

EQÜIDADE
(JULGAMENTO COM EQÜIDADE E JULGAMENTO POR EQÜIDADE)

Osmar Brina Corrêa-Lima
Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da UFMG e da Faculdade de Direito Milton Campos
Intelligentibus pauca.

Sumário: 1. Introdução – 2. Objetivo deste Trabalho – 3. As Diversas Conotações do Vocábulo “Eqüidade” no Direito Positivo Brasileiro – 4. Eqüidade Social – 5. Julgamento com Eqüidade e Julgamento por Eqüidade – 6. O Julgador Sempre Deve Julgar com Eqüidade – 7. Julgamento por Eqüidade – 8. A Deturpação do Conceito de Eqüidade – 9. A Correta Aplicação da Eqüidade – 10. Um Caso – 11. A Eqüidade no Código Tributário Nacional – 12. Conclusões.

Introdução

A idéia de equidade encontra-se sempre presente no mundo jurídico. Contudo, o seu conceito ainda não parece suficientemente aclarado. Na verdade, e de certa forma, a equidade confunde-se com o próprio Direito, como na consagrada definição de Paulo. *ius est ars boni et aequi* (o direito é a arte do bom e do justo).

Objetivo deste Trabalho

Este trabalho pretende colaborar para que se aclare um pouco o velho e sempre atual conceito de equidade. Mas a abordagem aqui adotada revela-se propositadamente pragmática. Assim, deixaremos a cargo dos filósofos do Direito e dos filólogos considerações outras, mais aprofundadas e que, embora importantes, se mostram de pouca valia para o trabalho mais imediato dos profissionais do Direito.

Com essa advertência em mente e valendo-nos dos modernos recursos da Informática, constatamos que a palavra "equidade" aparece empregada algumas poucas dezenas de vezes no ordenamento jurídico brasileiro vigente, e procuramos observá-la atentamente em diferentes contextos normativos, para dessa observação extrair algumas conclusões úteis¹.

As Diversas Conotações do Vocábulo "Equidade" no Direito Positivo Brasileiro

Os dicionaristas da Língua Portuguesa consignam os seguintes sinônimos de "equidade": "igualdade, imparcialidade, retidão, justiça, serenidade, moderação" (Fernandes, 1955).

Uma leitura acurada dos textos legais nos quais aparece empregado o vocábulo "equidade" deixa transparecer que o seu conceito não é unívoco. Ao contrário, costuma assumir conotações diferentes em contextos diversos. Com efeito, no ordenamento jurídico brasileiro, o vocábulo "equidade" aparece empregado, em textos e contextos diferentes, com as seguintes conotações:

¹ Nossa fonte de consulta, para esse mister, é o CD-ROM LUIS, da Saraiva Data de nº 24 (out.-nov./97).

- equilíbrio;
- igualdade;
- imparcialidade;
- isonomia;
- justiça;
- moderação;
- retidão;
- serenidade; e, ainda,
- critério para aplicação da lei;
- fonte do Direito; e
- justiça adequada a um caso concreto.

Equidade Social

Em alguns textos, o substantivo abstrato "equidade" aparece seguido do adjetivo "social" ("equidade social").

Julgamento com Equidade e Julgamento por Equidade

Às vezes, a palavra "equidade" aparece precedida da preposição "por". Outras, da preposição "com". O exame dos diversos textos sugere uma diferença entre "julgar com equidade" - de um lado - e "julgar por equidade" - de outro. Eis um exemplo:

Código Civil	Lei 9.307, de 23/09/1996, que dispõe sobre a Arbitragem
"Art. 1.456 - No aplicar a pena do Art. 1454, procederá o juiz com equidade atentando nas circunstâncias reais, e não em probabilidades infundadas, quanto à agravção dos riscos".	Art. 11 - Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: [...] II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convenionado pelas partes".

No contexto do art. 1.456, acima transcrito, a preposição "com" entra na formação de adjunto circunstancial indicando modo, como nesta ilustração de Aurélio (1986): "Com muito jeito entregou-lhe a ave".

No contexto do art. 11 da Lei nº 9.307, acima transcrito, a preposição "por" entra na formação da oração indicando padrão, estalão, modelo, norma, como neste exemplo de Aurélio (1986): "aferrindo tudo por esse padrão, procedia em conformidade com ele".

O Julgador Sempre Deve Julgar com Equidade

Parece curial que o julgador sempre deve julgar "com equidade", vale dizer, com equilíbrio, justiça, imparcialidade, retidão, serenidade e moderação. (O juiz preenche as lacunas da lei com os insumos das demais fontes do Direito. Assim agindo, como que, "constroi" o Direito. E, nessa construção, emprega o cimento ou o amálgama da equidade).

Julgamento por Equidade

Mas, então, o que significa julgar "por equidade"?

Certamente, julgar "por equidade" não significa, e nem poderia significar, julgar "contra legem" (contra a lei).

Por outro lado, e considerando o disposto no art. 127, do Código de Processo Civil, segundo o qual "o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei", será necessário compreender o conteúdo e a extensão dessa expressão.

A leitura dos textos legais nos quais aparece a palavra "equidade" revela que a expressão "julgamento por equidade" costuma vir empregada, principalmente, em normas de Direito Internacional ou em diplomas disciplinando institutos mais utilizados no sistema anglo-americano, como a arbitragem.

Nesses textos, o vocábulo "equidade" parece traduzir o conceito de "equity" do Direito anglo-americano.

Em virtude disso, será conveniente pesquisarmos o conceito de "equity", por tres razões: (1ª) para delimitarmos o que significa "julgar por equidade"; (2ª) para estabelecermos a diferença entre "julgar por

equidade” - de um lado - e “*judgar com equidade* - de outro; e (3^a), para verificarmos se, no sistema romano-germânico de Direito há necessidade de se recorrer ao conceito de “*equity*” do sistema anglo-americano.

O Conceito de “*Equity*” no Sistema Anglo - Americano de Direito

Para precisarmos o conceito de “*Equity*” no sistema anglo-americano de Direito, vamos nos valer de alguns conceituados Dicionários Jurídicos norte-americanos:

EQUITY, mais geralmente, ‘justiça’. Historicamente, a ‘*equity*’ desenvolveu-se como um corpo separado da lei na Inglaterra como reação à inabilidade das Cortes de *common law*, em sua estrita aderência à rigidez dos *writs* e formas de ação, para fornecer ou prover um remédio para cada lesão ou ameaça [a direito]. O Rei, portanto, instituiu a alta Corte de Chancelaria, cujo propósito consistia em administrar a justiça segundo princípios de justiça, para aqueles casos para os quais a *common law* não previa nenhum reparo, ou previa um reparo inadequado. O Direito da *equity*, em grande medida, era formulado em máximas (princípios gerais), tais como ‘a *equity* não suporta um direito sem um remédio (sem uma ação a ele correspondente)’, ou ‘a *equity* acompanha a lei’, significando que a *equity* fornecerá um significado para se atingir um resultado jurídico quando o procedimento legal se mostrar inadequado. A *equity* e a lei não se acham mais bifurcadas, mas encontram-se agora fundidas em muitas jurisdições, embora a jurisprudência e a doutrina sobre a *equity* ainda apareçam independentemente viáveis² (Tradução do autor).

² “*EQUITY* most generally, ‘Justice’: Historically, ‘equity’ developed as a separate body of law in England in reaction to the inability of the common law courts, in their strict adherence to rigid writs and forms of action, to entertain or provide a remedy for every injury. The King therefore established the high Court of chancery, the purpose of which was to administer justice according to principles of fairness in cases where the common law would give no or inadequate redress. Equity law to a large extent was formulated in maxims, such as ‘equity suffers not a right without a remedy’, or ‘equity follows the law’, meaning that equity will derive a

EQUITY. Em seu sentido mais largo e na sua significação mais geral, este termo denota o espírito e o hábito de honestidade, justiça, e negociação leal, que devem presidir o relacionamento dos seres humanos, - a regra de fazer aos outros como desejamos que eles façam conosco; ou, como expressado por Justiniano, ‘viver honestamente, não prejudicar ninguém, dar a cada um o que e seu’. Inst. 1, 1, 3. É, portanto, o sinônimo de direito natural ou justiça. Mas, neste sentido, sua obrigação é ética ao invés de jurídica, e sua discussão pertence à esfera da moral. Está alicerçada nos preceitos da consciência, não em alguma sanção do direito positivo [...]. Num sentido mais estrito, [*equity*] é um sistema de jurisprudência, ou ramo de justiça reparadora, administrada por certos tribunais, distintos das cortes da *common law*, com competência para exercer a jurisdição no sentido amplo acima referido. Aqui, a *equity* se torna um complexo de regras bem estabelecidas e bem compreendidas, princípios e precedentes...³ (Tradução do autor).

Como se percebe, a “*equity*” nada mais é que um conjunto de princípios gerais de direito, aplicados por Cortes paralelas às da *common law*, criadas oficialmente. Assim, as Cortes da *common law* aplicavam a lei. E as Cortes de *Equity*, denominadas, nos Estados Unidos, de *Courts of Chancery*, aplicavam os princípios gerais de direito. Como assinala Gifis, “*a equity e a lei não se acham mais bifurcadas, mas encontram-se agora fundidas em muitas jurisdições*”. Com efeito, nos Estados Unidos, hoje, só existe uma *Court of Chancery*, a do Estado de Delaware, com mais de

means to achieve a lawful result when legal procedure is inadequate. Equity and law are no longer bifurcated but are now merged in most jurisdictions, though equity jurisprudence and equitable doctrines are still independently viable. [...] An action brought in a court of equity is said to be AT EQUITY” (Gifis, 1984)

³ “*EQUITY* In its broadest and most general signification, this term denotes the spirit and the habit of fairness, justness and right dealing which would regulate the intercourse of men with men, - the rule of doing to all others as we desire them to do to us; or, as it is expressed by Justinian, ‘to live honestly, to harm nobody, to render to every man his due’ Inst. 1, 1, 3. It is therefore the synonym of natural right or justice. But in this sense, its obligation is ethical rather than juridical, and its discussion belongs to the sphere of morals. It is grounded in the precepts of the conscience, not in any sanction of positive law. [...] In a still more restricted sense, it is a system of jurisprudence, or branch of remedial justice, administered by certain tribunals, distinct from the common-law courts and empowered to decree ‘equity’ in the sense last above given. Here it becomes a complex of well-settled and well-understood rules, principles and precedents...” (Black, 1968).

cem anos e respeitabilíssima naquele país. E a *Court of Chancery*, do Estado de Delaware, aplica, harmoniosamente, a lei e os princípios gerais de direito.

A criação das Cortes de Equidade nos países de direito anglo-americano ocorreu, em determinada época histórica, para suprir lacunas da lei, quando ainda prevalecia, entre os magistrados, uma visão muito estreita e formalista do Direito; uma visão superada com a evolução dos tempos.

A palavra "equidade", contida na expressão "julgar por equidade", corresponde precisamente ao conceito de "equity" do direito anglo-americano.

"Julgar por equidade" significa julgar aplicando os princípios gerais do direito. Não significa - e nem poderia significar - julgar "contra legem" (contra a lei) - repete-se.

Parace compartilhar desse entendimento Almeida Melo (1997: 7), ao escrever que "o art. 5º da nova introdução ao Código Civil e o art. 126 do Código de Processo Civil permitem ao juiz criar normas, atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum, para resolver casos que lhe sejam submetidos, pois embora profusas, as leis não esgotam os bens da vida nem se atualizam com a mesma rapidez do desenvolvimento da civilização".

Uma leitura atenta e construtiva do texto de Almeida Melo induz à seguinte conclusão: a lei, quase sempre imperfeita, lacunosa e desatualizada, constitui apenas parcela - a mais importante, sem dúvida - do ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico torna-se um sistema vivo, perfeito, completo, atualizado e harmonioso, quando integrado pelos costumes, regulados pela jurisprudência, e pelos princípios gerais de direito.

Os fins sociais da lei e as exigências do bem comum integram aquelas "normas oriundas da abstração lógica daquilo que constitui o substrato comum das diversas normas positivas", que Caio Mario da Silva Pereira (1961), citando Cogliolo, chama de "princípios gerais de direito".

Uma analogia - embora grosseira - ilustra essa ideia. Compare-se o ordenamento jurídico com o corpo humano; a estrutura óssea com a lei; o restante do corpo humano, com as demais fontes do Direito. Ora, um esqueleto, por mais completo que se apresente, não é um ser humano vivo. A lei (*stricto*

sensu), por mais detalhada e minuciosa que se apresente, não é um ordenamento jurídico vivo, dinâmico, harmonioso, em constante evolução e amadurecimento. "Lei escrita vale por pura invenção humana - donde a rapidez com que envelhecem os códigos humanos e as leis humanas. Escrever é fixar e fixar é matar. Perpétuo movimento, a vida é infixa".

Ao juiz cabe aplicar o ordenamento jurídico sem repudiar a lei, que o integra harmoniosamente. Para julgar "por equidade", ou seja, aplicando os princípios gerais do direito, não há necessidade de nenhum comando especial. Já temos um comando geral, contido na Lei de Introdução ao Código Civil, que erige os princípios gerais de direito em fonte do Direito.

Nos países vinculados ao sistema romano-germânico do Direito, este é concebido e visualizado como um ordenamento completo, harmonioso e coerente, disciplinador de toda a vida social. Nenhuma lesão ou ameaça a direito escapa da possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário (Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXV). Nenhum juiz pode eximir-se 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 (Código de Processo Civil de 1973, art. 126). Segundo o art. 4º da atual Lei de Introdução ao Código Civil (decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

"A lei é [...] a fonte principal do direito, pelo qual o ordenamento jurídico se expressa em sentido genérico. Mas se a lei é omissa, nem por isso se pode considerar lacunosa a ordem jurídica, nem o juiz pode abster-se de decidir, pois que a sua recusa constituiria denegação de justiça, e, então, o problema se resolverá mediante o recurso aos outros elementos, considerados fontes acessórias de direito, invocáveis com caráter subsidiário" (Pereira, 1961: 53).

*Monteiro Lobato, Cidades Mortas, São Paulo, Ed. Brasiliense, 1959, p. 198.

O antigo Código de Processo Civil, no seu art. 114, autorizava o juiz, em circunstâncias especiais, a aplicar a norma que estabeleceria se fosse legislador. Comentando esse dispositivo, Caio Mario da Silva Pereira (1961: 68), citando De Page, escreveu o seguinte: "*Fora dos casos em que é expressamente autorizado a assim decidir, o emprego dela [da equidade] só é tolerado com caráter extremamente excepcional, pois que a própria norma já contém os temperamentos que a equidade natural aconselha, e não pode servir de motivo ou desculpa à efetivação das tendências sentimentais ou filantrópicas do juiz.*"

O Código de Processo Civil de 1973 não mais investe o juiz da faculdade de aplicar a norma que estabeleceria se fosse legislador. Mas não o impede de "*julgar por equidade*", ou seja, aplicando os princípios gerais de direito, quando a lei for omissa. O que o juiz não pode fazer é substituir a lei ou os princípios gerais de direito por algum critério subjetivo personalíssimo. Eis, a propósito, a lição da jurisprudência:

"... Não pode o juiz, sob alegação de que a aplicação do texto da lei não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável. Mitigue o juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério..."

(Supremo Tribunal Federal, RE nº 93.701 MG -, in: DJU, 11.10.1985, p. 17.861).

"A proibição de que o juiz decida por equidade, salvo quando autorizado por lei, significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça. Não há de ser entendida, entretanto, como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no art. 5º da Lei de Introdução".

(Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 0048176 -

São Paulo, in: DJU, 08/04/1996, p. 10469)

A Deturpação do Conceito de Equidade

Caio Mario da Silva Pereira (1961) alerta para o fato de que a equidade pode ser "*uma faca de dois gumes*". E acrescenta: "*se, por um lado, permite ao juiz a aplicação da lei de forma a realizar o seu verdadeiro conteúdo espiritual, por outro lado pode servir de instrumento às tendências legiferantes do julgador, que, pondo de lado o seu dever de aplicar o direito positivo, com ela acoberta uma desconformidade com a lei.*"

A deturpação do conceito de equidade ocorre, precisamente, quando ele é utilizado como instrumento para as tendências legiferantes do julgador. Acontece quando o julgador quebra a harmonia do ordenamento jurídico por desconsiderar um de seus componentes essenciais, que é a lei, substituindo-a por outra, cristalizadora de seus sentimentos personalíssimos e subjetivos.

A Correta Aplicação da Equidade

A correta aplicação da equidade ocorre quando o juiz, sem desconsiderar a lei, procura realizar o seu verdadeiro conteúdo espiritual, porque, como revela a Bíblia, "*a letra mata e o espírito vivifica*".

Almeida Melo (1997) traduziu com perfeição a correta aplicação da equidade, ao afirmar que "*o apelo à equidade está em evitar que o direito por demais estrito seja a injustiça demasiado grande (sumum jus summa injuria)*".

Quer-me parecer que essa correta aplicação da equidade - como, de resto, de todo o ordenamento jurídico - não pode prescindir de um exame cuidadoso, acurado e meticoloso da situação fática em julgamento.

Um caso

O caso a seguir relatado, extraído da minha experiência profissional, pareceu-me à época, uma correta aplicação da equidade.

Atuando como representante do Ministério Público Federal, junto à Vara Penal da Justiça Federal em Belo Horizonte, compareci a um interrogatório criminal. Observei atentamente o réu: um homem simples, esquelético, analfabeto, precocemente envelhecido e trajando roupas rotas. Viera sozinho de um recôndito rincão do extremo norte de Minas Gerais. Achava-se enquadrado num dos tipos criminais previstos na então recém publicada Lei nº 5.197, de 03/01/1967, que "dispõe sobre a Proteção à Fauna". Um crime inafiançável, sujeito a pena de reclusão e apurado mediante processo sumário. Fora preso em flagrante logo depois de caçar um (1) tatu. Confessou o crime sem rodeios. afirmou que não sabia do caráter ilícito do seu ato. Os noticiários da época divulgavam, com alarde, escândalos financeiros tipificados com "crimes do colarinho branco", totalmente impunes. Pedi a absolvição do réu. E o juiz o absolveu ali mesmo.

A Equidade no Código Tributário Nacional

A linha de raciocínio desenvolvida neste trabalho conduziu-nos, natural e inevitavelmente, a identificar a equidade com os princípios gerais de direito. Assim, julgar "por equidade" significa aplicar os princípios gerais de direito, fazendo-o com prudência, serenidade, equilíbrio e moderação.

Essa mesma linha de raciocínio nos impõe, conseqüentemente, a leitura da palavra "equidade", empregada nos arts. 108 e 172 do Código Tributário Nacional, como sinônimo de princípios gerais de direito:

Art. 108 - Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada.

I - a analogia;

II - os princípios gerais de direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;

IV - a equidade (= princípios gerais de direito).

§ 1º - O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º - O emprego da equidade (= dos princípios gerais de direito) não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.

Art. 172 - A lei pode autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo: [...]

IV - a considerações de equidade (= princípios gerais de direito), em relação com as características pessoais ou materiais do caso; [...].

Observe-se que o dispositivo do art. 108 do Código Tributário Nacional não se dirige, exclusivamente, ao Poder Judiciário. Dirige-se, de maneira mais ampla, à "autoridade competente para aplicar a legislação tributária". Refere-se também, portanto, a funcionários do Poder Executivo.

Ademais, o mesmo dispositivo estabelece clara hierarquia das fontes de direito nele mencionadas. E também deixa claro o caráter subsidiário e sucessivo dos itens I, II, III e IV, só aplicáveis "na ausência de disposição [legal] expressa".

O funcionário público do Poder Executivo que se enquadre no papel de "autoridade competente para a aplicação da legislação tributária" subordina-se, em sua atuação, ao princípio da legalidade e, enquanto administrador, possui margem limitada de discricionariedade. Essa discricionariedade encontra os seus limites no princípio da legalidade.

Com redobrada razão, portanto, não pode o funcionário público do Poder Executivo "competente para aplicar a legislação tributária" deixar de aplicar a lei, alcançando-se na qualidade de legislador para substituir o comando legal pelos seus sentimentos personalíssimos de justiça. Pode ele, na ausência de disposição [legal] expressa, recorrer, sucessivamente, à analogia, aos princípios gerais de direito tributário, aos princípios gerais de direito público e aos princípios gerais de direito.

Conclusões

1. São coisas diferentes o julgamento **com** equidade e o julgamento **por** equidade.
2. O juiz sempre deve julgar **com** equidade.
3. O juiz não pode julgar **por** equidade (aplicando os princípios gerais de direito) *contra legem* (contra a lei), porque esta, no nosso ordenamento jurídico, é a fonte principal do direito. Os princípios gerais de direito constituem fonte secundária ou subsidiária.

Referências Bibliográficas

1. ALMEIDAMELO, José Tarcísio, Julgamento por Equidade, in: "O Sino do Samuel", Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, julho/1997.
2. AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA, Novo Dicionário da Língua Portuguesa, Rio, Nova Fronteira, 1986.
3. BLACK, Henry Campbell, Black's Law Dictionary, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1968.
4. FERNANDES, Francisco, Dicionário de Sinônimos e Antônimos da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro, Porto Alegre e São Paulo, Ed. Globo, 1955, verbete *equidade*.
5. GIFIS, Steven H., Law Dictionary, Woodbury, New York, London, Toronto, Sidney, Barron's Educational Series, 1984.
6. PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, Rio e São Paulo, Forense, 1961, vo. I.

VALOR: REALIDADE, FICÇÃO OU PROJEÇÃO DA REALIDADE

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena()

Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Aposentado. Doutor e Livre-docente da FDUFG. Professor da Faculdade de Direito da UFMG e da PUC-MG. Aposentado.

Advogado em Belo Horizonte.

Sumário: 1. Os bens da vida e o interesse como tómus de direção valorativa – 2. A valoração como técnica de direcionamento das normas jurídicas – 3. As mônadas e os valores iminentes – 4. O ético e o econômico como referenciais de valoração – 5. Os parâmetros e os critérios de valoração e sua prequestionabilidade – 6. O valor como projeção dirigida de interesses, desejos, aspirações a que se busca colorir de dados universais, metafísicos e de realidades em si.