

**EQUIDADE NO DIREITO DO TRABALHO:
UMA ANÁLISE À LUZ DA HERMENÊUTICA JURÍDICA**

***EQUITY IN LABOR LAW:
AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF LEGAL HERMENEUTICS***

**Rodolfo Pamplona Filho¹
Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos²**

Sumário: Introdução; 2. Equidade: contornos conceituais; 3. O problema das lacunas do direito; 3.1 Corrente da plenitude hermética do direito; 3.2 Corrente da incompletude aberta do direito; 4. Hermenêutica jurídica e equidade; 4.1 Hipóteses legais de decisão por equidade; 4.2 Equidade como meio supletivo de interpretação e integração das normas; 5. O art. 140 do Código de Processo Civil e a equidade; 6. A equidade no Direito do Trabalho brasileiro; Considerações finais; Referências.

Resumo: Este artigo tem por objetivo apresentar uma visão sistemática do que seja equidade, notadamente no Direito do Trabalho. Para isso, dissertar-se-á sobre alguns temas de Filosofia e Teoria Geral do Direito, como forma de fortalecer as bases ético-jurídicas das conclusões. O método de pesquisa é o teórico jurídico e a técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica.

Palavras-Chave: Direito do Trabalho. Equidade. Hermenêutica.

Abstract: *This article aims to present a systematic view of what is fairness, notably in Labor Law. For this, we will discuss some topics of Philosophy and General Theory of Law, as a way to strengthen the ethical-juridical basis of the conclusions. The research method is the legal theory and the research technique used was the bibliographical one.*

key-words: *Labor Law. Equity. Hermeneutics.*

INTRODUÇÃO

Discorrer acerca da equidade não é tarefa das mais fáceis para o estudioso do Direito, eis que tal vocábulo possui múltiplos significados, ensejando diversas interpretações. A título ilustrativo, convém indicar, por exemplo, a definição de Aurélio Buarque de Holanda, nos

¹ Professor Titular do Curso de Direito da UNIFACS - Universidade Salvador e Professor Associado I da Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) da UFBA - Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Social pela UCLM - Universidad de Castilla-La Mancha. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Juiz titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA.

² Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professora Tutora do Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho da Estácio/CERS.

Revista Nova Hileia. Vol. 2. Nº 2, jan-jun 2017.

seguintes termos: a) disposição de reconhecer igualmente o direito de cada um; b) conjunto de princípios imutáveis de justiça que induzem o juiz a um critério de moderação e de igualdade, ainda que em detrimento do direito objetivo; c) sentimento de justiça avesso a um critério de julgamento ou tratamento rigoroso e estritamente legal; d) igualdade, retidão, equanimidade (FERREIRA, 1986, p. 675).

Como se verifica, as diversas acepções gramaticais do termo já seriam suficientes para demonstrar a enorme complexidade da discussão acerca da equidade, notadamente se encarada sob uma ótica leiga. Entretanto, como se não bastasse, diversas controvérsias surgem quando da utilização jurídica do termo, seja no campo das relações de direito material, seja no âmbito da apreciação de lides pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, o presente artigo objetiva apresentar cada um destes problemas separadamente, de modo a buscar uma visão sistemática do que seja equidade, notadamente no Direito do Trabalho. Antes, porém, faz-se mister dissertar sobre alguns temas de Filosofia e Teoria Geral do Direito, como forma de fortalecer as bases ético-jurídicas das conclusões.

2. EQUIDADE: CONTORNOS CONCEITUAIS

A tarefa de conceituar um instituto jurídico é sempre muito árdua, tendo em vista a enorme gama de peculiaridades que o envolve normalmente. Desse modo, como forma de obter um maior cabedal de conhecimentos para o desenvolvimento da matéria, serão apresentados os estudos de grandes mestres da filosofia e do direito acerca dessa temática.

A noção original de equidade surge na Grécia Antiga, com Aristóteles (1996, p. 212), na "Ética a Nicômaco", na qual afirmava que:

O equitativo, embora seja melhor que uma simples espécie de justiça, é em si mesmo justo, e não é por ser especificamente diferente da justiça que ele é melhor do que o justo. A justiça e a equidade são portanto a mesma coisa, embora a equidade seja melhor. O que cria o problema é o fato de o equitativo ser justo, mas não o justo segundo a lei, e sim um corretivo da justiça legal. A razão é que toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nestes casos, então, em que é necessário estabelecer regras gerais, mas não é possível fazê-lo completamente, a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora não ignore a possibilidade de falha decorrente desta circunstância. E nem por isto a lei é menos correta, pois

Revista Nova Hileia. Vol. 2. Nº 2, jan-jun 2017.

a falha não é da lei nem do legislador, e sim da natureza do caso particular, pois a natureza da conduta é essencialmente irregular. Quando a lei estabelece uma regra geral, e aparece em sua aplicação um caso não previsto por esta regra, então é correto, onde o legislador é omissor e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão. Por isso o equitativo é justo, e melhor que uma simples espécie de justiça, embora não seja melhor que a justiça irrestrita (mas é melhor que o erro oriundo da natureza irrestrita de seus ditames). Então o equitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissa devido à sua generalidade. De fato, a lei não prevê todas as situações porque é impossível estabelecer uma lei a propósito de algumas delas, de tal forma que às vezes se torna necessário recorrer a um decreto. Com efeito, quando uma situação é indefinida a regra também tem de ser indefinida, como acontece com a régua de chumbo usada pelos construtores em Lesbos; a régua se adapta à forma da pedra e não é rígida, e o decreto se adapta aos fatos de maneira idêntica.

Conforme ressalta Wagner D. Giglio (1975, p. 867), comentando trechos da "Ética a Nicômaco":

Nota-se a preocupação do preceptor de Alexandre em equacionar as relações entre o Direito e a Justiça, entre o legal e o ético, colocando a equidade no plano ideal de uma justiça intuitiva, natural e humana, superior e mais perfeita do que a norma jurídica. A equidade corresponderia o justo aperfeiçoado, à Justiça ideal, e sua missão seria suprir as omissões da lei e orientar o intérprete na correção das injustiças.

Na doutrina moderna, diversos autores tratam desta questão, sendo a equidade tida como "princípio geral do direito, o mais geral de todos" [...], "ponte por excelência entre a Justiça e a Lei" (...) e "fonte de standards jurídicos", como bem preleciona José Martins Catharino (1972, p. 1972); "a justiça do juiz, em contraposição à lei, justiça do legislador", por Carnelutti, citado por Délio Maranhão (1995, p. 168); como "*al sentimento di giustizia della generalità dei cittadini nel tempo e nel luogo in cui avviene la decisione*", por Luigi De Litala (1975, p. 50); como "a idéia do justo" que "abrande o rigor do texto" e "aquece a frieza da lei", pelo Ministro Mozart Victor Russomano (1994, p. 45); como "*la justicia del caso concreto*" que "*sirve para corrigir a la justicia*", adaptando-a, não sendo "*un principio ni una fórmula general derivada de la idea de justicia, sino un procedimiento y un resultado: Es la armonia entre lo general y lo particular*", por Mário De La Cueva (1954, p. 395); e como correspondente "ao sentimento de justiça que deve influenciar o legislador na elaboração da lei e o juiz na sua interpretação", por Arnaldo Lopes Sussekind (2003, p. 208).

Revista Nova Hileia. Vol. 2. Nº 2, jan-jun 2017.

Nessa linha de intelecção, a equidade pode ser definida como "igualdade, retidão, equanimidade", ou seja, a equidade, no seu sentido original, equivale à própria noção de justiça, vale dizer, o ideal a ser atingido tanto pelo legislador, quanto pelo aplicador da norma, pois não há como se conceber, do ponto de vista lógico, um direito injusto.

Saliente-se, porém, que estes conceitos variam de acordo com a posição de cada doutrinador acerca do problema das funções da equidade no Direito. Mas que funções são estas? Convém estudá-las no decorrer do presente estudo.

3. O PROBLEMA DAS LACUNAS DO DIREITO

Um aspecto extremamente relevante antes da enunciação das funções da equidade é a discussão acerca da problemática da existência ou não das lacunas no Direito. De maneira didática e, por isto mesmo, sintética, pode-se classificar as teorias acerca desta problemática em duas correntes básicas: a) os que defendem a inexistência de lacunas no ordenamento jurídico, por considerarem-no uma plenitude hermética; e b) os que defendem a concepção do ordenamento jurídico como um sistema aberto e incompleto.

Cumprir examinar cada uma destas correntes separadamente, de modo a possibilitar uma descrição imparcial do problema, bem como as funções da equidade em cada uma das posições doutrinárias.

3.1 CORRENTE DA PLENITUDE HERMÉTICA DO DIREITO

Esta corrente, cujos maiores expoentes são Hans Kelsen e Carlos Cossio, nega a existência de lacunas no sistema jurídico, colocando a sua completude como uma exigência lógica de um ideal racional.

É de se ressaltar, porém, que ambos os jusfilósofos, apesar de desenvolverem seu raciocínio de maneira distinta, acabam se baseando num princípio ontológico do direito, enunciado expressamente pelo pensador argentino que consiste na constatação de que "tudo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido" (COSSIO, 1952, p. 37).

Revista Nova Hileia. Vol. 2. Nº 2, jan-jun 2017.

Encarado neste sentido, o sistema jurídico não poderia admitir a existência de lacunas, eis que o mesmo seria uno, pleno e harmônico, pelo que toda controvérsia teria necessariamente uma solução. Para Hans Kelsen, a questão das lacunas se constituiria num problema de jurisdição, ou seja, que o Estado-Juiz resolveria simplesmente através dos seus órgãos competentes.

Sendo assim, apesar de não admitir a existência de "lacunas" no sistema jurídico, Kelsen, conforme ensina Maria Helena Diniz (1995, p. 45):

Reconhece a importância da teoria das lacunas no âmbito da jurisdição, como um limite ao poder normativo do magistrado. Considerando a 'lacuna' como uma ficção utilizada pelo legislador com a finalidade de restringir o poder de interpretação e de integração conferido aos tribunais, quando estes constatam a falta de uma determinada norma, na ordem jurídica, para resolver certo caso, 'falta essa determinada com base num juízo de valor ético-político subjetivo, que é apresentada como impossibilidade lógica da aplicação dessa ordem jurídica'. A doutrina tradicional, nos casos não previstos, reconhece que o juiz pode decidí-los, segundo sua livre apreciação, quando entender que a aplicação da ordem jurídica vigente, conforme sua concepção ético-política, é insatisfatória no caso sub judice. Foi, portanto, para não aceitar a competência legislativa dos juízes e tribunais, que se construiu a ficção da existência de 'lacunas', substituindo-se assim a razão ético-política subjetiva (a aplicação da norma geral estabelecida pelo legislador levaria a conseqüências insatisfatórias) pela razão lógico-objetiva (o direito possui lacunas, ou seja, há casos não previstos em normas gerais). Para Kelsen, portanto, 'a existência de uma lacuna só é presumida quando a ausência de uma norma jurídica é considerada pelo órgão aplicador do direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, a aplicação - logicamente possível - do direito vigente é afetada por esta razão político-jurídica, por ser considerada pelo órgão aplicador do direito como não equitativa ou desacertada. Porém, a aplicação da ordem jurídica vigente pode ser havida como não equitativa ou desacertada, não apenas quando esta não contenha uma norma geral que imponha ao demandado ou acusado uma determinada obrigação, mas também quando ela contenha uma tal norma. O fato (anterior à reforma de 1984) da ordem jurídica não conter qualquer norma que estabeleça pena para o furto de energia elétrica pode ser considerado tão iníquo ou desacertado como o fato de uma ordem jurídica conter norma que é de aplicar tanto ao roubo acompanhado de homicídio como à hipótese de um filho matar o pai que sofre de doença incurável, a pedido deste. Lacuna, no sentido de inaplicabilidade lógica do direito vigente, tampouco existe num caso como no outro'. Deveras, considerar o furto de energia elétrica, não previsto em lei, como um comportamento juridicamente permitido, é uma iniquidade. Por isso, entender as lacunas como uma 'ficção' permite ao juiz não aplicar tal norma, que conduziria a resultados injustos. Daí a importância do nosso art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que, na doutrina kelseniana, funcionaria como um controle ao poder do magistrado. Convém repetir: o legislador 'recorre à ficção de que a ordem jurídica vigente, em certos casos, não pode ser aplicada - não por uma razão ético-política subjetiva, mas por uma razão lógico-objetiva - de que o juiz somente pode fazer de legislador

quando o direito apresentar uma lacuna', tendendo, com isso, a limitar a hipertrofia da função judicial.

Admitindo, assim, a existência de lacunas axiológicas ou políticas, no caso de um comportamento proibido pelo sistema, mas desejável, por razões de política jurídica, pelo juiz que passará a aceitá-lo, propondo uma outra norma que o tornasse permitido; ou na hipótese de uma conduta regulada negativamente, sendo permitida, mas que, por razões políticas, o magistrado julgue que deva ser regulado de modo positivo.

Quanto à Carlos Cossio (1952, p. 55), por entender que o Direito não é a norma, mas sim a conduta humana em sua interferência intersubjetiva relacionada a valores, não haveria que se falar em lacunas ontológicas no sistema jurídico, eis que o mesmo consistiria num "contínuo de licitudes e descontínuo de ilicitudes", estando toda conduta humana regulada pelo Direito, pelo que o exato entendimento da interpretação jurídica não é o da análise da norma, mas sim da conduta (esta sim seu objeto de estudo, através da norma ou mediante a norma).

Desta forma, enunciando o princípio ontológico já anteriormente apontado (tudo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido), Cossio acredita resolver o problema lógico da plenitude hermética da ordem jurídica, eis que a própria conduta do juiz é direito.

Lembrando, novamente, Maria Helena Diniz (1995, p. 54):

A lacuna da lei, para a Egologia, é atinente à interpretação, pretendendo evitar que a lei se projete no domínio do absurdo, enquanto a lacuna do direito refere-se a uma solução injusta, como a regulamentação da propriedade segundo o Código de Napoleão, chamada a reger o problema da eletricidade. Carlos Cossio não admite a coexistência de duas plenitudes; apenas existem problemas estimativos que se apresentam, não como dois elementos distintos, mas independentes.

Os partidários de tal corrente, portanto, descartam somente a existência de lacunas ontológicas, aceitando, porém, a possibilidade de lacunas axiológicas, pois há hipóteses em que o modo como alguma relação está regulada pode ser tal que, à maneira como atualmente a comunidade está vivenciando os valores jurídicos, esse modo de regular possa parecer injusto (o que é, evidentemente, uma questão de valor).

Nesse aspecto, vale a pena transcrever as lições de Antônio Luís Machado Neto (1975, p. 225), um dos maiores estudiosos brasileiros do Egologismo, para quem:

Há casos em que a lei proporciona ao juiz apenas um critério ou orientação geral, tais os critérios de boa-fé, bons costumes, atentado ao pudor, etc., em que o

o julgador terá de completar o sentido da norma através do preenchimento do conteúdo concreto que a comunidade, atualmente, atribui a tais conceitos genéricos.

Outros casos há, que, embora possam estar incluídos no conceito geral de lacunas axiológicas, têm caráter especial. Tais são, por exemplo, quando a norma é omissa, seja porque o problema, ao sobrevir a lei, não estava bastante amadurecido, seja porque a solução não foi prevista, seja porque a questão não foi praticamente suscitada até a superveniência da norma.

Um caso análogo é quando a norma existente manifesta-se inaplicável por abranger casos ou consequências que o legislador não teria contemplado se uma coisa ou outra houvesse conhecido. Lacunas axiológicas, mais uma vez; pois, não há negar, que logicamente a matéria estava regulada, embora dessa forma insuficiente e vivenciada como injusta.

Nesses casos, caracterizados pelos defensores desta corrente como lacunas axiológicas, caberia ao intérprete e, especialmente, ao julgador, a tarefa de integrar a norma, integração esta que se daria, principalmente, pela analogia, mas também pelos princípios gerais do direito e pela equidade.

3.2 CORRENTE DA INCOMPLETUDE ABERTA DO DIREITO

A outra corrente, que defende a existência de lacunas no ordenamento jurídico, cujo maior expoente brasileiro é Miguel Reale, revela o direito como uma realidade complexa, contendo diversas dimensões, não somente normativas, mas também fáticas e axiológicas, surgindo um critério de avaliação em que "os fatos e as situações jurídicas devem ser entendidos como um entrelaçamento entre a realidade viva e as significações do direito, no sentido de que ambas se prendem uma a outra" (FERRAZ JR., 1976, p. 37).

Este posicionamento nega o princípio ontológico do Direito (tudo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido), proposto por Carlos Cossio, porque, segundo o entendimento da Professora Maria Helena Diniz (1995, p. 395):

Esse princípio não constitui uma norma jurídico-positiva, não conferindo, portanto, direitos e obrigações a ninguém, sendo, assim, um mero enunciado lógico, inferido da análise do sistema normativo. Considerado sob o prisma da linguagem, seria uma metalinguagem, porquanto se dirige à linguagem-objeto, sendo, nesse sentido, uma proposição descritiva, formal ou lógica, isto é, analítica, posto que não se refere ao mundo fático.

Desta forma, conclui Diniz (1995, p. 395):

(...) vem a comprovar, uma vez mais, a falta de normatividade do referido dogma. Com isso, essas teorias fracassam no empenho de sustentar que todo o sistema jurídico é uno, completo, independente e sem lacunas, pois concebem o direito sob uma perspectiva estática.

Sob esta ótica, o sistema normativo é dinâmico e aberto, havendo, portanto, possibilidades para a existência das lacunas, pois é impossível para o legislador prever todas as hipóteses fáticas de aplicabilidade da norma, não havendo solução expressa neste caso.

Diante deste posicionamento, cabe ao intérprete da norma suprir este "vazio normativo", valendo-se de regras de interpretação, integração e aplicação das normas, socorrendo-se de meios supletivos, a saber: analogia, costume, princípios gerais de direito e equidade.

Sem tomar uma posição definitiva acerca do acerto de um ou outro posicionamento, vale a pena ressaltar que a equidade, em ambas as correntes descritas, tem, portanto, uma função bastante importante no estudo da hermenêutica jurídica (aplicação, interpretação e integração das normas), como será analisado no próximo ponto.

4. HERMENÊUTICA JURÍDICA E EQUIDADE

Consoante explicitado no tópico anterior, a hermenêutica jurídica implica em diversas regras de interpretação, integração e aplicação das normas, em que são utilizados, como meios supletivos, a analogia, o costume, os princípios gerais de direito e a equidade. Por não se tratarem de objeto do presente estudo, não serão abordados os demais meios supletivos, limitando-se a análise à equidade.

Voltando ao que foi exposto no primeiro tópico deste estudo, observa-se que a equidade pode ser definida como "igualdade, retidão, equanimidade", ou seja, a equidade, no seu sentido original, equivale à própria noção de justiça, vale dizer, o ideal a ser atingido tanto pelo legislador, quanto pelo aplicador da norma, pois não há como se conceber, do ponto de vista lógico, um direito injusto.

Desta forma, a equidade não é somente um simples método ou técnica de interpretação, mas sim um pressuposto lógico da atividade interpretativa, haja vista que, se a finalidade do Direito é a

Revista Nova Hileia. Vol. 2. Nº 2, jan-jun 2017.

realização concreta da Justiça, toda interpretação de suas normas deve respeitar esse fundamento teleológico, isto é, ser equitativa, tender para o justo.

Lembrando, novamente, o primoroso artigo de Wagner D. Giglio (1975, p. 869):

Não é livre o julgador para, fazendo abstração de métodos e técnicas, descumprindo preceitos legais que os impõem, interpretar normas jurídicas por equidade, baseado exclusivamente em sua noção intuitiva e subjetiva do que seja justo; deve, isto sim, pautar sua pesquisa naqueles métodos e técnicas para apreender, dentro da mais rigorosa lógica jurídica, a finalidade do preceito legal, a sua razão de ser precípua, o seu objetivo último, ou seja, interpretá-lo a partir do pressuposto fundamental de que toda a norma jurídica tende à justa composição das relações sociais. A isto chamamos, por amor à síntese, interpretar com equidade.

Em outras palavras, deve-se ter em mente que há uma distinção básica entre o que seja decidir por equidade e decidir com equidade: no primeiro caso, o julgador está livre de quaisquer "amarras técnicas" para decidir o caso apresentado para sua apreciação, enquanto, no segundo caso, trata-se de uma característica de todo o julgador que se propõe a decidir com justiça (conceito subjetivo – é verdade – porém, universal).

Contudo – pergunta um leitor mais crítico – isto não seria apenas um mero jogo de palavras, sem nenhuma aplicabilidade prática? De modo algum, conforme análise das hipóteses legais concretas de decisão somente por equidade, a ser realizada nos capítulos seguintes.

4.1 HIPÓTESES LEGAIS DE DECISÃO POR EQUIDADE

Existem, no vigente ordenamento jurídico brasileiro, diversas hipóteses legais de decisão por equidade. Dentre elas, elenca-se, por exemplo, a previsão do art. 85, §8º, do novo Código de Processo Civil (art. 20 do CPC/1973), no que diz respeito à fixação de honorários nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, em que se delega ao prudente arbítrio do julgador a estipulação do *quantum debeatur*.

Outra hipótese é a constante do art. 2º da Lei nº. 9.307/1996 – Lei de Arbitragem, que prevê expressamente que a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. É interessante destacar que a Lei nº. 13.129/2015, que alterou algumas disposições da referida legislação, incluiu o § 3º no art. 2º acima citado, impossibilitando a arbitragem por equidade nas

Revista Nova Hileia. Vol. 2. Nº 2, jan-jun 2017.

lides que envolvam a Administração Pública, tendo em vista o princípio da legalidade consagrado no art. 37 da Constituição Federal.

Claríssima, ainda, é a hipótese do art. 723 do novo Código de Processo Civil (art. 1.109 do CPC/1973), segundo o qual, nos procedimentos de jurisdição voluntária, o juiz decidirá o pedido no prazo de dez dias, não estando, contudo, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

Em todos estes casos, é facultado expressamente que o julgador pode se valer de seus próprios critérios de justiça, quando vai decidir, não estando adstrito às regras ou métodos de interpretação pré-estabelecidos.

Pode-se, inclusive, afirmar que, nesta oportunidade, o julgador deixa de ser juiz – aplicador de regras estatais rígidas – para ser árbitro (que é diferente de arbitrário – ressalte-se), vinculado somente à sua consciência e percepção da justiça, naquele caso concreto, segundo sua própria racionalização do problema.

Conforme ensina Tércio Sampaio Ferraz (1996, p. 428):

O juízo por equidade, na falta de norma positiva, é o recurso a uma espécie de intuição, no concreto, das exigências da justiça enquanto igualdade proporcional. O intérprete deve, porém, sempre buscar uma racionalização desta intuição, mediante uma análise das considerações práticas dos efeitos presumíveis das soluções encontradas, o que exige juízos empíricos e de valor, os quais aparecem fundidos na expressão juízo por equidade.

Reconhecidos tais exemplos como de juízo por equidade, faz-se necessário examinar, agora, a questão da utilização da equidade como meio supletivo para suprir eventuais lacunas do Direito.

4.2 EQUIDADE COMO MEIO SUPLETIVO DE INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DAS NORMAS

O problema da equidade, consoante intelecção de Luís Recaséns Siches (1959, p. 428), não está relacionado à correção da lei, mas sim ao fato de interpretá-la razoavelmente. Complementa o autor:

Es un dislate enorme pensar em la posibilidad de una interpretación literal. Uno puede comprender que a algunos legisladores, imbuidos por una embriaguez de poder, se les haya ocurrido ordenar tal interpretación. Lo

cual, por otra parte, resulta por completo irrelevante, carece de toda consecuencia jurídica, porque el legislador, por absolutos que sean los poderes que se le hayan conferido, no puede en ningún caso definir sobre el método de interpretación de sus mandatos. El legislador podrá ordenar la conducta que considere justa, conveniente y oportuna, mediante normas generales. A esto es lo que se pueden extender sus poderes. Em cambio, esencial y necesariamente está fuera de su poder el definir y regular algo que no cabe jamás incluir dentro del concepto de legislación: el regular el método de interpretación de las normas generales que él emite. Pero, en fin, a veces, los legisladores, embriagados de petulancia, sueñan en lo imposible. La cosa no tiene, no debiera tener practicamente ninguna importancia, porque se trata de um ensueño, sin sentido, al que ningún juez sensato puede ocurrirsele prestar atención. [...] Ahora bien, es sabido que las palabras cobran sua auténtico sentido solo dentro de dos contextos: dentro del contexto de la frase, pero sobre todo dentro del contexto real al que la frase se refiere, es decir con referencia a la situación y a la intencionalidad mentadas em la frase.

Floriano Correa Vaz da Silva (1974, p. 918), em elucidativo trabalho específico sobre a equidade, busca sintetizar o pensamento de Recaséns Siches da seguinte maneira:

Equidade não é apenas um dos meios de interpretação, mas sim o meio de interpretação, aquele que engloba e sintetiza e permeia todos os meios de interpretação, aquele que constitui - ou deve constituir - o único meio de interpretação, não apenas do direito do trabalho, mas de todos os ramos do direito, de todo o direito. [...] Recaséns Siches entende que, mesmo sendo a lógica tradicional um instrumento indispensável para criar a norma individualizada da sentença do Direito, não é a mesma suficiente ao trabalho do jurista. Para compreender e interpretar de modo justo o conteúdo das disposições jurídicas, para criar a norma individualizada da sentença judicial ou da decisão administrativa, para elaborar as leis, para interpretar as leis em relação com os casos concretos e singulares, é necessário exercitar el logos de lo humano, la lógica de lo razonable y de la razón vital e histórica.

Desta forma, entende-se que a equidade significa, para o jusfilósofo espanhol, radicado no México, a busca da interpretação mais razoável da norma para o caso em apreciação.

Baseado neste raciocínio, afirma-se que, quando o jurista se defronta com uma lacuna do direito, seja ela axiológica (para os que defendem a plenitude hermética do sistema jurídico), seja ela ontológica (para os que professam o direito como um sistema aberto e dinâmico), deve a mesma ser suprida através de um processo de integração da norma, que pode se dar, conforme visto, pela

Revista Nova Hileia. Vol. 2. Nº 2, jan-jun 2017.

utilização, como meios supletivos, da analogia, do costume, dos princípios gerais de direito e, finalmente, da equidade.

Conforme ensina a Professora Maria Helena Diniz (1995, p. 428):

Equidade ponderam-se, compreendem-se e estimam-se os resultados práticos que a aplicação da norma produziria em determinadas situações fáticas. Se o resultado prático concorda com as valorações que inspiram a norma, em que se funda, tal norma deverá ser aplicada. Se, ao contrário, a norma aplicável a um caso singular produzir efeitos que viriam a contradizer as valorações, conforme as quais se modela a ordem jurídica, então, indubitavelmente, tal norma não deve ser aplicada a esse caso concreto. [...] A equidade seria uma válvula de segurança que possibilita aliviar a tensão e antinomia entre a norma e a realidade, a revolta dos fatos contra os códigos.

Desta forma, quando houver a contradição entre a norma posta expressamente e a realidade, gerando uma lacuna ou antinomia, pode a equidade ser utilizada de forma a encontrar o equilíbrio entre a norma, o fato e o valor, aplicando o direito ao caso concreto.

Não se trata, entretanto, de se (re)inventar o direito, mas sim de adequar a norma – a letra fria da lei – à realidade regulada, de acordo com os valores da sociedade e as regras e métodos de interpretação.

Nesse contexto, visando sistematizar e esclarecer eventuais dúvidas, as decisões que se valem da equidade podem ser classificadas em três formas distintas:

a) Decisão com equidade: é toda decisão que se pretende estar de acordo com o direito, enquanto ideal supremo de justiça;

b) Decisão por equidade: é toda decisão que tem por base a consciência e percepção de justiça do julgador, que não precisa estar preso a regras de direito positivo e métodos pré-estabelecidos de interpretação;

c) Decisão utilizando-se a equidade como meio supletivo de integração e interpretação de normas: é toda decisão proferida no sentido de encontrar o equilíbrio entre norma, fato e valor (aplicação do direito ao caso concreto), na hipótese de constatação de uma contradição entre a norma posta e a realidade, gerando uma lacuna.

5. O ART. 140 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A EQUIDADE

Revista Nova Hileia. Vol. 2. Nº 2, jan-jun 2017.

O art. 140, parágrafo único, do novo Código de Processo Civil (art. 127 do CPC/1973) dispõe que “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. Por sua vez, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no seu art. 4º, enuncia que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Por causa destes dispositivos normativos, há forte corrente, na qual militam diversos juristas, que entende que o juiz somente pode aplicar a equidade em determinadas hipóteses taxativamente expressas. No presente trabalho, contudo, não será defendido o referido entendimento.

Com efeito, acredita-se que a regra do dígito processual civil somente se aplica à chamada "decisão por equidade", conforme abordado nos tópicos anteriores.

Entretanto, a regra geral de que o juiz deve decidir sempre com equidade, ou seja, visando realizar a Justiça, deve permanecer dentro de um sistema jurídico que se propõe lógico, pois uma decisão jurídica (enquanto busca de realização da Justiça) que afronta o direito (enquanto ideal de justiça) é uma contradição de termos.

Do mesmo modo, não há como se desprezar a equidade como meio de integração da norma, adequando-a ao caso concreto, na hipótese de haver lacunas no ordenamento jurídico (axiológicas ou não), eis que o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro afirma que na "aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Desta forma, é a equidade perfeitamente aplicável no sistema processual brasileiro vigente, em qualquer uma das três classificações anteriormente expostas. Respectiva constatação se consolida, ainda mais, no Direito do Trabalho brasileiro, eis que o próprio texto da CLT prevê a aplicabilidade da equidade, consoante inteligência do seu art. 8º:

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.

Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Sendo assim, por expressa determinação legal, é perfeitamente aplicável a equidade no Direito do Trabalho, tanto pela aplicação direta constante do art. 8º da CLT, como subsidiária, nos moldes do parágrafo único do citado artigo.

Neste sentido, conforme lembra Miguel Reale (1974, p. 4):

O Direito do Trabalho é, por sua natureza, um Direito a que é inerente um 'sentido dinâmico', de contínua adequação às estruturas sociais em mudança, sempre visando a garantir aos protagonistas do trabalho a plenitude de seu ser pessoal, numa permanente conciliação entre valores individuais e grupais.

Bastaria esta nota de 'dinamicidade social', a que se referem tantos autores, ao procurarem caracterizar o 'espírito do Direito do Trabalho', para desde logo se ter de reconhecer que o papel desempenhado pela equidade nos domínios da Jurisprudência, em geral, se revela ainda mais significativo na tela da Hermenêutica trabalhista, cujas relações implicam sempre um 'ser situado num quadro de peculiares circunstâncias', como é o caso do trabalhador ou do empresário.

Natural, por conseguinte, que o operador do Direito do Trabalho, tendo de aplicar a situações concretas uma regra abstrata, pertinente a uma 'classe de atos ou de fatos', procure obedecer a critérios equitativos para a atualização da lei, não para contrariá-la, mas antes para realizá-la em sua plenitude e concreção, segundo a raiz de seu ditame, e não segundo os elementos formais que a ocultam ou a enrijecem.

Entretanto, apesar de parecer óbvio que as decisões com equidade são plenamente cabíveis no Direito do Trabalho, haja vista que não se trata de uma questão de um ramo específico da árvore jurídica, mas sim da própria Teoria Geral do Direito, há quem encontre dificuldade em visualizar decisões por equidade ou decisões tomando a equidade como meio supletivo no Direito do Trabalho.

Para dissipar quaisquer dúvidas neste sentido, serão apresentados, nos próximos tópicos, alguns exemplos destes tipos de decisão nos processos trabalhistas.

6. A EQUIDADE NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

O julgamento por equidade é algo extremamente presente no cotidiano da Justiça Especializada Trabalhista. Um dos exemplos clássicos deste tipo de julgamento é a decisão proferida nos dissídios coletivos, em que os tribunais trabalhistas, através de sua composição plena ou de órgãos especializados, elaboram as normas que irão regular aquela determinada categoria profissional.

Revista Nova Hileia. Vol. 2. Nº 2, jan-jun 2017.

Como bem ensinam Orlando Gomes e Elson Gottschalk (1994, p. 652), neste caso, “o juiz deve julgar segundo a equidade, conciliando os interesses dos empregados com os dos empregadores, subordinando-os, sempre, aos interesses gerais da coletividade”.

Sendo assim, os julgadores, no conflito coletivo, devem estar atentos principalmente aos interesses gerais da coletividade, termo este que é, em verdade, o que se convencionou chamar de *topoi*, que, segundo a conceituação de Tércio Sampaio Ferraz Jr., constitui-se em “fórmulas, variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva, e que usamos, com frequência, mesmo nas argumentações não técnicas das discussões cotidianas” (VIEHWIG, 1979, p. 4). Em outras palavras, trata-se de um conceito indeterminado, de alta reflexão, que exige uma interpretação do órgão julgador, o que acaba levando-o a recorrer ao que considera justo no caso concreto.

Com efeito, ao proferir uma sentença normativa a partir das condições concretas vivenciadas pelas categorias econômica e profissional, ajustando a legislação à realidade fática, a Justiça do Trabalho decide por equidade, conforme se extrai do art. 766 da CLT, cujo texto assim dispõe: “nos dissídios sobre estipulação de salários, serão estabelecidas condições que, assegurando justos salários aos trabalhadores, permitam também justa retribuição às empresas interessadas”.

Com relação à decisão com equidade, convém salientar o disposto no art. 852-I, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual, no procedimento sumaríssimo, “o juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum”. Referida previsão celetista consagra, assim, os julgamentos com equidade na seara trabalhista.

Infere-se, portanto, que as decisões por equidade e com equidade são plenamente aplicáveis ao ordenamento juslaboral brasileiro, tendo a Consolidação das Leis do Trabalho, respectivamente, duas disposições nesse sentido, quais sejam: art. 766, que versa sobre o julgamento dos dissídios coletivos de natureza econômica; e art. 852-I, §1º, que dispõe acerca do julgamento dos dissídios individuais submetidos ao procedimento sumaríssimo.

Além da possibilidade de decisão por equidade e com equidade no Direito do Trabalho, destacam-se as decisões que utilizam a equidade como meio supletivo. Reconhecida a existência

Revista Nova Hileia. Vol. 2. Nº 2, jan-jun 2017.

de lacunas (axiológicas ou não) no ordenamento jurídico, tal fenômeno não poderia deixar de ocorrer no Direito do Trabalho, eis que este é um dos ramos da imensa e complexa árvore jurídica.

A equidade como fonte supletiva de integração e interpretação, a ser invocada em situações de lacuna jurídica, está consagrada no art. 8º da CLT. Assim, o julgador, valendo-se da equidade no preenchimento das lacunas existentes em determinado caso concreto, possibilita a adequação da norma aos fatos e valores referentes, eis que a evolução social do próprio Direito do Trabalho impõe novos problemas carentes de soluções.

Com isso, afirma-se, inclusive, que a equidade, como meio supletivo de interpretação e integração de normas, exerce um papel importantíssimo na reprivatização da autonomia da vontade, em virtude das transformações por que passa o juslaboralismo.

Por fim, não se pode deixar de fazer uma advertência.

A equidade, neste último sentido, não é um instrumento que se possa utilizar de maneira irresponsável somente para negar aplicabilidade à lei, sem a construção de uma interpretação jurídica coerente. Nesse sentido, Délio Maranhão (1995, p. 169):

Levar o juiz em conta, na aplicação da lei, as circunstâncias do caso concreto, ajustar a lei à espécie, aplicá-la humanamente, decidir, enfim, com equidade, dentro dos limites da norma, é função legítima do julgador. O que lhe não será possível é negar aplicação à lei, por considerá-la injusta. Como adverte De Page, não se deve refazer o direito sob pretexto de equidade. Esta, infelizmente, a tendência demasiado frequente de certos juristas que, na verdade, ignoram o direito e pretendem remediar essa ignorância recorrendo à equidade... A equidade deve ser uma ambiência, uma atmosfera. Não é um fim em si mesma, mas um meio. Deve ser manejada por mãos de artista, por juristas que conheçam o direito "tout court", e não por aqueles que o ignorem e tentem suprir suas próprias deficiências por uma equidade que não é, em realidade, senão uma concepção primária.

É nisso que se acreditou e se acredita, hoje e sempre.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de tudo quanto foi exposto, conclui-se que:

1. A equidade pode ser definida como "igualdade, retidão, equanimidade", ou seja, a equidade, no seu sentido original, equivale à própria noção de justiça, vale dizer, o ideal a ser

Revista Nova Hileia. Vol. 2. Nº 2, jan-jun 2017.

atingido tanto pelo legislador, quanto pelo aplicador da norma, pois não há como se conceber, do ponto de vista lógico, um direito injusto.

2. Existem três formas básicas de decisões que se valem da equidade no vigente ordenamento jurídico brasileiro:

a) Decisão com equidade: é toda decisão que se pretende estar de acordo com o direito, enquanto ideal supremo de justiça;

b) Decisão por equidade: é toda decisão que tem por base a consciência e percepção de justiça do julgador, que não precisa estar preso a regras de direito positivo e métodos pré-estabelecidos de interpretação;

c) Decisão utilizando-se a equidade como meio supletivo de integração e interpretação de normas: é toda decisão proferida no sentido de encontrar o equilíbrio entre norma, fato e valor (aplicação do direito ao caso concreto), na hipótese de constatação de uma contradição entre a norma posta e a realidade, gerando uma lacuna.

3. As decisões por equidade e com equidade são plenamente aplicáveis ao ordenamento juslaboral brasileiro, tendo a Consolidação das Leis do Trabalho, respectivamente, duas disposições nesse sentido, quais sejam: art. 766, que versa sobre o julgamento dos dissídios coletivos de natureza econômica; e art. 852-I, §1º, que dispõe acerca do julgamento dos dissídios individuais submetidos ao procedimento sumaríssimo.

4. A equidade, como meio supletivo de integração e interpretação de normas, constitui-se em um elemento importante na reprivatização da autonomia da vontade, em virtude das transformações por que passa o Direito do Trabalho. No entanto, não se pode deixar de fazer uma advertência. A equidade, neste último sentido, não é um instrumento que se possa utilizar de maneira irresponsável somente para negar aplicabilidade à lei, sem a construção de uma interpretação jurídica coerente.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. In: **Coleção Os Pensadores**, v. 3. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

Revista Nova Hileia. Vol. 2. Nº 2, jan-jun 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 2 ago. 2016.

_____. Presidência da República. **Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 2 ago. 2016.

_____. Presidência da República. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 2 ago. 2016.

_____. Presidência da República. **Lei n.º 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm#art1>. Acesso em: 2 ago. 2016.

_____. Presidência da República. **Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 2 ago. 2016.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho.** 1. ed. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1972.

COSSIO, Carlos. **Problemas escogidos de la teoria pura del derecho: teoria egologica y teoria pura.** Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1952.

DE LA CUEVA, Mário. **Derecho Mexicano del Trabajo.** 4. ed. México: Editorial Porrúa S.A., 1954.

DE LITALA, Luigi. **Diritto Processuale del Lavoro.** 1. ed. Torino: Unione Tipografico - Iditrice Torinese.

DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

Revista Nova Hileia. Vol. 2. Nº 2, jan-jun 2017.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

_____. **Conceito de sistema no direito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GIGLIO, Wagner D. **A eqüidade e o Direito do Trabalho Brasileiro**. Revista LTr, vol. 39, São Paulo: LTr, 1975.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

MARANHÃO, Délio. et. al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 1995.

REALE, Miguel. **A Eqüidade no Direito do Trabalho**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 69, n. 1, 1974.

RECASÉNS SICHES, Luís. *Tratado general de Filosofia del Derecho*. 1. ed. México: Editorial Porrúa S.A, 1959.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários a CLT**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SILVA, Floriano Correa Vaz da. **A equidade e o Direito do Trabalho**. Revista LTr. v. 38. São Paulo: LTr, 1974.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Comentários à CLT e à Legislação Complementar**. São Paulo: LTr.

VIEHWIG, Theodor David. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução e prefácio de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

Data de submissão: 03 de julho de 2018.
Data de aprovação: 12 de setembro de 2018.

Revista Nova Hileia. Vol. 2. Nº 2, jan-jun 2017.

NOVA HILEIA: REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO AMBIENTAL DA AMAZÔNIA COMISSÃO EDITORIAL	
Editor Chefe	Prof. Dr. Sandro Nahmias de Melo
Editor Adjunto	Prof. Me. Denison Melo de Aguiar
Editores Assistentes	Profª. Ma. Carla Cristina Torquato Profª. Ma. Adriana Almeida Lima Profª. Ma. Dayla Barbosa Pinto Prof. Me. Luiz Cláudio Pires Costa Profª. Esp. Monique de Souza Arruda
Revisão	Profª. Esp. Monique de Souza Arruda
Revisão Final	Prof. Me. Denison Melo de Aguiar