

DAVID, Tiago Bitencourt de. Decisão por equidade e decisão com equidade: notas para uma distinção. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

DECISÃO POR EQUIDADE E DECISÃO COM EQUIDADE: NOTAS PARA UMA DISTINÇÃO.

DECISION BY EQUITY AND DECISION WITH EQUITY: NOTES FOR A DISTINCTION.

Tiago Bitencourt De David¹

RESUMO

O presente estudo busca analisar a distinção entre uma decisão tomada por equidade e uma adotada com equidade. Para tanto, são discriminadas as duas noções, identificando seus contornos, bem como as ocasiões e os modos de aplicação. Em um momento posterior, a decisão com equidade é situada em face do raciovitalismo de Luís Recaséns Siches e da teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale.

PALAVRAS-CHAVE: equidade; justiça; *epieikeia*; *aequitas*; *equity*; *fairness*; igualdade.

ABSTRACT

This study seeks to analyze the distinction between a decision taken with equity and one taken with equity. Therefore, the two notions are discriminated, identifying their outlines, as well as the occasions and modes of application. In a later moment, the decision with equity is situated in the face of the raciovitalism of Luís Recaséns Siches and the three-dimensional theory of Law of Miguel Reale.

KEYWORDS: equity; justice; *epieikeia*; *aequitas*; equity; fairness; equality.

INTRODUÇÃO

A equidade (em grego: *epieikeia*) é um termo polissêmico e que se situa há muito tempo na tradição jurídica ocidental, tendo sido desenvolvido inicialmente por

¹ Juiz Federal Substituto (TRF3). Doutorando em Direito (PUCSP). Mestre em Direito (PUCRS). Especialista em Direito Processual Civil (UNIRITTER). Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil (Escola Verbo Jurídico). Pós-graduado em Direito Civil pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM, Toledo/Espanha). Bacharel em Filosofia (UNISUL). Membro do grupo de pesquisa Processo Civil: Tradições, transformações e perspectivas avançadas liderado pelo Professor Doutor William Santos Ferreira. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2243810515762051>

DAVID, Tiago Bitencourt de. Decisão por equidade e decisão com equidade: notas para uma distinção. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Aristóteles, perpassando diversos lugares de suas obras, dentre as quais a *Ética a Nicômaco* e a *Retórica*.

Depois, a noção de equidade latinizou-se (*aequitas*), sofreu influxos da cultura cristã que lhe emprestou novos contornos, aproximando-se da ideia de misericórdia, de benevolência e do ato de perdão², tendo sido aplicada pelos romanos³ e sido objeto da atenção de Cícero em várias ocasiões⁴.

Na contemporaneidade, a equidade adquiriu ares de excepcionalidade, assumindo um conteúdo mais voltado ao julgamento conforme o bom senso e seu uso adquiriu caráter excepcional e subsidiário. Nesse sentido, o atual Código de Processo Civil, em seu artigo 140, parágrafo único, repetindo seus predecessores de 1973 (art. 127) e de 1939 (art. 114), atribui caráter excepcional ao julgamento por equidade. O Código Tributário Nacional, por sua vez, coloca a equidade como o quarto modo de colmatar-se lacunas (art. 108, IV).

Diante de tal contexto, impõe-se a diferenciação entre as distintas funções da equidade e, especialmente, a diferença entre o julgamento *por* equidade e o julgamento *com* equidade bem apontada por Osmar Brina Corrêa-Lima⁵. Para tanto, urge inicialmente a exposição do cerne do julgamento *por* equidade para depois identificar-se os contornos do julgamento *com* equidade.

Por fim, cumpre a correlação da decisão *com* equidade com o raciovitalismo de Recaséns Siches e a teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale. Isso porque a decisão *com* equidade liga-se umbilicalmente às lições hermenêuticas que

² CARMIGNANI, Maria Cristina. A *aequitas* e a aplicação do Direito em Roma. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 104, jun./dez. 2009, p. 127 e 128. Todavia, a autora enxerga nesse movimento um distanciamento em relação à justiça aristotélica, com o que não concordamos, pois a equidade como misericórdia já era uma das manifestações da *epieikeia* de Aristóteles. SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Equidade e jurisprudência**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016, p. 69-73.

³ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 83.

⁴ Exemplificativamente: CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. Tradução de João Mendes Neto. São Paulo: Edipro, 2019, Livro II, item XXII, versão digital (Kindle); CÍCERO, Marco Túlio. **Das leis**. Tradução de Otávio T de Brito. São Paulo: Cultrix, [s.d.], p. 40.

⁵ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina. Equidade (julgamento com equidade e julgamento por equidade). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 37, 2000, p. 221-234.

DAVID, Tiago Bitencourt de. Decisão por equidade e decisão com equidade: notas para uma distinção. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

articulam os aspectos axiológico, deontológico e ontológico inerentes ao fenômeno jurídico.

1. JULGAMENTO POR EQUIDADE

Após certa vacilação sobre o tema quando da tramitação do projeto do que veio a ser o atual CPC⁶, o julgamento por equidade é admitido apenas excepcionalmente (art. 140, parágrafo único, do CPC⁷) e se constitui em decisão com base no bom senso, no senso de justiça, enquanto aplicação da justiça ao caso concreto sem referência à legislação, ainda que nunca em contraposição ao sistema jurídico como um todo⁸. Sobre tal noção de equidade, veja-se a eloquente definição de Cintra, Grinover e Dinamarco⁹: “Decidir por equidade significa decidir sem as limitações impostas pela precisa regulamentação legal;”.

Esse modo de julgamento é adotado quando previsto em lei (p. ex. art. 723, parágrafo único, do CPC), quando assim pactuado (art. 2º, *caput*, da Lei Federal 9.307/96 - Lei de Arbitragem) e na ausência de previsão legal sobre o caso (art. 108, IV, do CTN). O uso da equidade, por sua vez, é expressamente vedada quando dela resultar a dispensa de tributo devido (art. 108, § 2º, do CTN).

Uma das facetas da equidade é a sua aplicação enquanto manifestação de misericórdia.

No livro VI da *Ética a Nicômaco* tem-se uma manifestação da equidade enquanto capacidade de perdoar. Nas palavras de Aristóteles¹⁰:

⁶ Noticiando que se chegou a suprimir tal previsão legal: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 18ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 539 e 540.

⁷ Trata-se de repetição do já disposto no art. 127 do CPC/1973 e no art. 114 do CPC/1939.

⁸ ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. Artigo 140. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 460; MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 271.

⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 166.

¹⁰ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009, p. 141 (1.143a19).

DAVID, Tiago Bitencourt de. Decisão por equidade e decisão com equidade: notas para uma distinção. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

A capacidade de ser compreensivo, segundo a qual dizemos que alguém tem capacidade de perdoar, é um discernimento correto do que é equitativo. Uma indicação disto é o fato de dizermos que o equitativo tem uma capacidade infinita de perdoar. Ser equitativo é ter a capacidade de perdoar algumas coisas. O perdão é a capacidade de ser compreensivo, isto é, trata-se a capacidade de discernir corretamente o que é equitativo. Uma tal capacidade de ser compreensivo é correta quando ajuíza em verdade.

Desse modo, a capacidade de perdoar correlaciona-se na cultura como manifestação do bom juízo e a legislação a isso não é indiferente.

O Direito Penal prevê a extinção da punibilidade em decorrência do perdão judicial (art. 107, IX, do CP) e a legislação a consagra em diversas hipóteses. Como ensina Adriano Ricardo Claro¹¹, "Trata-se de clemência do Estado soberano feita pelo Poder Judiciário nos casos previstos em lei."

Veja-se, por exemplo, o quanto determina o art. 121, § 5º, do Código Penal:

§ 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Esse é apenas um dos exemplos nos quais a justiça impõe que não se puna o infrator e, no caso, é porque os efeitos do erro já recaíram pesadamente sobre o autor do mesmo.

Situações outras há nas quais o que se observa é a desnecessidade de repressão pela via gravosa do Direito Criminal quando o violador da norma penal incriminadora busca corrigir seu erro. Exemplo disso é a admissão da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo sonegado/não-repassado (art. 9º, § 2º, da Lei Federal 10.684/2003 e art. 69 da Lei Federal 11.941/2009).

¹¹ CLARO, Adriano Ricardo. Art. 107. *In*: JALIL, Mauricio Schaun; GRECO FILHO, Vicente (Coord.). **Código Penal Comentado**. Barueri: Manole, 2016, p. 309.

DAVID, Tiago Bitencourt de. Decisão por equidade e decisão com equidade: notas para uma distinção. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Assim, o erro em determinadas circunstâncias pode e deve¹² ser perdoado por distintas razões.

No Direito Privado, a teoria do adimplemento substancial é outro exemplo de manifestação equitativa relacionada à tolerância a um equívoco.

A impontualidade contratual por parte de quem vinha adimplindo regularmente suas obrigações e já o fazia a ponto de restar próximo o integral cumprimento de sua prestação é tolerada para evitar-se a gravosa solução da resolução contratual e seu decorrente ajuste de contas, inclusive perpassando por eventual bem na posse do devedor faltoso. Não se trata, aqui, de perdoar o indébito para suprimi-lo, mas de não extrair todos os potenciais efeitos da mora, permitindo que o inadimplente corrija sua conduta, regularizando a pendência que lhe cabe.

Nesses casos, tem-se uma decisão *por* equidade – em contraposição a uma decisão *com* equidade, como bem anota Osmar Brina Corrêa-Lima¹³.

Por outro lado, toda decisão precisa ser equitativa, ou seja, todo julgamento deve ser norteado pela equidade.

2. JULGAMENTO COM EQUIDADE

A aplicação do Direito de forma equitativa, enquanto forma ordinária de decisão de conflitos, chegou a ser razão para que se ventilasse a supressão da previsão do julgamento por equidade do projeto de CPC.¹⁴ Esse movimento legislativo que

¹² Como corretamente ensinam Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fabio M. de Almeida Delmanto (**Código Penal Comentado**, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 383), o reconhecimento e aplicação de uma causa extintiva da punibilidade não se coaduna com a natureza de uma benesse, antes constituindo direito do acusado, caso realmente tenha preenchido os requisitos legais. Isso porque a previsão do cabimento do perdão judicial, ainda que a descrição legal de seu suporte fáctico dê-se por meio de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais – o que aumenta a margem de interpretação –, revela-se incompatível com o arbítrio judicial, como se a aplicação da hipótese da extinção de punibilidade fosse uma faculdade judicial. Por isso, deve o Poder Judiciário dizer se é ou não caso de perdão judicial, tendo em vista o preenchimento ou não do previsto em lei para tanto.

¹³ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina. Equidade (julgamento com equidade e julgamento por equidade). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 37, 2000, p. 221-234.

¹⁴ Reportando a discussão legislativa: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 18ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 539 e 540.

DAVID, Tiago Bitencourt de. Decisão por equidade e decisão com equidade: notas para uma distinção. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

acabou por não se consumir é sintomático de como o caráter equitativo de todo julgamento que se deve opera sempre *com* equidade, ainda que apenas excepcionalmente *por* equidade. Nesse sentido, Alexandre Freire e Newton Pereira Ramos Neto¹⁵ didaticamente ensinam “hodiernamente a equidade se trata de elemento inerente à construção de qualquer ato decisional, e não um mecanismo de suprimento de omissões legislativas.”. Todavia, ainda que a equidade não se exaura no julgamento *por* equidade, ainda assim consiste em fenômeno jurídico diverso daquele que se estuda neste tópico que é o da decisão tomada *com* equidade, de modo que andou bem o legislador ao manter a tradicional previsão normativa.

Assim, cumpre adentrar no exame de algumas manifestações da equidade na composição do julgamento.

Se a previsão legal é muito ampla e abarcar o caso concreto fosse contra a sua própria *ratio*, não haveria sentido na aplicação da norma de forma a abarcar indevidamente aquele fato específico. Nesse sentido, é a conhecida passagem do livro V da *Ética a Nicômaco* na qual Aristóteles vaticina¹⁶:

Vamos discutir já a seguir a respeito da equidade e do equitativo, de que modo, por um lado, a equidade se relaciona com a justiça e como, por outro, o equitativo se relaciona com o justo. Quando examinamos os sentidos destas determinações percebemos não serem absolutamente iguais mas também não serem genericamente diferentes. Por vezes, louvamos a qualidade da equidade e do equitativo de tal sorte que empregamos o termo “equitativo” em vez do termo “bom”, a respeito de outras situações que louvamos, para fazer ver que o que é mais equitativo é melhor. Outras vezes, contudo, quando acompanhamos o sentido do termo, parece absurdo que a equidade seja louvável se é outra coisa que não a justiça. Porque se forem diferentes, ou a justiça não é

¹⁵ FREIRE, Alexandre; RAMOS NETO, Newton Pereira. Artigo 140. STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017 p. 227 e 228.

¹⁶ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009, p. 124 (V – 1.137b1 -10) e 125 (V – 1.137b1 -1.138a1).

DAVID, Tiago Bitencourt de. Decisão por equidade e decisão com equidade: notas para uma distinção. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

uma coisa séria ou a equidade não é justa; se, por outro lado, ambas as qualidades são sérias, serão, então, o mesmo.

Quase toda a dificuldade acerca da equidade resulta destas considerações. Em todas elas há qualquer coisa de correto e nenhuma das opiniões que estão formadas acerca destas determinações se opõem completamente umas às outras. Isto é, a equidade, embora sendo superior a um (sic) certa forma de justiça, é, ainda assim, justa; não é, portanto, melhor do que a justiça, como que pertencendo a um outro gênero de fenômenos. A justiça e a equidade são, pois, o mesmo. E, embora ambas sejam qualidades sérias, a equidade é a mais poderosa. O que põe aqui o problema é o fato de a equidade ser justa, não de acordo com a lei, mas na medida em que tem uma função retificadora da justiça legal.

O fundamento para tal função retificadora resulta de, embora toda a lei seja universal, haver, contudo, casos a respeito dos quais não é possível enunciar de modo correto um princípio universal. Ora nos casos em que é necessário enunciar um princípio universal, mas aos quais não é possível aplica-lo na sua totalidade de modo correto, a lei tem em consideração apenas o que se passa o mais das vezes, não ignorando, por isso, a margem para o erro mas não deixando, contudo, por outro lado, de atuar menos corretamente. O erro não reside na lei nem no legislador, mas na natureza da coisa: isso é simplesmente a matéria do que está exposto às ações humanas. Quando a lei enuncia um princípio universal, e se verifica resultarem casos que vão contra essa universalidade, nessa altura está certo que se retifique o defeito, isto é, que se retifique o que o legislador deixou escapar e a respeito do que, por se pronunciar de um modo absoluto, terá errado. É isso o que o próprio legislador determinaria, se presenciasse o caso ou viesse a tomar conhecimento da situação, retificando, assim, a lei, a partir das situações concretas que de cada vez se constituem. Daqui resulta que a equidade é justa, e até, em certo sentido, trata-se de uma qualidade melhor do que aquela forma de justiça que está completamente sujeita ao erro. A equidade não será, contudo, uma qualidade melhor do que aquela forma de justiça que é absoluta. A natureza da equidade é, então, ser retificadora do defeito da lei, defeito que resulta da sua característica universal. Por este motivo, nem tudo está submetido à legislação, porque é impossível legislar em algumas situações, a ponto de ser necessário recorrer a decretos. A regra do que é indefinido é também ela própria indefinida, tal como acontece com a régua de chumbo utilizada pelos construtores de Lesbos. Do mesmo modo que esta régua se altera consoante a forma da pedra e não permanece sempre a

DAVID, Tiago Bitencourt de. Decisão por equidade e decisão com equidade: notas para uma distinção. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

mesma, assim também o decreto terá de se adequar às mais diversas circunstâncias. Assim, é, pois, evidente que a equidade é justa e, de fato, até é superior a uma certa forma de justiça. Mais evidente ainda é, a partir daqui, quem é equitativo.

O que é deste gênero está decidido e atua, de acordo com um princípio equitativo que aplica nas mais variadas circunstâncias. Contudo, não será tão rigoroso na aplicação intransigente da lei que se torne obsessivo, mas, embora a tenha do seu lado, será suficientemente modesto ao ponto de ficar com uma parte menor do que lhe seria devido. Isto é, mantém-se equitativo. Esta disposição do caráter é, então, a equidade. Trata-se, pois, de uma certa forma de justiça e não constitui uma disposição diferente daquela.

Do mesmo modo, amplia-se o alcance da norma quando sua teleologia assim prescreve, abarcando-se hipótese que, caso fosse seguida a literalidade da lei, não estaria sob seu abrigo. Exemplo claro disso é a extensão da proteção do art. 5º da Constituição Federal aos estrangeiros não-residentes no Brasil que estejam passando pelo território nacional.

Assim, ao invés de aplicar-se a legislação – e, atualmente, também os precedentes jurisprudenciais – de modo a subsumir-se o caso ao conceito abstratamente previsto, passa-se a aplicar a norma de modo a prestigiar-se seu aspecto finalístico e, sob essa dimensão, a aplicação do Direito com equidade consiste na interpretação teleológica.

Outro aspecto da decisão com equidade é o da sua função individualizadora, algo inclusive já previsto e preconizado por Aristóteles na *Retórica*, veja-se¹⁷:

[...] A partir da noção de equidade evidencia-se que tipo de ações e que tipo de pessoas são equitativas ou o inverso. Não se deve punir igualmente erros e ações injustas, e tampouco punir do mesmo modo erros e equívocos. Chama-se de equívoco o ato destituído de maldade que tem resultados inesperados; de erro, o ato que, ainda que destituído de perversidade, produz um resultado que poderia ser esperado; o ato injusto produz resultados esperados e procede da

¹⁷ ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011, p. 108 (I - 1.374b1).

DAVID, Tiago Bitencourt de. Decisão por equidade e decisão com equidade: notas para uma distinção. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

perversidade; de fato os atos provocados pela paixão envolvem a perversidade. Ser equitativo é mostrar indulgência ante as fraquezas humanas; é também levar em conta menos a lei do que o legislador; não tanto as ações do acusado quanto as suas deliberações; não tanto este ou aquele detalhe parcial, mas o todo; indagar não o que o acusado é agora, mas a respeito do que sempre foi ou o que tem sido na maioria das situações. É também nos lembrarmos mais do bem do que do mal que nos foi feito; mais dos benefícios que recebemos do que dos que oferecemos; sermos pacientes quando atingidos pela injustiça; preferirmos dirimir um desentendimento por meio da negociação do que mediante o recurso à justiça; preferirmos uma arbitragem a um litígio, já que o árbitro leva em conta a equidade, ao passo que o juiz leva em conta a lei. A arbitragem foi criada com o propósito expresso de garantir espaço total para a equidade. O que foi dito anteriormente deve bastar no que tange à natureza da equidade.

A equidade no modo como apresentado na passagem acima extraída da *Retórica* aponta uma função individualizadora da aplicação da norma. Em tal situação, a conduta subsume-se ao previsto na legislação, mas revela-se necessária uma graduação concreta da conduta para a respectiva modulação dos efeitos.

Em um sistema jurídico no qual haja a mera previsão legal de homicídio, caberá ao aplicador da legislação a mensuração de elementos que não foram sequer cogitados em sede legal, mas cuja apreciação revela-se imperativa para que não se trate igualmente um assassinato premeditado movido por motivo fútil contra uma criança e um acidente de trânsito decorrente da culpa leve de um condutor desatento, ainda que em ambos casos haja a conduta matar alguém e o resultado óbito tenha igualmente decorrido do fato.

Por fim, a decisão com equidade ainda apresenta-se como aquela que está atenta à necessária atualização do conteúdo da lei, ou seja, julga-se *com* equidade quando se atenta ao fluxo do tempo e a consequente inadequação dos termos legais/jurisprudenciais diante da nova realidade. Esta função é menos conhecida e

DAVID, Tiago Bitencourt de. Decisão por equidade e decisão com equidade: notas para uma distinção. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

foi bem apontada por Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida. Nas palavras dos autores¹⁸:

Encontra aplicação, também, quando se faz obsoleta a lei pela alterabilidade constante a que estão sujeitas as circunstâncias fáticas que passam a contradizer o cristalizado na legislação.

Assim, a equidade, longe de reduzir-se a um exercício excepcional ou subsidiário, apresenta funções diuturnamente exercitáveis na tomada de decisões jurisdicionais.

3. APLICAÇÃO DO DIREITO E JULGAMENTO COM EQUIDADE: RACIOVITALISMO JURÍDICO DE RECASÉNS SICHES E A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO DE MIGUEL REALE.

Para um melhor entendimento das múltiplas e ricas dimensões da *epieikeia*, mostra-se necessário adotar-se uma compreensão hermenêutica de caráter dialético que, por sua vez, revela-se bastante fiel ao pensamento aristotélico na medida em que foi o mesmo que disse que o silogismo judicial não é do tipo apodíctico, mas dialético¹⁹. Aliás, como bem apontado por um pensador contemporâneo, a saber, Miguel Reale²⁰:

É por isso que dizemos que uma sentença nunca é um silogismo, uma conclusão lógica de duas premissas, embora possa ou deva apresentar-se em veste silogística. Toda sentença é antes a vivência normativa de um problema, uma experiência axiológica, na qual o juiz se serve da lei e do fato, mas coteja tais elementos com uma multiplicidade de fatores, iluminados por elementos intrínsecos, como sejam o valor da norma e o valor dos interesses em conflito.

¹⁸ ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 117.

¹⁹ ARISTÓTELES. **Órganon**. 2 ed. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2010, p. 347 e 348 [Tópicos, Livro I, 100a18-100b25].

²⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 610.

DAVID, Tiago Bitencourt de. Decisão por equidade e decisão com equidade: notas para uma distinção. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

O resgate da noção aristotélica parece atender ao chamado de Miguel Reale²¹ quando faz a seguinte observação:

O reajustamento permanente das leis aos fatos e às exigências da justiça é um dever dos que legislam, mas não é dever menor por parte daqueles que têm a missão de interpretar as leis para mantê-las em vida autêntica.

Do mesmo modo, veja-se o que diz Paulo Ferreira da Cunha²²:

Sabendo qual seja a solução de direito positivo, ou quais as possíveis soluções do *quid iuris*, tem o juiz de criar, sobre uma tal base, o direito justo vivo, ou seja, apelar para o *quid ius*. É por isso que a justiça autêntica tem de integrar em si própria a *epikeia*, ou *aequitas*, a equidade. Tal como a régua de Lesbos, de que fala Aristóteles, adaptável aos objetos que deve medir.

Nessa mesma linha, é o vaticínio profundo do raciovitalismo e da lógica do razoável de Luis Recaséns Siches cuja visão é apresentada nas linhas que seguem.

Para Recaséns Siches, as normas jurídicas, enquanto expressão cultural humana, representam uma objetivação da vida social e, mediante a aplicação, seu significado é renovado.²³ O Direito não é, desse modo, uma expressão puramente espiritual ou intelectual, mas uma força que se revela na vida perante a realidade concreta e diante da mesma tenciona a realização de valores. Não se aparta, portanto, da consideração individualizada da conduta humana e suas circunstâncias. O que é jurídico, assim, extrapola uma ideia ou um conceito.²⁴

A aplicação do Direito na realidade importa na consideração da vida, tem por fundamento a vida humana e nela o jurídico renova-se, pois a aplicação não consiste em uma reprodução de uma norma jurídica previamente formulada.²⁵ E é

²¹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 611.

²² CUNHA, Paulo Ferreira da. **Res Publica. Ensaios Constitucionais**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 115.

²³ RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado General de Filosofia del Derecho**. Ciudad de México: Porrúa, 1959, p. 108-110.

²⁴ RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado General de Filosofia del Derecho**. Ciudad de México: Porrúa, 1959, p. 111.

²⁵ RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado General de Filosofia del Derecho**. Ciudad de México: Porrúa, 1959, p. 112.

DAVID, Tiago Bitencourt de. Decisão por equidade e decisão com equidade: notas para uma distinção. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

na vida vivida que a norma encontra aplicação, seja moldando condutas que a ela se adequam espontaneamente, seja quando a aplicação da mesma é levada a efeito por órgão administrativo ou judicial.²⁶

Recaséns Siches²⁷ recusa um conceito abstrato, geométrico de Direito, sustentando que a aplicação não se trata de um mero ato de subsunção do caso a um modelo abstrato de conduta formalmente prevista. Para o ilustre jusfilósofo²⁸, a aplicação de uma norma jurídica em um caso individual é a vivificação dos valores no mundo concreto mediante a compreensão do significado da conduta perante o quanto prescrito pela ordem jurídica que é ressignificada na aplicação.

Como Recaséns Siches recusa o Direito como ideia, como um conceito, a aplicação do mesmo na realidade concreta engloba as circunstâncias efetivas de sua aplicação e impõe um contraste perante a previsão normativa considerada e os valores a promover, tal como também sustenta Miguel Reale²⁹ ao apresentar sua célebre teoria tridimensional do Direito enquanto fato (dimensão ontológica), valor (dimensão axiológica) e norma (dimensão deontológica).³⁰

No raciovitalismo de Recaséns Siches, a lógica adotada não contrasta a abstração normativa em face da apreensão de uma conduta humana enquanto fato ocorrido na realidade sensível, mas interroga o sentido daquele comportamento, suas circunstâncias e intencionalidades³¹. E não será de determinado método de interpretação que emergirá a compreensão daquele fato, mas do contraste entre as razões da atitude concreta perante as razões de determinada manifestação

²⁶ RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado General de Filosofía del Derecho**. Ciudad de México: Porrúa, 1959, p. 112 e 113.

²⁷ RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado General de Filosofía del Derecho**. Ciudad de México: México, 1959, p. 112.

²⁸ RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado General de Filosofía del Derecho**. Ciudad de México: Porrúa, 1959, p. p. 112.

²⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 509 ss.

³⁰ A proximidade entre o pensamento de Luis Recaséns Siches e Miguel Reale nesse aspecto também foi observada por: VIDIGAL, Erick. O Raciovitalismo Jurídico e Suas Origens: Considerações sobre a Filosofia da Razão Vital de Ortega y Gasset. **Revista DPU**, vol. 45, maio/junho, 2012, p. 81. Disponível em: 2082-8136-1-PB.pdf. Acesso em: 18.04.2021.

³¹ RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado General de Filosofía del Derecho**. Ciudad de México: Porrúa, 1959, p. p. 143.

DAVID, Tiago Bitencourt de. Decisão por equidade e decisão com equidade: notas para uma distinção. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

normativa, por sua, vez, emergirá a conclusão acerca da razoabilidade ou irrazoabilidade da conduta humana³².

Luis Recaséns Siches³³ vaticina que a própria decisão judicial é uma atividade que, inserida no mundo da vida, estima, valora, o comportamento cuja realização é posta *sub judice*. A atividade interpretativa não possui caráter cognoscitivo, mas consiste em um juízo estimativo, no sentido de que se valora o comportamento humano perante as normas e os valores consagrados juridicamente³⁴.

Conforme Recaséns Siches³⁵, a equidade não deve ser vista como uma correção da lei, mas enquanto uma interpretação razoável da lei. Essa interpretação equitativa a impor-se sempre investiga antes o sentido normativo, ao invés de apegar-se à literalidade do texto legal ou a conceitos abstratos da mesma emanados.

Essa mesma função interpretativa da equidade foi também apontado por Maria Helena Diniz³⁶ ao apontar como aquela que impõe o predomínio da finalidade sobre a letra da lei, de modo que a aplicação leve em conta os dados fático-sociais, bem como o escopo normativo.

É interessante a observação de Luis Recaséns Siches³⁷ no sentido de que essa dimensão da equidade que sempre se deve praticar, essa interpretação equitativa, razoável, era a equidade de Aristóteles, de Cícero e de Francisco Suárez.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

³² RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado General de Filosofia del Derecho**. Ciudad de México: Porrúa, 1959, p. 629 ss.

³³ RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado General de Filosofia del Derecho**. Ciudad de México: Porrúa, 1959, p. 661.

³⁴ RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado General de Filosofia del Derecho**. Ciudad de México: Porrúa, 1959, p. 661.

³⁵ RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado General de Filosofia del Derecho**. Ciudad de México: Porrúa, 1959, p. 654-660.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 262 e 263.

³⁷ RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado General de Filosofia del Derecho**. Ciudad de México: Porrúa, 1959, p. 654-660.

DAVID, Tiago Bitencourt de. Decisão por equidade e decisão com equidade: notas para uma distinção. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

A equidade apresenta-se como uma noção jusfilosófica riquíssima que apresenta diversas dimensões e usos, não se esgotando na possibilidade do julgamento *por* equidade, mas alcançando, também, a prática ordinária da aplicação do Direito entendida como aquela que se faz *com* equidade.

O julgamento precisa sempre ser realizado *com* equidade, ainda que nem sempre o seja *por* equidade.

Nesse sentido, a compreensão da decisão como ato a apreender em uma síntese as dimensões axiológica, deontológica e ontológica é um ato equitativo enquanto articulação dos elementos para compreensão da riqueza resultante da totalidade da análise, extrapolando o sentido do texto para compreender-se o sentido jurídico da situação normatizada.

Assim, a equidade exige em cada julgamento que se interrogue o concreto sentido jurídico do fato, de modo que da análise dos valores, normas e acontecimentos emergja um significado jurídico uno e correspondente à complexidade da realidade disciplinada.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. Artigo 140. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 83.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

ARISTÓTELES. **Órganon**. 2 ed. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2010

ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011, p. 108 (I - 1.374b1).

DAVID, Tiago Bitencourt de. Decisão por equidade e decisão com equidade: notas para uma distinção. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

CARMIGNANI, Maria Cristina. A *aequitas* e a aplicação do Direito em Roma. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 104, jun./dez. 2009, p. 127 e 128.

CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. Tradução de João Mendes Neto. São Paulo: Edipro, 2019, Livro II, item XXII, versão digital (Kindle); CÍCERO, Marco Túlio. **Das leis**. Tradução de Otávio T de Brito. São Paulo: Cultrix, [s.d.], p. 40.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CLARO, Adriano Ricardo. Art. 107. *In*: JALIL, Mauricio Schaun; GRECO FILHO, Vicente (Coord.). **Código Penal Comentado**. Barueri: Manole, 2016.

CÔRREA-LIMA, Osmar Brina. Equidade (julgamento com equidade e julgamento por equidade). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 37, 2000, p. 221-234.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Res Publica. Ensaios Constitucionais**. Coimbra: Almedina, 1998.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREIRE, Alexandre; RAMOS NETO, Newton Pereira. Artigo 140. STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2020.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 18ª ed. São Paulo: RT, 2019.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado General de Filosofia del Derecho**. Ciudad de México: Porrúa, 1959.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Equidade e jurisprudência**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016

VIDIGAL, Erick. O Raciocínio Jurídico e Suas Origens: Considerações sobre a Filosofia da Razão Vital de Ortega y Gasset. **Revista DPU**, vol. 45, maio/junho, 2012, p. 81. Disponível em: 2082-8136-1-PB.pdf. Acesso em: 18.04.2021.