

A EQÜIDADE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO*

Francisco dos Santos Amaral Neto

RESUMO

Esclarece que a inserção da equidade no novo Código Civil brasileiro, juntamente com outros princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, torna o Código um sistema aberto e contribui para a flexibilização do pensamento sistemático no campo do Direito Privado.

Afirma que, graças às suas funções interpretativa e corretiva, a equidade permite maior autonomia ao intérprete e aumenta o poder criador do juiz em face do caso concreto que se lhe apresenta. Permite, ainda, a revogação do art. 127 do Código de Processo Civil, segundo o qual o juiz somente decidirá por equidade nos casos permitidos em lei.

PALAVRAS-CHAVE

Equidade; novo Código Civil; Código de Processo Civil – arts. 2, 127; Direito romano; Direito anglo-saxônico; *common law*.

* Este artigo foi escrito originalmente para um livro em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves.

Uma das principais características do novo Código Civil brasileiro é a inclusão, no corpo do seu sistema, de princípios, conceitos indeterminados, cláusulas gerais, com o significado que lhes dá English¹ e é aceito pela doutrina em geral. Essa opção metodológica levou à caracterização do novo Código como um sistema relativamente aberto, no sentido de uma ordem jurídica axiológica ou teleológica de princípios gerais², que dão ao intérprete maior possibilidade de criação do Direito nos casos concretos que se lhe apresentam.

Assim procedendo, atendeu o legislador, pelo menos em parte, ao anseio dos civilistas que defendem uma necessária mudança na tradicional concepção do Direito como um sistema intrínseco, a grande contribuição do jusracionalismo da época moderna, segundo o qual o Direito se apresenta como um sistema axiomático-dedutivo, cabendo ao intérprete aplicá-lo por meio de um raciocínio lógico-formal.

Entre os princípios introduzidos no Código Civil de 2002, que orientam comportamentos e a própria realização do Direito sistematizado pelo legislador, cientista e filósofo, destaca-se o princípio da operabilidade ou da concretude, essencialmente um princípio de hermenêutica filosófica e jurídica que leva o intérprete não à função limitadora de aplicar o Direito, mas à de construir a norma jurídica adequada ao caso concreto e específico. Dessa opção metodológica do legislador resulta uma nova e saudável margem de criação para o intérprete, chamado a participar não mais como agente passivo de um mero processo de lógica dedutiva, mas sim como sujeito ativo do processo de nomogênese jurídica, para resolver conflitos de interesses entre indivíduos e em situações jurídicas concretas³. Graças a esse princípio, o Código Civil acompanha, no aspecto metodológico, o processo de transformação que marca o direito da sociedade pós-industrial, no que diz respeito a uma "juridiscização", isto é, à crescente importância do juiz ou do Direito jurisprudencial, e de uma racionalização do processo⁴, no sentido de que a razão jurídica dá lugar à razão prática e o Direito se realiza no processo de sua construção, pois o pensamento jurídico contemporâneo

se vem caracterizando como um pensamento prático-jurisprudencial⁵. Ao juiz é hoje reconhecido um largo poder de apreciação, que ele exerce ao analisar o significado e o alcance da regra jurídica, a partir de uma pré-compreensão, na acepção que lhe dá a corrente hermenêutica⁶. A interpretação não é só descoberta do significado de um texto, implica, também, a criatividade do intérprete⁷. E esse poder judicante encontra maior campo de realização nas chamadas "cláusulas gerais".

Entra-se aqui na metodologia da arte de legislar, que reconhece, ao lado dos preceitos jurídicos nos quais a hipótese de aplicação (*fattispecie*) é descrita com específica particularidade, outras formas de expressão legislativa que concedem maior autonomia ao intérprete⁸. São as chamadas "cláusulas gerais", disposições normativas abertas, fluidas, vagas, que permitem ao juiz criar, com maior liberdade, a norma jurídica adequada ao caso concreto que enfrenta⁹. Indicam um critério de justiça, mas não impõem regras, delegando ao intérprete a função de criá-las¹⁰.

As cláusulas gerais são preceitos jurídicos vazios ou incompletos que, graças à sua generalidade e abstração, podem abranger um mais vasto grupo de situações, de modo lacunar e com possibilidade de ajustamento a uma consequência jurídica. Seriam normas jurídicas em cuja estrutura a hipótese de fato, a chamada "condição de aplicação" (*fattispecie*, *Tatbestand*, *operative facts*) seria muito ampla, até indeterminada, com uma formulação em termos de grande generalidade, levando a que o direito do caso concreto decorra não apenas da subsunção, mas também do recurso aos valores do sistema e à própria vontade do intérprete¹¹. A sua principal característica seria, assim, a relatividade de seu conteúdo. Apresentando-se como conceitos amplos e elásticos, recebem o seu sentido e conteúdo da realidade social e cultural própria do ambiente em que devam ser aplicadas¹². Sua valorização atual traduz um desejo de mudança na ciência do Direito, passando das concepções puramente formalistas e sistemáticas para o reconhecimento de um Direito orientado, também, por princípios e cláusulas gerais, nos quais ao intérprete e ao juiz se reconheçam mais amplos poderes¹³. Dentre as cláusulas gerais mais conhecidas, na maioria dos sistemas de *civil law*, destacam-se a boa-fé, os bons costumes,

a ordem pública, a correção, a diligência do bom pai de família, o abuso de direito, os usos do comércio, a utilidade social, a solidariedade social, a equidade etc. Objeto de nosso interesse é a equidade, particularmente no novo Código Civil, sua natureza e suas funções, enfim, sua razão de ser.

A equidade é um conceito multissignificativo, uma verdadeira cláusula geral, uma hipótese legal de ampla generalidade que se faz presente em todas as experiências jurídicas do mundo ocidental, interessando à filosofia e à teoria do Direito, particularmente no que tange à interpretação jurídica. Excepcional por natureza, pois somente aplicável nas hipóteses legais previamente estabelecidas, tem vários significados, conforme sua imediata função. Tem-se, assim: a equidade **interpretativa**, quando o juiz, perante a dificuldade de estabelecer o sentido e o alcance de um contrato, por exemplo, decide com um justo comedimento; a equidade **corretiva**, que contempla o equilíbrio das prestações, reduzindo, por exemplo, o valor da cláusula penal; a equidade **quantificadora**, que atua na hipótese de fixação do *quantum* indenizatório; a equidade **integrativa**, na qual a equidade é fonte de integração, e ainda a equidade **processual**, ou juízo de equidade, conjunto de princípios e diretivas que o juiz utiliza de modo alternativo, quando a lei autoriza, ou permite que as partes a requeiram, como ocorre nos casos de arbitragem¹⁴.

Ressalte-se, de início, que a *sedes materiae* da equidade está no problema da realização integral da Justiça, pelo que Justiça e equidade são inseparáveis. A justiça é uma virtude que consiste em dar a cada um o que é seu¹⁵. Representa basicamente uma preocupação com a igualdade e com a proporcionalidade. A primeira implica uma correta aplicação do Direito, de modo a evitar o arbítrio; a segunda significa tratar de modo igual os iguais e de modo desigual os desiguais, na proporção de sua desigualdade e de acordo com o seu mérito. Equivalência e proporção.

No conceito de justiça percebe-se, todavia, uma antinomia, uma contradição, que se manifesta entre a exigência de igualdade e de justiça individual, surgida no processo de realização do direito em um caso concreto. Sendo a norma, em princípio, de natureza geral, pode constituir-se tal atributo em obstáculo a uma decisão justa se não se observarem as

peculiaridades do caso posto em julgamento. A exigência de igualdade de todos perante a lei, sob o ponto de vista formal, não pode desconhecer a necessidade de uma decisão também materialmente justa, de acordo com as circunstâncias. Entra aqui o conceito de equidade como critério interpretativo, que permite adequar a norma ao caso concreto e chegar à solução justa. Diz-se, por isso, ser a equidade a justiça do caso concreto. E a decisão será equitativa quando levar em conta as especiais circunstâncias do caso decidido e a situação pessoal dos respectivos interessados¹⁶.

O recurso à equidade como critério intermediador no processo de realização do Direito pode deixar clara a inadequação da norma jurídica devido a, por exemplo, um processo de mudanças sociais, exigindo uma reflexão sobre o Direito e sua aplicação, donde dizer-se, também, ser a equidade a consciência do Direito¹⁷. Vislumbram-se assim, desde já, duas funções para a equidade: proporcionar um critério para a interpretação jurídica, concedendo ao intérprete maior autonomia, e constituir-se, como consciência do Direito, em impulso para as respectivas mudanças, buscando o Direito, o novo Direito¹⁸, como solução justa para casos concretos.

2 A EQUIDADE NO PENSAMENTO GREGO

Conhecer a história de um preceito jurídico é útil à sua aplicação. A interpretação histórica não é determinante, mas concorre com as outras técnicas para determinar o significado de um dispositivo legal¹⁹, principalmente no caso da equidade, cuja definição rigorosa é impossível, e a possível²⁰ só se compreende à luz da evolução do Direito.

Um breve excursus histórico é, por isso, conveniente, se não necessário, à melhor compreensão do tema, dada a natural dificuldade em estabelecer um conceito unitário que permita o reconhecimento de sua verdadeira essência. Deve-se, assim, investigar as circunstâncias históricas e culturais que permitam a sua integração nos sistemas jurídicos contemporâneos.

O ponto de partida é o conceito de *epieikeia*, um princípio de interpretação da lei positiva que permite justificadamente um comportamento que se afasta da letra, mas é conforme com a mente do legislador²¹. Ou,

ainda, uma correção da lei quando, por causa de sua universalidade, mostra-se incapaz de atender a determinada situação concreta. Consiste, assim, em uma atuação do intérprete que procura aplicar a norma jurídica de modo aperfeiçoado, o que pressupõe a existência de uma lei diversa da lei positiva, aplicando-se os preceitos daquela sempre que insuficientes os desta.

Sua origem filosófica encontra-se no pensamento grego, onde o termo *epieikeia* significava o que é reto, equilibrado, temperador das exigências da Justiça, aquilo que o legislador teria dito se estivesse presente. É, portanto, manifestação de justiça e também a sua superação na criação do direito para o caso concreto. É aqui o ponto de partida para o trabalho de reconstrução histórica, na qual, o corpo central, dominante, é, porém, a experiência jurídica romana²².

Na filosofia jurídica grega, Aristóteles foi o primeiro a desenvolver o tema, e é por isso que a ele se faz obrigatória referência quando se define a equidade como a “justiça do caso concreto”, atribuindo-se-lhe essa clássica definição, que não é, todavia, isenta de críticas.

Preliminarmente, cabe dizer que o termo grego *epieikeia* e o latino *aequitas*, embora não fossem precisamente sinônimos, significavam o mesmo comportamento prático do jurista e do juiz, ao formularem uma regra ou uma sentença.

No entanto, a tradicional referência à *epieikeia* como a justiça do caso concreto não corresponde à realidade. Tal definição não se encontra nos textos de Aristóteles, é antes um *tópos*, um lugar-comum na filosofia do Direito, uma fórmula da escolástica medieval, com que se pretendeu resumir o pensamento aristotélico sobre o tema da equidade, deformando-o apenas²³, já que a justiça, princípio prático por natureza, não se realiza a não ser nas ações concretas. A equidade, na concepção aristotélica, que era subjetivista, derivava da idéia de justiça, e dela era uma aplicação pontual²⁴.

Aristóteles trata do tema em duas obras, *Ética a Nicômaco* (V. 1.137 a – 1.138 a) e *Retórica* (I, 1374 a-b), sendo esta o lugar em que melhor o desenvolve, embora a costuma referência seja à primeira. Na *Ética a Nicômaco*, ele delinea a relação existente entre a justiça e a equidade, coisas que não parecem ser absolutamente idênticas nem diferir

genericamente entre si, pois o equitativo, embora superior a uma espécie de Justiça, é justo; a mesma coisa, pois, é justa e equitativa e, embora ambas sejam boas, o equitativo é superior²⁵. E ainda: o que faz surgir o problema é que o equitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda a lei é universal, mas a respeito de certas coisas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta. E mais: Portanto, quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou, e errou por

(...) A exigência de igualdade de todos perante a lei, sob o ponto de vista formal, não pode desconhecer a necessidade de uma decisão também materialmente justa, de acordo com as circunstâncias. Entra aqui o conceito de equidade como critério interpretativo, que permite adequar a norma ao caso concreto e chegar à solução justa. Diz-se, por isso, ser a equidade a justiça do caso concreto. E a decisão será equitativa quando levar em conta as especiais circunstâncias do caso decidido e a situação pessoal dos respectivos interessados.

excesso de simplicidade, corrigir a omissão, em outras palavras, dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso²⁶.

E essa é a natureza do equitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão de sua universalidade. E termina com a famosa imagem: Com efeito, quando a coisa é indefinida, a regra também é indefinida, como a régua de chumbo usada para ajustar as molduras lésbias (da ilha de Lesbos): a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida,

exatamente como o decreto se adapta aos fatos.

Desses passos deve ter-se derivado a fórmula pseudo-aristotélica da *equidade conforme a justiça do caso concreto*. Significava que, para Aristóteles, as normas jurídicas produziam-se em série e deviam, para serem aplicadas, adaptar-se às situações de fato concretas. A *epieikeia* era, no seu pensamento, um critério artesanal, adotado de vez em quando para corrigir a aplicação dessas regras.

Na *Retórica*, Aristóteles é mais enfático ao tratar do tema, acentuando que *o equitativo parece ser justo, mas esse é o justo que vai além da lei escrita*, por ser inviável que o legislador preveja, no texto, todas as hipóteses que a vida pode oferecer. Surgindo lacunas na lei, a equidade as supre, na forma do espírito do legislador. Aristóteles vê, assim, a equidade como *o direito do caso individual*, contraposto à regra jurídica em geral, ou ainda, contempla a interpretação da norma segundo o espírito, e não segundo a letra fria da lei. Configura-se, desse modo, uma das questões essenciais do pensamento jurídico, a relação entre o espírito e a fórmula da lei²⁷. A equidade é, portanto, para Aristóteles, *o método de aplicação de lei não-escrita* para remediar a aplicação da lei escrita.

Aristóteles vê o problema da equidade não só como pertencente ao campo da lógica ou da ética, em termos absolutos, mas também ao campo da argumentação retórica, em que os silogismos podem contrastar e o raciocínio ser contraditório, tudo isso de modo não a provar, mas a convencer. Por isso, a retórica, ou a arte de argumentar, favoreceu a afirmação da equidade²⁸ na realização da justiça.

Para Aristóteles, enfim, a equidade servia para atenuar o rigor do Direito estrito, como regra proporcional da justiça, a cada um conforme o seu mérito. A equidade como justa retificação do justo rigorosamente legal, como corretora das leis, limitada sua função, porém, ao procedimento judiciário, ao chamado "juízo de equidade", como aliás hoje se estabelece no Código de Processo Civil brasileiro (arts. 127, 1.109 e 20, § 4º).

3 A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO ROMANO

Se o mundo grego é o ponto de partida da reflexão filosófica sobre a equidade, o corpo central da

construção jurídica é o Direito romano, nas suas sucessivas fases. A equidade que nos interessa nasce no Direito romano, do qual é criação original, já no período arcaico, podendo-se afirmar que, no campo jurídico, a *aequitas* romana precede a *epieikeia* grega²⁹. De contornos incertos e por vezes contraditórios, a noção de *aequitas* é essencial para a compreensão do Direito romano e de sua função histórica³⁰. *Aequitas* significa basicamente igualdade, proporção, simetria³¹. Embora não fosse sinônimo, tinha um sentido próximo, paralelo ao da *epieikeia* grega, ambas as palavras utilizadas com o sentido de uma solução que contorna a rigidez da norma geral e abstrata. A *epieikeia* era, precisamente, uma manifestação da Justiça; antes, um melhoramento desta, pois servia para mitigar os excessos decorrentes do seu absolutismo. A sua essência estava na adaptação da lei geral ao caso concreto, no substituir-se ao legislador interpretando-lhe a vontade e a orientação. Enquanto a *epieikeia* grega, aristotélica, criava a norma como princípio ético que se identificava com a justiça, a *aequitas* romana não criava a norma, apenas adaptava o *ius* aos fatos concretos. Não era superior ao *ius*, estava nele³².

A experiência romana mostranos que, já nos tempos mais antigos, nas épocas arcaica e pré-clássica, a rigidez das normas de Direito, principalmente do *ius civile*, era eventualmente contrariada e posta de lado em nome da *aequitas*, um modelo ideal de Justiça e princípio inspirador do Direito³³. Exemplo disso eram as *exceptiones*, meios judiciais que o pretor concedia para paralisar as *actiones*, tornando ineficaz as pretensões baseadas em normas do *ius civile*.

A relação entre o direito (*ius*) e a *aequitas* era de proximidade, conexão, como se vê na conhecida passagem de Celso, *ius est ars boni et aequi* (o "Direito é a arte do bom e do equitativo")³⁴. Celso, ao definir assim o *ius*, quis chamar a atenção para a circunstância de que o Direito era intimamente penetrado pela *aequitas*: tratava-se de um Direito justo³⁵.

Para compreender essa relação, é preciso ter em mente o contraste existente no âmbito do Direito romano entre *ius quiritium* e *ius honorarium*, isto é, entre *o persistente formalismo do Direito arcaico e a reconhecida exigência de um mais largo e livre respiro da vida jurídica*. O *ius quiritium* era o *ius civile*, o direi-

to dos *cives*, o Direito da época arcaica, o qual era rígido, fechado, primitivo. O *ius honorarium*, por sua vez, era o Direito criado pelos magistrados com a finalidade de ajudar, integrar ou corrigir o *ius civile*, por motivo de utilidade pública³⁶. O *ius honorarium* ou *ius praetorium* difere, assim, do *ius civile*, mas não o derroga; completa-o, *adaptando a estática do ius civile à dinâmica das condições sociais e econômicas*. Concretamente, o pretor obtém esse resultado admirável de permanente e fecunda adaptação mediante expedientes próprios, baseados ora no seu *imperium*, ora na sua *iurisdictio*³⁷.

A contribuição do *ius honorarium* foi assim decisiva. Por meio de *edictos*, o pretor criava um Direito de equidade que, paulatinamente, superava o rigor do *ius civile* arcaico, suprimindo-lhe as lacunas e reformulando-o³⁸.

Com Cícero, o primeiro a usar o termo³⁹, *aequitas* tem o sentido de igual tratamento dos sujeitos, configurando-se a equidade e a justiça como conceitos similares. A justiça como orientação do juiz, do legislador, dando a cada um o que é seu, a *aequitas*, como regra moral do Direito romano. O Direito era a equidade estabelecida *ius est aequitas constituta*⁴⁰.

Na fase pós-clássica, tende-se a identificar a *aequitas* com o *ius naturale*, e este com os preceitos fundamentais do Cristianismo, pelo menos no plano teórico. No campo prático, passa a ter uma certa elasticidade e imprecisão, manifestadas na pluralidade de significados que se lhe atribui, como *benignitas*, *humanistas*, *pietas*, *caritas*, isto é, valores cristãos *altamente admiráveis do ponto de vista religioso, mas reprováveis do ponto de vista jurídico*. E são esses valores que ainda hoje rodeiam o conceito de equidade, dando-lhe uma certa indefinição conceitual e terminológica que dificulta a sua utilização no Direito. Com base nela, os imperadores romanos chegavam a derogar princípios jurídicos⁴¹.

Pode-se assim reconhecer que a concepção atual da equidade teve sua origem no pensamento romano, no qual se evidenciam a atividade criadora dos pretores e a contribuição dos juristas clássicos, dentre os quais se destacaram Marcelo⁴², Modestino⁴³ e Papiniano⁴⁴.

Para concluir, recorda-se que o Direito romano não separava a teoria da prática, não existindo distinção entre ciência e Direito, entre este e justiça, pois todas as atividades no

campo do Direito visavam à realização da justiça. O Direito era, no dizer de Celso, a arte ou o sistema do justo, e a medida de sua aplicação, a *aequitas*, isto é, o critério segundo o qual a casos iguais se aplicava decisão igual. Sendo a norma jurídica geral e abstrata, sua aplicação de igual modo a todos os casos da vida real poderia levar a tratamento diverso, donde a necessidade de adequar a regra ao caso concreto. Essa adequação fazia-se de acordo com a consciência social, o Direito difuso genericamente, do qual o jurista devia ser o intérprete seguro. Era, portanto, a equidade romana uma idéia, um valor, extremamente variável, que impedia a cristalização do Direito em fórmulas definitivas, e que se manifestava de modo objetivo, em um conjunto de regras com a função de interpretar e complementar o Direito legislado.

4 IDADE MÉDIA E IDADE MODERNA

No período medieval, a *aequitas* configura-se não mais como instrumento ou critério de interpretação jurídica, mas como a própria razão de ser do Direito. Visualizava-se uma justiça sem divisões, uma *aequitas* como efeito da unidade existente no campo do Direito. Superava-se, assim, a indeterminação daqueles conceitos fluidos de *humanitas*, *benignitas*, *pietas*, *caritas* etc., próprios da era pós-clássica do Direito romano, e concebiam-se o Direito como uma unidade espiritual e científica, reflexo do princípio *reductio ad unum* que era, na época, um princípio de ordem universal⁴⁵. Isso não impediu, todavia, que diminuísse a importância da concepção greco-romana da equidade, em prol do Direito legislado. As leis, como regulamentação geral, abstrata e estável, atendiam melhor aos problemas da sociedade nascida com a revolução comercial e industrial. O absolutismo dos reis chega, inclusive, a reprovar os abusos cometidos em nome da equidade, registrando-se que uma *Ordonnance* civil de 1667 proibiu expressamente, na França, o recurso à equidade. *Dieu nos garde de l'équité des Parlements* era um adágio do *ancien droit* que sempre orientou a jurisprudência da Corte de Cassação francesa⁴⁶, impedindo a integração normal da equidade no sistema jurídico francês dos séculos XVIII e XIX.

Passando à idade moderna, a racionalização do Direito, de que o mais flagrante efeito é o processo de

codificação, e o positivismo jurídico (o Direito como conjunto de ordens ou comandos, emanados do Estado e providos de sanção) levaram ao primado do Direito legal e, conseqüentemente, à diferenciação da *aequitas* em relação ao *ius*. Isso tornou difícil a reconstrução da equidade como conceito unitário, pois que *ius* e *aequitas* se opunham⁴⁷. Superou-se, porém, esse dualismo com a influência ou o exemplo do Direito romano, em que o pretor utilizava a equidade para corrigir o Direito Civil. Sua função passou a ser reconhecida como a de complementar a lei e o próprio Direito, deixando de ser externa ao sistema de Direito e chegando mesmo a integrá-lo. Sua essência era, como sempre, a idéia de proporcionalidade⁴⁸.

Realizado esse breve excursus histórico, verifica-se que à equidade se têm atribuído diversos significados, na Filosofia e no Direito: como princípio, no sentido de postulado ético que deve inspirar todo o sistema jurídico, recomendando ao intérprete a busca de um equilíbrio entre a segurança e a justiça, adaptando o Direito à complexidade e à diversidade das circunstâncias que a realidade apresenta⁴⁹; como valor, nos binômios equidade/Direito, *ius/equum*, justiça formal/justiça material, no sentido de que a equidade tem um papel básico na construção jurisprudencial do Direito; como cláusula geral, no sentido de regra flexível, de maior elasticidade interpretativa, e como sistema de regras paralelo ao sistema legal, como ocorre no caso da arbitragem⁵⁰. Em qualquer concepção adotada, a equidade constitui um critério orientador da regra adequada à solução de um problema concreto, corrigindo, eventualmente, um texto legal, excessivamente rigoroso ou limitado, ou integrando-o, se incompleto.

5 EQUITY E COMMON LAW

O recurso à equidade (*equity*) é introduzido no Direito inglês como remédio de caráter extraordinário. Sua prática consolidou-se em um sistema de regras, distinguindo-se do *common law* sob o aspecto da diversa competência judiciária e do procedimento processual, à semelhança do que se verificara no antigo Direito romano, entre o *ius civile* e *ius pretorium*. Enquanto o *common law* levava em consideração as pretensões do autor, a *equity* levava em conta as exceções do réu.

O *common law*, designação do Direito anglo-americano, é de formação consuetudinária, baseada, portanto, no costume. Desenvolveu-se nas ilhas britânicas a partir do século IV, com a retirada dos romanos e, conseqüentemente, do seu Direito. Sem a presença deste, que foi a base comum da ordem jurídica continental, a Grã-Bretanha desenvolveu um Direito próprio, que assim se caracteriza: a) é de natureza jurisprudencial, em que as decisões não derivam da aplicação de textos legais, mas da similitude com casos concretos já julgados, os precedentes; b) não se deriva do *Corpus Iuris Civilis*, pela limitada romanização do território britânico; c) é tradiciona-

No campo da responsabilidade civil, o art. 944 dispõe medir-se a indenização pela extensão do dano e, no seu parágrafo único, que, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. O parágrafo único do art. 953 dispõe que, se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

lista, conservador, medieval, pela inexistência de fraturas ou mudanças revolucionárias, idênticas às que se verificaram no continente com o advento do liberalismo; d) é predominantemente histórico-cultural, com pouca influência do jusracionalismo, pelo que a estrutura, categorias, construções e conceitos são diversos e incompatíveis com a taxinomia do Direito continental europeu⁵¹.

Qual a relação da *equity* (equidade) com o *common law*? Em senso amplo, a expressão *common law* contrapõe-se a *civil law*, o Direito europeu de base romanística. Designa o

inteiro corpo do Direito inglês, na Inglaterra e em todos os domínios em que ele se aplica. Em senso estrito, o termo *commom law* referia-se ao Direito produzido nas três clássicas cortes de justiça de *Westminster*, a *Court of King's Bench*, a *Court of Exchequer* e a *Court of Common Pleas*. Nesse sentido, contrapõe-se à *equity*, a parte do Direito inglês produzida na *Court of Chancery*⁵².

Então, a primeira diferença consistia no fato de o *common law* ser a justiça do rei, a que todos podiam recorrer, enquanto a *equity* emanava do Chanceler, eclesiástico tido como guardião da consciência do rei, que desenvolveu uma jurisdição especial na Idade Média, seguindo os modelos do Direito canônico, com um corpo separado de normas, administrado de modo específico. Também quanto ao processo, o da *equity* era mais próximo do modelo continental que o do *common law*⁵³.

Fazendo jus ao nome, a *equity* sempre foi o setor em que se considerava a *equitas* como prevalecendo sobre a rigidez do *common law*, à semelhança do que ocorria em Roma entre o *ius pretorium*, ou *honorarium*, e o *ius civile*, pois o Chanceler aplicava a *equity iuris communis suppleudi causa* e *iuris communis corrigendi causa*. E, da mesma forma como o *ius civile* e o *ius honorarium* se fundiram na época pós-clássica, também o *commom law* e a *equity* se fundiram, pelo menos no tocante ao Direito material, não ao processual. Existem assim, ainda hoje, dois procedimentos diversos, sendo o da *equity* mais próximo do Direito continental que o do *common law*.

Nos últimos períodos da evolução do Direito inglês, na primeira metade do séc. XIV, a *equity* era administrada pelo Chanceler e não tinha qualquer relação com o *common law*. Os seus tribunais eram idênticos aos outros, que a aplicavam em matéria de interpretação de testamentos, administração de bens de defuntos, propriedade imobiliária, hipoteca, contratos, vícios do consentimento, cessão de direitos, cláusulas penais, tutela e curatela, sociedades em comandita, sociedade por ações. Hoje, depois de célebre reforma do Direito inglês em 1876, que reorganizou o sistema judiciário, extinguindo a duplicidade jurisdicional, isto é, tribunais diversos e específicos para o *common law* e a *equity*, qualquer tribunal pode aplicar um desses direitos, tendo os juizes completa jurisdição, seja de Direito comum ou de *equity*.

Ou seja, *equity* não é a personificação do Direito natural ou da justiça racional; não lhe é superior, mas um complemento do Direito comum. É, na verdade, o Direito sob outro nome, com uma história diversa⁵⁴.

6 RELAÇÃO DA EQUIDADE COM O DIREITO POSITIVO

Há duas concepções a respeito: uma objetiva e outra subjetiva⁵⁵. Para a concepção objetiva, clássica, consagrada por Cícero, a equidade seria um conceito externo ao Direito positivo, designando um conjunto de princípios a ele preexistentes, orientadores tanto da elaboração quanto da aplicação do Direito. Nessa acepção, a equidade teria relações estreitas com o Direito natural, a justiça e a moral, sendo mais importante para o juiz que para o legislador. A equidade seria, assim, um conjunto de regras superior ao Direito positivo⁵⁶ e um arsenal de valores ao qual se refere o sistema jurídico. Para a outra concepção, de natureza subjetivista, a equidade não seria exógena ao Direito positivo, seria antes um princípio a ele inerente. Sendo parte integrante do Direito, permitiria ao juiz humanizar a regra jurídica, levaria em consideração as circunstâncias do caso e, por isso, funcionaria de modo subsidiário, corretivo ou supletivo, mas sem criar uma nova regra.

7 O DIREITO BRASILEIRO. A EQUIDADE NO NOVO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

No Código Civil brasileiro, registram-se diversas referências à equidade. O art. 413 dispõe que, na cláusula penal, a sanção deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Em matéria de resolução contratual por onerosidade excessiva, o art. 479 estabelece que a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

No campo da responsabilidade civil, o art. 944 dispõe medir-se a indenização pela extensão do dano e, no seu parágrafo único, que, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. O parágrafo único do art. 953 dispõe que, se o ofendi-

do não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso. Recorre aqui o juiz à equidade, que tem, como nas hipóteses dos artigos anteriores, uma função quantificadora, fixando o valor da indenização. No mesmo sentido, o art. 954, que recomenda um juízo de equidade no caso de indenização por ofensa à liberdade pessoal, se a vítima não puder provar o prejuízo. Dever-se-á fixar, também, por equidade quantificadora, a indenização devida pelo incapaz, em virtude dos prejuízos causados, conforme parágrafo único do art. 928. Recorre o juiz à equidade para determinar o valor da indenização.

Também no parágrafo único do art. 156, pertinente ao estado de perigo, ao dispor o código que, em se tratando de pessoa não-pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias, o que configura uma cláusula geral, pela vagueza e imprecisão do termo, é de considerar-se implícita a necessidade de recurso à equidade pois, decidir segundo as circunstâncias é solucionar o caso concreto com equilíbrio e proporcionalidade. A equidade tem aí uma função supletiva, pela insuficiência do texto legal.

Idêntica afirmação pode ser feita quanto ao art. 1.638, III, em que se dispõe que o pai ou a mãe perderão, por ato judicial, o poder familiar, se praticarem atos contrários à moral e aos bons costumes. Configura-se aqui outra cláusula geral, o que permite ao intérprete o recurso à equidade.

O Código de Processo Civil, por sua vez, dispõe, no art. 127, que o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei⁵⁷. Insere-se esse dispositivo no Livro I, Título IV, Capítulo IV, referente aos poderes, deveres e responsabilidade do juiz na condução do processo e no julgamento da lide, compondo o conflito de interesses e realizando a Justiça. Dessa disposição processual resulta evidente, de imediato, que, no Direito brasileiro, só se admitiria o juízo ou decisão por equidade nos casos permitidos em lei. É de explicitar-se, porém, que o juízo de equidade não se contrapõe ao juízo legal, ambos pertencem ao mesmo sistema de tutela jurisdicional, sendo o juízo de equidade apenas um derivativo do juízo legal⁵⁸.

O Código de Processo Civil (Lei 5.869/73), sancionado na vigên-

cia da Emenda Constitucional de 1969, consubstanciando valores e princípios diversos dos que legitimam a atual Constituição, é produto de uma concepção formal e legalista (veja-se o art. 2º do CPC), que não se coaduna com o espírito do novo Código Civil, de fundamentos axiológicos outros. E reconheça-se, com Philip Heck que, *em cada decisão jurídica concreta pode atuar o conteúdo global da ordem jurídica*⁵⁹. Logo, o Código de Processo Civil vigente e o novo Código Civil representam pensamentos jurídicos, histórica e filosoficamente diversos. O primeiro, normativista, orientado para a aplicação lógico-dedutiva das normas jurídicas; o segundo, jurisprudencialista, dispondo de princípios e cláusulas gerais, orientando o intérprete para a decisão jurídica de modo “problemático-dialético”, prevendo o recurso a critérios ético-jurídicos que permitam chegar à concreção jurídica, conferindo maior poder ao juiz para encontrar a solução mais justa ou equitativa⁶⁰. Não obstante, o mesmo Código de Processo Civil, no seu art. 471, ao estabelecer as exceções à regra geral, segundo a qual nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, não inclui nessas exceções a decisão proferida em juízo de equidade⁶¹.

Todavia, na equidade permanece, no Direito brasileiro, como nos outros, uma noção ambígua, senão equívoca, com que os juizes, na opinião de Pontes de Miranda, sentem-se mais embaraçados do que auxiliados⁶², mas a sua admissibilidade em dois importantes códigos, o Civil e o de Processo Civil, dá vida e utilidade a esse conceito a que historicamente se recorre quando esgotados os meios de interpretação e de criação do Direito.

A inclusão da equidade nos supracitados dispositivos do Direito brasileiro suscita algumas questões que devem ser consideradas na reflexão do jurista acerca da natureza e função da equidade no nosso Direito. Tais questões podem ser: a) qual a natureza da equidade, em face de todo o seu processo histórico-cultural? b) que função lhe confere o sistema legal brasileiro?

Quanto à sua própria natureza, a equidade é um princípio ético, um modelo ideal de justiça, um princípio inspirador do Direito, que visa à realização da perfeita igualdade material, transformando-se em modelo jurídico quando aplicado pelo ór-

gão jurisdicional a um conflito de interesses específico. Não é uma instância menor do Direito; ao contrário, constitui-se em um arquétipo axiológico que orienta a aplicação do Direito de modo a evitar eventual injustiça ou desigualdade, decorrente da rigidez da sua fórmula geral.

A equidade não é fonte de Direito, pois não se configura como poder de criar normas jurídicas ou como forma de sua expressão. É, antes e acima de tudo, um critério de decisão de casos singulares⁶³, que se apresenta como essência e sob a forma de uma cláusula geral.

A equidade também não é meio de integração de lacunas da lei, pois o art. 127 do CPC reduz o recurso à equidade aos casos previstos (salvo hipótese do art. 8º da CLT, que considera equivocadamente a equidade como princípio geral do Direito e a este se refere o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, ao dispor que, *quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito*).

Quanto às funções que a equidade pode desempenhar em nosso Direito, reconhece-se aquela básica e geral, de natureza interpretativa, no sentido de adequar a regra ao caso concreto, recorrendo-se aos critérios da igualdade e da proporcionalidade, de modo a realizar não a justiça do caso concreto⁶⁴, mas o Direito do caso concreto. Possui ainda função corretiva, isto é, a de temperar o Direito positivo, principalmente em matéria contratual, e função quantificadora, quando se constitui em uma medida, a quantificação dos efeitos da aplicação da norma, como ocorre, por exemplo, no caso de se fixarem os valores de uma indenização. Sendo a lei omissa, e devendo o juiz fixar valor retributivo, o recurso é o princípio da equidade, quando então lhe será reconhecida a função supletiva. Pode, ainda, a equidade ser eleita pelas partes para a solução de um litígio de que participem, como ocorre nos casos de compromisso arbitral.

Então ao Direito brasileiro se recorre à equidade: quando a lei assim determinar (CPC art. 127); quando as partes assim o convencionarem (compromisso arbitral); quando o juiz tiver de decidir com base em cláusulas gerais e tendo em vista ser a equidade um critério histórico de igualdade e proporcionalidade.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. de Batista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 232.
- 2 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. de Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 280.
- 3 REALE, Miguel. *O Projeto do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 12.
- 4 CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-moderne*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2003. p. 99; 130.
- 5 CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 71.
- 6 Considera-se aqui a hermenêutica como o estudo dos princípios metodológicos de interpretação e explicação; e a hermenêutica jurídica como uma teoria de compreensão histórica do Direito e como uma filosofia prática, no sentido de que o Direito é conformado pela vida, pela prática de sua aplicação. LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990. p.227 e ss.; OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel. *Jalons pour une théorie critique du droit*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987. p. 406.
- 7 ALPA, Guido. *Trattato de diritto civile: storia, fonti, interpretazione*. Milano: Giuffrè, 2.000. p. 317.
- 8 GUARNIERI, Attilio. *Clausole generali*. In: *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile, II*. Torino: UTET, 1990. p. 403.
- 9 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 273 e ss.
- 10 GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. 2. ed. Napoli: ESI, 1990. p. 48.
- 11 ENGLISH, op. cit., p. 248. *Sobre cláusulas gerais*. No Direito brasileiro, por todos. MARTINS-COSTA, op. cit., p. 273 e ss.
- 12 ROPPO, Vincenzo. *Istituzioni di diritto privato*. Bologna: Monduzzi, 1994. p. 42.
- 13 GUARNIERI, op. cit., p. 408.
- 14 ALPA, op. cit., p. 961 e ss.
- 15 ULPiano, D.1.1.10.
- 16 COING, Helmut. *Grundzuge der Rechtsphilosophie*. 5. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1993. p. 16.
- 17 PRINGSHEIM, citado por José Puig Brutau, *Introducción al derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1981. p. 350.
- 18 Idem.
- 19 ALPA, op. cit., p. 778.
- 20 ALBIGES, Christophe. *De l'équité en droit privé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000. p. 17.
- 21 BIGOTTE CHORÃO, Mário. *Epiqueia*. In: *Logos. Enciclopédia luso-brasileira de Filosofia*. Lisboa, São Paulo, 1990. v. 2, p. 114.
- 22 CALASSO, Francesco. *Equità. Premessa storica*. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1966. v. 15, p. 65.
- 23 FROSINI, Vittorio. *Equità (nozione)*. In: *Enciclopedia del diritto*. v. 15, p. 69.
- 24 MANAÍ, Dominique. *Équité*. In: *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie*

- du droit*. 2^{ème}. ed. Paris, L.G.D.J., 1993. p. 234.
- 25 ARISTÓTELES, Ética a Nicômaco. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural e Industrial, 1979. v. 2, p. 136.
- 26 ARISTÓTELES, *op. cit.*
- 27 FROSINI, *op. cit.*, p. 71.
- 28 FROSINI, *op. cit.*, p. 72.
- 29 SILLI, Paolo. Equità (storia del diritto). In: *Digesto delle discipline privatistiche*. v. 7, p. 479.
- 30 GUARINO, Antonio. Equità. Diritto romano. In: *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1960. v. 6, p. 619.
- 31 D. 42, 1, 20. D. 50, 17, 90. C. 4, 37, 3
- 32 SILLI, *op. cit.*
- 33 GAIO, Inst. 4.116.
- 34 D.1,1,1.
- 35 MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 1, p. 96.
- 36 D.1,1,7,1.
- 37 CRUZ, Sebastião. *Direito romano: Fontes*. 4. ed. Coimbra: 1984. p. 299.
- 38 SERRACIN, Graciano Eduardo Pereira. La contribución del romanismo al concepto de equidad. In: *VIII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*. Santiago, 1992. p. 5.
- 39 SILLI, *op. cit.*, p. 480.
- 40 MOREIRA ALVES, *op. cit.*, p. 96.
- 41 PAPINIANO, D. 22. 5. 13.
- 42 MARCELO, D. 50. 17. 183; D. 3, 41, 7 pr.
- 43 MODESTINO, D. 42. 1. 20.
- 44 PAPINIANO, D. 22. 5. 13.
- 45 CALASSO, *op. cit.*, p. 68.
- 46 ALBIGES, *op. cit.*, p. 96.
- 47 DE LOS MOZOS, José Luis. Metodología y ciencia en el derecho privado moderno. Madrid: *Revista de Derecho Privado*, p. 320, 1977.
- 48 DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 341.
- 49 DE LUCCAS, Javier. *Introducción a la teoría del derecho*. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994. p. 298.
- 50 ALPA, *op. cit.*, p. 968.
- 51 MENEZES CORDEIRO, Antonio. Common law. In: *Polis-Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*. Lisboa; São Paulo, 1983. p. 1005.
- 52 RHEINSTEIN, Max. Common law-equity. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè Editore, v. 7. p. 914, 1960.
- 53 RHEINSTEIN, Max, *op. cit.*, p. 930.
- 54 DAVIES, J. Derek. Equity. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1957. v. 6, p. 642.
- 55 ALBIGES, *op. cit.*, p. 14.
- 56 MANAÍ, *op. cit.*, p. 234.
- 57 A Consolidação das Leis do Trabalho dispõe, no art. 8º: *As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do 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*. O Código Civil de 1916 dispunha, em matéria de Compromisso (arts.1.037 a 1.040, hoje revogados pela Lei 9.307/96) no seu art.1.040, IV, que o compromisso poderia também declarar *A autorização, dada aos árbitros para julgarem por equidade, fora das regras e formas de direito*. A referida Lei 9.307/96, que dispõe hoje no Brasil sobre a arbitragem, estabelece, no seu art. 2º, que *a arbitragem poderá ser de Direito ou de equidade, a critério das partes*. Também o Código Tributário Nacional, Lei n. 5.172 /66, no art. 172, dispõe que a lei pode autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo a considerações de equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso (inc. IV).
- 58 GRASSO, Eduardo. Equità (giudizio). In: *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*. VII, Torino: UTET, 1991. p. 471.
- 59 NEVES, Castanheira. *Metodologia*. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 80.
- 60 REALE, *op. cit.*, p. 8.
- 61 ROSA JUNIOR, Luiz Emydio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983. p. 265.
- 62 MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 2, p. 350.
- 63 ASCENSAO, José de Oliveira. Equidade. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 32, p. 394. É raríssimo o recurso à equidade nos tribunais brasileiros, inexistindo qualquer Súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça a tal respeito. ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- 64 REALE, Miguel. Equidade. In: *Lições preliminares do direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 300. E ainda Equidade (Direito do Trabalho). In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 32, p. 403.

Artigo recebido em 21/5/2004.

ABSTRACT

The author explains that the insertion of the equity principle in the new Brazilian Civil Code, besides other principles, general clauses and uncertain concepts, turns the Code into an open system and contributes to making flexible the systematic thought in the field of the Private Law.

Hes states that, with functions both interpretative and corrective, equity grants greater autonomy to the interpreter and increases the magistrate's juridical power to create the appropriate norm to the concrete case. It still allows the revocation of the article 127 of the Code of Civil Procedure, according to which the judge will only decide based on equity in the cases foreseen in law.

KEYWORDS – Equity; new Brazilian Civil Code; Code of Civil Procedure – articles 2nd, 127; Roman Law; Anglo-American Law; common law.

Francisco dos Santos Amaral Neto é Professor Titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro.