

# A EQUIDADE COMO FERRAMENTA HERMENÊUTICA: DISTINÇÕES EPISTEMOLÓGICAS ENTRE AS ACEPÇÕES DO CPC E DA CLT

Flávio da Costa Higa\*

Conta-se que na Roma Antiga, Aulo Gélcio, um estudioso da gramática latina, que viveu no século II d.C.<sup>1</sup>, foi chamado pelos pretores a exercer o cargo de juiz. No desempenho de seu ofício, enfrentou um intrincado dilema ao apreciar a cobrança de dívida ajuizada por um homem de reputação ilibada em desfavor de um réu sabidamente desleal. A sutileza do caso residia no fato de o autor não poder provar seu crédito por documentos ou testemunhas, e o réu, aproveitando-se da situação, negar o débito e vindicar a condenação do autor por calúnia. Consumido pela dúvida, Aulo Gélcio consultou os seus pares, versados na letra da lei, que o aconselharam a seguir as regras de ônus da prova e, em consequência, absolver o réu, aplicando o brocardo *actore non probante reus absolvitur*. Desconfortável com a situação, ele pediu socorro ao filósofo Favorino, que, após extensa exposição acerca dos deveres do magistrado, referiu-se ao precedente de Cícero, que preconizava a decisão em favor da pessoa honesta, pela aplicação do princípio *qui petit melior est*. Apesar de convencido da justiça moral dos argumentos de Favorino, não se conformava em emitir um veredicto favorável sem provas, ao mesmo tempo em que repudiava a ideia de decidir em favor do ímprobo. Diante do impasse, ele jurou que a questão não estava clara – *et propterea iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum* – e livrou-se de sentenciar<sup>2</sup>.

---

\* Juiz do Trabalho em Coxim (MS); doutor e mestre em Direito pela USP; professor da Escola da Magistratura do Trabalho de Mato Grosso do Sul – EMATRA/MS.

1 SMITH, William. *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology*, v. 2, 1870, p. 235. Scanned by University of Michigan's project "The Making of America". Disponível em: <<http://www.ancientlibrary.com/smith-bio/index.html>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

2 O relato é integralmente baseado no trabalho de Rabello, cuja parte final assim está redigida: "Gellius, who was then in his youth, was convinced by the moral justice of Favorinus speech, but nevertheless was still unable to judge on the basis of the behavior of the parties, without the support of evidence (*de probationibus rei gestae*) and unwilling as he was to release the defendant, he decided to declare himself unable to reach a clear opinion, thereby relieving himself of the obligation to pronounce judgment (*et propterea iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum*)" (RABELLO, Alfredo Mordechai. Non liquet: from modern law to Roman law. *Annual Survey of International & Comparative Law*, v. 10, Iss. 1, article 2, p. 1-26, 2004, p. 18).

Hodiernamente, o estratagema de Aulo Gélío não teria o mesmo êxito. Assumido o pressuposto do exercício monopolístico da atividade jurisdicional pelo Estado, emerge inexoravelmente o corolário da impossibilidade de o juiz esquivar-se de julgar alegando omissão ou obscuridade da lei, diante do princípio da indeclinabilidade da jurisdição (CPC, art. 126, e LINDB, art. 4º). A vedação à negativa de tutela jurisdicional é preceito vigente de modo bastante destacado nos ordenamentos mais modernos, tendo na proibição ao *non liquet* pelo Código Napoleônico – sob pena de o juiz ser processado por denegação de justiça<sup>3</sup> – uma de suas mais ilustres referências. Ainda que a lei não o socorra de modo específico ou a controvérsia fática faça-o claudicar, ele terá de prestar jurisdição, pois, como adverte Carnelutti, o juiz decide não porque sabe, mas como se soubesse<sup>4</sup>.

Entretanto, como conseqüência da impossibilidade de recusar o julgamento, o ordenamento proveu o julgador com alguns utensílios<sup>5</sup> a fim de subsidiar seu penoso ofício. Pretende-se, pois, nesse estudo, minudenciar as hipóteses de utilização do recurso à equidade como instrumento de interpretação e/ou integração das normas jurídicas, à luz da legislação trabalhista e processual civil.

Malgrado exista uma espécie de “senso comum” em torno do significado da palavra, não há, deveras, aquiescência a respeito da sua genuína acepção. Segundo Maria Helena Diniz, “isto é assim porque o termo equidade não é unívoco, pois não se aplica a uma só realidade, nem tampouco equívoco, já que não designa duas ou mais realidades desconexas”<sup>6</sup>. Trata-se, no entanto, de um termo “análogo, porque se refere a realidades conexas ou relacionadas entre si”<sup>7</sup>.

E a sua utilização, tanto nos limites quanto na extensão, também suscita controvérsia. Há quem simplesmente iguale equidade à “justiça do caso concreto”, e, no outro extremo, aqueles que entendem que o julgamento por equidade significa a possibilidade de o juiz julgar como melhor lhe aprouver, em descompromisso com a legalidade.

3 De acordo com o art. 4º do Código Civil francês, que assim estabelece: “Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice” (FRANÇA. *Code Civile* [1804]).

4 No original: “In giudice decide non perché sa ma como sapesse” (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano, 1958. p. 256).

5 Apesar de indiscutível que a equidade seja um recurso de integração, as referências mais explícitas da lei são à analogia, costumes e princípios gerais do direito (LICC ou LINDB, art. 4º, e CPC, art. 126). O art. 8º da CLT abarca um rol bem mais extenso de instrumentos de integração e interpretação.

6 DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 241.

7 *Idem*.

A legislação, de sua parte, fomenta a quizila. O leitor do Código de Processo Civil tenderia a restringir a utilização da equidade por concebê-la como o abandono da legalidade estrita, em face do que preconizam os arts. 126 e 127 do diploma processual pátrio<sup>8</sup>, *verbis*:

“Art. 126. 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. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.73)

Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”

Constata-se, pois, que a legislação processual civil relega a equidade à condição de exceção, exigindo previsão legal para a sua adoção e, além disso, inexistência de norma legal específica para reger a matéria. Sem embargo, indaga-se: De onde vem, então, a noção – também bastante impregnada na cultura jurídica – de que equidade é a “justiça no caso concreto”? Ademais, se assim o é, por que o juiz precisa de autorização legal para ser “justo no caso concreto”? É sofisticado dizer que, nos casos em que não há autorização, o juiz não deve – ou não pode – ser justo (equitativo)?

A leitura isolada da Consolidação das Leis do Trabalho, por sua vez, provavelmente não traria empecilhos a que o intérprete vislumbrasse na equidade a justiça modelar e corretiva, pois sua fonte prima seria o art. 8º da CLT, que assim dispõe:

“Art. 8º *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.*”<sup>9</sup>

A CLT não faz a mesma restrição ao uso da equidade, não diz que ela só pode ser utilizada mediante autorização legal. Nesse espeque, o emprego da locução sob o significado de decisão marginal à lei (fora da legalidade estrita) permitiria a inferência de que os juízes trabalhistas – diferentemente dos demais – estariam autorizados a decidir discricionariamente em qualquer caso?

8 BRASIL. *Código de Processo Civil* (1973).

9 BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho* (1943), sem grifos no texto original.

Seria essa uma peculiaridade do direito do trabalho, ou a equidade é expressão polissêmica com sentidos diversos nas diferentes legislações?

Deveras, no multifacetado conceito que se pode emprestar à palavra, a equidade ganha contornos bem distintos a partir da compreensão de suas raízes históricas.

O termo equidade, no direito romano, era o *aequitas* ou *aequum et bonum*. Segundo Vicente Ráo, “os romanos, que com frequência ligavam o conceito de equidade ao do direito natural, distinguiam, entretanto, a *aequitas naturalis* da *aequitas civilis*”<sup>10</sup>. Na prática, eles definiam “a primeira como uma forma de justiça absoluta que o direito constituído procura alcançar, e a segunda como parte integrante deste direito, aplicada, em Roma, precipuamente, pelos pretores (*aequitas praetoris*)”<sup>11</sup>.

Maria Inês Moura Santos Alves da Cunha também reconhece a exigência moral contida na *aequitas*, mas diz que “é no *jus respondendi* dos jurisconsultos e no trabalho dos pretores através dos editos que podiam completar, desenvolver ou modificar a lei que mais se manifesta a *aequitas*, o mesmo se dizendo das *formulae*, onde se dava proeminência à equidade, acima do *ius civile*”<sup>12</sup>.

Portanto, era enorme a autoridade dos pretores na Roma Antiga. “O magistrado tinha maiores poderes, podendo ultrapassar os limites do direito para afastar a aplicação da lei ou para estendê-la para casos não previstos”<sup>13</sup>. Havia, pois, uma clara função de legiferação na magistratura romana e, sob essa ótica, fica evidente a colisão da equidade com o princípio da legalidade (CF, art. 5º, II) que norteia o direito escrito da *civil law*, e a necessidade de restrições ao seu uso.

Foi essa a noção de equidade que se inseriu no Código de Processo Civil de 1973, edificado sob os influxos da *aequitas* do direito romano<sup>14</sup>. Num código de viés positivista, a regra geral tinha de ser a observância da lei (CPC, art. 126) e, excepcionalmente, o recurso à equidade (CPC, art. 127), mas, mesmo assim, uma decisão que não afrontava a lei, pois decidia fora da lei, porque ela assim o permitia.

10 *Idem*.

11 *Idem*.

12 CUNHA, Maria Inês Moura Santos Alves da. *A equidade e os meios alternativos de solução de conflitos*. São Paulo: LTr, 2001. p. 28.

13 *Idem*, p. 91, n. 29.

14 A inspiração romanista aqui tratada é a nascente mais remota. A fonte mais próxima é o art. 1º do Código Civil suíço, que determina a aplicação do direito costumeiro na falta de disposições legais, e, na falta de um costume, segundo as regras que o juiz estabeleceria se fizesse às vezes de legislador. Assim diz, exatamente, o texto: “Art. 1. 2º A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur” (SUÍÇA. *Code Civile* [1907]).

A concepção romanista de equidade, na qual se inspirou o CPC, fica ainda mais clara quando se observa o seu antecessor, o art. 114 do CPC de 1939, que assim prescrevia:

“Art. 114. Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabelecerá si fosse legislador.”<sup>15</sup>

Observe-se que o diploma processual determinava ao juiz que se investisse da função de legislador do caso concreto (*aequitas praetoris*). Ora, dentro dessa noção marcadamente aberta e extravagante de atuação do Poder Judiciário, por óbvio, seu uso deveria ser mais limitado, circunscrito à autorização legal. Serpa Lopes leciona que “o art. 114 do Código de Processo Civil também autoriza o julgamento por equidade, limitado, porém, a uma prévia autorização, que outra não pode ser senão a da própria lei, ficando estabelecido, assim, um movimento equilibrado, tendente a coibir o arbítrio judicial”<sup>16</sup>.

O cuidado da legislação processual em não alargar o poder do juiz nesse sentido fica nítido no contexto do Código. Basta ver a hipótese clássica em que o CPC autoriza a decisão por equidade, contida no art. 1.109 do CPC<sup>17</sup>, que assim enuncia:

“Art. 1.109. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.”

O Código de Processo Civil deixou a equidade romana (*aequitas*) preponderantemente aos processos de jurisdição voluntária, “em que o juiz apenas realiza gestão pública em torno de interesses privados”<sup>18</sup>. Isso porque em tais processos “não há lide nem partes, mas apenas um negócio jurídico processual, envolvendo o juiz e os interessados. A função do juiz é, portanto, equivalente ou assemelhada à do tabelião, ou seja, a eficácia do negócio jurídico depende da intervenção pública do magistrado”<sup>19</sup>.

Portanto, o conceito de equidade como liberdade absoluta do juiz no julgamento, apesar de correto, prende-se às raízes oriundas do direito romano, cuja utilização carece de autorização legal.

---

15 BRASIL. *Código de Processo Civil* (1939).

16 SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v.1. p. 145.

17 BRASIL. *Código de Processo Civil* (1973).

18 THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. I. p. 35.

19 *Idem*.

Não é, contudo, a única acepção possível da palavra.

Ao lado da *aequitas* romana, havia a *epiqueia* grega, ou, mais especificamente, aristotélica, com a ideia de justiça complementar à da lei escrita, a famosa “justiça do caso concreto”, decorrente do fato de a norma ser extremamente rígida ou genérica, pois, “no direito, as lacunas são inevitáveis; e daí ser falso o princípio da plenitude lógica do direito”<sup>20</sup>.

Aristóteles explica a equidade (*epiqueia*) com uma analogia à “Régua de Lesbos”, instrumento flexível de que se serviam os trabalhadores da Ilha de Lesbos<sup>21</sup> para medir determinados blocos de pedra, a qual, por ser feita de material flexível, podia ajustar-se às irregularidades dos objetos, tal como a lei se adapta aos fatos e às infundáveis ondulações da experiência humana. Pela relevância do texto, segue a transcrição das exatas palavras:

“Consequentemente, embora o equitativo seja justo e seja superior a uma espécie de justiça, não é superior à justiça absoluta, mas apenas ao erro devido à expressão absoluta. Esta é a natureza essencial do equitativo, ou seja, é uma retificação da lei onde é lacunar em função de sua generalidade. Com efeito, essa é a razão por que não são todas as coisas determinadas pela lei; pelo fato de haver alguns casos (e situações) em relação aos quais é impossível estabelecer uma lei, é necessária a existência de um decreto especial, pois aquilo que ele próprio indefiniu só pode ser medido por um padrão indefinido, como a régua plúmbea usada pelos construtores em Lesbos; tal como essa régua não é rígida, podendo ser flexibilizada ao formato da pedra, um decreto especial é feito para se ajustar às circunstâncias do caso.”<sup>22</sup>

A equidade – expressa na alegoria da “Régua de Lesbos” – é o antônimo da figura mitológica do “Leito de Procusto”<sup>23</sup>, pois, em vez de recortar ou esticar os fatos até fazê-los caber na medida única da cama da lei – como no brocardo

- 20 PONTES DE MIRANDA. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 369.
- 21 Acredita-se que advenha da Grécia Antiga a origem do termo “lésbica”, porquanto a poetiza Safo manifestava frequentemente em seus poemas a preferência por pessoas do mesmo sexo, e ela residia na Ilha de Lesbos, no litoral grego (LUZ, Fernanda Ferreira Canfield da. *Diversidade afetiva: leituras sobre os movimentos sociais LGBT de Porto Alegre*. 2011. 145f. [Dissertação de Mestrado]. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, 2011. p. 54).
- 22 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2009. p. 173.
- 23 Assim descrito por René Ménard: “O bandido Procusto possuía singular mania; queria que todos tivessem a sua altura, e, para tanto, mandava se deitassem no seu leito os viajantes detidos. Se ultrapassassem a medida do leito, cortavam-se-lhes as extremidades das pernas; se, pelo contrário, fossem demasiadamente pequenos, puxavam-nos mediante cordas, até que atingissem o comprimento exigido” (MÉNARD, René. *Mitologia greco-romana*. 2. ed. São Paulo: Opus, 1991. v. 3. p. 272-273).

*summum ius, summa iniuria*<sup>24</sup> –, o que ela procura é emprestar “calor humano” à frieza da lei, dando aos fatos “uma roupa sob medida”.

No exercício de tal função, a equidade “independe de autorização legal, pois deve ser utilizada para coadjuvar a inteligência do dispositivo interpretado, de acordo com os dados sociológicos que o envolverem e a finalidade que tiver”<sup>25</sup>. Trata-se, antes, de instrumento “di temperare la rigidità della norma scritta. In tali casi, l’equità non è fonte di diritto, è critério di applicazione”<sup>26</sup>.

Por ser mero recurso para aplicação do direito positivo, a equidade com ele não se choca, já que ambos os vetores apontam para uma única direção – a da justiça –, mas sob enfoques diversos: a lei busca a justiça geral e abstrata, atendendo à demanda coletiva, e a equidade procura adaptar a lei ao polimorfismo da realidade, em face das circunstâncias individuais<sup>27</sup>. Diante da necessidade de qualificar todos os fatos, é forçoso que o direito empregue certa dose de artificialismo, abstraindo elementos da realidade para simplificar a regra jurídica, conforme lição da Daniel Amaral Carnaúba:

“É necessário ressaltar que a aplicação da regra jurídica exige a prévia abstração dos elementos da realidade, engendrando inevitavelmente sua simplificação. Partindo de seu léxico predeterminado, o direito é forçado a qualificar juridicamente todos os fatos que lhe são trazidos à análise, o que não pode ser empreendido sem certa dose de artificialismo. Após o jantar, o atendente pergunta à senhora à mesa se ela aceitaria um café. Para o direito, trata-se de uma oferta. Um ônibus para em frente ao ponto, abrindo suas portas. Trata-se de uma oferta. Passando por coincidência no local, o motorista do veículo interrompe sua viagem para socorrer a vítima – inconsciente – de um acidente ocorrido há poucos instantes. Novamente, trata-se de uma oferta. Entre a pobreza dos conceitos jurídicos e a exuberância da realidade, a desproporção é tal que, na passagem desta a aquela, algo será necessariamente perdido ou mal traduzido.”<sup>28</sup>

24 Conforme lição Kantiana: “A divisa (*dictum*) da equidade é: o direito mais estrito é a maior injustiça (*summum ius summa iniuria*)” (KANT, Immanuel. *Introdução ao estudo do direito: doutrina do direito*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007. p. 61).

25 SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v.1. p. 145.

26 MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. 7. ed. Milão: Giuffrè, 1947. v. 1. p. 68.

27 SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Op. cit.*, p. 144.

28 CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013. p. 48.

Portanto, na criação da norma jurídica, o processo é de abstração, de simplificação em uma fórmula genérica que tente compreender todos os casos a que se destina. É uma espécie de “liofilização” dos fatos em uma regra. Na aplicação ao caso concreto, o processo é o inverso: por meio da equidade, busca-se expandir aquela regra de modo que a interpretação seja feita contemplando todas as particularidades, adaptando-se às infinitas variações da realidade, outrora reduzidas ante a necessidade de um comando mais abrangente e universal.

Vicente Ráo aponta quatro funções para a equidade: a) adaptação da lei a todos os casos que devam incidir em sua disposição; b) a aplicação da lei a todos esses casos, levando-se em conta todos os elementos, de fato, pessoais e reais, que particularizam o caso concreto; c) o suprimento de erros, lacunas ou omissões da lei; e d) a realização de tais funções com benignidade e humanidade<sup>29</sup>.

Destarte, ainda que na acepção aristotélica de equidade haja determinado espaço para a criatividade do juiz, ela é intrínseca à própria atividade de interpretação judiciária<sup>30</sup>, e, longe de se dar ao bel-prazer do julgador, “deve procurar o sistema que presidiu à lei, à própria ideia de lei e mais particularmente ao instituto aplicável ao caso particular, em conformidade com os dados morais, fora das aspirações interiores, nascidas puramente do sentimentalismo do intérprete”<sup>31</sup>.

A *epiqueia* aristotélica, dessa forma, é critério de justiça<sup>32</sup> na interpretação de toda e qualquer norma, e de integração das normas genéricas e lacunares, cuja adoção se impõe independentemente de autorização legislativa.

29 RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 4. ed. Noções gerais: direito positivo: direito objetivo. São Paulo: RT, 1997. v. I. p. 87-88.

30 Como defende Mauro Cappelletti: “Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade. O ponto, de resto, tornou-se explícito pelo próprio Barwick quando escreve que ainda a melhor arte de redação das leis, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devam ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas pela via judiciária” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 20-21).

31 SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Op. cit.*, p. 145.

32 Sob esse prisma, o artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos garante o direito de todo cidadão a um processo equitativo (em evidente sinônimo de justo): “ARTICLE 6. Droit à un procès équitable. 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice” (CONSEIL DE L'EUROPE. Cour européenne des droits de l'homme. *Convention européenne des droits de l'homme*. [Roma, 4 XI. 1950]).



É essa, em caráter apriorístico, a equidade de que trata o art. 8º da CLT<sup>33</sup>, embora não seja incorreto sustentar, mediante interpretação sistemática, que a Justiça do Trabalho também lança mão da equidade no sentido *aequitas*, criando normas jurídicas. Tal fenômeno ocorre, *e.g.*, no chamado “Poder normativo da Justiça do Trabalho”, no qual há verdadeira geração do direito pelos tribunais<sup>34</sup>, com o estabelecimento de novas condições regentes dos contratos individuais de trabalho<sup>35</sup> (CF, art. 114, § 2º, *c/c* CLT, art. 868).

De outro bordo, a legislação civil (material e processual) também contempla a utilização das duas formas de equidade, embora não haja referência expressa ao nome na LINDB, mas possa ser explicado até mesmo topologicamente, na técnica de organização legislativa.

Conforme já explanado, o art. 126 do CPC veda o *non liquet*, ao mesmo tempo em que determina ao juiz que recorra, na falta de normas legais, à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito; já no artigo seguinte (127), restringe o uso da equidade *aequitas* no julgamento à hipótese de consentimento legal.

Observe-se, agora, o que ocorre na LINDB: o seu art. 4º tem redação semelhante à do art. 126 do CPC, e o artigo subsequente (5º), apesar de não conter referência expressa à equidade *epiqueia*, revela seu viés interpretativo ao determinar que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Arnaldo Rizzardo, ao comentar tais dispositivos, esclarece que “há princípios gerais, inseridos nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que, embora não refiram expressamente à equidade, trazem apoio à determinação do juiz, indicando várias formas e alguns tipos de ações quando omissa a lei”<sup>36</sup>. Maria Helena Diniz também constata que:

33 BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho* (1943).

34 Conforme lição de Cesarino Júnior: “A competência normativa dos tribunais do trabalho é a faculdade a eles dada pela lei para editar normas gerais, reguladoras das relações de trabalho entre as duas classes, categorias ou grupos em conflito” (CESARINO Jr. *Direito social brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970. v. I. p. 213).

35 Mauricio Godinho Delgado também destaca esta função na equidade tratada pela CLT: “Ressalte-se, finalmente, que no direito do trabalho brasileiro, à equidade é conferido, ainda, um papel de fonte ‘material’ do direito judicialmente produzido (por meio das sentenças normativas). De fato, dispõe a CLT que, nos dissídios de natureza econômica, as sentenças normativas prolatadas (fontes de normas jurídicas, como se sabe) deverão tomar em avaliação a noção de ‘salário justo’ (art. 766 da CLT)” (DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 135).

36 RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 69.

“A equidade está, ainda, ínsita nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que estabelecem a obrigação 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.”<sup>37</sup>

É, pois, dentro desse encadeamento de ideias que se propõe a utilização da equidade, na acepção aristotélica de *epiqueia*, nunca como espécie de legiferação anômala por parte do magistrado (que exige expressa autorização legal); mas, conforme critérios estabelecidos por Limongi França<sup>38</sup>, que o juiz, diante da inexistência de um texto inflexível; encontrando omissão ou acentuado rigor ou generalidade na lei e, após apelar para as formas complementares de expressão do direito, elabore uma construção científica, em harmonia com o espírito que rege o sistema, e que venha a colmatar a lacuna ou complementar a generalidade da lei, fazendo o seu ajuste fino às particularidades do caso.

Humberto Ávila sustenta que o sentido aristotélico de equidade é expressão do “princípio da razoabilidade”, que atua na interpretação das regras gerais como decorrência do “princípio da justiça”, contido no preâmbulo e no art. 3º da CF<sup>39</sup>.

O Código Civil brasileiro de 2002, que traçou a opção de legislar por meio de cláusulas abertas, fez várias referências à equidade, quando do cálculo do valor de penas, indenizações, prejuízos e método de se evitar a resolução contratual (arts. 413<sup>40</sup>, 479<sup>41</sup>, 738, parágrafo único<sup>42</sup>, art. 928, parágrafo úni-

37 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 250.

38 LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Formas e aplicação do direito positivo*. São Paulo: RT, 1969. p. 77-78.

39 O autor comenta que: “Essa concepção de razoabilidade corresponde aos ensinamentos de Aristóteles, para quem a natureza da equidade consiste em ser um corretivo da lei quando e onde ela é omissa, por ser geral. Essas considerações levam à conclusão de que a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça (‘Preâmbulo’ ao art. 3º da CF)” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 155).

40 “Art. 413. A penalidade deve ser reduzida *equitativamente* pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.” (BRASIL. *Código Civil* [2002])

41 “Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar *equitativamente* as condições do contrato.” (*Idem*, sem grifo no original)

42 “Art. 738. A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço. Parágrafo único. Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá *equitativamente* a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano.” (*Ibidem*, sem grifo no original)

co<sup>43</sup>, 944, parágrafo único<sup>44</sup>, e 953, parágrafo único<sup>45</sup>). Tais alusões, apesar de não implicarem menoscabo à legalidade estrita, são figuras mais próximas da *aequitas* (equidade romana) – embora não tão veementes quanto o exemplo do art. 1.109 do CPC<sup>46</sup> –, mas que devem, como em qualquer aplicação de norma jurídica, ser obtemperadas pela *epiqueia* (equidade grega).

Retomando os critérios já mencionados, a equidade aristotélica servirá sempre como critério de interpretação do direito positivo, abrandando o rigor de determinada norma e, em determinados casos, poderá desempenhar, também, um importante papel no preenchimento de conceitos jurídicos abertos ou perante a dificuldade de equacionar determinados problemas jurídicos, como, por exemplo, ao quantificar o montante da indenização por danos extrapatrimoniais<sup>47</sup>.

## CONCLUSÃO

A equidade é apetrecho de suma importância tanto na integração quanto na interpretação das normas jurídicas, na medida em que compõe o cabedal necessário à entrega plena da prestação jurisdicional. Como vocábulo polissêmico que é, exige do intérprete a compreensão epistemológica de suas diferentes acepções, a fim de evitar, a um só tempo, a atuação acanhada que obste a concretização do valor justiça e a aplicação exacerbada que promova a erosão do Estado Democrático de Direito.

Como regra geral de hermenêutica, a acepção utilizada pelo Código de Processo Civil remonta às origens romanas da expressão *aequitas*, equivalendo à possibilidade de o juiz romper com a legalidade e decidir como se fosse o legislador, o que só é possível mediante autorização legal. Por outro lado, a Consolidação das Leis do Trabalho emprega o vocábulo, tendo como matriz a

43 “Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser *equitativa*, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.” (*Ibidem*, sem grifo no original)

44 “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, *equitativamente*, a indenização.” (*Ibidem*, sem grifo no original)

45 “Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, *equitativamente*, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.” (*Ibidem*, sem grifo no original)

46 BRASIL. *Código de Processo Civil* (1973).

47 É esta, aliás, a regra do art. 1226 do Código Civil italiano para a reparação do dano na ausência de prova exata do prejuízo: “Art. 1226. Valutazione equitativa del danno. *Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa (2056 e seguenti)*” (ITALIA. *Codice Civile* [1942]).

expressão grega *epiqueia*, que significa a possibilidade de o magistrado adaptar a letra fria da lei às peculiaridades de cada situação, colmatando lacunas legislativas e corrigindo distorções a partir da noção de “justiça do caso concreto”. Todavia, sem embargo da premissa distintiva abstratamente erigida, ambos os diplomas adotam – em diferentes graus – as duas acepções do termo.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. *Código Civil* (2002).

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil* (1939).

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil* (1973).

\_\_\_\_\_. *Consolidação das Leis do Trabalho* (1943)

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano, 1958.

CESARINO Jr. *Direito social brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970. v. I.

CONSEIL DE L'EUROPE. Cour européenne des droits de l'homme. *Convention européenne des droits de l'homme*. (Roma, 4 XI. 1950).

CUNHA, Maria Inês Moura Santos Alves da. *A equidade e os meios alternativos de solução de conflitos*. São Paulo: LTr, 2001.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FRANÇA. *Code Civile* (1804).

ITÁLIA. *Codice Civile* (1942).

KANT, Immanuel. *Introdução ao estudo do direito: doutrina do direito*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Formas e aplicação do direito positivo*. São Paulo: RT, 1969.

LUZ, Fernanda Ferreira Canfield da. *Diversidade afetiva: leituras sobre os movimentos sociais LGBT de Porto Alegre*. 2011. 145f. (Dissertação de Mestrado). São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, 2011.

MÉNARD, René. *Mitologia greco-romana*. 2. ed. São Paulo: Opus, 1991. v. 3

MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. 7. ed. Milão: Giuffrè, 1947. v. 1.

## DOCTRINA

PONTES DE MIRANDA. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 369.

RABELLO, Alfredo Mordechai. Non liquet: from modern law to Roman law. *Annual Survey of International & Comparative Law*, v. 10, Iss. 1, article 2, p. 1-26, 2004.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 4. ed. Noções gerais: direito positivo: direito objetivo. São Paulo: RT, 1997. v. I.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v.1.

SMITH, William. *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology*, v. 2, 1870, p. 235. Scanned by University of Michigan's project "The Making of America". Disponível em: <<http://www.ancientlibrary.com/smith-bio/index.html>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

SUÍÇA. *Code Civile* (1907).

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. I.