

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0241488-84.2016.8.19.0001

Apelantes: Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro – DETRAN-RJ e Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Apelado: Geraldo Soares da Silva

Pretensão de Segurança. Taxista com acúmulo de 26 pontos na Carteira Nacional de Habilitação. Aplicação da penalidade de suspensão do direito de dirigir por um mês. Ultratividade da Lei Estadual nº 3.375/2000, “enquanto persistirem os níveis de desemprego, decorrentes de políticas e decisões socioeconômicas que afetam, de forma nociva, a cidadania” (art.3º). Situação presente no Estado do Rio de Janeiro, com funcionários públicos com salários atrasados. Eficácia do direito fundamental ao trabalho, afastado com evidente afronta ao princípio da isonomia. O Direito à igualdade constitucional impõe tratamento igual a pessoas iguais e desigual a desiguais, na proporção da sua desigualdade. Inconstitucionalidade na interpretação e aplicação da lei ordinária federal. Desvio de finalidade na imposição das multas. O Direito, de índole fundamental, está sendo afastado, pela aplicação da lei federal de forma igual para pessoas em situações jurídicas desiguais. Existência de direito líquido e certo amparado na Constituição da República. A hermenêutica jurídica deve propor-se em primeiro lugar a descobrir o fim concreto perseguido pela norma; quando, porém, este não se apresentar claro e, por conseguinte, não puder servir de critério decisivo, deve atender-se ao fim geral da ordenação jurídica (justiça), em relação com as particularidades do caso de que se trata, ou seja, da ideia de equidade. Substituição da sentença por acórdão de igual teor, concedendo a segurança.

Egrégia Câmara,

O Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro – DETRAN-RJ e o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro insurgem-se contra a sentença (doc. 000170) que concedeu a segurança, para determinar que o Réu se abstenha de cancelar ou suspender a Carteira Nacional de Habilitação (CNH) do Impetrante, bem como seu direito de dirigir veículos automotores, nos termos da Lei nº 3.375/2000, tornando definitiva a liminar anteriormente concedida.

Em suas razões recursais (doc. 000224), o DETRAN-RJ alega que a Lei Estadual nº 3.375/2000 tem caráter temporário, prevalecendo, conforme os ditames de seu

art. 3º, por apenas dois anos, após a promulgação, bem como que tendo findado o referido período no ano de 2002, apenas ato do poder executivo poderia promover sua prorrogação, o que não ocorreu até o presente momento. Acrescenta que “não pode a administração ou o judiciário aplicar *a fortiori* referida lei, vez que se trata de competência exclusiva do poder executivo estadual, impassível de delegação”, sendo, portanto, aplicável na íntegra o artigo 261 do CTB.

O Ministério Público de 1º grau ofertou suas razões recursais (doc. 000244) aduzindo, em síntese, que não houve comprovação inequívoca da falta de legalidade do ato coator, bem como que a Lei nº 3.375/2000 tinha vigência temporária. Argumenta, ainda, que a referida lei estadual viola o artigo 5º, *caput*, e 22, XI, da Constituição da República, bem como o artigo 261, §1º, do CTB.

Contrarrazões (doc. 000263) ofertadas pelo impetrante pugnando pelo desprovimento dos recursos interpostos.

Vejamos a quem assiste razão.

O mandado de segurança é remédio constitucional que visa à proteção de direito líquido e certo, lesionado ou ameaçado de lesão, em virtude de ilegalidade ou abuso de poder, praticado por autoridade pública ou agente jurídico privado, no uso de atribuição pública, consoante art. 5º, LXIX, da Constituição da República e art. 1º da Lei nº 12.016/09:

Art. 5º. LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Art. 1º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

O *writ* exige prova inequívoca e pré-constituída do direito líquido e certo, por conseguinte, não permite dilação probatória. No presente caso, a ilegitimidade do ato administrativo restou demonstrada. Senão vejamos.

O ora apelante impetrou mandado de segurança aduzindo que é motorista de táxi, sendo esta a sua única e exclusiva fonte de renda. Alega, também, que em razão das infrações cometidas há dois anos (totalizando 26 pontos), foi notificado pelo impetrado da aplicação das penalidades de suspensão do direito de dirigir por um mês e a obrigatoriedade de frequência e aprovação em Curso de Reciclagem para Condutores Infratores, uma vez que foi excedida a pontuação máxima (20 pontos) para o período de doze meses.

O artigo 261 do Código de Trânsito Brasileiro dispõe que:

Art. 261. A penalidade de *suspensão do direito de dirigir* será aplicada, nos casos previstos neste Código, pelo *prazo mínimo de um mês até o máximo de um ano* e, no caso de reincidência no período de doze meses, pelo prazo mínimo de seis meses até o máximo de dois anos, segundo critérios estabelecidos pelo CONTRAN.

§1º Além dos casos previstos em outros artigos deste Código e excetuados aqueles especificados no art. 263, a suspensão do direito de dirigir *será aplicada sempre que o infrator atingir a contagem de vinte pontos, prevista no art. 259.* (g.n.)

Importante ressaltar que, em momento algum, o impetrante contesta o somatório dos vinte e seis pontos em sua carteira nacional de habilitação, consequência das seis infrações cometidas em oportunidades diversas. De igual modo, também não alega a existência de qualquer nulidade no processo administrativo deflagrado, mas tão somente pretende a isonomia de tratamento, sendo-lhe aplicado o disposto na Lei Estadual nº 3.375/2000.

A supramencionada Lei, nos termos de seu artigo 3º, abaixo transcrito, possui caráter temporário, não possuindo mais vigência à época da prática das infrações administrativas que culminaram na suspensão do direito de dirigir do impetrante:

Art. 3º. As disposições desta Lei *prevalecerão por dois anos, prorrogáveis por iguais períodos por ato do Poder Executivo, ou enquanto persistirem os níveis de desemprego, decorrentes de políticas e decisões socioeconômicas que afetam, de forma nociva, a cidadania.*

Embora a jurisprudência deste Egr. Tribunal de Justiça, como se demonstra a abaixo colacionada, seja no sentido da legitimidade da medida:

Apelação cível. Mandado de segurança. Direito de dirigir. Suspensão da carteira de habilitação. Infrações de trânsito. Superação do limite de 20 (vinte) pontos. Direito líquido e certo. Ausência. Direito alegado que carece de certeza e liquidez. Denegação da ordem. Incidência do novo Código de Processo Civil. Cidadão, taxista, a quem é imposta pena de suspensão do direito de dirigir por haver superado o limite de 20 (vinte) pontos no somatório de infrações do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 23/09/1997). No total, 23 (vinte e três) pontos acumulados. Suspensão. *O impetrante não contesta o somatório*

dos vinte e três pontos em sua carteira de habilitação, pelas infrações cometidas, nem a nulidade do processo administrativo instaurado, mas alega a falta de observância dos termos da Lei Estadual nº 3.375, de 28/03/2000, que possibilita a suspensão da referida penalidade aos taxistas. Esta lei é objeto da ADI nº 2764, ajuizada perante o STF, em 27/11/2002, pendente de decisão de mérito e, mais, que, apesar de a Lei Estadual nº 3.375/2000 ainda não ter sido julgada inconstitucional, ela possui evidente caráter temporário – dois anos – não estando em vigor, portanto, quando da prática das faltas administrativas, realizadas no ano de 2010. O ato administrativo goza da presunção de legalidade, legitimidade e veracidade. Pretensão quanto à anulação da penalidade. A suspensão do direito de dirigir está expressamente tipificada no art. 261, §1º, do Código de Trânsito Brasileiro. Além dos casos previstos em outros artigos deste Código, excetuados aqueles especificados no art. 263, a suspensão do direito de dirigir será aplicada quando o infrator atingir, no período de 12 (doze) meses, a contagem de 20 (vinte) pontos, conforme pontuação indicada no art. 259. Não há nos autos elementos que levem a reconhecer o ato impugnado como flagrantemente ilegal capaz de ensejar o seu desfazimento. Sentença mantida. Recurso ao qual se nega provimento. (Apelação nº 0255622-87.2014.8.19.0001 – Des. Relator: Mario Assis Gonçalves – 3ª Câmara Cível – Data do julgamento: 26/10/2016) [g.n.]

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. TAXISTA. ACÚMULO DE 20 (VINTE) PONTOS NEGATIVOS NA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO (C.N.H.). APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. DENEGAÇÃO DA ORDEM. IRRESIGNAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA EM SEDE ADMINISTRATIVA. IMPETRANTE E APELANTE QUE FOI DEVIDAMENTE NOTIFICADO QUANTO ÀS INFRAÇÕES DE TRÂNSITO. SUA INÉRCIA EM RECORRER ADMINISTRATIVAMENTE. LEI ESTADUAL Nº 3.375/2000. CARÁTER TEMPORÁRIO. INAPLICABILIDADE NO QUE TANGE ÀS INFRAÇÕES COMETIDAS EM 2010. ART. 557, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE A QUE SE NEGA PROVIMENTO. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. (0045849-65.2015.8.19.0001 – APELAÇÃO – 1ª Ementa – DES. GILBERTO GUARINO – Julgamento: 01/02/2016 – DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL) [g.n.]

Parece-nos que existem outros direitos fundamentais como o acesso ao trabalho, que está sendo afastado com evidente afronta ao princípio da isonomia, ou seja, a

lei trata de maneira igual pessoas em diferente situação de igualdade, o que revela inconstitucionalidade da interpretação e aplicação da lei e evidente desvio de finalidade na imposição das multas aos condutores de veículos no Estado do Rio de Janeiro.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no seu artigo 6º, arrola como Direitos Sociais, ou seja, de aplicabilidade imediata, mesmo na ausência de lei, o acesso ao trabalho:

Art. 6º. São direitos sociais, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Este direito, de índole fundamental, na nossa modestíssima opinião, está sendo afastado pela aplicação da lei de forma igual para pessoas desiguais.

Afirma-se isso pelo fato de a penalidade ser imposta indistintamente a usuários de carros e motoristas profissionais.

Ora, se o acesso ao trabalho do taxista está sendo negado por aplicação de penalidade que trata o profissional como se fosse usuário de veículo automotor, o faz com evidente contraste ao princípio da isonomia, que manda tratar como iguais os iguais e desigual os desiguais, na proporção da sua desigualdade.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

Essa igualdade de tratamento lhe está sendo negada, posto que, ao aplicar a lei de maneira igual, a pessoas com atividades diferentes, lhe inviabiliza o acesso à igualdade como direito fundamental, lhe impedindo a efetividade de outro direito também fundamental, que é o trabalho.

Conclui-se isso pela singela razão de que o profissional do volante, por conduzir veículo como jornada de trabalho, está mais propenso a praticar infrações de trânsito.

Soma-se a isso o fato de que o senso comum do homem médio no Rio de Janeiro é de que as penalidades se destinam à arrecadação e não realmente à educação no trânsito, em momento de crise no estado, onde empregos e subsistência das famílias são as maiores carências.

Mas o que é que se procura com a interpretação: a vontade do legislador ou a da lei (no caso, a Constituição)?

A lei, uma vez promulgada, se divorcia do legislador e, quando diz coisa diversa da que ele quis dizer, não é a vontade dele que prevalece, que vigora, que obriga, mas o que ele preceitua.

Além disso, o legislador é pessoa imaginária, nos Estados modernos, é órgão coletivo, e não seria possível determinar-lhe a vontade como se se tratasse de um problema de composição de forças, em que é fácil achar a resultante.

Soma-se a isso o fato de que se nos apegarmos à vontade do legislador estaríamos impedidos de buscar uma interpretação evolutiva do Direito, nos esquecendo de que a evolução da vida em sociedade não para, pois o legislador não pode ter a presciência das condições de vida futura.

No caso da Constituição, essa evolução deve buscar sua aplicação no sentido de alcançar as finalidades expostas no seu texto, como as expressas nos objetivos e princípios fundamentais.

Tudo isso não significa que não se deva pesquisar a vontade do legislador. Ao contrário, ela é importante elemento de informação; ajuda a conhecer a vontade da lei, mas não é decisivo nem é meta final da tarefa interpretativa.¹

Portanto, interpretar é achar o valor da lei em determinado momento, pois a lei faz parte de um sistema e poderia romper-lhe a coerência se contemplada à luz de uma mentalidade ultrapassada ou dissociada das finalidades a que se propõe, em contraste com a realidade do momento em que vai ser aplicada.

É esta exatamente a hipótese dos autos, onde o impetrante pretende segurança para obter o acesso a um direito fundamental (trabalho) em virtude da aplicação da lei ordinária federal sem a individualização de seus preceitos, ou seja, sem observância do princípio da isonomia, ou da igualdade, resultado da interpretação literal da lei federal.

Na elegante lição de Hélio Tornaghi, a interpretação puramente gramatical faz da letra da lei um cadáver.²

Com abundância de exemplos, mostra Ihering que “na interpretação das leis, a jurisprudência antiga não seguia o texto cegamente, sem se preocupar com o resultado. Bem ao contrário, tinha ela o olhar permanentemente voltado para as necessidades da vida prática e sabia interpretar as leis em coerência com essas necessidades”.³

Nesse sentido, os antecedentes do Direito Romano, confirmado na passagem de Celso: “conhecer as leis não é entender-lhes as palavras, mas a força e o poder”, isto é, o sentido e a eficácia (*Scire leges non (hoc) est verba earum tenere sed vim ac potestatem*, 17 D.1, 3).

A razão é lógica, pois a interpretação da lei não deve ser tal que leve à injustiça, pois é de sua essência a presunção de que se destina a realizá-la.

¹ TORNAGHI, Hélio. *Instituições...* vol. I, p.23.

² TORNAGHI, Hélio. *Instituições...* vol. I, p.126.

³ Parágrafo 49 do *Espírito do direito romano*. 3ª edição. vol. III, p.153. Tradução de O. de Meulenaere, 3ª edição.

A interpretação teleológica se dirige a isto: pesquisar o fim colimado pela norma legal, pois esse trabalho intelectual vem de teologia, que é o estudo das causas finais. Tratando-se a lei de um meio de se alcançar a justiça, é imperioso se conhecer esse fim, ou seja, a finalidade a que se destina.

Note-se que neste processo é posto sempre algo de pessoal, de criação, uma vez que se encarrega o intérprete de desvendar o que a investigação gramatical não o fez.

Tratando-se de Constituição, devemos buscar essa intenção em consonância com os princípios e objetivos que se pretendem alcançar, dentro dos conceitos de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, como vetores de todo o atuar do agente público e na análise de equidade de que o objetivo do interesse público não pode se submeter ao individual.

Nesse sentido, a vida cotidiana de qualquer um de nós demonstra claramente o apetite voraz do Estado em arrecadar através da aplicação de penalidades de trânsito, em notório descompasso com a segurança na condução de veículos, mas afinada com a finalidade de gerar receita.

Esse desvio de finalidade fica evidente na pretensão de segurança.

Afirmamos isso, uma vez que, se a interpretação literal traça os limites da teleológica, essa é correta enquanto não ultrapassa aqueles lindes e estes limites são apurados com os elementos a que referimos para esclarecer os casos a que ela se aplica. Se a interpretação puramente gramatical leva à injustiça flagrante, manifesta, ou ao absurdo, cumpre investigar em que sentido as palavras devem ser interpretadas para que se chegue a uma solução de equidade.

Se a letra da lei enseja duas possíveis interpretações, há de preferir-se a que melhor responda às necessidades da vida, ao bem comum e à benignidade, e no nosso caso específico, à efetividade dos princípios que regem o atuar do agente público na prática de atos de imposição de penalidades sem a garantia da isonomia aos seus destinatários, como pretendeu restabelecer a lei estadual em análise no Supremo Tribunal Federal, e que teve vigência temporária.

A interpretação da lei deve atender aos elementos ministrados pela linguagem da lei e por sua razão de existir e de ser como é (*ratio legis*). A lei não é fim em si mesma, é meio para a obtenção de um fim: a disciplina social, com segurança e justiça.

Sendo a norma jurídica meio de alcançar estas finalidades, deve conhecer-lhe o fim: tanto o *finis operis*, quanto o *finis operantis*, ou seja, o fim que o Estado teve em mira ao fazer a lei, e interpretá-la de modo que possa atingir a sua finalidade.

Essa análise pressupõe o exame dos fatos e sua estimativa segundo padrões éticos, econômicos, naturais e culturais: são “os fins sociais a que a lei se destina”.

Note-se que sempre nessa equação entra um coeficiente de equidade, ou seja, a valoração de todas as circunstâncias para se chegar a uma interpretação que não se afaste da ideia de justiça.

Portanto, a hermenêutica jurídica deve propor-se em primeiro lugar a descobrir o fim concreto perseguido pela norma; quando, porém, este não se apresentar claro e, por conseguinte, não puder servir de critério decisivo, deve atender-se ao fim geral da ordenação jurídica (justiça), em relação com as particularidades do caso de que se trate, ou seja, da ideia de equidade.⁴

Temos hoje no Brasil um sistema misto de jurisdição, de forma a dar efetividade à soberania popular, e que antes mesmo do mandado de injunção na nossa Constituição já tínhamos a permissão ao cidadão de julgar por equidade no Tribunal do Júri, onde um fato adequado ao tipo de homicídio, com várias qualificadoras, pode ceder à adequação menos grave por razões da vida privada do acusado, as circunstâncias em que cometeu o crime, o conceito de que goza perante a sociedade etc., esse espaço é hoje dado ao magistrado na construção da tutela de valores fundamentais na gestão do bem comum.

Se a lei, ao regular as relações entre os homens de forma genérica, leva em conta hipóteses que encontrem denominador comum, desprezando as diferenças específicas, a equidade permite a valoração dos acidentes e a realização da justiça adequada a cada caso concreto, valorando se aquela situação de fato, expressa desvio de finalidade na gestão do interesse público.

Neste aspecto, nos parece que claramente o Estado está agindo com desvio de finalidade na tutela da segurança no trânsito, revelando notoriamente sua finalidade arrecadadora, pelo senso comum que todos temos como motoristas e, o que é pior, aplicando a lei e as sanções impostas com base nela, em absoluta discordância com os direitos fundamentais que a Constituição Cidadã protege, entre eles, o mais sagrado direito ao trabalho, afastado de um mínimo de isonomia na aplicação das penalidades.

Note-se que, por estarmos falando de direito social de aplicabilidade imediata, a ausência de lei ou sua negativa de vigência possibilita até mesmo o mandado de injunção, como remédio jurídico constitucional para dar efetividade ao Direito Fundamental ao trabalho.

Diz a Constituição da República de 1988, no seu artigo 5º, LXXI:

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais (arts. 5º a 11) e das prerrogativas inerentes à nacionalidade (art. 12), à soberania (popular arts. 14 a 16) e à cidadania (art. 1º, II; 22, inc. XIII).

A equidade é remédio jurídico para realizar a justiça no caso concreto e está previsto no Código de Processo Civil atual no seu art. 127, que limita a sua utilização aos “casos previstos em lei”, o que consideramos revogado, pela norma constitucional que a introduz no ordenamento pátrio de forma mais ampla.

⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J. *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*. p.243 e 244.

Somente para o mandado de injunção é que se limitam as hipóteses de direitos ali elencados.

Não é a primeira vez que uma Constituição brasileira recorre à equidade como fonte supletiva do Direito.

A de 1934 o fazia explicitamente no art. 113, nº 37, a saber: “Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais do Direito ou por equidade”.

A primeira parte desse dispositivo está inspirada no art. 4º do Código Civil francês, segundo o qual: “*Le juge qui refusera de juger, sous pretext de silence de l’obscurité ou de l’insufisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*”.⁵

Para se ter em conta que é premente a necessidade de preencher as lacunas da lei por meio da equidade, basta recordar o que se passou na França ao tempo da feitura do Código Civil.

O projeto do ano VIII dizia no art. 11 do tít. V, do livro Preliminar que: “*dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi precise, est un Ministre d’équité*”.⁶

Esse livro preliminar não foi acolhido no Código Civil, segundo a superstição de que a lei não tem lacunas. É curioso que o art. 565 desse mesmo Código subordine o direito de acessão, relativamente às coisas móveis, *aux principes de l’équité naturelle*.

Diante do texto constitucional brasileiro, uma coisa é certa:

Os problemas do Mandado de Injunção estão ligados à razão de ser da jurisdição de equidade:

a) Onde houver norma regulamentadora dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes: à nacionalidade (arts. 12 a 13); à soberania popular (arts. 14 a 16); ou à cidadania (arts. 12 e 13), funcionará a jurisdição legal, se qualquer deles for ameaçado ou ferido. O Judiciário aplicará a norma de lei, abstrata e geral, ao caso concreto e os remédios serão o *Habeas Corpus*, o Mandado de Segurança e as ações pertinentes.

b) Quando não houver lei regulamentadora, funcionará a jurisdição de equidade: o Judiciário aplicará a norma que ele próprio estabeleceria se fosse legislador.

Já dispunha assim o art. 1º do Código Civil suíço: “*À défaut d’une costume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur. Il s’inspire des solutions consacrées par la doctrine e la jurisprudence*”⁷.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1939 (art. 114), quando outra lei autorizasse o juiz a julgar de acordo com a equidade individual, ele usaria também da equidade social, aplicando a norma que ele próprio estabeleceria se fosse legislador.

⁵ “O juiz que se recusar a decidir, sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser processado, como culpado de denegação de justiça”.

⁶ “Nas matérias civis, o juiz na ausência de lei é um Ministro da equidade”.

⁷ “Na ausência de disposição legal aplicável, o juiz decide segundo o Direito Costumeiro e, na falta de costume, ele o faz segundo as regras que estabeleceria se tivesse de legislar. Ele se inspira nas soluções consagradas pela doutrina e pela jurisprudência”.

Portanto, dispondo a vigente Constituição Brasileira tal como se vê do art. 5º, LXXI, alarga-se no Brasil a jurisdição de equidade.

Derroga-se o princípio: *aequitas legislatori, jus judici magis conventi*, isto é, a equidade é própria do legislador e o Direito o é do juiz.

O Judiciário vai, então, buscar a norma jurídica nas mesmas fontes materiais em que se abeberaria o legislador para formular a lei.

O Professor Hélio Tornaghi alerta para o fato de que não se trata de equidade individual (epiqueia), como acontecia, por exemplo, na Lei de Luvas, em que o juiz levava em conta as circunstâncias do caso concreto (art. 16); trata-se, em contrário, da equidade social (a *equity* dos ingleses), que tem em consideração o que normalmente é justo, a fim de formular a norma, em seguida aplicada ao caso concreto⁸.

A equidade é sempre o modo de determinar o que é justo em cada caso concreto e completa a lei e a torna mais perfeita em duas hipóteses:

1ª – a lei, que é genérica e abstrata, não prevê todas as circunstâncias particulares de cada caso concreto. A equidade a preenche e a torna mais justa ao mandar que o juiz leve em conta as peculiaridades do caso. Aí funciona como a fita métrica usada pelos operários da ilha de Lesbos (semelhantes a que utilizam os alfaiates e as costureiras de hoje), que seria o contorno das superfícies sinuosas a serem medidas. Esta é a equidade individual, exatamente como reclama o caso concreto que merece a aplicação da lei federal em consonância com a efetividade do direito fundamental ao trabalho.

É possível a utilização da equidade nos casos em que a negação da norma atende ao seu sentido teleológico. É o exemplo da permissão de entrada de um cego acompanhado de seu cão-guia em lugares onde fosse proibida a entrada de animais: somente negando a norma é que se alcançaria a sua finalidade de melhor uso do espaço, respeitando o caráter singular de sua aplicação.⁹

2ª – de outras vezes, a lei é totalmente lacunosa, não prevê a hipótese que se apresenta em concreto. Nesse caso, surge a equidade social, que manda o juiz completar a lei formulando, ele próprio, a norma aplicável. Calamandrei, no sexto parágrafo do ensaio anteriormente citado, admite até a equidade social *contra legem* e indica (na nota 26), no mesmo sentido, Geny, Miceli, Pachioni e Del Vecchio.

A equidade-criação serve de fundamento ao juiz para proferir decisões não lastreadas na lei. Se ao juiz é determinada a observância da lei e do Direito em atendimento ao princípio da vinculação da jurisdição, que lhe impõe decisões *secundum legis*, excepcionalmente deverá julgar “como se fosse legislador”, criando a solução do caso e resolvendo o litígio. Quando exerce jurisdição lastreada somente

⁸ TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção. *Revista de Processo*, nº 5, p.62. A distinção entre equidade individual e social já vinha de Aristóteles. Na Ética de Nicômaco ele ensinava que a equidade se adapta às várias contingências de cada fato, enquanto que a equidade social se aplica aos casos em que não há norma de lei e exige que o juiz estabeleça uma regra adequada ao caso que lhe é submetido, *apud* FABIÃO GUASQUE, Luiz. *O Controle de Inconstitucionalidade das Leis*. 2ª edição. Editora Freitas Bastos, 2013, p.140.

⁹ FONTES, André. Jurisdição de equidade e equidade criação. *Revista Justiça & Cidadania*, nº 34, p.23.

na lei, diz-se que se tem jurisdição legal. Ao contrário, quando se têm decisões lastreadas na equidade, tem-se a jurisdição de equidade, que é a forma como se revela a equidade criação.¹⁰

A diferença entre esses dois tipos de equidade ressalta da comparação entre o art. 4º e o art. 1º do Código Civil suíço.

O art. 4º (equidade individual) manda que o juiz leve em conta as circunstâncias do caso concreto.

O art. 1º (equidade social) ordena que, na falta de norma regulamentadora, o juiz aplique a que ele próprio formularia se fosse legislador. Nessa hipótese, a equidade é fonte formal do Direito, como o que se dá agora entre nós, com o Mandado de Injunção.

Deve-se ter em conta, porém, que na hipótese de equidade social, a atividade do Judiciário não é criadora do Direito objetivo, genérico e abstrato. É apenas declaratória de uma norma equitativa, ou seja, norma sim, mas para ser aplicada apenas ao caso levado à apreciação do judiciário.

Assim como a lei admite, por vezes, o costume como fonte subsidiária, assim também a Constituição recorre à equidade nos casos do art. 5º, LXXI, para suprir as lacunas do Direito.

Alerta mais uma vez Hélio Tornaghi, que não se deve supor que o juiz exerça, então, o mesmo papel do legislador. Ele não impõe normas gerais: apenas formula, em mente, a norma que aplicará no caso *sub judice*, onde a aplicação da norma pode ser até subentendida.¹¹

Dessa reiteração de manifestações e estabelecimento de comportamentos considerados justos pelos juízes, pode acontecer o mesmo que ocorreu no campo do Direito Trabalhista, em que, da aplicação dos dispositivos sobre locação de serviços, se desenvolveu uma jurisprudência que iria desembocar em um novo ramo do Direito.

O mesmo ocorreu com o Direito Aeronáutico e, em época mais remota, com o Direito Comercial.¹²

No sentido de fazer justiça, duas possibilidades de juízo de valor se impõem:

1ª – ultratividade da lei estadual que distinguiu as hipóteses de uso de veículos automotores entre profissionais e amadores, por razões de equidade, uma vez que ela mesma autoriza estes efeitos futuros ao determinar sua vigência *“enquanto persistirem os níveis de desemprego, decorrentes de políticas e decisões socioeconômicas que afetam, de forma nociva, a cidadania”* (art. 3º *in fine*), exatamente o caso do Rio de Janeiro;

2ª – interpretação do preceito da lei federal em consonância com os Direitos Fundamentais assegurados na Constituição.

¹⁰ FONTES, André, *idem*, p.23.

¹¹ TORNAGHI, Hélio. *O mandado de injunção*, p.63, *apud* FABIÃO GUASQUE, Luiz. *O Controle de Inconstitucionalidade das Leis*, p.142.

¹² TORNAGHI, Hélio. *O mandado de injunção*, p.44, *idem* p.142.

Em qualquer dos caminhos o resultado é a concessão da segurança.

Pelo exposto, espera o Ministério Público, através desta Procuradoria de Justiça, a substituição da sentença por acórdão de igual teor, de forma a que seja concedida a segurança.

É o que me parece.

Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 2017.

LUIZ FABIÃO GUASQUE
Procurador de Justiça