

---

# EQUIDADE COMO RECURSO HERMENÊUTICO

MARLI MONTEIRO

*Doutora em Ciências pela USP*

*Mestre em Filosofia e Lógica Jurídica pela UNESP*

*Docente nas Faculdades Integradas de Bauru (FIB)*

## 1 INTRODUÇÃO

Com o crescimento do positivismo, a equidade perdeu seu prestígio e praticamente caiu em desuso, em razão dos pressupostos de que o legislador é infalível e o possui capacidade cognitiva capaz de desvendar todos os enunciados normativos. Estes pressupostos são caracterizadores dos Estados de Direito no Ocidente durante o sec. XX, especialmente aqueles da tradição *civil law*.

No entanto, o funcionalismo jurídico positivista passou a evidenciar suas limitações epistemológicas a partir de meados do século passado, em razão da incorporação de valores, princípios e cláusulas gerais nas declarações internacionais de direitos e nas Constituições.

Com isso, a equidade se reinsere, não raro de forma implícita, embora haja relutância na sua aceitação pelos positivistas mais radicais.

Objetivando apresentar a vertente abstracionista, que trata do tema, procura-se demonstrar que o emprego da equidade é necessário e que os riscos para a segurança jurídica podem ser equacionados em parte. Não se ignora que da equidade pode resultar decisões arbitrárias, mas, a opção de não utilizá-la mostra-se igualmente polêmica e inadequada para o caso concreto.

Apresenta-se as diferentes acepções da equidade, privilegiando a vertente abstracionista, a qual preconiza a construção da solução a partir de uma teoria geral sobre a justiça. Procurar-se-á caracterizar da vertente abstracionista, demonstrando as dificuldades em se escolher uma

---

das teorias da justiça para interpretar um caso concreto. Tendo como ponto de partida para o procedimento argumentativo a aplicação da equidade, sugere-se critérios razoáveis para a mitigação da arbitrariedade no julgamento equitativo.

## 2 A EQUIDADE

A equidade insere-se para além do positivismo jurídico, em uma fronteira do direito, onde encontram-se os elementos relacionados à imparcialidade, à regularidade e à consistência argumentativa, os quais, ante a pretensão de se fazer valer a justiça, a razoabilidade ou o bom-senso, muitas vezes ocultam o caráter arbitrário de uma decisão que desvia da lei.

Ao buscar um panorama acerca da equidade a partir do procedimento argumentativo que se emprega na solução de conflitos de interesse, o que observa-se, são alguns limites à atuação dos filósofos, juristas, dos administradores públicos e dos cidadãos envolvidos na discussão das regras jurídicas.

Aristóteles (2001) toma a equidade a partir de casos concretos, buscando ter uma visão mais ampla sobre a justiça, seguida pelos juristas Romanos, chegando à modernidade, pelo pensamento de Chaim Perelman. A aplicação da equidade se dá, basicamente em três hipóteses:

[...] a primeira, aquela a que Aristóteles alude, é a obrigação de aplicar a lei a um caso singular, no qual o legislador não pensara; a segunda se apresenta quando condições externas, tais como uma desvalorização da moeda, uma guerra ou catástrofe, modificam tanto as condições do contrato que sua execução estrita lesa gravemente uma das partes; a terceira se deve à evolução do sentimento moral, do que resulta que certas distinções, que o legislador, ou o juiz que havia enunciado o precedente, havia menosprezado no passado, se tornam essenciais na apreciação atual dos fatos. (PERELMAN, 1996, p. 163)

Nessas hipóteses não se aplica a Jurisprudência ou a lei, devendo-se construir uma solução mais adequada para o caso concreto, que será tão mais justa quanto mais os

---

argumentos por ela empregados forem capazes de ser aplicados a outros casos similares, de maneira a construir uma teia argumentativa que complemente o ordenamento jurídico.

A vertente, que será analisada no presente artigo, toma a equidade como um modelo mais geral e abstrato, que orienta as instituições mais relevantes da sociedade, para, então, verificar sua aplicabilidade em casos concretos, como é o caso de John Rawls, com a teoria de “justiça como equidade”, designada por vertente abstracionista.

A variedade de acepções sobre a equidade divide a atenção de juristas, políticos e filósofos de maneira inconciliável, e, a questão parece não estar perto de ser resolvida. Todavia, conforme se argumentará, ao definir o âmbito da aplicação de cada qual, é possível, senão resolver o problema a partir dos fundamentos, ao menos justificar porque podem oferecer respostas menos arbitrárias aos problemas jurídicos das sociedades democráticas modernas.

Apesar de diferentes, estas formas de estudar a equidade, elas guardam algumas semelhanças, que podem ser assim resumidas: i) pressupõem a insuficiência do ordenamento jurídico; ii) admitem a possibilidade de aplicação da equidade, independentemente de previsão legislativa; iii) revelam a mitigação da força dos institutos clássicos do direito.

### 3 A EQUIDADE PARA O ABSTRACIONISMO

A vertente abstracionista utiliza uma teoria completa da justiça, que serve de visão para preencher as falhas e as insuficiências do ordenamento jurídico. Para essa corrente do pensamento jus-filosófico, os pressupostos epistemológicos do positivismo jurídico são combatidos, para então evidenciar sua força normativa; ou seja, usam de uma estratégia argumentativa para demonstrar a necessidade de complementação do ordenamento jurídico, diferente do positivismo jurídico tradicional que tem como pressupostos, para a validação da sua interpretação, a imparcialidade e a neutralidade do intérprete que apresentará a solução

---

reclamada no caso concreto, empregando o método dedutivo para chegar à regra aplicável ao caso *sub examen*.

Pretendendo ter uma “linguagem técnica”, que permitisse enunciar cada conceito com apenas um sentido, de maneira que para cada situação concreta existiria apenas uma resposta jurídica possível, os abstracionistas, no entanto, trouxeram a necessidade de complementação do ordenamento jurídico a partir dos limites epistemológicos do positivismo. Com isso, o intérprete, mesmo sendo imparcial, não consegue ser neutro.

Outra dificuldade interpretativa refere-se à pluralidade de métodos que podem ser empregados para a construção de uma decisão justa, na visão abstracionista. Não apenas a dedução, mas, a indução e tantos outros mecanismos de construção do conhecimento podem auxiliar o intérprete, com isso, tem-se que métodos diferentes podem ensejar soluções diferentes para casos idênticos.

Do mesmo modo, a abertura, e a conseqüente insuficiência da linguagem jurídica exigem do intérprete um esforço hermenêutico que muitas vezes não é mitigado pela existência de regras constitucionais ou infraconstitucionais. Dependendo do contexto histórico, social, econômico e político que está inserido o intérprete, a concretização desta linguagem aberta pode ser radicalmente oposta à de outra pessoa situada em outro contexto, ou com compreensões valorativas diferentes.

Para os abstracionistas, os conceitos abertos da ordem jurídica, para a interpretação consistente e organizada há necessidade de se encontrar o fundamento nas teorias da justiça. Sem este anteparo argumentativo não é possível ter uma visão coerente de uma Constituição, e, por conseguinte, de um ordenamento jurídico.

Os pensadores abstracionistas pressupõem a falibilidade do direito positivado, porém, poucos deles assumem a possibilidade de insuficiência das teorias propostas sobre justiça (RAWLS, 2003), pois tanto os abstracionistas como os positivistas creem na perfeição de um sistema normativo, com a diferença que os primeiros se amparam numa teoria da justiça, que

---

não é legislada, tampouco submetida ao voto da maioria, tratando-se de uma formulação intelectual, ao passo que os segundos acreditam na possibilidade da perfectibilidade das regras postas.

Para relativizar o critério normativo de miserabilidade, que autoriza a concessão de benefício assistencial, o Min. Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal - STF valeu-se da teoria da “justiça como equidade” de John Rawls (2003), bem como da teoria do discurso de J. Habermas (1997) em sede do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 567.985/MT, que transcreve-se:

Ora, a eliminação dessa forma aguda de pobreza é pré-condição da construção de uma sociedade verdadeiramente democrática, da estabilidade política, enfim, do desenvolvimento do país como um todo. Sem condições materiais, não pode haver um cidadão pleno, apto a participar nos debates públicos, a produzir argumentos e críticas. Se há algum consenso no âmbito da filosofia moral, é a respeito da existência do dever do Estado de entregar um conjunto de prestações básicas necessárias à sobrevivência do indivíduo, reconhecida tanto pelos defensores do liberalismo, entre os quais se destaca John Rawls (*Liberalismo político*, 1999, pp. 32-33), como por aqueles que extraem os direitos fundamentais da teoria do discurso, caso de Jürgen Habermas (*Direito e democracia entre facticidade e validade*, v. I, 2006, pp. 159-160). Mesmo os que defendem a integração maior entre o Direito e a comunidade, conferindo a esta papel preponderante na definição dos limites dos direitos fundamentais, não escapam a essa compreensão. (p. 7 do acórdão).

As teorias da justiça indicam explicitamente estes princípios e valores que norteiam a interpretação do direito, sem contudo, priorizá-los, recomendando-se que elas não podem ser empregadas sem maiores cuidados. Ao adotar-se uma teoria da justiça, sem qualquer restrição, corre-se o risco de não só engessar a solução de casos concretos, que apresentam feições diferentes, bem como emprestam-se muito peso a certos valores constitucionais em detrimento de outros.

Embora as teorias da justiça apresentem um cenário organizado de princípios e valores, não há qualquer garantia de que elas possam ser aplicadas, recorrentemente, em casos difíceis. Na verdade, sequer há consenso sobre quais teorias são mais ou menos compatíveis e adequadas a uma Constituição. Perceba-se que a dificuldade não diz respeito somente ao fato

---

de existirem Constituições diferentes<sup>6</sup>, mas às divergências sobre as formas de organizar e priorizar os princípios e os valores para uma Constituição justa.

Normalmente, o ônus de se utilizar esta ou aquela teoria da justiça para organizar um sistema de justiça nos Estados Ocidentais no período contemporâneo, é entregue ao legislador, em processo de escolha democrática. No entanto, nem sempre o legislador se desincumbe desse dever adequadamente, o que enseja a aplicação da equidade.

#### 4 A ARGUMENTAÇÃO

Não há um consenso sobre quais critérios devem estar presentes para a construção e a aplicação de soluções equitativas, também não é possível determinar de forma antecipada se a corrente abstracionista deve ser empregada. Estas dessas dificuldades, não tornam as escolhas do intérprete como arbitrárias, isto porque: i) ao utilizar uma das correntes, deve-se seguir procedimentos argumentativos e racionais que orientam e limitam as escolhas; logo não há liberdade, mas, discricionariedade para escolher entre as correntes e os tipos de argumentação racional a serem empregadas; ii) o objetivo final é tornar compreensível o julgamento de conflitos de interesse.

O ponto de partida para utilizar a equidade, consiste em vincular o conceito a razoabilidade, adaptando a distinção entre “razoável” e “racional”, pois a racionalidade norteia a equidade e esta norteia e interpretação.

[...] creio ser possível diferenciar duas formas de razão prática. Podemos pensá-la como racional ou razoável. Por ora, ‘racional’ [rational] e ‘razoável’ [reasonable] são simples palavras ou rótulos, cuja diferenciação ainda não nos é conhecida. Na linguagem comum, ambos os termos se referem a algo que não apresenta contradições com a razão ou que se baseia na razão. Mas, ao usar esses termos no dia a dia, parece que percebemos, sim, a diferença entre eles. Geralmente, eles não são usados como sinônimos. Tome-se como exemplo a situação em que alguém diz: ‘Beltrano usou uma tática muito agressiva de negociação, agindo de modo extremamente irrazoável; porém, é preciso admitir que esse comportamento, na perspectiva pessoal de Beltrano, foi perfeitamente

---

<sup>6</sup> As Constituições ocidentais modernas têm estruturas principiológicas similares, de maneira que as divergência mais significativas entre as teorias da justiça e as teorias da constituição não estão no objeto (Constituição), mas, na própria forma de organizar e priorizar valores e princípios.

---

racional.’ Nessa frase é possível, de certa forma, reconhecer a diferença. Temos a tendência de usar ‘razoável’ para indicar uma mentalidade imparcial, ponderação, capacidade de perceber o ponto de vista dos outros etc.; ‘racional’, ao contrário, tem mais o sentido de agir de acordo com a lógica visando o próprio bem ou aos interesses pessoais. (RAWLS, 2012, p. 60).

Ainda, segundo o filósofo: “[...] é pelo razoável que entramos como iguais no mundo público dos outros e dispomo-nos a propor, ou aceitar, conforme o caso, termos equitativos de cooperação com eles.” (RAWLS, 2000a, p. 97).

Ao se referir à razoabilidade, esta é empregada no sentido de que: “[...] as pessoas são razoáveis no tocante aos outros [quando] estão dispostas a orientar sua conduta por um princípio a partir do qual elas e outras podem raciocinar conjuntamente; e as pessoas razoáveis levam em conta as consequências de suas ações sobre a felicidade dos outros.” (RAWLS, 2000a, p. 92).

A razoabilidade não é apenas uma virtude do intérprete, mas, uma exigência da decisão equitativa. Uma decisão equitativa deve ser razoável, no sentido e que se mostra convincente para qualquer pessoa capaz de ponderar a posição das demais pessoas afetadas pela decisão, e, ainda assim, justificar porque uma das partes deve aceitar o resultado do julgamento.

É por essa razão que o conceito de razoabilidade deve incluir: “[...] uma idéia de reciprocidade e de mutualidade” (RAWLS, 2002b, p. 66), sem descuidar-se de que não existem critérios seguros, fixos e peremptórios para a aplicação da equidade, mas, a tentativa de encontrar um critério razoável pode tornar uma decisão equitativa mais justa.

A equidade, como afirma Perelman, exige um auditório apropriado em que se possa construir argumentos imparciais para a solução do caso concreto; todavia, as decisões difíceis não são tomadas somente em órgãos colegiados; sendo que muitas questões (quase todas) dependem de conhecimentos e informações de caráter exterior que não estão à disposição dos juristas (PERELMAN; 2002<sup>a</sup>). Muitas decisões são monocráticas tomadas por agentes públicos, na solidão de seus gabinetes, onde não há um foro democrático adequado para

---

estabelecer o contraditório entre uma tese, uma antítese, e outras tantas proposições que poderiam ser apresentadas num “auditório universal”, na proposta de Perelman (2002a).

Neste sentido, Habermas (1997) apresenta a crítica acerca da transposição automática e irrefletida da filosofia do direito de Kant para a atualidade, pois nenhum julgador pode tomar a sua teoria preferida como a única verdade possível sobre o valor justiça.

## 5 CONCLUSÃO

Indica-se, em suma, como úteis os seguintes critérios para a construção de uma solução equitativa:

a) a identificação de uma teoria da justiça, que poderia fornecer uma solução para o caso concreto;

b) a abertura para análise de outras teorias da justiça, que poderiam fornecer outras teses e soluções;

c) a comparação entre as teorias, procurando identificar pontos de convergência quanto à solução do problema;

d) exclusão daquelas que incorrem em desintegração ou em hiperintegração constitucional;

e) avaliação da teoria por meio dos testes de razoabilidade e reciprocidade, a qual deve considerar o ponto de vista das pessoas afetadas pela solução, deve vencer as soluções concorrentes e perdurar no tempo, tendo condições de modificar o entendimento sobre outras questões assemelhadas;

f) restando apenas uma teoria que passa pelos referidos limites e testes, ter-se-á uma possível resposta, que ainda deverá ser submetida a uma revisão; vii) havendo mais de uma teoria que passe pelos referidos limites e testes, aí a opção ideológica será inevitável;

---

Embora a opção ideológica, não se apresente com neutralidade, todas as premissas teóricas devem se apresentar de forma clara, pois, só assim será possível submetê-la à crítica e à eventual revisão. E, se os critérios sugeridos não forem suficientes para se chegar a uma conclusão razoável e justificada, a decisão poderá apresentar algum grau de arbitrariedade, o qual poderá ser superado em algum momento, seja com a revisão ou com a explicitação de seus fundamentos em sede de embargos.

Em que pese haver alguma desconfiança e timidez na aceitação do uso da equidade, este recurso interpretativo é valioso, na medida em que pretende evitar a tomada de decisões arbitrárias.

Apresentar a vertente abstracionista, procurou-se demonstrar que ela, para justificar sua pertinência, ataca a insuficiência dos pressupostos epistemológicos do positivismo jurídico-linguístico e procura preencher as cláusulas genéricas da Constituição a partir de teorias gerais da justiça de diferentes matrizes.

Como não há um consenso sobre quais teorias da justiça seriam as mais adequadas para resolver um conflito de interesses, se faz necessário tomar uma delas como ponto de partida, a fim de se ter um panorama inicial de uma solução possível.

O objetivo da equidade é o de tornar conhecido todo o céu estrelado da justiça, haverá por certo, alguns recônditos (o cômodo oculto de Sétimo Severo<sup>7</sup>) não serão plenamente iluminados, permanecendo na penumbra. Todavia, caso se pretenda fazer um bom uso da equidade, demonstrando que ela é melhor que a lei e a jurisprudência já conhecida, é necessário argumentar, esclarecer e justificar a opção ideológica adotada como pano de fundo

---

<sup>7</sup> A referência é à metáfora do Imperador Romano Sétimo Severo que ordenou a construção de uma sala em seu palácio para as audiências. Na cúpula da sala a pintura representava o céu de seu nascimento, relacionando a ordem do mundo (logos) quando de seu nascimento e a justificação das sentenças ali proferidas, como se a distribuição da justiça, forma feita era absolutamente inevitável. Mas havia um pequeno pedaço daquele céu que Sétimo mantinha oculto em seu quarto porque retratava o fim de seu império e de sua fortuna (FOUCAULT, 2009, p. 04).

---

para a decisão, para que o temor quanto ao mistério que a envolve se dissipe e dê lugar a decisões mais justas.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 4ª ed., trad. Mário da Gama Kury, Brasília: UNB, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações até a Emenda n.º 91/201. Brasília: 2017, 124 p. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 10 Outubro 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 4650/DF – Distrito Federal. Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 17.09.2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4650relator.pdf>. Acesso em 10 Outubro 2017.

DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro, São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Do governo dos vivos: Curso no Collège de France, 1979-1980: aulas de 09 e 30 de janeiro de 1980 / Michel Foucault; tradução, transcrição e notas Nildo Avelino*. – São Paulo: Centro de Cultura Social, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1 e 2 trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KANT, Immanuel, *A metafísica dos costumes*, trad. Edson Bini, Bauru: EDIPRO, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003.

---

PERELMAN, Chaim. Ética e direito. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RAWLS, John. O liberalismo político. 2ª ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2000a.

\_\_\_\_\_. Uma teoria da justiça. 2ª ed. Trad. Almiro Pisetta; Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002a.

\_\_\_\_\_. Justiça e democracia. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002b.

\_\_\_\_\_. Justiça como equidade: uma reformulação. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VARGAS, Jorge de Oliveira. Julgamento por equidade. Curitiba: Juruá, 2015.

VITA, Álvaro de. A justiça igualitária e seus críticos. São Paulo: Editora UNESP, 2000.