

1. Introdução

O presente trabalho tem a finalidade de, em breves palavras, analisar o instituto da equidade e sua importância para a hermenêutica jurídica.¹ Para tanto, apresentaremos o conceito de equidade sob vários enfoques e segundo diversos autores, o que desde já salientamos, divergem sobre o instituto. Também trataremos da classificação realizada por Alípio Silveira, bem como a sua divisão em “equidade legal” e “equidade judicial”.

Faremos uma análise dos dispositivos legais brasileiros, quais sejam, artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro², artigo 3º do Código de Processo Penal brasileiro e artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Verificaremos ainda o preceito do artigo 127 do Código de Processo Civil brasileiro, segundo o qual “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”, a fim de solucionarmos eventuais conflitos aparentes entre o citado dispositivo e a equidade de que deve sempre fazer uso o intérprete e o aplicador do Direito.

Embora não tenhamos tratado do artigo 1º do Código Civil suíço e do artigo 114 do antigo Código de Processo Civil brasileiro, recomendamos o leitor a verificar a exposição de Alípio Silveira³, pois sua fórmula tem sido muito discutida dentre os autores, já que confere poderes ao juiz, diante de lacunas da lei, de decidir como decidiria se fosse o legislador.

Chamamos a atenção do leitor para o fato de que o presente trabalho não esgota o estudo da equidade, que se estudada a fundo, se apresenta por demais complexa.

A presente pesquisa foi realizada de acordo com o método indutivo, mas, para uma melhor articulação do conteúdo, relatada no método dedutivo. Foram também utilizadas as técnicas da categoria⁴ e do conceito operacional⁵, os quais serão especificados no corpo do trabalho, necessários à compreensão do assunto.

Finalmente, com o objetivo de verificarmos a equidade na prática, apresentaremos duas decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, onde os magistrados dela se utilizaram para “quebrar” o rigorismo da norma positivada e fazer “Justiça”⁶ ao caso concreto.

2. Conceito de eqüidade

Para falarmos da eqüidade necessitamos ter em mente que a Lei, norma escrita, por mais extensa ou perfeita que seja, é sempre genérica, jamais conseguindo disciplinar ou regradar todas as possibilidades de acontecimentos da vida em sociedade. Desta forma, o julgador nem sempre encontrará uma norma escrita suficiente para fundamentar sua decisão, por ser ela obscura, inflexível, lacunosa ou mesmo inexistente. Na sua função jurisdicional, como é sabido, o magistrado não pode, em hipótese alguma, deixar de decidir a questão levada à sua apreciação. Encontramos no artigo 126 do Código de processo Civil brasileiro que “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”.

Ensina Maria Helena Diniz⁷ que *“em caso de lacuna, o juiz deverá constatar, na própria legislação, se há semelhança entre fatos diferentes, fazendo juízo de valor de que esta semelhança se sobrepõe às diferenças. E se não encontrar casos análogos, deve recorrer ao costume e ao princípio geral de direito; não podendo contar com essas alternativas, é-lhe permitido, ainda, socorrer-se da equidade”*.

A eqüidade, ao longo da história do direito, tem sido conceituada por diversos autores, os quais muitas vezes divergem sobre o que vem a ser o referido instituto. Ao estudar os diversos autores, veremos, por exemplo, que para alguns a eqüidade se trata de um princípio geral de direito, enquanto que para outros não, devendo o magistrado recorrer a ela somente em caso de inexistência desses princípios.

A divergência entre os autores na conceituação de eqüidade dá-se, segundo Maria Helena Diniz, por estar o referido conceito intimamente relacionado às concepções jurídico-filosóficas. Explica a autora que *“isto é assim porque o termo ‘eqüidade’ não é unívoco, pois não se aplica a uma só realidade, nem tão pouco equívoco, já que não designa duas ou mais realidades desconexas, mas sim análogo, pois refere-se a realidades conexas ou relacionadas entre si. Tem a eqüidade sido, de uma certa forma, entendida como um direito natural em suas várias concepções”*.⁸

Aristóteles⁹, apesar de considerar a eqüidade como uma concepção jusnaturalista, separou-a da justiça, definindo como “a justa retificação do justo, rigorosamente, legal. O eqüitativo, embora melhor do que um gênero de justiça, não é obstante justo, e não pertence a qualquer outra categoria superior ao justo. Portanto, a mesma coisa é justa e eqüitativa, e embora sejam ambas boas, o eqüitativo é superior. O problema se põe, porque eqüitativo é justo, mas não o justo da lei, e sim a correção da justiça legítima”.

Assim considerada, a eqüidade desempenha o papel de um corretivo da lei, a qual, devido a sua generalidade, nem sempre se adapta a todos os acontecimentos da vida em sociedade.

São Tomás de Aquino¹⁰, na mesma linha de Aristóteles, afirmou que:

“(...)os atos humanos, que devem ser regulados pelas leis, são particulares e contingentes e podem variar ao infinito. Por isso, não é possível criar qualquer lei que abranja todos os casos; os legisladores nada podem fazer, pois legislam tendo em vista o que se sucede com maior freqüência. Seria, contudo, ir de encontro à igualdade e ao bem comum que a lei visa, observá-los em determinados casos. Assim a lei dispõe que os depósitos sejam restituídos, porque isto é justo na maioria dos casos; mas, em outros, pode ser nocivo. Por exemplo, se um louco, que deu em depósito uma espada, a exige em acesso de loucura, ou se alguém exige um depósito para lutar contra a Pátria. Nesses, e em outras casos semelhantes, seria um mal observar a lei estabelecida; nem seria, ao contrário, bom, pondo de lado suas palavras, observar o que reclamam a idéia de justiça e a utilidade comum. E com isto se harmoniza a Epiequeia, que nós chamamos de 'eqüidade'.”

Apresentamos a seguir o conceito de eqüidade dado por outros autores, o que nos auxiliará a entender melhor a matéria ora tratada.

Alípio Silveira¹¹, ao conceituar eqüidade, explica que “sob o ponto de vista racional, a eqüidade vem a equiparar-se ao próprio fundamento do direito e da justiça, fundamento esse que varia com as várias doutrinas jurídico-filosóficas: direito natural (em suas várias concepções), direito justo, direito racional; trata-se de um fundamento de caráter valorativo ou deontológico. Quanto ao ponto de vista social, a eqüidade considera a realidade social subjacente.

Serge-Christophe Kolm¹², define eqüidade como a liberdade instrumental igual e independente de diferentes justificáveis (dos indiví-

duos, por exemplo) em um espaço de escolha definido, ou como uma situação equivalente. Conforme o Autor, a palavra eqüidade provém do termo latino que significa igual, e liberdade igual é a igualdade ética geral.

No Dicionário de Filosofia de Abbagnano¹³, encontramos eqüidade como sendo *“apelo à justiça voltado à correção da lei em que a justiça se exprime”*. Trata-se do conceito clássico dado por Aristóteles. Maggiore¹⁴ coloca a eqüidade no terreno da ética, pois a moral é o fundamento do direito. Para Savatier, *“a eqüidade seria um dever do órgão judicante que corresponderia ao direito natural de distribuir, equanimente, a justiça”*.¹⁵

Dos conceitos aqui expostos, nos parece mais conveniente para a finalidade do presente trabalho, o conceito clássico formulado na Grécia por Aristóteles, sobre o qual se manifesta Maria Helena Diniz¹⁶ comentando que:

“Desempenha a equidade o papel corretivo, de um remédio aplicado pelo julgador para sanar defeitos oriundos da generalidade da lei, pois a aplicação fiel de uma norma a um caso concreto poderia ser injusta ou inconveniente. A eqüidade é, teoricamente, uma virtude de que deve lançar mão o aplicador, para temperar os rigores de uma fórmula demasiadamente genérica, fazendo com que esta não contrarie os reclamos da justiça”.

Também para a Política Jurídica, segundo Melo¹⁷, equidade trata da *“adequação da norma geral e abstrata à realidade fática, constituindo-se fundamento de equilíbrio, proporção, correção e moderação na construção da norma concreta”*.

3. As classificações da Eqüidade

Por ser indispensável ao nosso estudo, após conceituá-la de forma genérica, nos vemos obrigados a observar algumas divisões apresentados por determinados autores.

Alípio Silveira apresenta três acepções básicas que apresenta a eqüidade:

“1. Latíssimo sensu, é ela o princípio universal de ordem normativa, a razão prática, extensível a toda a conduta humana – religiosa,

*moral, social, jurídica. Ainda podemos configurá-la como a suprema regra de justiça a que devem os homens obedecer, conjunto de princípios gerais, imutáveis, concebidos pela razão e criados por Deus como necessidades imediatas da natureza do homem. 2. Lato sensu, a eqüidade se confunde com a idéia de justiça, com a justiça absoluta, com a justiça ideal; com os princípios do direito, com a idéia do direito, com o direito ideal, com o direito natural, em suas várias concepções. Esta segunda acepção representa uma diferenciação da primeira, no sentido do bem comum temporal. 3. Stricto sensu, a eqüidade é essa mesma idéia ou ideal de justiça, esses mesmos princípios de direito, esse mesmo direito natural – enquanto se aplicam, quer à elaboração da lei, quer à sua aplicação. Esta aplicação implica operações complexas e complementares umas das outras: escolha da norma, interpretação, adaptação, integração, individualização judiciária ou administrativa”.*¹⁸

Levando em consideração as três acepções de eqüidade, Alípio Silveira argumenta que não é difícil mostrar que existe íntima conexão entre as três, afirmando que:

“Entre a acepção latíssima, de um lado, e as acepções lata e estrita, do outro, esta conexão se revela pelo fato do direito e da justiça lançarem suas raízes na moral, entendida esta lato sensu. Entre a acepção lata de uma parte, e a estrita de outra, é o vínculo evidente, pois a acepção estrita abrange as diversas operações ou funções da eqüidade considerada em sentido amplo”.

Apesar da íntima conexão existente entre as três acepções apresentadas por Alípio, entendemos que é sobre a terceira, *stricto sensu*, que devemos nos ‘debruçar’ com maior atenção para atingirmos as finalidades deste trabalho, pois ela nos demonstra, de forma clara, as principais funções da eqüidade, que veremos no título seguinte, quando trataremos delas.

Finalmente, Agostinho Alvim¹⁹, divide o tema “eqüidade” em *eqüidade legal* e *eqüidade judicial*, comentando, Maria Helena, da seguinte forma cada uma destas divisões:

“A eqüidade legal seria a contida no texto da norma, que prevê várias possibilidades de soluções, p. ex., o art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1997: ‘Art. 10. Na separação judicial fundada no caput do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa. § 1º Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo

se o juiz verificar que tal de solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles. § 2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges'. Óbvio está que o juiz, ao aplicar tal preceito em benefício das partes deverá averiguar certas circunstâncias, como idade dos filhos, inocência ou não dos pais, etc. O mesmo se diga dos arts. 145, II; 219, I; 395, I; 932; 956, parágrafo único; 958; 1.002; 1059; 1060; 1.183, III; 1.300 e 1.543 do Código Civil pátrio. Em todos eles temos um standard jurídico, 'onde há um apelo implícito à equidade do magistrado, a quem cabe julgar do enquadramento ou não do caso, em face às diretivas jurídicas', como assevera Limongi França. A equidade está, ainda, contida implicitamente nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que estabelecem obrigatoriedade de julgar, por parte do juiz, em caso de omissão ou defeito legal, dentro de certos limites, e a permissão de adequar a lei às novas exigências, oriundas das mutações sociais das instituições. 'Essa equidade legal seria uma justiça aproximada, porque a lei não 'individua', limita-se a especificar'. A equidade judicial é aquela em que o legislador, explícita ou implicitamente, permite ao órgão jurisdicional a solução do caso concreto por igualdade. Casos expressos são: o do art. 11, II, da Lei n. 9.307/96, que afirma que o compromisso arbitral poderá também conter 'a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim foram convencionados pelas partes'; o do art. 1.456 do mesmo estatuto que, ao tratar das obrigações do segurado, estatui: 'no aplicar a pena do artigo 1.454, procederá o juiz com equidade, atentando nas circunstâncias reais e não em probabilidades infundadas, quanto à agravação dos riscos'; o do art. 127 do Código de Processo Civil que estabelece: 'o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei'. Casos implícitos são: o do art. 13, sobre separação judicial, da lei n. 6.515/77, que prescreve: 'se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais'; o do art. 424, II, do Código Civil que determina que cabe ao tutor, quanto à pessoa do menor, 'reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção'. Ensina-nos, ainda, Agostinho Alvim que o pressuposto da equidade legal ou judicial é a flexibilidade da lei. O art. 1.603 do Código Civil não admite equidade, por ser inflexível, como se pode ver de sua redação: 'Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes; II – aos ascendentes; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais; V – aos Estados, ao

Distrito Federal ou à União'. Assim, p. ex., se um indivíduo sem filhos, casado com comunhão de bens, morre, deixando viúva, metade dos bens do casal irá para os ascendentes do falecido. Ora, suponha-se que a morte tivesse ocorrido no dia das núpcias; presume-se, ainda, que o morto nada tivesse levado para o casal e a viúva sim; suponha-se, mais, que os pais do falecido sejam multimilionários e inimigos da nora viúva. Todas essas circunstâncias juntas, diz Agostinho Alvim, não impedem que a viúva, que não desfrutou do casamento, viesse a repartir, do seu pouco, com os ricos sogros e desafetos seus. É, segundo ele o dura lex, sed lex. O mesmo se diga do art. 183, I, do Código Civil que contém proibição de casamento entre ascendente e descendente".^{20, 21}

4. As funções da Equidade na aplicação do Direito e na Hermenêutica Jurídica

Levando em consideração os conceitos apresentados e as divisões ou concepções de equidade, apresentadas anteriormente, podemos destacar as funções da equidade.

Como vimos, desempenha a Equidade o duplo papel de suprir as lacunas dos repositórios de normas e, auxiliar a obter o sentido e alcance das disposições legais. Serve, portanto, à hermenêutica e à aplicação do Direito.²²

Não só à aplicação e interpretação do Direito, mas também na sua criação, pois exerce influência na *elaboração legislativa*.²³

No tocante a utilização da equidade na elaboração da lei, Calamandrei²⁴ expressa que “ao significado lato e compreensivo que lhe damos, quando dizemos, justamente, que o legislador ao formular suas leis, deve obedecer à equidade: entendemos por equidade aquele conjunto de fatores econômicos e morais, de tendências e de aspirações vivas na consciência de uma certa sociedade, dos quais o legislador tem ou deveria ter em conta, quando elaborar a lei”.

Voltando à função da equidade na hermenêutica e na aplicação do direito, citamos novamente Maria Helena Diniz²⁵, que ensina:

A citada previsão legal demonstra que na lei, entendida como a norma escrita, ou positivada, pode haver lacunas, mas no Direito, entendido como um todo, completo e harmônico não, razão pela qual o mesmo jamais pode deixar de ser aplicado.

No artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, encontramos:

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

Nesse mandamento, encontramos instrumentos para operar a denominada “integração do Direito”, ou seja, elementos que permitem sua extensão para todos os acontecimentos da vida em sociedade, demonstrando sua onipresença e eliminando qualquer possibilidade de entender-se lacunoso.

Para melhor compreensão, não é demais citarmos Dilvanir José da Costa que nos apresenta a diferenciação entre “fonte”, “interpretação” e “integração” do Direito:

“Não se confundem fonte, interpretação e integração do Direito. Fonte, por excelência, é a lei (ao lado do costume e das fontes subsidiárias: doutrina, jurisprudência e Direito Comparado), cujo sentido deve ser perquirido e interpretado. Fonte é uma realidade, um comando aparente, enquanto que interpretação é a abstração, é o ato subjetivo e processo intelectual. Também a integração não se confunde com fonte nem com interpretação. Diríamos que é um meio-termo, situando-se, conceitualmente, entre a fonte e a interpretação. Integração vem de ‘integrar’, significando inteirar ou completar a fonte deficiente ou incompleta. É um processo lógico de ampliação e complementação das fontes sem inová-las. É necessária como fator da plenitude do Direito Positivo. Quando lacunoso, a integração supre os claros da lei, procurando novas fontes dentro do próprio sistema orgânico do Direito Positivo, através dos processos lógicos conhecidos como analogia, princípios gerais de direito e equidade”.²⁷

Completa o mesmo autor, que entende ser a equidade um elemento de integração do Direito, dizendo que a mesma “é a suavização do rigor da lei diante de determinadas espécies em que sua aplicação implicaria em ‘summa injuria’, contrariando a ratio e os fins da lei”.

Também a já citada Maria Helena Diniz, se respaldando em autores como Alípio Silveira e José de Aguiar Dias, entende tratar-se a equidade de elemento de integração do Direito:

“A eqüidade, no nosso entender, é elemento de integração, pois consiste, uma vez esgotados os mecanismos previstos no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, em restituir à norma, a que acaso falte, por imprecisão de seu texto ou por imprevisão de certa circunstância fática, a exata avaliação da situação a que corresponde, a flexibilidade necessária à sua aplicação, afastando, por imposição do seu fim social, o risco de convertê-la num instrumento iníquo.

*A eqüidade exerce função integrativa na decisão: a) dos casos especiais que o próprio legislador deixa, propositadamente, omissos, isto é, no preenchimento das lacunas voluntárias, ou seja, daquelas hipóteses, que já mencionamos, em que a própria norma remete ao órgão julgante a utilização da eqüidade; e b) dos casos que, de modo involuntário, escapam à previsão do elaborador da norma; por mais que se queira abranger todos os casos, ficam sempre omissas dadas circunstâncias, surgindo, então, lacunas involuntárias, que devem ser preenchidas pela analogia, costume, princípios gerais de direito, sendo que, na insuficiência desses instrumentos, se deverá recorrer à eqüidade. A eqüidade seria o sentimento do justo concreto, em harmonia com as circunstâncias e com o caso sub judice. É o recurso intuitivo das exigências da justiça, em caso de omissão normativa, buscando efeitos presumíveis das soluções encontradas para aquele conflito de interesses não normado”.*²⁸

Também no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, encontramos a previsão de que: *“na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.*

Em nosso entendimento, a citada previsão trata propriamente da eqüidade, ao dar poder ao magistrado a julgar inclusive *“contra legem”*, desde que atenda aos fins sociais e ao bem comum, que são as verdadeiras finalidades do Direito. No dizer de Caldeira Bastos, é perfeitamente possível a jurisprudência *contra legem*, pois Lei não é sinônimo de Direito, mas apenas, projeto de Direito, ou pouco mais que isso.²⁹

O preceito da referida norma positivada determina que o aplicador do Direito se utilize sempre da eqüidade, não havendo no nosso modo de pensar, necessidade de esgotar as alternativas elencadas no artigo 4º da referida lei (analogia, costume e princípios gerais de direito).

Igualmente, encontramos menção a elementos de integração do Direito no artigo 3º do Código de Processo Penal brasileiro, o qual

prescreve: “(...) a lei processual penal admitira interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito”, e ainda, o artigo 8º da Consolidação das Leis do trabalho:

“As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

Como pode se perceber, considerando a Lei de Introdução ao Código Civil e o Código Processual Penal, o dispositivo previsto na legislação trabalhista é o mais completo ao dispor sobre a aplicação equânime do Direito.

6. O Artigo 127 do Código de Processo Civil Brasileiro

A fim de esclarecermos algumas situações que podem prejudicar o entendimento do instituto da equidade, preferimos tratar do disposto no artigo 127 do Código de Processo Civil brasileiro de forma particular. É que o mesmo prevê que: *“O juiz só decidirá por equidade nos casos expressos em lei”.*

Após o rumo que adotamos no presente trabalho, com a leitura do citado preceito, pode-se instaurar na mente do leitor um aparente conflito entre o que já externamos até aqui e o que se encontra no artigo 127 do Código de Processo Civil brasileiro.

Afinal, o juiz só poderá se valer da equidade quando o próprio texto de lei lhe conferir tal faculdade? Somente poderá lançar mão da equidade em casos como o previsto no artigo 1.456 do antigo Código Civil? Há um conflito entre o que aqui tratamos e o que prescreve o Código Processual Civil? Para solucionar o aparente conflito, é necessário transitarmos novamente pelos vários conceitos de equidade, bem como por suas classificações e divisões. Ainda, aconselhamos o leitor a rever a citação anterior de Maria Helena Diniz, quando tratou da flexibilidade e inflexibilidade da lei.

O artigo 127 do Código de Processo Civil informa que o Juiz, para decidir por equidade, necessita de autorização da própria lei caso a caso.

Ocorre que dita autorização não se encontrará expressamente caso a caso, pois ela muitas vezes encontra-se implícita na norma positivada. Poderíamos dizer que o juiz sempre poderá se utilizar da equidade, salvo quando não estiver proibido, isto é, nos casos em que a lei se apresente inflexível, como é o exemplo do artigo 1.829 do Código Civil.

Alípio Silveira, chama a atenção para que não haja confusão entre estas operações da equidade, previstas pelo legislador hipótese por hipótese, com aquela outra função geral da equidade às mãos dos juízes, no sentido de interpretar os preceitos e adaptá-los às particularidades dos casos concretos, atendendo sempre aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum, como aliás ordena o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. É que em tais casos, conclui o autor, *“a equidade será um ingrediente essencial, mas não único, da decisão judiciária, e o juiz, ao assim proceder, decide apenas com equidade, em contraposição aos outros tipos de casos antes mencionados, nos quais a equidade domina soberana, decidindo o juiz por equidade”*.³⁰

Limongi França ao elencar os requisitos da equidade expõe que *“a despeito da existência de casos de autorização expressa em lei, concernente ao uso da equidade, essa autorização não é indispensável, uma vez que não apenas pode ser implícita, como ainda o recurso a ela decorre do sistema do direito natural”*.³¹

No dizer de Hélio Tornaghi, *“o julgamento por equidade é excepcional, e somente ocorre quando alguma lei expressamente o permite ou determina”*.³²

Já para Celso Agrícola Barbi, o disposto no art. 127 do CPC vigente,

*“não significa excluir a aplicação da equidade fora dos casos de autorização, pois o direito continua a ser ars boni et aequi. Desse modo, ao aplicar a lei aos casos concretos, o juiz não deixará de atenuar o rigor excessivo que, na espécie, trazer consequências indesejáveis; e para esse fim, usará da equidade”*³³. O mesmo autor conclui ensinado que *“em síntese, a equidade, como meio de interpretação da norma legal, para uma justa aplicação ao caso*

concreto sujeito a julgamento, não depende de autorização expressa do legislador. Esta só é necessária para os casos em que o juiz deva aplicar a eqüidade, em vez de aplicar o texto legal".³⁴

Para finalizar a análise proposta, citamos também Serpa Lopes³⁵ que após o estudo sobre a eqüidade fixa o seguinte princípio: *"a eqüidade, como função de interpretação da norma, independe de autorização legal, pois deve ser utilizada para coadjuvar a inteligência do dispositivo interpretando, de acordo com os dados sociológicos que o envolverem e a finalidade que tiver"*.

Assim sendo, a eqüidade, dependendo da ótica como é tratada, não só pode, mas deve ser utilizada sem qualquer condição, já que, como visto na sua conceituação, estampa o verdadeiro sentido da Justiça, finalidade única do Direito.

7. Considerações finais

Com a breve pesquisa acima relatada, podemos ter uma noção da importância que exerce a "eqüidade" na elaboração, interpretação e aplicação do Direito. Basta atentar para a generalidade da lei positivada para perceber que é impossível sua adequação a todos os fatos ocorridos na complexa vida em sociedade, apresentando-se freqüentemente lacunosa e insuficiente. Se por um lado podemos encontrar lacunas na lei, por outro não as encontraremos no Direito, que concebido como um todo harmônico, oferece ao seu aplicador instrumentos para que possa estendê-lo até os mais incomuns acontecimentos humanos. Dentre estes instrumentos, encontramos a eqüidade.

Eqüidade da forma como tratamos no presente trabalho e segurança jurídica se chocam? Óbvio que não! É fácil perceber dito posicionamento quando se tem claro na mente que lei não é sinônimo de Direito. Assim, num eventual julgamento, ainda que '*contra legem*', não significará julgamento injusto ou contrário ao Direito.

A título de ilustração e conforme proposto na introdução de nosso trabalho, apresentamos dois acórdãos prolatados pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, inclusive com decisão, em um dos casos, '*contra legem*':

*“Furto qualificado pelo rompimento de obstáculo - Agente que viola ventarola de veículo tencionando subtrair seus acessórios - Qualificadora não ocorrente - Desclassificação do delito para forma simples com minoração de pena - Recurso parcialmente provido. Forçar ventarola de veículo com o fim precípua de, ao depois, subtrair seus acessórios, não basta para qualificar o furto por arrombamento, vez que se a violação tivesse sido efetuada para furto do próprio veículo estaria o agente cometendo um furto simples”. (Ape-
lação criminal n. 25.898, de Joinville. Relator: Des. Marcio Batista)*

“Revisão criminal. Pedido de desclassificação do crime de homicídio qualificado com base na condenação do co-réu em homicídio simples, em julgamento diverso confirmada pelo Tribunal de Justiça. Princípio da eqüidade. Pedido deferido”. (Revisão criminal n. 2.384, de Chapecó. Relator: Des. Ernani Ribeiro)

No primeiro julgado, em nome da eqüidade, o Tribunal decidiu o caso concreto levado ao seu conhecimento, contrariamente ao que preceitua o artigo 155, § 4º, inciso I do Código Penal brasileiro, que prevê o furto qualificado quando o agente rompe obstáculo à subtração da coisa. No tocante ao segundo julgado, dois réus, acusados do mesmo crime, foram condenados, em julgamentos diversos realizados pelo Tribunal do Júri. Em relação a um deles, no primeiro julgamento, o Júri reconheceu a existência da qualificadora do motivo torpe, tendo sido condenado por prática de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I do CP). Já em relação ao co-réu, julgado posteriormente, dita qualificadora não foi reconhecida, tendo sido condenado tão somente por prática de homicídio simples. Em revisão criminal deferida ao primeiro condenado, o Tribunal de Justiça catarinense, em nome da eqüidade, entendeu que a qualificadora deveria ser retirada, sob pena de injustiça, pois para o mesmo fato, não se poderia adotar dois pesos e duas medidas.

Ainda no campo do Direito Penal, podemos ainda citar como exemplo de eqüidade, o perdão judicial, encontrado nos artigos 121, § 5º e 129, § 8º, bem como as causas supralegais de exclusão de culpabilidade. Também as causas supralegais de exclusão de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, as quais não encontram previsão na lei positivada, argumentando João Mendes Campos³⁶ que a causa supralegal encontra espaço no direito brasileiro, podendo ser aplicada em casos excepcionais, para suprir lacunas existentes na nossa legislação punitiva – e elas existem – sendo evitada, assim, a prática de clamorosas injustiças. Afinal, o

legislador não pode ser tão infalível a ponto de dispor poder supremo de prever todas as situações possíveis e imagináveis que possam surgir no complexo meio social.

Conforme se extrai do conceito de equidade trata-se ela de sinônimo de justiça, que é a finalidade do Direito. Em razão de tal assertiva deve sempre ser utilizada pelo aplicador do direito, não consistindo em limitação da sua utilização o disposto no artigo 127 do Código de Processo Civil brasileiro.

A supremacia das reais finalidades do Direito, que é o alcance da justiça em cada caso concreto, diante da letra fria da lei positiva e genérica, autoriza o magistrado, quando analisado o fato sob a ótica da equidade, inclusive decidir '*contra legem*'.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 1014 p.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 528 p.

BASTOS, João José Caldeira. *Curso Crítico de Direito Penal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

CAMPOS, João Mendes. *A inexigibilidade de outra conduta no júri*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 118 p.

COSTA, Dilvanir José da. *Curso de Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. 159 p.

DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 317 p.
_____. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 578 p.

KOLM, Serge-Christophe. *Teorias Modernas da Justiça*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 625 p.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Vol 1, 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. 627 p.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999;

MELO, Orlando Ferreira de Melo. *Hermenêutica Jurídica – uma reflexão sobre novos posicionamentos*. Itajaí: Univali, 2001. 213 p.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de Política Jurídica*. Florianópolis: OAB Editora, 2000. 100 p.

PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. 7ª ed. Florianópolis: OAB/SC, 2002. 243 p.

SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica Jurídica – seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro*. Vol. 4. São Paulo: Brasiliense. 231 p.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. 2ª ed. São Paulo: RT, 1976.

Notas

- 1 Utilizamos no título a expressão “instrumento da hermenêutica” no sentido de que a equidade é um recurso utilizado pelo hermenêuta na interpretação do Direito.
- 2 No presente artigo, sempre que tratarmos da Lei de Introdução do Código Civil, estaremos nos referindo a Lei de Introdução ao Código Civil de 1916.
- 3 SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica Jurídica – seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro*. Vol. 4. São Paulo: Brasiliense, pág. 19-30.
- 4 “Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia”, conforme PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. 7ª ed. Florianópolis: OAB/SC, 2002, pág. 31.
- 5 “Conceito operacional [=cop] é uma definição para uma palavra e/ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos”, conforme PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. 7ª ed. Florianópolis: OAB/SC, 2002, p. 56.
- 6 “Justiça” como “Valor Fundamental do Direito”, conforme MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de Política Jurídica*. Florianópolis: OAB Editora, 2000, pág. 56.
- 7 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pág. 463.
- 8 DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 5ª ed, São Paulo: Saraiva, 1999, pág. 242.
- 9 “apud” Maria Helena Diniz, in DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 5ª ed, São Paulo: Saraiva, 1999, pág. 243.
- 10 “apud” Maria Helena Diniz, in DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 5ª ed, São Paulo: Saraiva, 1999, pág. 244.
- 11 SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica Jurídica – seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro*. Vol. 4. São Paulo: Brasiliense, pág. 20.

- 12 KOLM, Serge-Christophe. *Teorias Modernas da Justiça*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pág 191.
- 13 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pág 339/340.
- 14 citado por Maria Helena Diniz, in DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pág 246.
- 15 citado por Maria Helena Diniz, in DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pág 246.
- 16 citado por Maria Helena Diniz, in DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 5ª ed, São Paulo: Saraiva, 1999, pág 246, pág. 243.
- 17 MELO, Orlando Ferreira de. *Hermenêutica Jurídica – uma reflexão sobre novos posicionamentos*. Itajaí: Univali, 2001, p. 37.
- 18 SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica Jurídica – seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro*. Vol. 4. São Paulo: Brasiliense, pág. 49/53.
- 19 citado por Maria Helena Diniz, in DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pág. 464.
- 20 Refere-se a Autora aos artigos do Código Civil de 1916.
- 21 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, págs. 464/465.
- 22 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro, 1999, p. 172.
- 23 Maria Helena Diniz, in DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pág 252.
- 24 *apud* Maria Helena Diniz, in DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, págs 252/253.
- 25 DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pág 256.
- 26 LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Vol 1, 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, pág. 175.
- 27 COSTA, Dilvanir José da. *Curso de Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p.71.
- 28 DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 5ª ed, São Paulo: Saraiva, 1999, pág 264.
- 29 BASTOS, João José Caldeira. *Curso Crítico de Direito Penal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998, pág. 68.
- 30 SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica Jurídica – seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro*. Vol. 4. São Paulo: Brasiliense, p. 86.

- 31 citado por Maria Helena Diniz in DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pág. 252.
- 32 TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. 2ª ed. São Paulo: RT, 1976, pág. 396/397.
- 33 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pág. 391.
- 34 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pág. 391.
- 35 LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Vol 1, 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 176;
- 36 CAMPOS, João Mendes. *A inexigibilidade de outra conduta no júri*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 45.

