

A COMPREENSÃO DA EQUIDADE NO DIREITO DO TRABALHO: RESGATANDO O TEMA PELA RELEITURA DE MARIO DE LA CUEVA

Rodolfo Pamplona Filho¹

Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos²

SUMÁRIO: 1. Notas introdutórias: equidade e Mario de la Cueva; 2. Equidade na visão de Mario de la Cueva; 3. Equidade: contornos conceituais; 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; 7. Conclusões; Referências.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS: EQUIDADE E MARIO DE LA CUEVA

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 a definição de Aurélio Buarque de Holanda, nos seguintes termos: a) disposição

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. Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1994), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997), Mestrado em Direito Social pela UCLM - Universidad de Castilla-La Mancha (2012) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Tem experiência acadêmica e profissional na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho, Direito Civil, Direito Processual e Metodologia da Pesquisa, atuando principalmente nos seguintes temas: responsabilidade civil, direitos da personalidade, direitos fundamentais, direito civil (parte geral, obrigações, contratos e família), direito processual do trabalho e relações trabalhistas em geral (individuais e coletivas). Atua no magistério superior desde 1996. Possui diversos artigos publicados em periódicos classificados nacionais e internacionais. Autor, co-autor, organizador e co-organizador de diversos livros técnicos na área de Direito e em outras áreas de Ciências Humanas e Sociais, além de poesia e obras musicais. Orientador de teses de Doutorado, dissertações de Mestrado, monografias de final de curso de graduação em Direito (TCC) e bolsas de iniciação científica. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (tendo exercido sua Presidência, Vice-Presidência, Secretaria Geral e Coordenação Regional da Bahia, sendo, atualmente, Presidente Honorário da instituição), Academia de Letras Jurídicas da Bahia (atualmente, exercendo a sua Secretaria Geral, a qual já exerceu por duas gestões anteriores), Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC), Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) e Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam). Apresentador do Talk-Show "Papeando com Pamplona", produzido pelo CERSTV. Poeta. Músico. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito desde 2013. Juiz do Trabalho concursado, com posse e exercício em 10/07/1995, sendo, atualmente, titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA, desde junho/2015.

² Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia. Graduada em Direito, com Láurea Acadêmica, pela Universidade Federal da Bahia. Professora de Direito Constitucional e Direito do Trabalho. Professora Tutora do Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho da Estácio/CERS. Primeira Presidente da Associação Baiana de Defesa do Consumidor - ABDECON. Participante do Programa de Mobilidade Acadêmica com a Universidade de Coimbra, Portugal, em 2009.

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 (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.

A compreensão das acepções jurídicas de equidade, no entanto, perpassa por um elemento fundamental: a investigação das suas bases jusfilosóficas, que, por sua vez, serão melhor apreendidas a partir dos estudos de Mario de la Cueva.

Nascido em 11 de julho de 1901, na Cidade do México, Mario de la Cueva formou-se em Direito pela *Escuela Nacional de Jurisprudencia*, em 1925, defendendo a tese *Garantías Individuales*, começando, pouco tempo depois, a atuar como advogado. O exercício da advocacia não impediu o seu constante contato com os livros, sendo convidado, em 1929, pelo Professor Afonso Caso, a integrar um novo grupo de estudos sobre Teoria Geral do Direito na *Escuela Nacional de Jurisprudencia* (MÁYNEZ, p. 9-12).

Em busca de mais conhecimento, em 1931, Mario de la Cueva resolveu estudar na Alemanha, aprofundando suas pesquisas sobre diversos temas de filosofia e direito, além de ampliar seus horizontes sobre disciplinas que até então cultivava especial apreço, quais sejam: Direito do Trabalho, Direito Constitucional e Teoria do Estado (MÁYNEZ, p. 13-14).

Ao regressar ao México, em 1933, Mario de la Cueva resolveu dedicar-se ao magistério. Em 1934, publicou o livro *Derecho Mexicano del Trabajo*. Ao longo de sua trajetória acadêmica, também ocupou relevantes cargos, como Secretário Geral, Reitor da Universidade e Diretor da Faculdade de Direito. O exercício das funções acadêmico-administrativas, não interrompeu as

suas pesquisas, publicando importantes obras, a saber: *Teoría del Estado*, em 1950; *Historia del derecho constitucional mexicano, de la Guerra de Independencia a la Constitución de 1857*, em 1957; *La jurisdicción del trabajo en el derecho mexicano*, em 1965; *La estabilidad de los trabajadores en sus empleos en el derecho mexicano*, em 1966; *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, em 1972; *El derecho del trabajo y la equidad*, em 1974; *La idea del Estado*, em 1975; entre outras (MÁYNEZ, p. 14-16).

Nesse contexto, diante das preciosas contribuições do autor mexicano para o Direito, o presente artigo objetiva examinar a obra *El derecho del trabajo y la equidad*, com vistas a apreender a visão de Mario de la Cueva sobre equidade, para, posteriormente, utilizando as bases jusfilosóficas delineadas pelo autor, buscar uma visão sistemática do que seja equidade, notadamente no Direito do Trabalho.

2. EQUIDADE NA VISÃO DE MARIO DE LA CUEVA

Mario de la Cueva inicia sua clássica e brilhante obra *El derecho del trabajo y la equidad* prelecionado que a equidade pode ser provisoriamente caracterizada como “a ideia e o procedimento que permitem ao legislador e ao juiz alcançar a justiça para o homem real” (1975, p. 9).

Partindo-se dessa afirmação, o autor mexicano apresenta e estuda as bases filosóficas e ético-jurídicas da equidade, para, ao final, confirmar, ou não, a conceituação prévia apresentada. Para tanto, Mario de la Cueva utiliza como ponto de partida duas obras de Aristóteles, quais sejam: *Ética a Nicômaco* e *Retórica*.

Nesse contexto, baseando-se nas obras de Aristóteles, Mario de la Cueva (1975, p. 11), compreendendo que justiça e equidade não são absolutamente idênticas, mas também não são geneticamente diferentes, apresenta duas hipóteses.

De acordo com a primeira hipótese, “*lo equitativo parece que es lo justo, pero es equitativo lo justo más allá de la ley escrita*”, ou seja, a equidade é a justiça que vai além da lei escrita,

constituindo, assim, uma fonte formal supletiva, utilizada diante da ausência de regulamentação legal em situações não percebidas pelo legislador (1975, p. 11).

Por outro lado, de acordo com a segunda hipótese, “*lo equitativo es en verdad justo, pero no según la ley, sino que es un enderezamiento de lo justo legal; y es así, porque la generalidad corresponde a la esencia de la ley*”. Complementa aduzindo que em certos casos não é possível promulgar corretamente uma disposição geral, tendo em vista que o legislador, ao elaborar a norma, leva em consideração o que mais ordinariamente acontece (1975, p. 11).

Dessa forma, como consequência dessa segunda hipótese, justiça e equidade não seriam iguais, porque o justo é o que se aplica ao caso normal, submetido à generalidade e abstração da norma, ao passo em que a equidade, embora similar ao justo, seria aplicada a uma ação particular, que não coincide com o que acontece normalmente e, portanto, não estaria enquadrada na generalidade da norma.

Nesse contexto, segundo Mario de la Cueva (1975, p. 12), “*la equidad sería la adecuación de la norma abstracta a una acción singular que se caracteriza por sus peculiaridades*”. Isso porque, sobre determinadas situações, não seria possível a criação de uma lei específica, tendo em vista a baixa probabilidade de sua repetição. A equidade, portanto, possuiria a natureza de ser uma retificação da lei na parte em que esta é deficiente pelo seu caráter geral.

Conclui, por conseguinte, que o Direito é a expressão de um autêntico amor pela justiça, produto de uma alma verdadeiramente humana, confirmando sua convicção de que “*la equidad es la justicia para el hombre real*” (1975, p. 12).

Com efeito, segundo o autor, a equidade seria “*un hábito o disposición*” que ameniza o rigor do geral e abstrato da norma, para atender ao ser humano, com suas necessidades, imperfeições e condutas (1975, p. 12).

A título exemplificativo, Mario de la Cueva destaca uma norma do Direito do Trabalho mexicano que, uma vez descumprida pelo trabalhador, autoriza a dissolução do pacto laboral. De acordo

com a disposição legal “comprometer por imprudência ou descuido inescusável a segurança do estabelecimento ou das pessoas que nele se encontrem”, o empregador estaria autorizado a extinguir a relação contratual. O juiz, contudo, no caso concreto, utilizando-se da equidade, poderá considerar todas as circunstâncias que rodeiam o ato do trabalhador e decidir que a conduta praticada não enseja a dissolução contratual. Poderá fundamentar o *decisum*, por exemplo, na falta de conhecimentos técnicos do trabalhador para operar as máquinas (1975, p. 12-13).

Mario de la Cueva faz uma análise, ainda, sobre a equidade na Idade Média, destacando que “*Cristo es la encarnación perfecta de la equidad, porque su juicio, más que en principios generales y abstractos, considera a cada hombre como realidad, mezcla de virtudes y defectos, pero siempre como un ser individual*”. Ademais, uma segunda causa de elevação da equidade como valor supremo, encontra sustentáculo nas obras de Santo Agostinho, para quem a equidade estaria comparada ao direito natural (1975, p. 13).

Dessa forma, a equidade não seria um princípio contrário à justiça, mas sim sua defensora e guardiã. Com efeito, segundo o autor, o conceito de equidade depende da época e das circunstâncias que viveram os homens, podendo ser considerada como um direito natural ou como um princípio geral do direito, a depender do pensamento vigente (1975, p. 15).

Em um momento posterior, Mario de la Cueva examina a *justicia social*, prelecionando que esta decorre das lutas da classe trabalhadora contra o capital e seu estado liberal e individualista, a partir da constitucionalização dos institutos fundamentais do Direito do Trabalho na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919 (1975, p. 17).

Ademais, a justiça social é a antítese da justiça individual, que, por sua vez, está calcada na máxima “*dar a cada quien lo suyo*”. Isso porque, considerando, por exemplo, o Direito do Trabalho, o único patrimônio do empregado não seria o seu salário, mas sim a sua energia de trabalho. Assim, somente por meio da concepção de justiça social, os benefícios do trabalho não seriam a troca de uma prestação pela outra (*trabajo como mercancía*), mas sim dar ao trabalho o que ele necessita para se desenvolver plena e livremente. A justiça social, portanto, “*no es un*

principio inerte, sino una fuerza viva y actuante que pretende lanzar a los hombres a la reconquista de su igualdad y su libertad” (1975, p. 18).

Nessa linha de intelecção, qual seria a relação entre justiça social e equidade?

Maria de la Cueva, ao resumir o pensamento da Antiguidade e da Idade Média, sintetiza que a equidade é uma fonte supletiva, na medida em que corresponde ao ideal de justiça além da lei escrita, como também um princípio de interpretação, que obriga o juiz a observar a finalidade da norma. Dessa forma, a ideia de justiça social estaria impregnada pela equidade, haja vista que esta, em verdade, é a aplicação da justiça no seu sentido humano (1975, p. 19).

É interessante destacar que a concepção de justiça para o homem individualmente considerado, a partir da união dos conceitos de justiça social e equidade, não pode deixar de compreender os fenômenos coletivos. Exemplificando na seara trabalhista, Mario de la Cueva destaca que a junção entre os contratos e as convenções coletivas consiste precisamente em adequar as normas gerais às condições peculiares de cada comunidade de trabalho. Essa seria, para o autor, a nova missão da equidade: buscar a justiça para cada pessoa individualmente considerada, como também para os seres humanos que, diante das peculiaridades do seu trabalho, constituem uma espécie de individualidade social. A equidade, portanto, deve ser considerada numa dupla acepção: “*la justicia del caso personal y la justicia del caso colectivo individualizado*” (1975, p. 19).

Finaliza sua obra com a seguinte passagem o direito não pode ser nem abstrato nem rígido, mas sim concreto. Um direito cujas fontes materiais são a vida do homem e cuja finalidade é a mesma vida humana. Um direito cujas fontes formais devem ser a expressão normativa dos imperativos materiais para a existência do corpo e do espírito. Um direito marcado pela união das ideias de justiça social e equidade. Em sistema que “*mire constante e inexorablemente a la justicia social, como a la estrella más bella, y la aplique a cada persona con el amor infinito de la equidad*” (1975, p. 26).

Observa-se, desse modo, que a obra *El derecho del trabajo y la equidad*, de Mario de la Cueva, faz um contraponto inicial entre equidade e justiça, buscando delinear seus contornos conceituais e filosóficos, para, posteriormente, examinar a relação entre equidade e justiça social. Ademais, o autor identifica o caráter supletivo da equidade, como também o seu caráter interpretativo, fato este que demonstra a importância das discussões travadas na obra. Por fim, é interessante notar que Mario de la Cueva já sinalizava para a necessidade de aplicação da equidade na resolução de demandas envolvendo os direitos e interesses coletivos, sempre buscando a harmonia entre o geral e o particular. Com efeito, com base nas fundamentais premissas traçadas na respectiva obra, convém analisar a equidade à luz da hermenêutica jurídica e do ordenamento juslaboral brasileiro.

3. 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, na *Ética a Nicômaco* (1996, p. 212), 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”. Dessa forma, para o autor, “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”.

Isso acontece, segundo Aristóteles (1996, p. 212), porque “toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. [...] Então o equitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissa devido à sua generalidade”.

Conforme ressalta Wagner D. Giglio, comentando trechos da *Ética a Nicômaco* (1975, p. 867), observa-se a preocupação de Aristóteles em compatibilizar as relações entre Direito e Justiça, “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. 117); "a justiça do juiz, em contraposição à lei, justiça do legislador", por Cernelutti, 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 (p. 50); como "a idéia do justo" que "abranda 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), conforme anteriormente explicitado; 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 (p. 208).

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.

4. HERMENÊUTICA JURÍDICA E EQUIDADE

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

Lembrando, novamente, Wagner D. Giglio (1975, p. 869), o julgador não é livre para fazer abstrações de métodos e técnicas, descumprindo as disposições e preceitos legais, ao interpretar normas jurídicas por equidade. O julgador não deve se basear exclusivamente em sua noção intuitiva e subjetiva de justiça. Deve, em verdade, “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”. Esse processo, segundo o autor, deve ser denominado de interpretação 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 debeat* (BRASIL, 2015).

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 (BRASIL, 1996). 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 lides que envolvam a Administração Pública, tendo em vista o princípio da legalidade consagrado no art. 37 da Constituição Federal (BRASIL, 2015).

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 (BRASIL, 2015).

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. 304), “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”. No entanto, segundo o autor, o intérprete deve “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 prácticamente ninguna importancia, porque se trata de un ensueño, sin sentido, al que ningún juez sensato puede ocurrirle prestar atención. [...] Ahora bien, es sabido que las palabras cobran su 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 (SICHES, 1959, p. 428).

Floriano Correa Vaz da Silva (1974, p. 918), ao sintetizar o pensamento de Recaséns Siches, assinala que a “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”.

Ademais, consoante lição de Floriano Correa Vaz da Silva (1974, p. 919), “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’*”.

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

Conforme ensina Maria Helena Diniz (1995, p. 428), faz-se necessário analisar 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, [...] então, indubitavelmente, tal norma não deve ser aplicada a esse caso concreto” A equidade, assim, “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

O art. 140, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015 (art. 127 do CPC/1973) dispõe que “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei” (BRASIL, 2015). 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” (BRASIL, 1942).

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 digesto 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" (BRASIL, 1942).

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 (BRASIL, 1943).

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. 13):

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.

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" (BRASIL, 1943).

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" (BRASIL, 1943). 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

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.

7. CONCLUSÕES

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

1. A obra *El derecho del trabajo y la equidad*, de Mario de la Cueva, faz um contraponto inicial entre equidade e justiça, buscando delinear seus contornos conceituais e filosóficos, para, posteriormente, examinar a relação entre equidade e justiça social. Ademais, o autor identifica o caráter supletivo da equidade, como também o seu caráter interpretativo, fato este que demonstra a importância das discussões travadas na obra. Por fim, é interessante notar que Mario de la Cueva já sinalizava para a necessidade de aplicação da equidade na resolução de demandas envolvendo os direitos e interesses coletivos, sempre buscando a harmonia entre o geral e o particular.

2. 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.

3. 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.

4. 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.

5. 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.

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 nº 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.

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

_____. *El derecho del trabajo y la equidad*. Revista del Instituto del Derecho del Trabajo y de Investigaciones Sociales, Quito, Ecuador, año XI, núm. 19, enero-junio de 1975.

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

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

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

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

GIGLIO, Wagner D. A equidade 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.

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

MÁYNEZ, Eduardo García. *Datos biográficos del doctor Mario de la Cueva*. Disponível em: <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/2/683/2.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *A Equidade no Direito do Trabalho*. *Forum* (Revista do IAB - Instituto dos Advogados da Bahia), Edição Especial do 1º Centenário de Fundação, Salvador-BA, Nova Alvorada Edições Ltda., 1997, p. 132/160, Revista "*Trabalho & Doutrina*", nº 17, junho/98, São Paulo, Editora Saraiva, p. 112/126 e "*Consultoria Trabalhista*", Informativo Semanal nº 15, COAD, Ano XXXIII, 18/04/1999, p. 131/139.

REALE, Miguel. A Equidade 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 Filosofía 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.