

EQÜIDADE:* UMA PROPOSTA DE CONCEITO OPERACIONAL PARA O OPERADOR DO DIREITO NO BRASIL

Valdir Francisco Colzani**

Juntamente com

- a justiça [dar a cada um o que é seu, segundo sua capacidade e necessidade];
 - a liberdade [direito de fazer ou deixar de fazer nos termos da lei];
 - a solidariedade [dependência mútua das pessoas];
 - a autoridade [legítimo poder de mando] e
 - a responsabilidade [responder por ato que livremente praticou],
- a eqüidade é um princípio geral de direito.

1. Considerações Iniciais

O ordenamento jurídico brasileiro é repleto de normas que facultam a aplicação da eqüidade – ou mais precisamente, dos princípios gerais de direito, dentre os quais insere-se a eqüidade – como pode-se observar nos exemplos abaixo:

Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

[Art. 4º, do Decreto-Lei 4.657/42 – Lei de introdução ao Código Civil].

* *epikeia* [grego]; *aequitas* [latim]; *equity* [inglês]; *équité* [francês]; *billigkeit* [alemão]; *equità* [italiano] e *equidad* [espanhol].

** Professor da Univali. Mestrando em Ciência Jurídica pelo PMCJ / Univali. Advogado.

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.

[Art. 8º, do Decreto-lei 5.452/43, que instituiu a CLT].

Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará, sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

II - os princípios gerais de direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;

IV - a eqüidade.

[Art. 108, da Lei 5.172, de 25.10.66 – Código Tributário Nacional].

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.

[Art. 126, da Lei 5.869/73, que instituiu o Código de Processo Civil].

O juiz só decidirá por eqüidade nos casos previstos em lei.

[Art. 127, da Lei 5.869/73, que instituiu o Código de Processo Civil].

2. A Eqüidade e suas Diversas Acepções

Uma análise dos dispositivos legais acima mencionados pode conduzir o leitor a uma interpretação equivocada da eqüidade, pela ausência de conceituação legal – cuja tarefa atribui-se à doutrina – razão pela qual, pretende-se, com este artigo, oferecer aos operadores do Direito no Brasil, uma proposta de conceito operacional,¹ para a categoria² **Eqüidade**.

Para Aristóteles³ "o eqüitativo é justo, superior a uma espécie de justiça – não à justiça absoluta, mas ao erro proveniente do caráter absoluto da disposição legal. Essa é a natureza do eqüitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade".

José de Oliveira Ascensão⁴ ministrava que "a meditação sobre a eqüidade é tão antiga como a meditação sobre o Direito. Foi, todavia, Aristóteles quem primeiramente fixou os contornos do tema. A ele remonta a definição da eqüidade como justiça do caso concreto".

Nicola Abbagnano⁵ coloca a eqüidade como

"apelo à justiça voltado à correção da lei em que a justiça se exprime. Esse é o conceito clássico de eqüidade, esclarecido por Aristóteles e reconhecido pelos juristas romanos. A lei tem necessariamente caráter geral; por isso, às vezes, sua aplicação é imperfeita ou difícil, em certos casos. Nesses casos, a eqüidade intervém para julgar, não com base na lei, mas com base na justiça que a própria lei deve realizar".

O mestre A. Machado Paupério⁶ afirma que "nem sempre a justiça atende a todos os imperativos humanos. Muitas vezes, as circunstâncias particulares exigem um complemento aos princípios de justiça ou de direito aplicáveis à espécie. Tal complemento é a eqüidade.

"Eqüidade, etimologicamente, significa retidão e justiça. Numa segunda acepção, pode significar moderação, correção, benignidade, piedade, coincidindo com a idéia aristotélica de epikeya, que é o conveniente ou o que se ajusta.

"A lei regula as relações humanas de caráter jurídico, sob um ângulo de todo geral e abstrato, enquanto que a eqüidade visa corrigir a lei quando esta se demonstra incompleta, para abarcar o caso especial e concreto, que foge à aplicação genérica.

"A eqüidade é a justiça em termos concretos; a justiça do caso particular, levadas em conta as peculiaridades que possa apresentar. A eqüidade, portanto, é justiça individualizada, com caráter predominante de benignidade, que os princípios gerais, quer de justiça, quer de direito, não conhecem. Mas não há

que confundi-la com clemência que, segundo Sêneca, é a moderação do ânimo no poder de castigar. A equidade distingue-se da própria justiça, porque, enquanto esta corresponde à aspiração do legislador, aquela corresponde à do juiz".

Para Orlando Gomes⁷ "a equidade tem a função de temperar a rigidez da norma escrita, razão pela qual é critério de aplicação da lei".

O professor Tércio Sampaio Ferraz Jr⁸ registra que

"No conjunto da razão jurídica, costuma-se mencionar a equidade. Aristóteles é responsável pela 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. [...] Não se trata de um princípio que se oponha à justiça, mas que a completa, a torna plena. Da mesma forma que os princípios gerais, a equidade tem no sistema dinâmico uma função metalingüística. Ela responde pela estrutura de concretização do direito. Não é fonte, pois, no mesmo sentido das demais".

Percebe-se, até aqui, a posição unânime dos doutrinadores no sentido de aceitar a equidade como aspiração do juiz, na aplicação ao caso concreto, face o caráter geral e abstrato da lei.

Entretanto, há respeitáveis doutrinadores que não submetem a equidade ao rigorismo do direito positivado, dentre eles:

Norberto Bobbio⁹ para quem, o juízo de equidade é aquele "em que o juiz está autorizado a resolver uma controvérsia sem recorrer a uma norma legal preestabelecida" ou "pode ser definido como autorização, ao juiz, de produzir direito fora de cada limite material imposto pelas normas superiores".

John Rawls¹⁰ que defendeu "a idéia intuitiva da justiça como equidade é considerar que os princípios primordiais da justiça constituem, eles próprios, o objeto de um acordo original em uma situação inicial adequadamente definida" portanto, "na justiça como equidade o conceito de justo precede o de bem" e "essa prioridade do justo em relação ao bem acaba sendo a característica central da concepção de justiça como equidade".¹¹

Ronald Dworkin,¹² quando aborda a força do precedente no direito anglo-saxônico, escreveu:

"La fuerza gravitacional del precedente no puede ser captada por ninguna teoría que suponga que el precedente tiene fuerza de ley como la legislación. Pero lo inadecuado de tal enfoque sugiere otra teoría, superior. La fuerza gravitacional de un precedente su puede explicar apelando, no a la prudencia de imponer leyes, sino a la equidad de tratar de manera semejante los casos semejantes. Un precedente es la constancia de una decisión política previa; el hecho mismo de esa decisión, como hecho de la historia política, ofrece alguna razón para decidir otros casos de manera similar en el futuro"

e

*"la equidad incide sobre la historia institucional no en cuanto historia, simplemente, sino en cuanto un programa político que el gobierno se proponía continuar en el futuro; es decir, que atiende a las implicaciones futuras del precedente, no las pasadas"*¹³

Chaïm Perelman¹⁴ ao tratar a equidade como "muleta da justiça" registra "o recurso à equidade é, pois, um recurso ao juiz contra a lei; apela-se ao seu senso de equidade quando a lei, aplicada rigorosamente, em conformidade com a regra de justiça, ou quando o precedente, seguido à letra, conduzem a conseqüências iníquas".

Paulo Ferreira da Cunha¹⁵ também não pretende submeter o juízo de equidade ao rigor da norma escrita, quando cunhou, com lapidar sabedoria que

"a justiça dos maus não pode vencer a justiça dos bons só porque tem melhor equipe. A justiça das pessoas comuns não pode pressupô-las más e tratar as más como se boas fossem. O Direito tem que tomar partido dos bons contra os maus e tratar o igual igualmente e o desigual desigualmente, na medida da sua desigualdade. Isso é equidade e é justiça".

3. Características e Funções do Juízo de Equidade

Segundo Orlando Gomes,¹⁶ o juízo de equidade tem duas características fundamentais: a primeira, que leva em conta os elementos de fato que não seriam relevantes em um juízo de direito estrito, chamada *a particularidade da facti*; a segunda, quando o juiz determina as conseqüências jurídicas do caso conforme as sugestões de sua própria consciência, denominada *a subjetividade da decisão*.

O juízo de equidade exerce as seguintes funções:

- "a) substantiva – existe quando o juiz é autorizado a invocar uma norma diversa da lei em face da particularidade do caso concreto;
- "b) integrativa – quando a lei atribui ao juiz o poder de completar a norma, integrando-a conforme as circunstâncias do caso;
- "c) supletiva – quando o legislador confere ao juiz poderes de decisão dos casos que não resolvê;
- "d) interpretativa – quando o juiz dá à norma um sentido diverso do adotado, por lhe parecer mais equitativo".

4. Equidade e Justiça

A observância das regras de justiça pode garantir a regularidade, a segurança e a imparcialidade na administração da justiça, porém é incapaz de julgar suas próprias regras.

Portanto, cabe aqui a clássica indagação: o direito sem equidade, embora duro e desagradável, é preferível, para o bem público, à equidade sem lei? A resposta deve ser proporcionada em partes.

No ordenamento jurídico brasileiro não há espaço para as funções *substantiva* e *integrativa*. Quando muito, pode o magistrado utilizar-se da função *interpretativa*, dando à norma um sentido diverso do comumente adotado, por parecer-lhe mais equitativo, no sentido de justo.

E a expressão quando muito traz consigo as reservas inerentes ao direito positivo, no qual o julgador não pode questionar a lei. Essa

concepção, embora inaceitável do ponto de vista axiológico, fundamenta-se na doutrina da separação dos poderes, que concebe ao legislativo o direito exclusivo de legislar e ao judiciário a função de cumprir e fazer cumprir as normas legais.

Portanto, no direito brasileiro, o juízo de equidade pode exercer apenas a função *supletiva*, pois, se houver regra escrita, ela deve ser aplicada, mesmo que não seja a solução mais justa para o caso concreto.

A solução dos casos, segundo as regras de justiça [= equidade], contrapõe-se à solução segundo o direito positivado, no qual só há espaço para regras de justiça, quando o juiz estiver autorizado a afastar-se da solução legal e decidir segundo as circunstâncias do caso singular, o que não se aplica ao direito brasileiro, exceto em dois casos específicos:

1º nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, por expressa disposição do artigo 1.109, do Código de Processo Civil, que prescreve, *in verbis*:

"O juiz decidirá o pedido no prazo de dez [10] dias; não é, porém, obrigado a obedecer critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna".

2º nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, também por expresse dispositivo legal:

"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" [art. 6º, da Lei 9.099, de 26.09.95].

Por oportuno, registra-se, para reflexão, a posição do Professor Osvaldo Ferreira de Melo, manifestada através do artigo intitulado *Jus strictum x jus aequum* : um dilema a ser resolvido¹⁸:

"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 do equilíbrio, de proporção, de correção e de moderação”.

5. Considerações Finais

Pelo exposto, há que se entender que, em nosso ordenamento jurídico, mesmo ante o caráter geral e abstrato da regra escrita, a eqüidade não tem a amplitude que Bobbio pretende emprestar-lhe, muito menos o sentido de correção da lei, proposto por Aristóteles, com as exceções legais aqui apontadas, nas quais o magistrado acha-se autorizado a encontrar a solução mais justa e eqüitativa, para atender aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum, julgando, portanto, com as regras de justiça.

Desta forma, seu conceito operacional fica restrito e pode ser formulado da seguinte forma: **eqüidade é o recurso disponibilizado ao magistrado brasileiro para aplicar regras de justiça ao caso concreto, para o qual não há regras de direito, exceto nos procedimentos de jurisdição voluntária e nas causas submetidas à apreciação dos Juizados Especiais, quando o juiz, por expressa disposição legal, está autorizado a julgar pelas regras de justiça, em detrimento das regras de direito.**

O Político Jurídico, que exerce papel mais vasto que o do Cientista Jurídico, pode apresentar outras formulações, inclusive mais amplas e até para agasalhar a forma justa de tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas igualdades e desigualdades, mesmo que não previstas em norma escrita.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Entendido como "definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos", segundo PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica : idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. 3. ed. Florianópolis : OAB/SC Editora, 2000. p. 39/49.
- 2 "Denominamos categoria à palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia". PASOLD, Cesar Luiz. *Op. cit.*, p. 27.
- 3 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 1. ed. Trad. Leole Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo : Abril Cultural, 1973. p. 336.
- 4 ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito : introdução e teoria geral*. 9. ed. Coimbra : Almedina, 1995. p. 223.
- 5 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 3. ed. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo : Martins Fontes, 1998. p. 339-340.
- 6 PAUPÉRIO, A. Machado. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1969. p. 63.
- 7 GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Atual. Humberto T. Júnior. Rio de Janeiro : Forense, 1996. p. 50-51.
- 8 FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1994. p. 248.
- 9 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 8. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília : UnB, 1996. p. 56.
- 10 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo : Martins Fontes, 1997. p. 127-128.
- 11 *Ibidem*. p. 34.
- 12 DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Gustavino. Barcelona : Ariel, 1989. p. 185.
- 13 *Ibidem*. p. 197-198.
- 14 PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo : Martins Fontes, 1996. p. 163.
- 15 CUNHA, Paulo Ferreira da. *Princípios de direito*. Rio de Janeiro : Resjurídica, [19--]. p. 113.
- 16 GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Atual. Humberto T. Júnior. Rio de Janeiro : Forense, 1996. p. 51.
- 17 In: *Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí, Univali, n. 9, set/99. p. 10.