

Da eqüidade

estudo de direito positivo comparado

Dra. IDUNA WEINERT DE ABREU

Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

- I — Introdução
- II — Evolução histórica da eqüidade
 - 1 — Direito grego antigo e moderno
 - 2 — Direito romano
 - 3 — Idade Média
 - 3.1 — Direito canônico medieval
 - 3.2 — Direito comum medieval
 - 4 — Direito inglês
 - 5 — Direito norte-americano
 - 6 — Direito brasileiro
 - 7 — Bibliografia
 - 7.1 — Legislação compulsada
 - 7.2 — Obras doutrinárias
 - 7.3 — Comentários
 - 7.4 — Periódicos
 - 7.5 — Enciclopédias

I — INTRODUÇÃO

A busca do exato significado da palavra eqüidade, que se desenrola através dos séculos, por toda a história do direito, é tarefa ainda

incompleta, em face do estranho papel desempenhado por esse instituto na estrutura dos ordenamentos, ora apartado, ora presente nas normas jurídicas.

O ponto crucial do problema está em que a lei deve contrabalançar interesses, individuais e sociais, diferentemente afetados por códigos morais, o que conduz ao emprego da equidade com os mais variados sentidos, embora haja prevalência de dois deles: a de fator de mitigação dos rigores da norma (*summum jus, summa injuria*) e a de fonte subsidiária de direito, para suprir as omissões da lei.

A noção de lei logo se identificou à necessidade de um instrumento promotor de paz e segurança, razão por que se contrapôs, sempre, à equidade, uma atitude ambivalente do direito positivo, repelindo-a, por incompatível à certeza que se exige das normas legais, ou acolhendo-a, como sinônimo de justiça; algo de definitivo, entretanto, tornou-se patente: o fato de ser a equidade aquele elemento que introduz na lei valores éticos distintivos, estimulando o aplicador das normas legais à procura da justeza de sua decisão.

A presença da equidade na maioria das civilizações antigas e nas modernas culturas revela a constante preocupação do homem na realização da justiça; o conteúdo de equidade das normas estaria representado, exatamente, por aquelas convicções fundamentais, consubstanciadoras dos reclamos comuns da natureza humana, pelos costumes e propósitos de conduta do homem.

O conceito de equidade como materialização de justiça encontra-se, portanto, profundamente vinculado à observância dos direitos naturais do homem, daqueles direitos que, oriundos de uma ordem superior e anterior, dela emanam, como imperativos da própria natureza humana e se impõem ao direito positivo como requisitos essenciais mínimos de sua validade.

Unânicos, desde Platão, no entendimento de que a fonte maior das virtudes reside na própria natureza humana, e que somente através da aplicação equitativa da lei se alcança o verdadeiro sentido de Justiça, filósofos e juristas concordam, também, na consideração de que a liberdade de julgar todos os casos sob a luz da equidade poderá conduzir ao extremo oposto, representado pela destruição mesma da lei.

Em outras palavras, e tendo em vista que a aplicação da equidade resulta sempre do exame particular de cada caso, observam os autores que aos interesses individuais deve-se sobrepor, sempre, o interesse comum à coletividade, justificando, por vezes, decisões, *in casu*, aparentemente injustas.

Sendo a *aequitas*, o direito *aequum*, que se opõe ao direito *iniquum*, a "justiça do caso concreto", ou seja, a subsunção de uma situação individual a determinada norma jurídica, resulta de imediato a sua correlação com o direito positivo, impondo-se, pois, para um estudo

comparativo do tema, a análise dos diversos ordenamentos jurídicos vigentes, após rápida incursão na evolução histórica do instituto.

II — EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EQUIDADE

1 — *Direito grego antigo e moderno*

As palavras de Aristóteles, em sua esplêndida obra “Moral, a Nicomaco”, refletem, de maneira admiravelmente clara, os conceitos da equidade e de equitativo prevalentes na antiga Grécia:

“Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún.” (Obra citada, pág. 167.)

Vemos que o ponto vital da colocação grega do problema esta contido nessa afirmação de Aristóteles.

Dela derivam os demais raciocínios aristotélicos no sentido, principalmente, de que o equitativo não se confunde com o justo legal, ou seja, com o justo segundo a lei, residindo, neste particular, a maior dificuldade de distinção entre esse justo legal e o justo equitativo.

O que ocorre, pondera Aristóteles, é que a lei, embora geral, deve aplicar-se a casos particulares; as conseqüências imediatas, são as omissões da lei, que se verificam não por ser ela menos boa; a falta não está nela nem no legislador, mas na própria natureza das coisas, por ser esta a condição de todas as coisas práticas.

Diante de duas realidades inarredáveis, quais sejam, o dever de dizer a justiça no caso concreto e as peculiaridades deste, não previstas na lei, só resta ao Juiz um caminho, o da equidade, do qual resultará uma decisão, igualmente boa, pois ele suprirá a lacuna como se legislador fosse, e estivesse presente ao momento da elaboração legal.

Legislando *in casu*, o Juiz estará sendo equitativo e justo, situação bastante distinta do justo legal, em que a decisão decorre da letra expressa da lei. Ao justo legal é preferível, porém, o justo equitativo, exatamente quando da aplicação fria do texto da lei resulte *summa injuria*, adverte o mestre, para quem o homem equitativo é aquele que, por livre eleição de sua razão, não hesita em decidir de forma justa, mesmo que para isso tenha de abrir mão do apoio da lei.

Em conclusão, diz Aristóteles:

“Este es el hombre *equitativo*, y esta disposición moral, esta virtud, es la *equidad*, que es una espécie de justicia y no una virtud diferente de la justicia misma.” (Obra citada, pág. 168.)

Não apenas Aristóteles mas Heródoto, os sofistas e Platão registraram a preponderância que ocorria, no direito grego, da “*epieikeia*”

sobre a lei, uma vez que não constituía mero método de suprir lacunas dos textos legais, mas uma verdadeira "lei", paralela à lei vigente, com a finalidade de prevenir os seus atrasos em relação aos fatos sociais e de corrigir os seus excessos.

E qual seria o conceito de equidade no moderno direito grego?

A atual concepção grega do instituto é a mesma que se consagrou, sob a tradição do direito romano, em todos os países europeus continentais, inclusive a Grécia.

A "epieikeia" dos antigos gregos enriqueceu, substancialmente, a noção romana de *aequitas*, muito embora esta já se identificasse, igualmente, aos conceitos de *ius naturale* e *justitia*.

Com a invasão do cristianismo, uma nova idéia se acrescentou à *aequitas* romana: a igualdade dos homens perante Deus, fazendo com que se dissociasse definitivamente da figura do Imperador a tarefa de intérprete único da equidade.

Desde então firmaram-se, gradativamente, os principais sentidos da equidade, até a configuração atual do instituto, prevalecente na grande maioria dos países da Europa.

Hoje, a idéia de equidade está sob todo o sistema legal grego, não apenas como método de interpretação destinado a suprir as lacunas do ordenamento jurídico, mas, ainda, como elemento de mitigação da rigidez da lei estrita, tornando-a mais humana, flexível e moral.

A equidade contribui, nesse sentido, para a especialização de uma regra geral de forma teleológica, baseada nos valores éticos e morais contidos no direito positivo, definindo, por outro lado, a função do intérprete ao aplicar as regras do direito.

O Professor Pan J. Zepos, da Universidade Atenas, registra, no livro "Equity in the World's Legal Systems", sob o título "Equity in Greek Law", a ocorrência da idéia de equidade no Código Civil grego de 1946, emergindo de várias formas, em vários dispositivos, como, por exemplo:

"(b) Reference to a "just" or "reasonable judgment", which essentially means a reference to "equitable" judgment, is made very often and in many provisions of the Civil Code, such as Article 116 (designation of the persons to benefit by the objects and purposes of a foundation), Article 371 (definition of an indefinite obligation), Article 712 (apportionment of the reward proclaimed for the performance of an act by more than one person according to the contribution of each), Article 1.974 (definition of legacy), and many other provisions." (Pág. 437.)

O mesmo autor assinala, ainda, em conclusão, que equidade (Equity) e Lei Estrita (Strict Law) necessariamente devem coexistir, e é exatamente desse convívio que resulta a lei justa, na aplicação genérica das leis, inclusive da lei grega.

2 — Direito romano

A primeira advertência feita pelos autores é no sentido do risco representado pela construção de um conceito unitário de *aequitas* no direito romano, eis que, efetivamente, múltiplos foram os significados adquiridos pelo termo, ao longo de sua evolução histórica.

Certo, porém, é afirmar-se que as noções de *aequum*, opondo-se à de *iniquum*, desenvolveram o importante papel de precedentes na formação do conceito da *aequitas* romana.

Marcante influência desempenhou nesse processo, igualmente, a figura grego-aristotélica da “*epieikeia*”, a que nos referimos anteriormente, e que correspondia ao verdadeiro, ao exato, ao justo. A *aequitas* do direito romano não era, porém, apenas “*epieikeia*”.

Ensina a experiência romana que, nos séculos anteriores a Cristo (idades “arcaica” e “pré-clássica” do desenvolvimento do direito romano), a rigidez das normas, e, em especial, das normas do *jus civile*, já era abrandada em nome da equidade.

O sistema legal vigorante no Império Romano defrontou-se com o grave problema de ter de solucionar questões afetas a cidadãos não-romanos, os *peregrini*, cujo desenvolvimento cultural era precário. Para decidir essas questões criou-se a figura do *praetor peregrinus* e foi através dessa jurisdição especial que se introduziram no direito romano as primeiras noções do *jus gentium*, em que prevalecia um procedimento bastante flexível.

Na cidade, o pretor urbano obedecia ao rígido procedimento da *legis actio*, em que a função do magistrado era muito restrita.

O procedimento formular (a *formula* romana), porém, deferia ao pretor uma larga gama de remédios que ele, com ampla discricção, passou a empregar reiteradamente, tornando-se, assim, o instrumento introdutor, no direito romano, das noções de equidade.

A lei que resultava dos editos pretorianos denominou-se *jus honorarium* e contrastava com o direito civil, contido nos costumes e estatutos, promovendo a suplementação ou correção deste último.

O *jus honorarium* previa não apenas as ações como as *exceptiones*, matéria de defesa, ao alcance do interessado.

Ao procedimento formular sucedeu o de cognição, no qual o Juiz, que era funcionário imperial, conduzia o processo por inteiro, decidindo as questões legais e apreciando os fatos.

Embora, realmente, a maior parte dos princípios de equidade tenham sido introduzidos no direito romano pelos editos pretorianos, registre-se que algumas aplicações são encontradas nas resoluções do Senado, durante o principado ou nas Constituições imperiais.

Exemplos de consideração dos princípios equitativos são notados no *Corpus Juris* de Justiniano, no século VI.

Diversos institutos do direito romano tiveram como fundamento princípios de equidade e entre eles, são de citar: a *actio Publiciana*, a *exceptio rei venditae et traditae*, a *vindicatio utilis*, o *fideicommissum*, o *restitutio in integrum* etc.

Assinala, porém, o Professor Peter Stein, da Universidade de Cambridge, que não era apenas nos princípios retrocitados e outros mais, que se observava a presença da noção romana da *aequitas*.

Diz ele em seu trabalho "Equitable Principles in Roman Law", publicado na mesma obra, já anteriormente referida:

"The equitable element in Roman law is not to be found only in principles such as those discussed. It was inherent also in certain standards which pervaded particular areas of law. Reference has already been made to the standard of good faith, which prescribed the content of the obligations deriving from the consensual contracts (and other relationships such as that of guardian and ward) as a result of the reference to *bona fides* in the *formulae* of their actions. Other standards were actually incorporated in the rules themselves." (Págs. 89-90.)

Prosseguindo, lembra, ainda, que, quando do grande trabalho de síntese do direito romano realizado no terceiro século, por Paulo e Ulpiano, constatarem os juristas que bem pouco poderiam acrescentar de novo no que respeitava aos princípios de equidade; por esse e outros motivos é que chamamos ao direito romano de "clássico", até os nossos dias.

No direito romano moderno são muito freqüentes as invocações ao princípio da equidade que não guarda, evidentemente, o mesmo sentido de seu predecessor clássico.

O "Novíssimo Digesto Italiano" — vol. VI, terza edizione — 1964, no capítulo dedicado à "equità" no direito romano, transcreve minucioso trabalho de Renato Vecchione, advogado em Turim, que analisa, em especial, a moderna noção de equidade, bem como alguns casos de sua aplicação no direito positivo italiano.

Apenas a título exemplificativo, vale a transcrição de pequeno trecho do referido trabalho:

“E la prima delle norme di diritto processuale alla cui osservanza il giudice di equità è vincolato (tale osservanza costituendo il presupposto della natura stessa della sua pronuncia) è, appunto, l’art. 114 Codice di Procedura Civile.” (Pág. 632.)

“b) L’art. 114 C. Proc. Civ. stabilisce che il giudice, sia in primo grado che in appello, decide il merito della causa secondo equità, quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta.” (Pág. 632.)

Ainda sobre a presença da equidade no moderno direito romano, diz Mario Rotondi, Professor da Universidade de Milão, em estudo publicado sob o título “Considerations sur la fonction de l’équité dans un système de droit positif écrit” no livro “Aspects nouveaux de la pensée juridique — recueil d’études en hommage à Marc Ancel — tome I — Études de droit privé, de droit public et de droit comparé” — Paris, Pedone, 1975:

“6. Cela posé, si nos demandons si notre législateur fait appel à l’équité, et à quelles fins, c’est à dire quelle fonction il lui attribue et — par conséquence logique — quel est le concept qui doit avoir été à la base des décisions faisant appel à l’équité, il semble que l’on se trouve en présence de deux situations différentes.

Il y a des règles qui font appel à l’équité comme moyen d’appréciation *quantitative*, et rien que pour cela je dirais non juridique, même si c’est à des fins et avec des conséquences juridiques. Le jugement de droit n’est pas un jugement de quantité, mais de qualité.” (Págs. 47-48.)

A nota de pé de página nº 5, acima referida, contém extensa lista de artigos do Código Civil italiano em vigor, nos quais se registram referências ora à “equidade”, ora à “apreciação equitativa”, ou ainda a fórmulas análogas, valendo a citação de alguns casos:

Artigo 1.226 — avaliação do dano.

Artigo 1.349 — determinação do objeto do contrato por terceiro; realização do contrato.

Artigo 1.384 — redução da cláusula penal.

Artigo 1.447 — indenização por rescisão de contrato.

Artigo 1.450 — oferta de modificação para evitar a rescisão.

Artigos 1.467 e 1.468 — resolução por onerosidade excessiva ou contrato com obrigação para uma só parte.

Artigo 1.526 — resolução de contrato de venda com reserva de domínio.

Artigo 1.651 — benfeitorias dos arrendamentos rurais.

Artigo 1.660 — nas variações necessárias em projeto de adjudicação.

Artigo 1.664 — onerosidade imprevisível na execução de trabalhos em adjudicação.

Artigo 1.733 — no montante da provisão na comissão.

Artigo 1.736 — na remuneração do comissário.

Artigo 1.749 — redução da provisão por não execução.

Artigo 1.751 — indenização por dissolução de contrato de agência comercial.

Artigo 2.045 — no fato ilícito consumado em estado de necessidade.

Artigo 2.047 — dano ocasionado por incapaz.

Artigo 2.056 — estimação da falta de ganho decorrente de um fato ilícito.

Artigo 2.109 — duração do período de repouso.

Artigo 2.110 — a indenização por acidente, gravidez ou doença.

Artigo 2.111 — chamada para o serviço militar.

Artigo 2.118 — rescisão do contrato por tempo indeterminado.

Artigo 2.119 — rescisão por justa causa.

Artigo 2.120 — indenização por tempo de serviço (ancianité).

Finalizando seu estudo, Rotondi faz expressiva ponderação que re-flete, de forma definitiva, o valor inquestionável do papel representado pela equidade no direito positivo:

“Le juge supérieur pourra censurer l'interprétation ou la décision inspirée par les principes de droit, mais pas la décision prise en équité. Ce fait me semble être la marque essentielle de l'équité en droit positif.” (Pág. 57.)

3 — *Idade Média*

A abordagem que será feita a seguir, “en passant”, do significado que teve a equidade na Idade Média, destina-se unicamente a estabelecer um elo histórico entre os direitos grego e romano, chamados “clássicos”, e os modernos direitos inglês, norte-americano e brasileiro.

Veremos, pois, como se caracterizou o instituto em dois capítulos relevantes do direito medieval: no direito canônico e no direito comum.

3.1 — *Direito canônico medieval*

Refere-se Charles Lefebvre, Professor da Faculdade de Direito Canônico do Instituto Católico de Paris, em trabalho publicado sob o tí-

tulo "Equity in Canon Law", na obra "Equity in the World's Legal Systems", já citada, ao fato de que o direito romano, que se havia estendido através da Europa medieval, freqüentemente conflitava com os princípios do direito canônico, especialmente no que dizia respeito à noção de equidade, em razão de que a aplicação da lei eclesiástica importava em uma consideração maior das circunstâncias particulares de cada caso, sob a inspiração do conceito cristão da natureza do homem.

O estudo que Charles Lefebvre realiza não se prende a aspectos definitivamente absorvidos pela noção de equidade, quer como processo de interpretação das normas, quer como suprimento das lacunas porventura existentes no direito positivo.

O que procura salientar são facetas peculiares ao direito canônico, referindo-se, entre outras, a que:

"One of the essential principles of canon law is the equitable character of the statute. The intention of the legislator must be to conform to right reason; the statute can exert its force only as the good of the community requires and to be the extent that the community demands." (Pág. 100.)

Outra diferença marcante que oferecia o direito canônico, relativamente à equidade, dizia respeito ao campo de aplicação, mesmo, de suas normas, destinadas ao domínio espiritual e não material, muito embora, àquela época, fosse igualmente expressivo o domínio temporal alcançado pela Igreja.

Assim, se a aplicação de algum dispositivo da lei eclesiástica importava em graves restrições de ordem espiritual ao seu infrator, podia o sacerdote, cumprindo ato de caridade, dispensá-lo dos castigos previstos, decidindo equitativamente.

Em resumo, diz Lefebvre, que duas eram as situações, perante o direito canônico, em que as obrigações legais deixavam de ser imperativas, por razões de equidade:

1ª) quando estava além dos poderes do legislador impor determinada obrigação;

2ª) quando não era sua intenção insistir em obrigação que, em casos de extraordinária dificuldade, determinava perigo iminente ou privação de importante propriedade ao infrator.

Em ambos os casos o aplicador da norma teria de combinar os dispositivos da lei escrita aos princípios de equidade, para a proteção dos interesses particulares dos cidadãos.

Esse era pois, em linhas gerais, o significado de que se revestia o princípio da equidade no direito canônico medieval.

3.2 — *Direito comum medieval*

Interessante é notar-se, logo de início, que a atual noção de equidade, no direito comum inglês, é bastante distinta do entendimento que prevalecia, na Idade Média, sobre o real papel desse instituto.

Efetivamente, esclarece o Professor J. L. Barton, do Merton College, da Universidade de Oxford, os juristas ingleses preferem inclinar-se, neste particular, pela definição civilista de equidade, que vigorava à época.

Ilustrando sua afirmação com um caso concreto ocorrido em 1429, Barton diz que:

“Toudeby, in 1315, argued that where the law has not been put in certain, as by statute, we ought to follow equity, and his client had more equity on his side, the argument was one which would have been familiar enough to a civilian, but the implicit suggestion that only statute is settled law must have been rather alarming to a court which administered a law which was, for the greater part, unwritten. Where, on the other hand, it was written law that was in question, the common lawyers took to the civilian doctrine readily enough.” (“Equity in the World’s Legal Systems — Equity in the medieval common law” — pág. 140.)

Vemos pois que, onde não havia lei escrita, apelavam os advogados medievais ingleses para os princípios romanísticos de equidade, misturados às noções de lei natural.

A equidade foi, então, empregada não apenas como cânone para a interpretação das leis, mas também para justificar as exceções feitas a ela; registre-se, ainda, que a adoção da “*epieikeia*” pelos civilistas continentais não se fez, àquela época, por influência teológica mas por revivescência da cultura grega.

4 — *Direito inglês*

Como já afirmamos antes, a compreensão atual da “Equity” no direito inglês distingue-se bastante da noção prevalecente na Idade Média, conservando, porém, algo relacionado com o poder discricionário de sua aplicação.

A questão coloca-se, inicialmente, entre a “Common Law” e a “Equity” ou seja no encontro da regra costumeira e do princípio, na compatibilidade entre normas legais que emprestam certo grau de segurança à lei e princípios marginais que lhe dão maior flexibilidade, por exigência da justiça.

Exemplo prático dessa distinção está no caso dos agiotas, ou seja, daqueles que emprestam dinheiro a juros; a “Common Law” trata do

assunto como mero contrato comercial o que não ocorre com a "Equity", que freqüentemente intervém para impedir que o credor receba, na transação, mais do que lhe cabe pela segurança de seu dinheiro, bem como para proteger a parte mais fraca, o devedor.

Detalhe importante a destacar no exemplo é que, embora se tenha mostrado bastante flexível e efetiva na proteção aos mais pobres e inexperientes, a "Equity" não pode ter aplicação generalizada a outros contextos. O mesmo não ocorre com recente disposição legal que deu aos devedores proteção mais específica e detalhada.

Para melhor situar a posição da "Equity" inglesa em face da lei escrita ("Statute Law"), vamo-nos valer das palavras do Professor J. Derek Davies, do St. Catherine's College, da Universidade de Oxford, no estudo denominado "Equity in English Law", que se acha inserto na coletânea antes referida, "Equity in the World's Legal Systems":

"There is no specifically "equitable" method of interpreting statutes, distinct from common law methods. There is only one meaning to a statute. Equity, like Common Law, can only act to deal with specific situations which can be held not to have been completely covered by the statute. This is not re-interpretation of a statute; what has to be determined is that its ambit is not such as to prevent Equity giving some effect to certain consequential acts." (Pág. 167.)

Vale salientar, a essa altura, que o direito inglês atual confunde os conceitos de "Equality" e "Equity", com expressivos exemplos de ordem prática encontráveis na "Property Law", na lei de sucessões e outras.

Por outro lado, diz o Prof. J. Derek Davies, tanto "Common Law" como "Equity" são capazes de interpretar documentos à luz de seus contextos, lembrando aqui o caso dos contratos, para os quais o princípio básico é o da construção literal, embora o seu contexto não seja irrelevante (como o são suas negociações).

Se a equidade não reinterpreta ou não pode ignorar os "statutes", as próprias regras de interpretação legal ("statutory") incluem alguns princípios gerais de que é exemplo a presunção contra norma legal de efeito retrospectivo. Por outro lado, diz o autor já citado, a elaboração de um código de "Principles of Good Administration" foi recentemente sugerida, visando a dar maior proteção aos interesses individuais contra as decisões governamentais, à luz, evidentemente, da necessidade de conceder um tratamento mais equitativo às relações do Estado com os particulares.

A atuação da "Equity" no direito inglês verifica-se, com igual intensidade, em vários outros institutos jurídicos, tais como "loss sharing" e "insurance" "sharing of responsibility", "limited trusteeship" e outros.

A flexibilidade e adaptabilidade das soluções ("remedies") propostas em nome da "Equity" fazem com que sejam usadas com grande frequência, como suplementares à ação da "Common Law"; por outro lado, freqüente é o emprego dos princípios de equidade para a correção de defeitos em petições com outros documentos, embora com restrita jurisdição, bem como para a retificação de enganos porventura ocorridos em contratos de que resultem injustiça para terceiros inocentes.

Para finalizar lembra, ainda, o Prof. J. Derek Davies a existência de máximas de equidade, no direito inglês, que não possuem, entretanto, real importância, pela incerteza de sua aplicação. Uma dessas merece, porém, citação:

"He who seeks Equity must do Equity."

(Aquele que procura a equidade deve praticá-la.)

5 — *Direito norte-americano*

O significado do termo equidade adquiriu, também no direito norte-americano, variados aspectos, sob a influência não apenas de sua formação histórica, como dos fatores de ordem social que entraram na composição da cultura daquele país.

Podem essas múltiplas noções ser divididas em dois grupos bastante distintos; o moral ou normativo e o amoral ou positivista.

Sob o ponto de vista moral ou normativo, a equidade está referida aos princípios básicos que mencionam a virtude da Justiça, no sentido de dar ela a cada um o que merece.

Observe-se, desde logo, que essa noção está intimamente relacionada ao direito natural objetivo, pela via da razão, e através do critério de avaliação do comportamento do homem "razoável", sob determinadas circunstâncias. Esses princípios, como entidade organizada, sistemática e transcendental, existem no mundo metafísico da realidade e a equidade, aqui, atuaria de forma genérica, extrínseca, opondo-se a uma equidade intrínseca, resultante de sua aplicação a situações particulares.

A equidade do direito natural assemelha-se à caridade, à humanidade ou à religião, uma vez que é deduzida do valor do homem como tal, de sua dignidade e autonomia.

Sob o aspecto amoral ou positivista, a equidade no direito norte-americano atende, mais preponderantemente, a requisitos legais ou políticos, não podendo ser mais, neste caso, que uma emoção, uma mudança de consciência em razão do tempo ou do lugar, ou ainda um simples corpo de normas arbitrárias. Ainda aqui, a equidade pode ser tida como uma técnica formalística de ajustar ou dar flexibilidade aos critérios norteadores do comportamento humano, em função dos recla-

mos sociais de ordem econômica ou utilitária, coletiva ou individualmente considerados.

O desenvolvimento do conceito de equidade nos Estados Unidos teve como origem a tradição inglesa, em que lei e equidade fundiam-se, em busca da Justiça, sem jamais conseguir, porém, o desaparecimento da dicotomia existente entre a equidade "legal" e a "justa".

Os cidadãos norte-americanos, em razão do sistema constitucional vigente no país, possuem uma "cidadania" estadual e uma "cidadania" federal.

Em razão disso, estão sujeitos a cortes estaduais e federais, de jurisdição inter-relacionada e que, evidentemente, emprestam diferentes feições aos princípios de equidade.

Nos Estados, somente a partir do século XIX é que foi conferido às cortes de justiça o poder de decidir equitativamente.

Nos dias atuais, trinta e três Estados norte-americanos utilizam-se dos princípios de equidade pelo mesmo procedimento estipulado para a lei; em quatro outros, adota-se procedimento diferente, enquanto que em treze, eles são empregados "in the same court as law, but by a different procedure and on a different side of the court".

As palavras supracitadas são do Professor Brendan F. Brown, da Loyola University of Law, de Nova Orleans que, em estudo incluído na obra "Equity in the World's Legal Systems" sob o título "Equity in the Law of the United States of America", analisa detalhadamente a posição da equidade em face do direito positivo americano.

Nas Cortes federais, observa o autor, como nas estaduais, registra-se a tendência à fusão dos remédios legais e equitativos, de modo a que tenham uma só forma de ação. Efetivamente, em 1934, a Suprema Corte dos Estados Unidos, após a competente elaboração legislativa, adotou o "Federal Rules of Civil Procedure", que se tornou efetivo em 1938, destinava-se à aplicação em todas as Cortes distritais do país e fixava uma única forma de ação, denominada "civil action".

Por outro lado, verifica-se que a distinção entre lei e equidade, nos Estados Unidos, como na Inglaterra, foi imposta artificialmente e mantida tendo por fundamento a subordinação conceitual dos deveres morais e de justiça aos remédios jurídicos garantidos pela ordem legal.

Entretanto, na prática, verificam-se muitos exemplos, tanto no direito substantivo como no adjetivo, de casos de aplicação de princípios de equidade que comprovam estar a justiça "legal" sob o domínio da justiça "equitativa", na América do Norte.

Outro relevante fenômeno a registrar-se, quanto à prevalência da equidade no direito norte-americano, é a atuação da "injunction" (in-

junção) no sentido de ampliar a proteção dos direitos individuais. Esse trabalho teve como consequência a apreciação de lesões de direitos pessoais pelas cortes, que antes só conheciam violações de direitos reais, em que a propriedade houvesse sofrido restrições.

Assinala-se, ainda, o desenvolvimento da "injunction" como remédio contra procedimentos criminais, mitigando-lhes os efeitos, na melhor doutrina do direito natural e tendo como caminho de expansão a prática do precedente, comum a todos os ramos do direito, no sistema legal norte-americano.

A equidade tem sido, em verdade, poderoso instrumento de que dispõe a Justiça dos Estados Unidos para fazer face aos múltiplos e variados problemas resultantes de novas formas de propriedade e de bruscas mudanças operadas em suas condições econômicas e sociais.

6 — *Direito brasileiro*

Em nosso País, a presença da equidade resulta do desenvolvimento de duas de suas principais funções, através da evolução do direito: como fator de amenização dos rigores das normas jurídicas e como processo de preenchimento das lacunas da lei.

No primeiro caso, a atuação da equidade cessa no instante em que se opõe aos valores essenciais do direito, ou seja, quando se verifica *contra legem*; na segunda hipótese, porém, é largamente empregada, como fonte subsidiária do direito e entendida como princípio geral, talvez o mais importante dos princípios gerais acolhidos pelo direito brasileiro; advirta-se, porém, que a inclusão da equidade entre esses princípios não é tranqüila gerando, mesmo, acirrada controvérsia.

O objeto dessa polêmica está no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que estabelece:

"Quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

A não inclusão, expressa, da equidade na enumeração supra fez com que se levantassem dúvidas quanto a poder ser ela colocada entre os princípios gerais de direito.

A interpretação favorável à inclusão encontra em Clóvis Bevilacqua o seu mais importante adepto, no Brasil, acompanhado, muito bem, aliás, por Giorgio Del Vecchio e Eduardo Garcia Maynez, esses estrangeiros.

A Constituição brasileira de 16 de julho de 1934 foi o primeiro diploma legal que fez referência expressa ao emprego da equidade, dizendo:

"Art. 113

nº 37 — Nenhum Juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito, ou por equidade.”

Observe-se que, neste caso, a utilização da equidade destina-se, exclusivamente, a suprir lacunas dos textos legais.

O Código de Processo Civil de 1939 determinou, em seu art. 114, que o Juiz poderia aplicar a norma, que estabeleceria se legislador fosse, nos casos em que estivesse autorizado a decidir por equidade.

Da interpretação dessa regra no sentido de que o Juiz só poderia decidir por equidade nos casos expressamente previstos em lei resulta, *a contrario sensu*, que em outras situações, não devidamente autorizadas, não as poderia resolver equitativamente.

O Novo Código de Processo Civil, em vigor, amarra ainda mais a questão ao dispor, no seu art. 127, que:

“O Juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”

Verifica-se que a exigência contida no artigo acima referido deverá ser entendida não apenas como deferidora ao Juiz de um poder de decidir equitativamente, mas de um dever, de uma ordem para que o mesmo atue no pleno uso de sua liberdade de amoldar a lei ao caso concreto, com vistas à satisfação de imperativo de justiça.

A esse propósito, precisas são as palavras de Eduardo Espínola Filho, citado por J. M. Carvalho Santos em sua obra “Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro”:

“Então, é manifesto, tem ele (o juiz) mais independência de ação, no apreciar os traços característicos da relação jurídica em apreço, amoldando a lei ao caso ou aplicando o princípio de direito de tal maneira que fique atendido o espírito de justiça e de igualdade na solução da controvérsia sujeita ao seu exame. O que não pode fazer é, com interpretação rígida da disposição legal, submeter a ela, duramente, a espécie de fato sem contemplação dos ditames da equidade.” (Vol. XX, pág. 249.)

O direito positivo vigente em nosso País registra diversos outros casos, além do previsto no art. 127 do CPC, de invocação, explícita ou implícita, do conceito de equidade.

Assim é que o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943) dispõe:

“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.”

A primeira observação a ser feita relaciona-se com a ressalva contida na parte final do dispositivo, que garante, em todos os casos, a prevalência dos interesses públicos sobre os individuais ou de classes. Sendo o Direito do Trabalho humanístico por natureza, parece absolutamente procedente a preocupação do legislador, em resguardar os interesses coletivos.

Cabe, ainda, ressaltar a presença da equidade, utilizada aqui, como processo de suplementação das normas trabalhistas.

Também a legislação tributária em vigor no País recorreu à equidade como fonte de interpretação e integração de suas normas. Efetivamente, dispõe o art. 108 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25-10-1966):

“Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará, sucessivamente, na ordem indicada:

.....

IV — a equidade.”

Diz, ainda, o § 2º do mesmo art. 108:

“O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento do tributo devido.”

Prevendo, expressamente, a utilização da equidade como fonte subsidiária de direito, a legislação tributária restringe o seu emprego apenas para que dele não resulte dispensa do pagamento do tributo devido, o que configuraria isenção, a ser concedida, unicamente, pela União, nos termos do § 2º do art. 19 da Constituição Federal.

No Direito Penal brasileiro, admite-se a presença da equidade como fator de abrandamento do rigor de suas normas. Exemplo disso está no art. 3º do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941):

“A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.”

A equidade, neste caso, estaria compreendida como princípio geral de direito, da forma já descrita anteriormente.

De tudo que já foi visto resulta a constatação de que, ao acolherem de forma tão consagradora os princípios de equidade, tanto os legisla-

dores, quanto os juizes e doutrinadores pátrios tiveram a preocupação e continuam a buscar a efetiva realização da justiça, não apenas do "justo legal" como do "justo equitativo", fiéis, sempre, ao eterno pensamento de Aristóteles.

7 — *Bibliografia*

7.1 — *Legislação compulsada*

- 7.1.1 — Constituição Federal
Emenda Constitucional nº 1, de 1969
- 7.1.2 — Código Civil Brasileiro
- 7.1.3 — Código de Processo Civil, de 1939
- 7.1.4 — Código de Processo Civil, de 1973
- 7.1.5 — Consolidação das Leis do Trabalho
- 7.1.6 — Código de Processo Penal
- 7.1.7 — Código Tributário Nacional

7.2 — *Obras doutrinárias*

- 7.2.1 — Gomes, Orlando — "Introdução ao Direito Civil" — Edição Revista Forense — Rio de Janeiro — 1957.
- 7.2.2 — Aristóteles — "Moral, a Nicomaco" — Colección Austral — Espasa Calpe — Argentina — Buenos Aires — Livro V — "Teoria de la Justicia" — Capítulo X — "De La Equidad".
- 7.2.3 — Rotondi, Mario — "Considérations sur la Fonction de l'Équité dans un système de Droit Écrit", in "Aspects nouveaux de la pensée juridique — Recueil d'études en hommage à Marc Ancel" — Tome I — "Études de Droit Privé, de Droit Public et de Droit Comparé" — Paris, Pedone, 1975.
- 7.2.4 — "Equity in the World's Legal Systems — A Comparative Study" — Établissements Émile Bruylant — Brussels, Belgium, 1973.
- 7.2.5 — "Selected Essays on Equity" — Compiled and Edited by Edward D. Re

— Oceana Publications — New York
— 1955.

7.3 — *Comentários*

- 7.3.1 — Fadel, Sérgio Sahione — “Código de Processo Civil Comentado” — Tomo I — José Konfino Editor — 1974.
- 7.3.2 — Miranda, Pontes de — “Comentários ao Código de Processo Civil” — Tomo II — Editora Forense — 1974.
- 7.3.3 — Espínola Filho, Eduardo — “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado” — Volume I — Editor Borsoi — Rio de Janeiro — 6ª Edição — 1965.

7.4 — *Periódicos*

- 7.4.1 — Duarte, Clenício da Silva — “O conceito de Equidade” — *in* “Revista do Serviço Público” — volume 107 — set/dez/1972 — nº 3 — págs. 31 a 46.
- 7.4.2 — Valle, Oswaldo de Souza — “Equidade — Humanismo Legal” — *in* “Jurídica”, Revista Trimestral — ano XVI, nº 113, abr/jun/1971, págs. 117 a 120.

7.5 — *Enciclopédias*

- 7.5.1 — Carvalho Santos, J. M. — “Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro” — vol. XX — Editor Borsoi — Rio de Janeiro.
- 7.5.2 — “Nueva Enciclopedia Jurídica” — Publicada bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas — Tomo VIII — Editorial Francisco Selx, S.A. — Barcelona — 1956.
- 7.5.3 — “Novissimo Digesto Italiano” — Volume VI — Terza Edizione — 1964 — Editrice Torinese — Torino.