

# JUS STRICTUM X JUS AEQUUM: UM DILEMA A SER RESOLVIDO

Oswaldo Ferreira de Melo\*

## I. Da Epiqueia ou Equidade

Em sua *Ética a Nicômaco*, Aristóteles, manifestando seu método de filosofar, com a apreensão de categorias da física e da matemática, trata as questões da Justiça, utilizando dois conceitos próprios das ciências abstratas: equilíbrio e proporção. Ambas as categorias vão emoldurar o conceito de “justo” em toda obra, v.g., “o justo é um meio-termo”; “o justo é uma espécie de termo proporcional”; “o justo é o proporcional e o injusto o que contraria a proporção”. (EN – V,3 e V,4) A partir desses conceitos, ao ingressar em EN – V,10, Aristóteles discorre sobre a Epiqueia<sup>1</sup> e suas relações com a justiça.

O termo epiqueia, que tem correspondente na língua latina / *Aequitas*<sup>2</sup> -/ do qual veio para o português Equidade – jamais desapareceu dentre as categorias jus filosóficas, nem mesmo quando ocorreu o predomínio da língua latina na divulgação do pensamento científico e jurídico em toda a Europa.

Um interessante exemplo do que afirmamos foi o uso corrente do termo por parte de Thomas de Aquino, que, não obstante escrever em latim a sua

monumental *Summa Theológica*, usa a palavra Epiqueia ao tratar da questão CXX.<sup>3</sup>

Outrossim, o famoso *Dicionário de Filosofia* de Walter Brugger (Munique, 1957) traz o verbete Epiqueia em vez de Equidade, embora mencione a equivalência entre ambos os significantes.

Mas o que vem a ser Epiqueia para Aristóteles? O próprio filósofo responde a esta questão: “o equitativo é o justo, porém não o legalmente justo e sim uma correção da justiça legal” (EN – V,10) “o equitativo é justo, superior a uma espécie de justiça – não à justiça absoluta, mas ao erro proveniente do caráter absoluto da disposição legal” (id. Id.)

Este conceito de Epiqueia (ou Equidade) como correção da norma legal, visando à conformidade da norma abstrata à realidade do fato, dominou também o pensamento medieval, mantendo-se pelo esforço de adaptação da cultura helênica ao teocentrismo judaico-cristão.

Thomas de Aquino (S.Th. II – II, p. 120), em seu magistério, exprime-se com as seguintes palavras: “os

\* Professor do CMCJ - UNIVALJ

atos humanos que as leis devem regular são particulares e contingentes e podem variar ao infinito. Por isso, não é possível instituir nenhuma lei que abranja todos os casos”. “... é mau observar a lei estabelecida; ao contrário é bom, pondo de parte as suas palavras, seguir o que pede a idéia da justiça e da utilidade comum. E a isso se ordena a Epiqueia, a que nós chamamos Equidade.” Quanto ao uso genérico da palavra, o Autor em tela lembra que os gregos transferiram “por uma certa semelhança o nome de epiqueia para significar toda espécie de moderação”.

Essas características da Equidade formadas na cultura helênica e resguardadas pelas doutrinas da Patrística adentrariam a Era Moderna e estariam em plena evidência no período Iluminista com algumas nuances.

O Humanismo resultante de uma visão antropocêntrica e não mais teocêntrica iria influir no conceito iluminista de Equidade, moldando-o por um lado, para o uso corretivo da arbitrariedade e vinculando-o ao Direito Natural racionalista e, por outro lado, formado com restrição quando pudesse ameaçar princípios como o da rígida separação dos poderes do Estado, pois o Juiz, como guardião da lei e não seu criador, restringiria seu uso à mera adaptação da norma geral ao caso em evidência, quando isso fosse totalmente indispensável por excesso de generalidade, ou por evidência de antinomias.

Mas o prestígio da Epiqueia seria abalado mesmo com o advento do Positivismo jurídico em cujo ambiente o princípio da Segurança Jurídica reinaria plenamente. Em vez das permissibilidades do Jus aequum, agora tínhamos a rigidez do Jus strictum e seu séquito de mitos como a certeza jurídica, a neutralidade ideológica da norma, a perenidade dos códigos e a completude do sistema dogmático.

O Positivismo jurídico foi um movimento que teve suas raízes mais próximas nas tendências empíricas da Ciência tal como seria esta concebida no século XIX, e as mais longínquas na lógica de Leibnitz, de Hume e de outros precursores do Positivismo lógico e empirista. Esse movimento foi, antes de tudo, uma atitude antirracionalista e antinaturalista. Entendia que todo o Direito positivo – leis, jurisprudência, práticas administrativas e jurídicas – levam à aplicação efetiva de normas válidas formalmente. O Direito, com adoção de métodos próprios e rigorosos, seria

separado da Moral e da Política, formando um sistema lógico e fechado.

Reduzindo o papel do jurista ao de um simples intérprete da norma e particularmente do Juiz ao de mero zelador da segurança, da ordem social e da estabilidade política, o Positivismo jurídico, quando levado às suas últimas conseqüências, especialmente nas correntes conhecidas como do Normativismo Lógico, não deixam lugar para a aplicação da Equidade.

Os desvios da liberdade- segundo muitos pensavam – poria em risco a segurança. Assim, em vez das possibilidades do Jus aequum, a quimera da certeza do Jus strictum. Dos amplos conceitos de Aristóteles quanto à Equidade, restava apenas o espaço restrito da interpretação gramatical da norma geral e abstrata. Essa aplicação, contudo, não ilidia a criação de uma norma (eis que tal papel não se poderia atribuir ao julgador), mas tão somente à aplicação certa da norma legislada.

Tais posições extremadas iriam resultar numa reação também radical. Surge, assim, nos fins do século XIX, um livro que abalaria as convicções positivistas de que a lei e a jurisprudência seriam as fontes privilegiadas e talvez únicas do Direito. Referimo-nos à obra de François Géný “Méthodes d’Interprétation et Sources du Droit Positif”.

Géný e seus seguidores (Ehrlich, Kantorowicz, Roscoe Pound, Holmes, Gurvitch e muitos outros) criaram a Escola do Direito Livre. Segundo tais pensadores, as fontes do Direito teriam que ser buscadas na sociedade. As fontes sociais seriam as autênticas e primárias; a lei e a jurisprudência, fontes formais e secundárias.

Dessa forma, e porque seriam difusas e plenas de subjetividade, as fontes sociais, abria-se ao juiz um amplo espectro de discricionariedade. Era o reinado absoluto dos Jus aequum, principalmente quando o reconhecimento do fato e sua interpretação prevalecia sobre a exegese da norma legislada e a jurisprudência.

A história do pensamento jurídico registra que, embora a Escola do Direito Livre fosse um foco de estímulos para contestações ao Positivismo lógico, com amplos reflexos até os dias de hoje, ela, como movimento, foi efêmera, por falta de adesão exatamente dos membros do judiciário, os quais passaram a sentir-se

inseguros no desempenho de sua tarefa judicante, pela ausência de regras que balizassem sua ação.

Na segunda metade do século que se finda, uma riquíssima literatura jusfilosófica trouxe à evidência, em sínteses admiráveis, as posições secularmente conflitantes entre a aplicação do *Jus aequum* e do *Jus strictum* o que implica, na prática, posicionar-se entre priorizar o princípio da Justiça e da Utilidade social, visando ao bem comum ou o princípio da Segurança, visando à ordem e à paz social.

Alguns desses autores como Alf Ross, Gustav Radbruch, Paul Roubier e Otfried Höffe buscaram um equilíbrio entre aqueles princípios, todos indispensáveis, demonstrando que não são eles necessariamente antagônicos. De comum, entre esses pensadores, está a convicção de que o sistema científico do Direito não pode ser fechado, mas sim suscetível de influências renovadoras – em nível de conceitos e de normas – para a sua necessária adaptação à realidade circundante (fora de seu ambiente interno) que, por sua vez, é mutável e dinâmica.

Na sua *Théorie Générale du Droit*, Paul Roubier<sup>4</sup> sustenta que as fontes do Direito devam ser claramente discerníveis e produzir regras jurídicas que atendam às reais necessidades sociais, sendo sua elaboração um trabalho de ciência e arte, próprio da Política Jurídica: “Il y a, par conséquent, un double travail à faire en matière de Politique Juridique: reconnaître les données de la vie sociale d’une part;

construire le règle que paraîtra la meilleure d’autre part.”

Por sua vez Ross alerta: “A Política Jurídica é possível porque o legislador não é impotente; as possibilidades da Política Jurídica são limitadas, porque o legislador também não é todo poderoso.” Ross insiste, em vários momentos, sobre o papel de correção e de equilíbrio da Política do Direito e por isso afirma que: “o problema da Política Jurídica é sempre um problema de ajuste.”<sup>5</sup>

Esta tarefa da Política Jurídica, visando ao equilíbrio entre o *Jus strictum* que se vincula ao princípio da Segurança jurídica e o *Jus aequum*, comprometido com a Justiça, encontra fortes indicações nas obras de Miguel Reale, Pascual Márin Perez, Paul Roubier e muitos outros.

No fundo da discussão, está uma suposta contraposição entre os objetivos da Ciência Jurídica e os da Política Jurídica. Por isso é oportuna a lição de Otfried Höffe “a deliberação política científica somente pode ter bons resultados quando os dois lados, ciência e política, se aproximam reciprocamente sem uma se apoderar da outra.”<sup>6</sup>

Este dilema entre Segurança e Justiça alcança magnitude na fórmula enunciada por Radbruch: “será, muitas vezes, necessário ponderar se a uma lei má, nociva ou injusta deverá reconhecer-se validade por amor à segurança do Direito...” “pode haver lei tais, com um tal grau de injustiça, que toda a validade e até o caráter de justas não poderão deixar de lhes ser negados.”<sup>7</sup>

## Em conclusão: \* \* \* \* \*

A antinomia estabelecida historicamente entre o *Jus strictum* e o *Jus aequum* persiste até hoje. As posições radicalizadas se têm mostrado insuficientes para garantir, na aplicação do Direito, a necessária harmonia entre os princípios de Justiça e de Segurança jurídica, equilíbrio este exigido em nome do bem comum.

A solução deste dilema pressupõe a adoção de um conjunto de estratégias político-jurídicas que somente poderão organizar-se a partir de um universo conceitual adequado. Isso significa que a categoria Justiça não pode ser concebida como princípio abstrato, dependente tão somente de fundamentos de ordem metafísica. Seu conceito implicará uma visão

jusculturalista segundo a qual haverá espaços para o pesquisador trabalhar com critérios racionais e objetivos. Assim, para uma norma ser justa, deverá ela corresponder aos legítimos anseios sociais; à verdade dos discursos decorrentes da análise da realidade; ser comprometida com os princípios da liberdade e da igualdade e ainda ser respaldada pela Ética.

Por sua vez, o objetivo de atender à segurança jurídica não poderá ser perseguido como algo bastante em si mesmo. Por mais importante que seja assegurar a ordem social e o Estado de Direito, não é possível aprisionar o Direito na forma e na abstração da norma, esta concebida erga omnes (relativamente a pessoas e casos) e muitos vezes para amparar tão somente

interesses dos governantes e não os dos cidadãos.

É preciosa, a respeito, a lição de Höffe (106): “Não se compreende mais o Direito Positivo como um sistema fechado de normas, muito antes um texto aberto, do qual fazem parte cláusulas gerais, espaços interpretativos e colisões de normas.”

Assim, para chegarmos a uma posição de equilíbrio, temos um desafio permanente para a Política Jurídica que é responsável não só pela construção do conteúdo da norma jurídica, mas também pelas estratégias que as tornem capazes de assegurar os grandes e

permanentes objetivos do Direito: a Ordem Social, a Justiça e o Bem Comum.

O juiz exercerá um papel político-jurídico quando, sem pôr em risco o Estado de Direito, corrigir os excessos de abstração da norma, adaptando seu preceito à realidade dos fatos, para criar a norma concreta. E um instrumento que estará à disposição daquele que é julgador do conflito e aplicador do Direito será a Epiquéia (Eqüidade), na formulação oriunda do excelso pensamento helênico tão bem representado por Aristóteles, quando a definiu como fundamento de equilíbrio, de proporção, de correção e de moderação.

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Do grego: Epi (acima) e Dikaion (justo).
2. Do latim: aequi (plano, justo, reto).
3. (*Et ad hoc ordinatur Epikēia, quae apud nos dicitur aequitas*)
4. ROUBIER, Paul – *Théorie Générale du Droit*, Paris: Sirey, 1951, p. 157.
5. ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la justicia*. Buenos Aires: Editorial Universitária, 1974, p. 343.
6. HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 325.
7. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armando Amadi, 1979, p. 417.