

DOCTRINA.

A Equidade no Direito do Trabalho*.

Miguel Reale

Catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de São Paulo. Presidente do Instituto Brasileiro de Filosofia.

1. Singular tem sido o destino da “equidade” nos domínios do Direito do Trabalho. Enaltecida por alguns autores como o princípio por excelência do Direito trabalhista, é por muitos objeto de simples notas marginais, enquanto que outros chegam mesmo a apontá-la como um conceito inútil, superado pela certeza das normas, segundo diretrizes objetivas do progresso científico

Não é somente quanto ao valor atribuído à equidade que divergem os mestres do Direito do Trabalho, mas também no que se refere à colocação do tema, que ora é visto de maneira genérica, em função do problema da justiça, ora é sumariamente reduzido a simples critério auxiliar de interpretação do Direito vigente. Daí a necessidade de ser reexaminado o assunto, não só à luz de exigências teóricas, mas também de conformidade com os reclamos da prática, aferidos pelos operadores do Direito do Trabalho nos organismos judiciais, administrativos, sindicais e empresariais.

Declaro desde logo que não me parece assistir razão àqueles que, seduzidos pelas aparentes certezas de uma compreensão naturalista ou fiscalista do Direito, vêm na equidade o resquício de uma fase pré-científica da experiência jurídica. Entendo, ao contrário, que, por mais que se aperfeiçoem as técnicas de revelação e de comunicação das regras jurídicas, subsistirá sempre a equidade como um valor imprescindível, cuja natureza e alcance merecem ser objeto de rigorosa e objetiva análise.

(*) Comunicação ao Congresso.

2. Antes de procurar fixar alguns pontos que julgo capitais, não será demais recordar que, sob o prisma histórico, e de uma história recente, de cerca de um século, o Direito do Trabalho foi se constituindo e afirmando como um *Direito de exceção*, isto é, como um complexo de soluções normativas, de ordem legal, consuetudinária, jurisprudencial ou negocial, que o desenvolvimento econômico-industrial veio paulatinamente configurando, destacando-o do sistema do Direito comum.

Nesse sentido, como observou RANELLETTI, o que ocorreu foi um retorno ao conceito de equidade dos romanos, sendo certo que, em diversos países, muitas normas do Direito do Trabalho foram de “criação pretoriana”, ou seja, o resultado do poder plasmador do juiz, adequando as regras, por demais abstratas do Direito comum, à concreção própria das relações de trabalho, sobretudo quando veio a prevalecer a consciência ético-social da garantia devida aos mais fracos no desenrolar do fato econômico.

Nesse processo de instauração de um Direito novo, que assinala um dos momentos cruciais do impacto tecnológico sobre as estruturas sociais de nosso tempo, a equidade, ainda quando não invocada ou trazida à plena consciência do legislador e do juiz, operava em dois sentidos: como *valor* ou critério inspirador de adequação da *regula juris* à especificação dos casos particulares, e como *instrumento de instauração de novas normas* mais adequadas às situações emergentes do progresso industrial. Atuava, em suma, desde logo, no plano operacional da hermenêutica, e, quase que concomitantemente, na esfera da formulação normativa.

A essa luz, poderemos dizer que a equidade banha as matrizes do Direito do Trabalho, não apenas na acepção geral de *humanitas* e *benignitas*, que caracterizaram o Direito Romano justineu e medieval, mas, também, no sentido de uma exigência de *concretude, de adequação necessária ao caso concreto*, que nos faz remontar ao conceito aristotélico de equidade e ao que prevaleceu no Direito clássico¹.

1. Cfr. F. M. ROBERTIS — *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milão, 1946. Como observa FRANCESCO CALASSO, no Direito Romano Cristiano a *aequitas* representa “um princípio ideal de justiça humana”, composta de elementos jurídicos e meta-jurídicos, superior ao *jus*, enquanto que, no Direito Romano clássico, ela designa “um princípio singularmente jurídico, o fim supremo ou a força ideal que informa todo o sistema do Direito Positivo” (*Medio Evo del diritto*, Milão, 1954, Vol. I, p. 332). Sobre essa distinção, v. nosso estudo “Concreção de fato, valor e norma

Deve notar-se que, instaurado segundo um processo inicial de excepcionalidade, sob a inspiração da equidade, como ideal ético e como exigência jurídica concreta, o Direito do Trabalho deixou de ser um Direito de exceção ou de classe, para atuar transformadoramente, em contrapartida, sobre o restante da experiência jurídica, alterando a fisionomia do Direito comum, cuja “socialidade” veio cada vez mais se acentuando. Pode-se dizer que a “exigência de concreção”, que é uma das feições da problemática da equidade, e é hoje reconhecida como uma das notas características do Direito contemporâneo, encontrou, por assim dizer, na esfera do Direito do Trabalho o seu “habitat” natural, dele se irradiando para os demais planos da experiência jurídica.

Não pode, pois, deixar de causar estranheza que, nascido sob a cálide luz da equidade, o Direito do Trabalho nem sempre lhe tenha atribuído o papel relevante que lhe cabe.

3. Essa breve remissão histórica auxilia-nos a colocar o problema que nos ocupa, porquanto já nos revela a dupla expressão ou valência do conceito de equidade na tela do Direito do Trabalho, onde a questão apresenta características especiais, encontrando, no dizer de MARIO DE LA CUEVA, “talvez su campo próprio de acción”².

Em primeiro lugar, tanto no Direito do Trabalho como nos demais ramos da Jurisprudência, a equidade atua como “uma forma peculiar de justiça”, tal como, segundo uma consagrada tradição, consta do ensinamento de ARISTÓTELES. Para o Estagirita, a equidade e a justiça não são, em sentido absoluto, nem a mesma coisa, nem coisas de gênero diverso: “o equitativo é também justo, não segundo a lei, mas sim como correção e suplemento do justo legal”, visto ser “da natureza do equitativo integrar a lei quando esta é insuficiente, em virtude de sua expressão genérica”³. Daí a interpretação corrente de que, na doutrina de ARISTÓTE-

no Direito Romano clássico”, em *Horizontes do Direito e da História*, São Paulo, 1956, p. 58 e segs. Cfr., outrossim, para uma síntese da evolução operada no conceito de “aequitas”, JOSEF ESSER — *Grundsatz und Norm*, 2.^a ed., Tubinga, 1964, p. 65 e segs.

2. Cfr. MARIO DE LA CUEVA — *Derecho Mexicano del Trabajo*, 2.^a ed., México, 1943, p. 337.

3. Cfr. ARISTÓTELES — *Ética a Nicômaco*, V, 1136a-1138a; e *Retórica*, I, 1374 a-b.

LES: “a equidade é a *justiça* do caso concreto”, enquanto que outros contestam seja esse o pensamento do Filósofo, afirmando que a sua doutrina melhor seria expressa com esta outra fórmula: “a equidade é o *direito* do caso concreto”⁴.

Na realidade, mais do que uma contraposição, trata-se, no meu entender, de dois pontos de vistas complementares, ambos essenciais à plena compreensão da equidade, correspondendo o primeiro ao que ESSER qualifica de sentido “não técnico e jurídico-ético” (“*untechnisch-rechtsethischen*”) e o segundo ao que esse autor apresenta como sentido “técnico-sistemático” (“*technisch-systematischen*”)

Quando dizemos que a equidade visa a realizar a justiça “in concreto”, pensamos, efetivamente, num complexo de valores ético-sociais, tendo como base o valor da igualdade, a fim de que a rígida aplicação da regra de direito, dada a sua abstração e generalidade, não conduza a uma solução incompatível com os fins mesmos que ela almeja atualizar. Nesse sentido, a equidade opera como um critério básico de orientação hermenêutica, atendendo à “*natureza das coisas*” e, mais especificamente, à particularidade de cada caso. Não há, nesta hipótese, carência de norma, *nem se pode falar em lacuna no sistema*: o que se dá apenas é uma desconformidade entre a abstração da norma e os característicos do caso particular, impondo-se que aquela se adeque às exigências ético-jurídicas daquilo que é peculiar. Estamos, pois, diante de um princípio norteador do processo interpretativo, de natureza corretiva e adaptadora, para alcançar a “*justiça do caso particular*”

Hipótese diversa se configura quando há efetivamente lacuna no sistema, e dada a natureza do caso, impõe-se que a sua integração se faça por equidade: a equidade, nessa circunstância, dá origem ao “*direito do caso particular*”, preenchendo a lacuna.

4. Na linha de interpretação tradicional, v. EDUARDO GARCIA MAYNEZ, *Lógica del raciocinio jurídico*, México, 1964, p. 92; e LUÍS RECASÈNS SICHES — *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, México, 1956, p. 253 e segts. (“la equidade es. lo autenticamente justo respecto del caso particular”). Opta pela outra interpretação VITORIO FROSINI — “La struttura del giudizio di equità”, em *Teoremi e problemi di scienza giuridica*, Milão, 1971, p. 199 e segts., e também na *Enciclopedia del Diritto*, t. XV, verbete, “Equità”, p. 69 e segts.

É a esta segunda função da equidade que mais propriamente se refere FRANCESCO CARNELUTTI, quando a considera instrumento de “heterointegração” (“eterointegrazione”) preenchendo os vazios do ordenamento jurídico⁵.

Mas, como escreve GARCIA MÁYNEZ, “importa percatarse de que la necesidad de atender a las peculiaridades de cada negocio no sólo existe quando hay vacios en las fuentes de creación jurídica, sino quando el órgano aplicador encuentra que la especie ha sido legalmente prevista”, porém de maneira *abstracta*, referindo-se a *classes de sujeitos e situações*, “lo que exige la *individualización* de los elementos de cada relación concreta”⁶

4. Assentes esses critérios e distinções sobre os dois referidos conceitos complementares de equidade, já podemos verificar como eles operam no campo do Direito do Trabalho. Este 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 grupálistas.

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 *abstracta*, 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.

5. v. F. CARNELUTTI — *Sistema di diritto processuale civile*, 1936, Vol. I, p. 117 e segts.

6. *Op. cit.*, p. 93.

Nessa tarefa, não é mister que o juiz esteja autorizado legalmente a decidir por equidade, bastando que, “in casu”, não haja lei que expressamente o proíba ⁷

Exemplo típico da projeção da equidade na esfera do Direito Trabalhista é o que se costuma enunciar como “princípio pro operário”, que consagra, na dúvida, a solução mais favorável ao trabalhador. A Justiça do Trabalho no Brasil, por exemplo, tem reconhecido “a regra fundamental de interpretação das leis trabalhistas de que, em caso de dúvida, deve ser decidido o assunto em favor do empregado” ⁸. Na legislação italiana, bem como em outras, vigora igualmente a presunção legal do trabalhador como contraente mais fraco, o que, no dizer de GIULIANO MAZZONI, implica “o princípio do tratamento mais favorável, qualquer que seja a fonte reguladora” ⁹

Como todo “juízo de equidade” se reduz, em última análise, a uma “razão de igualdade”, podemos dizer que, no denominado “princípio pro operário” há o propósito de assegurar entre o empregador e o empregado uma relação concreta de paridade. A essa luz, penso eu que o referido princípio deveria perder o seu caráter absoluto, para atender-se à *estrutura de cada relação de trabalho*, pois nem sempre o princípio “pro operário”, que já foi considerado um tanto simplista, atende a um real desequilíbrio entre os sujeitos da relação. Nessa linha de pensamento, tem-se dito que,

-
7. Na legislação trabalhista seria ainda mais ruinoso o infeliz dispositivo que acaba de ser consagrado pelo art. 127 do novo Código de Processo Civil Brasileiro, que assim reza: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. Nada mais contrário à eticidade essencial do Direito do que esse pseudo conceito de equidade autorizada”
 8. Cfr. CESARINO JÚNIOR — *Consolidação das Leis do Trabalho*, 4.^a ed., São Paulo, 1956, Vol. I, p. 101. Sobre a equidade no Direito do Trabalho, no Brasil, v. MIGUEL MARIA E. SERPA — “A equidade e a função do intérprete”, na “Revista do Trabalho e Seguro Social”, 1943, p. 109 e segts.; A. B. COTRIM NETO — “Conceito de equidade no Direito do Trabalho”, em “Revista do Trabalho”, 1941, n.º 8, p. 17 e segts.; OLIVEIRA VIANA — *Problemas de Direito Sindical*, Rio, 1943; EVARISTO DE MORAES FILHO — *Introdução ao Direito do Trabalho*, Rio, 1956, Vol. II, p. 489 e segts. e DÉLIO MARANHÃO, *Direito do Trabalho*, 2.^a ed., 1971, p. 23 e segts.
 9. Cfr. “Enciclopedia del Diritto”, Vol. XII, p. 1074. Para uma crítica ao “princípio pro-operário”, v. SALVATORE HERNANDEZ, “Il favor del lavoratore come tutela compensativa”, em *Studi in onore di Francesco Santori-Passarelli*, Nápoles, 1972, p. 575 e segts.

na dúvida, deve prevalecer a solução favorável ao trabalhador, não por ser este sempre o mais fraco, mas sim quando as circunstâncias que cercaram a formação do contrato de trabalho permitem e exigem que este seja equiparado a um “contrato de adesão”, resolvendo-se as dúvidas sobre as cláusulas contratuais em benefício do aderente.

O certo é que, de uma forma ou de outra, o Direito do Trabalho é animado pelo sentido de “ajuste” a situações humanas concretas, atuando a equidade como *critério construtivo de interpretação* ¹⁰.

Saliente-se, porém, que, nessa diretriz, não há que se falar em equidade *contra legem*, como pretenderam sustentar alguns mentores de uma *aequitas cerebrina*, cuja consequência seria comprometer o valor da *certeza jurídica*, tão essencial ao Direito do Trabalho como aos demais campos da Jurisprudência. Não é indispensável, todavia, exigir-se que o juiz esteja expressamente autorizado, por lei, para decidir por equidade. Esta autorização deve ser considerada implícita, toda vez que a “regula juris”, por sua amplitude e abstração, se abrir num leque de aplicações diversas, sendo necessário que prevaleça a mais aderente às peculiaridades do caso particular. Como pondera LUIGI BAGOLINI, em admirável estudo, a fidelidade que o juiz deve à lei “não pode ser o resultado de pura descrição analítica ou empírica de eventos pensados em uma sucessão temporal objetivada no espaço”, mas implica que, ao ser apreciado um caso em sua singularidade, seja ele situado também à luz dos valores todos implícitos no cosmo jurídico ¹¹.

Por outro lado, talvez se possa dizer que não é estranha à idéia de equidade e de juízos equitativos a persistente preferência que, no desempenho da Justiça trabalhista, muitas vezes é dada a magistrados extraídos das categorias profissionais, para atuarem ao lado dos juizes de carreira, possibilitando um conhecimento mais vivo e direto das relações de trabalho e de suas peculiares circunstâncias.

10. Com razão adverte GERARD LYON CAEN que o Direito do Trabalho, “por seu conteúdo humano, obriga o jurista a ir além das discussões formais e a ver, por detrás dos argumentos jurídicos, a luta dos homens” (*Manuel du Droit du Travail*, Paris, 1955, p. 33).

11. Cfr. L. BAGOLINI — “Fedeltà al diritto e interpretazione”, in “Annali della Facoltà di Giurisprudenza” da Universidade de Gênova, Ano XII, 1973, fasc. 2, p. 300 e segts.

5. Ao lado desse emprego da equidade como *critério de interpretação* das regras jurídicas, situa-se, como já salientei, a sua função como *instrumento de integração do ordenamento*, em ocorrendo lacuna no sistema das normas legais ou costumeiras.

Geralmente, as legislações dispõem que, verificada a existência de lacuna no sistema legal, deve o intérprete recorrer à analogia, ao costume e aos princípios gerais de direito. Ora, entre os processos de “heterointegração” figura a equidade, como decorrência do princípio geral de direito segundo o qual devem ser tratados igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem, o que é um imperativo de justiça “in concreto”. Daí admitirem vários tratadistas do Direito do Trabalho, como o faz GIULIANO MAZZONI, que, nos casos omissos, pode haver “recurso à equidade, atribuindo-se ao juiz a faculdade de integrar ou de criar a norma para o caso concreto”¹².

Não se deve, porém, concluir que a equidade seja “fonte do direito”, como ainda se continua a repetir, dando-se a ambos os termos uma aceção genérica imprecisa. Na realidade, o que se dá, na hipótese de preenchimento de lacuna, é o emprego da equidade para elaborar-se o “modelo normativo” adequado ao caso particular, o que, repito, só é admissível “*praeter legem*”, e jamais “*contra legem*”. Cabe sobretudo à doutrina oferecer os elementos necessários à formação de um juízo de equidade, o que culmina na configuração de um “modelo dogmático”, que, consagrado pelos órgãos jurisdicionais, se converte em “modelo jurídico”, para empregar aqui uma distinção estabelecida em meu livro “O Direito como Experiência”, propondo seja a “teoria das fontes” retificada e completada por uma “teoria dos modelos jurídicos”¹³.

A meu ver, só se pode falar em “fonte de direito”, na aceção rigorosa deste termo, quando há uma “estrutura de poder”, em função da qual uma determinada “solução normativa” se torna objetivamente obrigatória como diretriz jurídica válida. Toda “fonte” ou “forma” de revelação de direito pressupõe uma “estrutura de poder”, originário ou de-

12. v. G. MAZZONI — *Manuale di Diritto del Lavoro*, 3.^a ed., 1969, p. 267.

13. Cfr. MIGUEL REALE, *op. cit.*, São Paulo, 1963, capítulos VII e VIII. (Há trad. italiana por mim revista e ampliada, com Introdução de DOMENICO COCCOPALMERIO. — *Il diritto come esperienza*, Ed. Giuffré, 1973).

rivado, seja ele o “poder legal”, que dá origem aos “modelos legais”; o “poder social” que dá nascimento aos “modelos costumeiros”; o “poder judicial”, que instaura os “modelos jurisprudenciais”; ou, “last, not least”, o “poder ou autonomia da vontade” que dá origem aos “modelos negociais”.

A doutrina, propriamente dita, não é fonte de direito, nem gera modelos jurídicos. Seu papel é bem outro, mas não menos relevante e decisivo: é ela que nos permite saber o que significam os modelos jurídicos, traçando, além disso, os limites de sua legitimidade e alcance. Dela resultam os “modelos dogmáticos”, ou teóricos, cuja função é determinar a significação dos “modelos jurídicos”, significação essa que não é estática, mas variável, desde quando são aqueles emanados até a sua perda de validade. Pois bem, dentro dessa concepção, a equidade não pode e não deve ser vista como *fonte* do direito, mas sim *como critério de exegese ou elemento de integração normativa*. Em ambos os casos, a doutrina configura *juízos de equidade* que completam o ordenamento jurídico, ou lhe suprem as lacunas, convertendo-se eles em “modelos legais” ou “modelos jurisprudenciais” quando o Poder Legislativo ou o Judiciário consagram, respectivamente, os seus ditames.