1702: “Na separação judicial litigiosa, sendo

um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no artigo 1694”. Não é novidade que a matéria é espinhosa. Cada julgador tem, sobre temas polêmicos, um pensamento diverso de um colega seu. Deve ele, então, socorrer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito.

A analogia é expressão que significa semelhança ou paridade. Desse modo, significa a semelhança de casos, fatos ou coisas cujas características se aproximam. E, quando se trata de relações jurídicas, tais características se tornam, indiscutivelmente, por analogia, subordinadas a um princípio ou a princípios atribuídos aos casos análogos, se a lei não lhes prescreve regra própria. A analogia, recaindo sobre a interpretação da lei ou do texto legal, retrata a interpretação extensiva ou indutiva dele, pela semelhança com outra lei ou com outro texto.

Ainda no tocante à interpretação, é importante separar a que se diz “por força da compreensão” da que se dá “por analogia”. Embora ambas sejam extensivas, guardam distinções: a por força da compreensão se entende como a que se faz em vista de elementos lógicos oriundos de premissas científicas, indicando nitidamente o que o legislador quis fixar; na interpretação por analogia, a conclusão não desenha a resposta que o legislador quis encontrar, mas sim aquela que ele desenharia se ele pessoalmente se debruçasse sobre o tema, mas não se debruçou. A analogia, portanto, requer alto grau de certeza, que se nutre da própria equidade. Recai sobre o Direito comum, e não é admissível quando se examina o Direito singular (leis de exceção ou especiais).

Já o costume traduz tudo que se estabelece por força do hábito ou do uso. Por exemplo: na fila do caixa se dá preferência ao idoso, à gestante e aos deficientes; nos ônibus, *idem*. Nem sempre, lamentavelmente, tal atitude é tomada, pois existe ainda muito egoísmo no mundo, mas a orientação está lançada. São diversas as conceituações entre uso e costume, embora, na prática, os dois termos não raro sejam tomados como sinônimos. Algo parecido acontece com a distinção entre fenômenos inconscientes e subscientes, que podem – e devemos procurar a praticidade dos conceitos, não nos perdendo em minú-

cias inócuas – ser considerados como sinônimos, embora, num purismo desapiedado, não o sejam. Inconscientes são as ideias, os sentimentos de que não temos consciência. Subconscientes são as ideias de que não nos damos conta senão rotineira e deficientemente. A distinção, como se vê, é irrisória, mas está mais em voga o termo “subconsciente”.

Costume recai especificamente no comportamento particular das pessoas, e em tal caminho se assinalam os bons ou maus costumes, enquanto o uso é mais desenhado como norma comum ou regra aceitável em certo lugar. Na seara jurídica, todavia, costume é entendido como princípio ou regra não escrita que se introduz pelo uso, com o consentimento tácito de um grupo, admitida a sua força como norma a ser obedecida na consecução de certos atos. Seguindo tal vereda, assinala-se que o costume detém força de lei. Comportamento que vale como lei que o uso fixou e que se conserva, sem ser escrito, por uma longa tradição. A reunião das regras derivadas dos costumes é batizada de Direito Costumeiro.

Quando alegado, todavia, o costume está sujeito a comprovação. Eis o que prevê o artigo 376 do CPC/15: “A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar”. O que se quer indicar é que, se o magistrado determinar que a parte exiba prova do teor e da vigência do direito municipal, estadual, estrangeiro ou costumeiro, terá (a parte) que cumprir a determinação, ou então o referido direito não será reconhecido na sentença.

Se o magistrado é do Estado do Paraná, por exemplo, e a lei levantada é do Estado referido, desnecessária será a prova. Mas se o feito foi ajuizado em Santa Catarina e a parte invoca a legislação estadual do Paraná, o juiz pode exigir a prova da vigência e do teor do direito. Não é diversa a orientação se se tratar de direito alienígena. Em tal hipótese, a parte há de trazer, além da prova, a competente tradução do texto. O teor do texto será comprovado pela sua inserção em publicação técnica. A vigência, através de certidão de sua não revogação, indicada pelo órgão do Poder Executivo que a promulgou ou sancionou.

E como fazer na hipótese de direito alienígena? Aí a comprovação há que se desenhar via autorização diplomática, se

porventura o juiz não aceitar publicação recente ou trabalho forense. O conteúdo de tratado internacional a que o Brasil haja aderido é a legislação interna, de âmbito federal. É vedado ao julgador determinar que a parte exiba prova do texto.

E quanto à prova do direito estabelecido pelos costumes, costumeiro, habitual, cognominado direito consuetudinário? Tal prova é muito mais dificultosa. Isso porque, se o fato não for notório, o que afastaria a comprovação, há que surgir um atestado, oriundo de autoridade competente, para que o costume constitua lei ou direito. Mas o magistrado pode dispensar a prova, se entender que ela é desnecessária. Por aí se vê a dificuldade de se conceituar equidade. Mais ainda, de formular uma decisão em que a equidade esteja realmente desenhada. Isso porque, conforme o brocardo jurídico, “cada cabeça, uma sentença”.

As jurisprudências sobre a equidade, inseridas no parágrafo único do artigo 140 do CPC/15, delinham os limites dos julgados. Os contornos desenhados, bem nítidos, deixam claro até onde os juízes podem ou não podem ir. Eis algumas:

A proibição de que o juiz decida por equidade, salvo quando autorizado pela lei, significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça. Não há que ser entendida, entretanto, como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no artigo 5º da Lei de Introdução. (RSTJ - 83/168)

Não pode o juiz, sob alegação de que a aplicação do texto à hipótese não se harmoniza como o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável. Mitigue o juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não substitua pelo seu critério. (STJ - RBDP5 - 50/159; Amagis - 8/363)

A figura do *judge made law* é incompatível com a tripartição do poder, pois gera o arbítrio do Judiciário, a par de invadir a esfera legiferante, atribuição de outro Poder [...]. Aonde irá a certeza do direito se cada juiz se arvorar em legislador? (RT - 604/43)

A interpretação meramente literal deve ceder passo quando colidente com outros métodos exegéticos de maior robustez e cientificidade. (RSTJ - 56/152)

A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças. (RSTJ - 41/1554 e STJ - Rt 656/188; no mesmo sentido: RSTJ - 28/312)

A interpretação da lei não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil [...]. Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando contra legem, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da justiça e do bem comum”. (Ministro Sálvio de Figueiredo - RSTJ - 26/378, p. 384)

No campo penal, a busca do magistrado pela equidade há de ser, igualmente, incansável. Há muitas espécies de exegese no Direito Penal, como a interpretação declarativa, a restritiva e a extensiva, indicadas aqui. Elas guardam semelhança com a área cível. A interpretação declarativa surge quando o texto não necessita nem ser aumentado nem diminuído. Nele se encontra o significado escondido do termo definido pela lei. Assim: o artigo 141, III, do Código Penal, inserido no Capítulo V, que trata dos crimes contra a honra, alude a “várias pessoas”. A expressão esclarece que se trata de mais de duas. Se a lei nitidamente indicasse duas pessoas, as teria mencionado.

Já a interpretação restritiva tem por objetivo diminuir o alcance da lei, a fim de que se possa descobrir a patente vontade do legislador. O artigo 28 do Código Penal, sobre a imputabilidade, indica a emoção e a paixão (inciso I), assim como a embriaguez voluntária ou culposa (inciso II), como fatores não excludentes da imputabilidade, harmonizando essa regra com o artigo 26 e seu parágrafo (inimputáveis e redução da pena). Assim, se está espremendo o alcance do artigo 28 para que não entre em colisão com o artigo 26 e seu parágrafo. Outro exemplo: na expressão “venda em hasta pública”, inserta no artigo 335 (impedimento, perturbação ou fraude de concorrência), impõe-se seja a venda realizada judicialmente, prevista, no artigo 358 (violência ou fraude em arrematação judicial), como fato gerador de crime contra a Administração Pública. E, ainda, no artigo 332 (tráfico de influência), dentro da concepção de “funcionário público” não podem caber “juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário da Justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha”, especificados no delito de exploração

de prestígio contra a Administração Pública (artigo 357).

Agora, a interpretação extensiva. Quando se dá? Quando se torna imprescindível dilatar o sentido da lei. O artigo 130 (perigo de contágio venéreo) abrange não só o perigo, mas igualmente o contágio de moléstia venérea. O artigo 168 (apropriação indébita), indicador da expressão “coisa alheia”, abrange também a coisa comum, que em parte é alheia. O artigo 235 contempla não só a bigamia, mas também a poligamia. O artigo 260 (perigo de desastre ferroviário) contempla o “serviço de estrada de ferro” e alcança, também, o de metrô, que é um serviço de trem que corre sobre trilhos.

Há que se indicar, em adendo, a interpretação progressiva. O que significa? O vocábulo “progressivo” sugere o progresso social, as mudanças de hábito que o tempo vai impondo. São as alterações sociais, jurídicas, científicas e morais que devem ser projetadas sobre a lei penal. O artigo 129, § 1º, inciso II, estabelece o “perigo de vida” entre as hipóteses de lesão corporal de natureza grave. O que significará o vocábulo diante do progresso da Medicina? E como interpretar o desenho de doença mental” em função das descobertas mais recentes da Psiquiatria? E o que se deveria entender por “mulher honesta”, termo utilizado na redação primitiva do Código Penal, em face da evolução dos costumes? O que se poderia conceber como “lugar destinado a encontros para fins libidinosos” diante da multiplicação de motéis?

Pelo que foi exposto, cai por terra a expressão latina *dura lex, sed lex*. O que quer dizer ela? Quer dizer que a lei deve ser aplicada, ainda que pareça imoral ou injusta. Mas é claro que, se a lei for imoral ou injusta, cabe ao magistrado, que é a figura máxima do processo, dissecá-la para que o amor, a justiça e a fraternidade sejam alcançados.

É comum classificar o juiz muito severo de “mão pesada”. E ainda há que se reportar à regra catoniana. No Direito Romano, ela exprimia a regra que Márcio Pórcio Catão, filho de Catão, o Censor, introduzira na jurisprudência. Significava algo tão insanável, invalidável, irrevogável, em qualificação a todo ato jurídico que, sendo defeituoso, viciado ou ineficaz, não poderia, posteriormente, ser validado ou considerado eficaz. Com a evolução do Direito, todo ato defeituoso, viciado ou ineficaz

não pode sobreviver, porque é defeituoso, viciado ou ineficaz. O mundo jurídico não pode ser tão rígido a ponto de, por um purismo no Direito, perpetrar uma monstruosidade. Aí entram a arte e a ciência do juiz moderno.

Já no mundo cristão, vemos Jesus esquecendo-se do legalismo e alimentando o humanismo. A subordinação do Judiciário a Cristo é muito conhecida, eis que Ele, sendo Deus, é chamado de “o Juiz dos juízes”. E vemos crucifixos em inúmeras repartições. Seu humanismo, afastando a lei injusta, está bem retratado em Lucas, Cap.13, vers. 10-17. Jesus curou uma mulher encurvada e disse, contra os que a condenavam por ter feito a cura no sábado: “Hipócritas! Qualquer um de vocês não solta do estábulo o boi ou burro no sábado e o leva a beber?” Assim, a lei do sábado era esquecida em proveito de um boi ou burro, não havendo motivo para segui-la em prejuízo de um ser humano, muito mais importante do que animais irracionais. A lei do sábado era um sistema injusto, arcaico. Jesus a quebrou, porque o amor assim o exigia. Aliás, o amor e a justiça são parentes próximos. E Jesus, ainda, em outra ocasião, deu uma sacudida em quem não conseguia fazer as interpretações necessárias. Determinou que as pessoas julgassem, por elas mesmas, o que era justo (Lucas, Cap. 12, vers. 57).

Digamos mil vezes: o juiz não pode rejeitar brutalmente a lei. O que ele deve fazer é aproveitar a lei de uma forma compassiva: é arrancar da lei um comportamento equânime, solidário. Jesus não revogou o sábado, até o humanizou. Os que entendiam que a lei do sábado era imutável foram chamados de legalistas. Legalismo é a tendência de seguir a lei sem nenhum espírito crítico. Os legalistas, eram, então, os defensores da *dura lex, sede lex*.

Não é demais repetir: durante o Brasil Império, os magistrados eram meros seguidores da monarquia. Com o advento da República e a tripartição dos Poderes, porém, passaram a ter certa independência. Tal independência há que ser ferrenhamente defendida. Caso contrário, veremos, novamente, a deletéria figura dos togados “fazendeiros”, tão duramente exprobada por Ruy Barbosa na sua famosa “Oração aos Moços”.

5. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, procuramos demonstrar a importância da figura do magistrado sem, entretanto, divinizá-lo. O juiz é um homem comum do povo, pelo menos na aparência. O que o destaca dos demais é o seu agudo senso de justiça, razão de ser da sua existência. O juiz não é escravo da lei. É escravo do bom senso, da prudência, da equidade, do estudo penetrante por meio do qual, em situações novas e nebulosas, procura encontrar a melhor solução para as pendengas, embora seja falível. Aliás, *ad impossibilia nemo tenetur* – ninguém está obrigado ao impossível. Assim, dentro do razoável, o juiz deve dar a melhor solução ao caso concreto. Onde ele vai buscar as soluções para um tema ainda virgem no Direito? Na doutrina, na jurisprudência, no Direito comparado, na escola da vida, enfim, num sem-número de dados que possibilitem, a ele, ofertar uma resposta ao que as partes postulam. Não é uma profissão o trabalho do juiz. É uma missão, um sacerdócio. Não serão poucos os dramas com os quais ele se debaterá. Mas, invocando a proteção divina, buscando auxílio constante com o “Juiz dos juízes”, o julgador há de conseguir, apesar das suas limitações, dar a cada um o que é seu, colaborando, de forma meritória, para implantar a felicidade da sociedade, esta já tão marcada por desencantos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Forense. 9. ed.
- BÍBLIA SAGRADA. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.
- CONTI, Dom Servílio. **O santo dia**. Rio de Janeiro: Vozes. 2006.
- DE PLÁCIDO E SILVA. Oscar Joseph. **Vocabulário jurídico**. Rio/São Paulo: Forense. v. 1, 1975.
- DOWER, Nelson Godoy Brasil. **Curso renovado de direito processual civil**. São Paulo: Nelpa. v. 1 e v. 2, 1974.
- FADEL, Sérgio Sahione. **Código de Processo Civil comentado**. Rio de Janeiro. Konfino

Editor. v. 1 e v. 2, 1975.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MIRABETE, Julio Pabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 1985.

NEGRÃO, Theotônio, **Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.