

O PRINCÍPIO DA EQUIDADE - POR UMA NOVA EXEGESE.

MARIA FERNANDA DIAS MERGULHÃO*

Princípio da Equidade- histórico e aplicabilidade

Equidade, no vernáculo, possui significado correspondente à “disposição de reconhecer igualmente o direito de cada um.¹ Aplicar a justiça àquele caso em concreto, ou “justiça do caso em concreto,” são formas de identificar a equidade no direito civil brasileiro.

Platão² e Aristóteles³, nos primórdios da civilização, deixaram estudos, verdadeiros legados, sobre o alcance da expressão “equidade”. De muito, já se registrara a preocupação com o amplo poder deferido ao aplicador da norma ao julgar por equidade.

Aristóteles aprimorou os conceitos apresentados por Platão apresentando sua definição de equidade, segundo a qual equidade consiste em “uma mitigação da lei escrita por circunstâncias que ocorrem em relação às pessoas, às coisas, ao lugar ou tempos.”⁴

Limongi França explicita:

É conhecida a metáfora de Aristóteles utilizada para diferenciar a justiça da equidade. Dizia o filósofo que a primeira corresponderia a uma régua rígida, ao passo que a outra se assemelharia a uma régua maleável, capaz de se adaptar às anfractuosidades do campo a ser medido. Sem quebrar a régua (que em latim é *regula, ae*, do mesmo modo que regra), o magistrado, ao medir a igualdade dos casos concretos, vê-se por vezes na contingência de adaptá-las aos pormenores não previstos e, não raro, imprevisíveis pela lei, sob pena de perpetrar uma verdadeira injustiça e, assim, contradizer a própria finalidade intrínseca das normas legais.⁵

* Maria Fernanda Dias Mergulhão - Promotora de Justiça do Rio de Janeiro. Doutora e Mestre em Direito.

1 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da Língua Portuguesa*.

2 Citando Hélio Tornaghi, averba Milton Paulo: “Historicamente, a equidade, segundo Tornaghi, sugiu na Grécia com Platão que havia se preocupado com a necessidade de corrigir, por meio da *epieikeia*, as injustiças decorrentes da rigidez apresentada pela norma geral, especialmente o direito escrito.” CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por Equidade no Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: ed. Atlas. 2003. p.19.

3 Aristóteles legou ao mundo a grande obra sobre equidade denominada “*Ética a Nicômaco*.”

4 ARISTÓTELES *apud* CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por Equidade no Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: ed. Atlas. 2003. p.27.

5 FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: ed. Saraiva. 1988. p.71.

Historicamente, colhe-se do Direito Romano a Codificação Justiniana como um grande marco na aplicação da equidade, eis que conferia poderes ao juiz decidir por equidade em preferência ao *jus strictum*. No direito medieval, Santo Tomás de Aquino desenvolveu o conceito de equidade proposto por Aristóteles sob o viés cristão. Legou ao mundo a obra intitulada "Suma Teológica"⁶

Digno de registro porque aplicada de forma angularmente distinta do sistema adotado no Brasil - o civil Law- tem-se a equidade aplicada nos Estados Unidos e Inglaterra. Nesses países de sistema da Common Law, a equidade é aplicada em larga escala e tem força de "precedente" para futuros julgados. Indiretamente, portanto, a equidade tem força de lei no denominado "julgado precedente".

Com maestria, alerta Caio Mário da Silva Pereira:

É, porém, arma de dois gumes. Se, por um lado, permite ao juiz a aplicação da lei de forma a realizar o seu verdadeiro conteúdo espiritual, por outro lado pode servir de instrumento às tendências legiferantes do julgador, que, pondo de lado o seu dever de aplicar o direito positivo, com ela acoberta sua desconformidade com a lei. O juiz não pode reformar o direito sob pretexto de julgar por equidade, nem lhe é dado negar-lhe vigência sob fundamento de que contraria o ideal de justiça. A observância da equidade, em si, não é um mal, porém a sua utilização abusiva é de todo inconveniente. Seu emprego há de ser moderado, como temperamento do rigor excessivo ou amenização da crueza da lei.⁷

Sintetiza o festejado mestre:

Tratamos aqui da equidade na aplicação do Direito e em sua interpretação, se bem que o legislador não pode olvidar seus princípios, em que a equidade necessariamente deve ser utilizada para que a lei surja no sentido da justiça. A

6 Na parte relacionada à equidade colhe-se da importante obra: "Como dissemos, quando tratamos das leis, os atos humanos que as leis devem regular, são particulares e contingentes e podem variar ao infinito. Por isso não é possível instituir nenhuma lei que abranja todos os casos; mas os legisladores legizam tendo em vista o que sucede mais frequentemente. Contudo, é contra a igualdade da justiça e contra o bem comum, que a lei visa observá-la em certos casos determinados. Assim, a lei determina que os depósitos sejam restituídos, porque tal é justo na maioria dos casos; mas pode acontecer que seja nocivo, num dado caso. Por exemplo, se um louco, que deu em depósito uma espada, a exija no acesso da loucura, se alguém exija o depósito para lutar contra a pátria. Nesses casos, e em outros semelhantes, é mau observar a lei estabelecida: ao contrário, é bom, seguir o que pedem a idéia da justiça e utilidade comum. E a isso se ordena a *epieiqueia*, a que nós chamamos equidade." (grifos nosso) CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por Equidade no Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: ed. Atlas. 2003. p. 23.

7 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil-v.I.* 5ª ed. Rio de Janeiro: editora Forense. 1992. p. 57.

equidade não é só o abrandamento da norma em um caso concreto, como também sentimento que brota no âmago do julgador. Como seu conceito é filosófico, dá margem a várias concepções.(...). Entendamos, porém, que a equidade é antes de mais nada uma posição filosófica; que cada aplicador do direito dará uma valoração própria, mas com a mesma finalidade de abrandamento da norma. Indubitavelmente, há muito de subjetivismo do intérprete em sua utilização.⁸ (grifos nossos)

No primitivo estágio da civilização humana - o estado natural -, a equidade era presente em todas as decisões, eis que a correspondência ação e reação se via sentir face o efeito punitivo, correccional, de castigo, que se impingia em condutas desaprovadas por aquele meio social.

Sucedo, porém, que o conceito de equidade era aberto, e por demais amplo gerando, não raro, injustiças porque **não se tratava de regra de exceção**, mas de aplicação em todos os casos, irrestrita e ordinariamente.

Nas novas civilizações, como se havia de esperar, o sistema ruiu dando ensejo à existência do estado legal, do estado da legalidade. Neste, **a equidade era exceção**, e só poderia ser aplicada se prévia, e disposta, pelo legislador. A estabilidade das relações sociais, assim, passou a ser mais perene, como consequência natural não se antecipando à errada conclusão de que todos os julgamentos realizados por equidade são insatisfatórios por não prescindirem da formação cultural e humanística de seu aplicador.

Locke à frente de seu tempo, já registrava:

Embora o Estado de Natureza tenha tal direito (de a ninguém se sujeitar), a fruição do mesmo é muito incerta e está constantemente exposta à invasão de terceiros porque, sendo todos reis tanto quanto ele, todo homem igual a ele, e na maior parte poucos observadores da equidade e da justiça, a fruição da propriedade que possui nesse estado é muito insegura, muito arriscada. Estas circunstâncias obrigam-no a abandonar uma condição que, embora livre, está cheia de temores e perigos constantes; e não é sem razão que procura de boa vontade juntar-se em sociedade com outros que estão unidos, ou pretendem unir-se, para a mútua conservação da vida, da liberdade e dos bens a que chamo de propriedade.⁹

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*-parte geral. São Paulo: ed. Atlas. 2001. p.47.

⁹ LOCKE, John *apud* OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni in SAMPAIO, José Adércio Leite(coord). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte:ed. Del Rey. 2003. p. 222.

A preocupação em entender o real significado da expressão “equidade” é por demais válido, já que desde sua gênese foi concebida como verdadeiro conceito aberto e impreciso por natureza. Valoração sob os mais diversos ângulos-cultural, histórica, econômica, dentre vários outros aspectos-, se torna imperiosa, reconhecendo-se, também, que cada pessoa possui uma valoração própria, ainda que irmanada em uma comunidade relativamente homogênea. Partindo dessa realidade indubitável, há orientações no sentido de que não seja veículo para a proteção de interesses menores e escusos, destoando, por completo, do fim almejado na sua utilização.

Carlos Maximiliano, em grande contribuição doutrinária, identifica os fins da equidade:

Não se recorre à Equidade senão para atenuar o rigor de um texto e o interpretar de modo compatível com o progresso e a solidariedade humana; jamais será a mesma invocada para se agir, ou decidir, contra prescrição positiva *clara e prevista*. Esta ressalva, aliás, tem hoje menos importância do que lhe caberia outrora: primeiro, porque se esvaneceu o prestígio do brocardo-*in claris cessat interpretatio*; segundo, porque, se em outros tempos se atendia ao *resultado* possível de uma exegese e se evitava a que conduziria a um absurdo, excessiva dureza ou evidente injustiça, hoje, com a vitória da doutrina da socialização do Direito, mais do que nunca o hermeneuta despreza o *fiat justitia, pereat mundus*- e se orienta pelas *consequências* prováveis da decisão a que friamente chegou.¹⁰(grifos do autor)

Não há como deixar de reconhecer que, *in abstracto*, é impossível prever todas as condutas que mereçam tratamento legal, e conseqüentemente venham a ser disciplinadas pelo Direito. Aliás, em qualquer ordenamento jurídico essa tentativa, se feita, será fadada ao insucesso porque o ser humano, por essência mutante, revelará uma nova condição ou particularidade, que não prevista anteriormente. Assim, se torna imperiosa a utilização da equidade como forma de fazer justiça a casos particularizados.

No ordenamento jurídico vigente, a equidade **não** está prevista nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto-Lei n. 4657, de 04 de setembro de 1942 hoje, acertadamente, denominada, Lei de Introdução das Normas de Direito Brasileiro.¹¹⁻¹²

10 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ªed. Rio de Janeiro: ed.Forense. 2003. Pp.142/143.

11 Artigo 4º- Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Artigo 5º- Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

12 Lei n. 12.376, de 30/12/10

A investigação se torna necessária para identificar, no ordenamento jurídico, a base legal que dá sustentáculo à equidade no direito civil brasileiro.

A dificuldade não é definir os exatos contornos do que é equidade, mas demonstrar quando e por que deve ser aplicada, em um sistema normativo, a exemplo do brasileiro, o *Civil Law*.

Acredita-se que a dificuldade esteja centrada em conceber a equidade sob as formas em que pode se revestir, eis que pode assumir a **forma integrativa**¹³ e, também pode assumir a **forma valorativa**¹⁴.

A forma valorativa é ampla e se apresenta sob diversos aspectos, a exemplo dos conceitos vagos e indeterminados, assim como na *própria aplicação da lei segundo os fins sociais a que se destina*. Portanto, a valoração judicial, inegavelmente, estará imbuída, e valorada por equidade, sem, no entanto, denominar-se, no nosso sistema, que o julgamento foi realizado aplicando-se a equidade. Aqui a equidade é **equidade valor**, ou utilizada sob a forma valorativa.

Importante o registro de Fux ao tratar, em verdade, da equidade valor:

Substancialmente, o juiz ao decidir o mérito, deve adotar a “solução que reputar mais justa e equânime, **atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum**.” Nesse particular, a lei, utilizando-se de conceitos juridicamente indeterminados, autoriza o juiz a inverter o velho silogismo e adotar a solução justa para depois vesti-la com a regra legal aplicável à luz da **equidade**

13 Com clareza e profundidade que lhe são peculiares, acerca da função integrativa no Princípio da Equidade, ensina Sérgio Cavalieri - *verbis*: “Segundo Aristóteles, a equidade tem uma função integradora e outra corretiva. A primeira tem lugar quando há vazio ou lacuna na lei, caso em que o juiz pode usar a equidade para resolver o caso, sem chegar ao ponto de criar uma norma, como se fosse o legislador. Essa equidade integradora ou supridora de lacuna permite ao juiz, partindo das circunstâncias do caso específico que está enfrentando, chegar a uma conclusão, independentemente da necessidade de criar uma norma. Deve o juiz procurar expressar, na solução do caso, aquilo que corresponda a uma ideia de justiça da consciência média, que está presente na comunidade. Será, em suma, a justiça do caso concreto, um julgamento justo, temperado, fundado no sentimento comum de justiça. Aquilo que o próprio legislador diria se tivesse presente; o que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: ed. Atlas. 2011. pp.51-52.

14 Referindo-se, à equidade valor, embora não a apresentando expressamente sob essa nomenclatura, apresenta a boa doutrina o conceito e circunstâncias desta espécie de equidade: “(...)Mas até que vença a lei injusta, a lei que já não mais traduza o direito porque já deixou de atender às necessidades sociais do meio, a equidade atua em caráter supletivo, amoldando a norma à realidade, buscando fazer com que, não obstante a letra da lei, seu espírito não seja relegado ao olívio, como diria Orozimbo Nonato na sua linguagem de clássico. É a equidade atuando sobre o juiz, na sua exegese da norma. O direito não se estratifica nem se fossiliza nas suas disposições formais, diz-se. Ele deve evoluir com a vida. E quando mudam as condições do meio por influência de fatores vários: políticos, econômicos, históricos, etc., a lei terá de evoluir também, embora guardando, no mais das vezes, a antiga roupagem, literal, das suas disposições. Não se poder parar no tempo. O trabalho do hermeneuta é, sobretudo, nas épocas de transição, um trabalho de equidade. É verdade incontestada, como afirmou São Paulo em sua epístola aos coríntios, que “*littera occidit spiritus autem vivicat*”. *Summus jus, summa injuria*. E para Paulo, o jurista romano, “*nos ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula Fiat*”. Ou como lembra Condorelli, o direito, certamente, é uma realidade ideal, mais alta e mais profunda que a da simples regra, à qual, muita vez, se pretende circunscrevê-lo, seccionando-o de sua verdadeira fonte, de fonte autêntica que lhe confere dignidade e autoridade.” SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: ed. Saraiva. 1974. pp.160-161.

e das exigências do bem comum, Assim, o juiz deve levar em consideração não apenas a letra da lei, senão ambiente em que ela vai ser aplicada, amoldando-a às novas realidades, sem contudo estar autorizado a decidir *contra legem*, Essa regra *in procedendo* funciona com plenitude quando há lacunas na lei.¹⁵ (grifos nossos)

Citando o Ministro Ruy Rosado, registram Direito e Cavalieri:

“(…)Mas essa equidade, a que se refere Aristóteles na *Ética a Nicômaco*, é a equidade corretiva, aquela que o juiz vai aplicar quando tiver a necessidade de afastar uma injustiça que resultaria da aplicação estrita da lei. E é essa equidade, penso eu, que se refere o legislador quando, nesse artigo 944, parágrafo único, diz que o juiz poderá, quando o grau de culpa for pequeno e a extensão do dano for muito grande, fazer uma correção para não aplicar a regra que diz que a indenização há de corresponder à extensão do dano (artigo 944, caput); pode o juiz afastar essa disposição para adequar uma indenização que seja mais justa em razão do grau da culpa do agente - é uma equidade corretiva.”¹⁶

Deve-se pontuar: o sistema brasileiro não admite a utilização irrestrita da equidade integrativa, mas admite, irrestritamente, a aplicação da equidade valor.

Seja qual denominação a equidade venha a se revestir, forçoso reconhecer “que cada aplicador do direito dará uma valoração própria, mas com a mesma finalidade de abrandamento da norma. Indubitavelmente, há muito de subjetivismo do intérprete em sua utilização, como outrora registrado.”¹⁷

Em alguns dispositivos de Lei, e de forma aleatória, não são raros os exemplos de equidade, como forma integrativa autorizada, no seu âmago, pelo legislador.¹⁸ Há, porém, dispositivo genérico, no Código de Processo Civil, autorizando a aplicação da equidade, segundo condições ali especificadas - *verbis*: *Artigo 127- O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.*¹⁹(grifos nossos)

Extrai-se do comando normativo transcrito que a equidade é admitida no direito civil brasileiro, de forma excepcional, e através de lei autorizativa, a rigor, lei autorizativa prévia.

15 FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: ed.Forense. 2001. pp.479-480

16 Ruy Rosado *apud* DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao Novo Código Civil*. vol. XIII.Rio de Janeiro:ed.Forense.2004.pp.334/335.

17 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. parte geral. São Paulo:ed.Atlas. 2001. p.47.

18 CÓDIGO CIVIL 2002 e Código de Processo Civil- artigo 127

Artigo 944- A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único- se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, **equitativamente**, a indenização.

19 No Código de Processo Civil de 1939, o mesmo princípio era previsto no artigo 114-*verbis*: “Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabelecerá se fosse legislador.”

Imperioso se acautelar para não confundir o comando normativo previsto no artigo 127 do Código de Processo Civil, cuja significação é clara, com o comando normativo previsto no artigo 5º da LRNB- Lei de Introdução às Normas de Direito Civil Brasileiro²⁰, eis que a aplicação do direito atendendo “aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” **não se constitui como expressão sinônima à equidade**, salvo a concepção que externou-se quanto à **equidade valor**, em aplicação irrestrita a quaisquer hipóteses em que, eventualmente, em determinado caso *in concreto*, demande integração ou interpretação pelo aplicador do direito.²¹

Em outras palavras: não é razoável concluir, no sistema codificado atual, como também no sistema pretérito, que equidade é previsão genérica por ser valor diretamente imanente do conceito magno de Justiça. Em um discurso prefacial, seria colhido amplo convencimento porque, de fato, equidade está umbilicalmente ligada ao conceito de Justiça e, consequentemente, seria admissível aplicar a equidade todas as vezes que o caso demandasse integração judicial para “melhor atender o que se espera de Justiça...” Referida conclusão se reveste de ampla inversão da lei, de valores, de direito e de filosofia aplicáveis ao estudo da equidade.

A melhor doutrina esclarece:

No direito moderno, às vezes o legislador, querendo evitar o casuísmo, admite que o juiz profira a sua decisão à vista da espécie, e assim faça a justiça que o caso concreto reclama. É por aí que a noção de equidade se avizinha da justiça pura, afeiçoando a decisão à norma não elaborada, mas presente na consciência do julgador. Em tais circunstâncias este fica investido da faculdade de aplicar a norma que estabeleceria se fosse legislador (Código de Processo Civil, art.127). Fora dos casos em que é expressamente excepcional, pois que a própria norma já contém os temperamentos que a equidade natural aconselha, e não pode servir de motivo ou desculpa à efetivação das tendências sentimentais ou filantrópicas do juiz.²²

20 Lei n.12.376, de 30/12/10 - Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro derogando à antiga expressão oriunda do Decreto-Lei n.4657, de 04 de setembro de 1942: “Lei de Introdução ao Código Civil”

21 Crê-se que a posição de Carlos Roberto Gonçalves é no sentido de apontar o artigo 5º da LRNB como equidade valor, a qual aqui também se adota. *Verbis*: “A equidade está ínsita no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, quando este recomenda ao juiz que atenda, ao aplicar a lei, aos fins sociais a que ela se destina, adequando-a às exigências oriundas das mutações sociais, e às exigências do bem comum. GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro -parte geral. São Paulo:ed.Saraiva. 2012. p.77.

22 DE PAGE *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v.I. Rio de Janeiro: Gen-editora Forense. 2010.p.63.

Silvio Rodrigues elucida:

Em rigor, o juiz não pode julgar por equidade, pois a solução nela baseada só é admissível quando a lei expressamente o permitir (CPC, art.127). De modo que, ante a hipótese figurada no exemplo, ou o juiz julga procedente a ação e condena o agente causador do dano ao pagamento da indenização integral, ou então, se entender que a indenização representa castigo excessivo para culpa tão ligeira, terá de julgar improcedente a ação. Isso porque lhe é vedado fixar a indenização pela metade, ou em outra proporção, **uma vez que não está autorizado a julgar por equidade.**²³ (grifos nossos)

Nessa quadra, reitere-se o registro no sentido de que a **equidade não está presente no artigo 5º da LRNB** porque ali há uma recomendação genérica de atendimento do bem comum, como também **não está prevista no artigo 4º do mesmo diploma normativo porque não se constitui em analogia, costume ou princípio geral do direito.**

Não se desacredita que existam afirmações no sentido de que a equidade estaria presente no artigo 4º da LRNB²⁴, como forma de integração de lacuna, por ser princípio geral de direito, o que é um equívoco.

O dissenso doutrinário sobre equidade é verificado:

Maria Helena Diniz (Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada, São Paulo, Saraiva, 1994, p.158) aponta que o art.5º da Lei de Introdução está a consagrar a equidade como elemento de adaptação e integração da norma ao caso em concreto, explicando que a equidade se apresenta como a capacidade que a norma tem de atenuar o seu rigor, adaptando-se ao caso *sub judice*. Nessa sua nova função, a equidade não pretende quebrar a norma, mas ampliá-la às circunstâncias sociovalorativas do fato concreto no instante de sua aplicação. Afinal, repete-se a veneranda definição de Aristóteles, de que equidade é a justiça do caso em concreto.²⁵

23 RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Responsabilidade Civil. v.4. 20ª edição. São Paulo: Saraiva. 2008.p.p.188

24 Nesse sentido, cuja discordância já foi manifesta, posiciona-se Maria Helena Diniz: "Do que foi exposto infere-se a inegável função da equidade de suplementar a lei, ante as possíveis lacunas. No nosso entender, a equidade é elemento de integração, pois consiste, uma vez esgotados os mecanismos previstos no art.4º da Lei de Introdução ao Código Civil, em restituir à norma, a que acaso falte, por imprecisão de seu texto ou por imprevisão de certa circunstância fática, a exata avaliação da situação a que esta corresponde, a flexibilidade necessária à sua aplicação, afastando por imposição do fim social da própria norma o risco de convertê-la num instrumento iníquo." (grifos nosso) DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil brasileira Interpretada.12ªed.São Paulo:ed.Saraiva. 2007.p.141.

25 FIUZA, Ricardo e SILVA, Regina Beatriz (coors) Tavares da. Código Civil Comentado. 8ªed. São

Com efeito, dado o caráter excepcional que deve revestir sua aplicação, em respeito ao **sistema da tripartição de funções estatais**²⁶, a equidade deve ser aplicada quando, de forma expressa, em texto normativo, for autorizada.

Em verdade, também, que a equidade é valoração advinda da filosofia e, sob esse caráter, isto é, como **valor**, pode e deve permeiar todos os princípios gerais do direito²⁷, o que não significa concluir, porém, que poderá ser adotada amplamente, como forma integrativa de lacunas do direito, já que **não é princípio geral do direito**, mas **valor** que lhe dá **suporte filosófico** tão-somente.

Agostinho Alvim, integrante dos primeiros debates do anteprojeto do atual Código Civil, apresenta ensinamento interessante acerca da equidade, classificando-a em equidade legal e equidade judicial, o que acredita-se equivaler ao que aqui se denominou, respectivamente, equidade integrativa e equidade valor. Ensina o mestre:

“(...)a equidade distingue-se em equidade judicial e equidade legal. O primeiro caso seria aquele em que o juiz, na hipótese de haver permissão legal (expressa ou implícita), aplica a melhor solução ao caso concreto, resultando numa “justiça perfeita”. No segundo caso – equidade legal – a justiça seria “aproximada”, pois ocorre quando o próprio legislador minudencia a regra geral, especificando diversas hipóteses de incidência da norma. Haveria uma aproximação ao caso concreto, mas não uma justiça perfeita. De acordo com o autor, a equidade aplicada pelo juiz não pode resultar em arbítrio ilimitado. O juiz deve agir em conformidade com os princípios subjacentes a todo o sistema jurídico. Confirmam-se as suas próprias palavras: “A lei que recomenda a equidade, explícita ou implicitamente, de maneira a descer até a individuação, tal lei permite ao juiz a revelação do direito. Mas, como o termo ‘legislador’, aplicado ao juiz não lhe dá arbítrio absoluto, deve ele ter em vista o sistema legislativo e a moral positiva (moral que impera em dado tempo e lugar) para deste modo revelar o que ‘descobriu’, mas nunca o que haja ‘criado’ arbitrariamente.”²⁸

No Código de Processo Civil de 1939, a equidade estava prevista no **artigo 114** com a seguinte redação: “Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabelecerá se fosse julgador.”

Paulo: ed.Saraiva. 2012.pp.48-49.

26 Artigo 2º da Constituição da República em vigor: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

27 Artigo 4º da Lei n.12.376/10 - LRNB - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios gerais de direito*. (grifo nosso)

28 ALVIM, Agostinho. *Da equidade*, in Revista dos Tribunais, vol. 797, mar. 2002, pp. 767-770.

Exsurge do citado comando normativo, à primeira vista, maior amplitude deferida ao julgador na aplicação da norma. Nesse sentido, Paulo de Tarso Sanseverino apresenta sua contribuição:

Assim, a equidade, no direito atual, aparece com três funções básicas: a) substitutiva; b) integrativa; c) interpretativa. Na sua função substitutiva, atribui excepcionalmente poderes ao juiz para decidir com liberdade, afastando-se das normas legais e declarando a solução justa para o caso (CPC/39, art.114). Na sua função integrativa, a equidade constitui um instrumento posto caso a caso pela lei à disposição do juiz para especificação em concreto dos elementos que a norma de direito não pode resolver em abstrato. Finalmente, em sua função interpretativa, busca estabelecer um sentido adequado para regras ou cláusulas contratuais em conformidade com os critérios de igualdade e proporcionalidade.²⁹

Com a revogação do artigo 114 do CPC/39 pelo artigo 127 do CPC/74, conclui-se que, no direito processual civil brasileiro, a **equidade substitutiva** deixou de existir. O artigo 127 do CPC/74 se traduz na ideia de **equidade integrativa**. Entretanto, o festejado doutrinador acredita, que embora rara, ainda vigorante a equidade substitutiva- *verbis*: "A aceitação da equidade substitutiva é muito rara, pois representa uma quebra no sistema, gerando insegurança jurídica. Na maioria das hipóteses previstas no CC/2002, o legislador faz uso da equidade na sua função integrativa(...)." ³⁰

Apesar das distintas nomenclaturas utilizadas, concebe-se a identidade dos conceitos. Assim, equidade **corretiva**, equidade **integrativa** e equidade **legal** possuem a mesma definição, qual seja, são nomenclaturas que redundam para o mesmo significado: permissivo legal à utilização da equidade ao aplicador do direito para complementar o conteúdo normativo da Lei o que, *in abstracto*, por opção, ou real impossibilidade, o legislador não previu. **Não comungasse, assim, da posição segundo a qual equidade integrativa e integridade corretiva integrariam gêneros distintos, posto que ao integrar é possível corrigir; integrar é gênero do qual correção é espécie e, no sistema jurídico-brasileiro só poderá ocorrer se houver prévia, e expressa, previsão legal.**

Frise-se: a equidade valor, ou equidade judicial, não pode ser confundida com a equidade integrativa porque enquanto uma informa outros princípios de hermenêutica, esta apresenta outro conteúdo normativo à norma; corrige. Assim, se supre lacuna, integrando, ou se supre, corrigindo, não se trata de

29 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da Reparação Integral. São Paulo: ed.Saraiva:São Paulo. p.91.

30 _____, Princípio da Reparação Integral. São Paulo: ed.Saraiva:São Paulo. p.92.

equidade valor, ou judicial porque vai muito mais além. O aplicador do direito se investe de função legislativa, para aquele caso em concreto, e, por tal razão, sua aplicação deve ser extraordinária, antecedente e expressa.

Em síntese: o sistema jurídico brasileiro admite a equidade valor porque não é sistema normativo absolutamente fechado às valorações e interpretações necessárias à melhor adequação da justiça ao caso concreto. Contudo, a equidade integrativa, que complementa a norma abstrata, só pode ser aplicada se, e quando, o legislador prever, *in abstracto* (artigo 127 do CPC). Apenas nessa hipótese.³¹ Do contrário, haverá inversão da ordem legal e, em última análise, arbítrio, o que deverá ser, sempre, rechaçado pelos operadores do direito.³²

Aspectos dogmáticos e legais inerentes à equidade em cotejo com a praxe forense

Apesar da dogmática inerente à **equidade**, enquanto **valor**, ser muito clara, e bem sedimentada, a **equidade** enquanto instrumento hábil a suprir **lacunas** provoca verdadeira confusão, em todos os planos, principalmente nos foros em geral.

Constata-se, facilmente, em rápida pesquisa de arestos civis, a utilização da equidade, sob diversos prismas, objetivando apresentar justiça àquela hipótese em comento, à revelia de toda a dogmática aplicada na equidade enquanto instrumento para suprir lacunas, excepcional, e extraordinária ao comando legal previsto no artigo 4º da LRNB.³³

Assim, ora seu comando é confundido com o artigo 5º da LRNB-Lei n.12.376/10- para legitimar a ampla e irrestrita aplicação da equidade a várias situações concretas, ora seu comando é confundido com o teor de um princípio geral do direito para legitimar sua aplicação com base no artigo 4º do mesmo diploma normativo. **Em ambas situações afere-se erro do exegeta.**

Já ensinava Washington de Barros Monteiro:

Contudo, não é sempre que o magistrado pode se socorrer da equidade, que, modernamente, está no próprio direito e não fora dele. Ele só pode fazê-lo quando expressamente autorizado pelo legislador. "O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei" (Cód.Proc.Civil, art.127). **Sem**

31 Muito apropriada a síntese de Carlos Roberto Gonçalves: "Fora dos casos expressamente previstos, o juiz não pode julgar por equidade. Se a lei não dispõe, expressamente, que a culpa ou o dolo podem influir na estimativa das perdas e danos, o juiz estará adstrito à regra que manda apurar todo o prejuízo sofrido pela vítima, em toda a sua extensão, independentemente do grau de culpa do agente. E, ainda que o resultado se mostre injusto, não estará autorizado a decidir por equidade. GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 14ª ed. São Paulo: ed.Saraiva.2012.p.569.

32 A jurisprudência do STJ bem sintetizou a questão: "(...) a proibição de que o juiz decida por equidade, salvo quando autorizado por lei, significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça. Não há de ser entendida, entretanto, como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no art.5º da Lei de Introdução." RSTJ 83/168.

33 Artigo 4º da Lei n.12.376/10 - LRNB - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

autorização legal explícita, porém, não pode o julgador, *motu próprio*, servir-se da inspiração social da equidade; se ele se ativesse às suas concessões pessoais, teria consagrado a equidade cerebrina, merecedora de tantas censuras, por ser indumentária vistosa com que o arbítrio se disfarça nos pretórios. (grifos nossos)³⁴

Em outra passagem, o festejado doutrinador registra o que restava consolidado nos Tribunais, à época:

A jurisprudência tem assentado a seguinte orientação:a) diante de texto expresso, descabe a invocação à equidade; b) a equidade, como ideal ético de justiça, deve entrar na formação mesma da lei. **Não pode, porém, o juiz modificar a lei sob cor de humanizar e inspirar-lhe os influxos da equidade. Só está autorizado a decidir por equidade na ausência da lei;** c) a equidade recomenda-se quando o texto legal não propicia clara exegese; mas ela não pode ser invocada para inutilizar e revogar preceito claro de lei, ou condições e normas livremente aceitas pelas partes; d) a equidade não pode ser invocada para enfrentar exigências, quer ditadas por necessidade da vida coletiva, quer estabelecidas pelos interesses superiores do Estado, expressamente consignadas pelo mandamento legal.³⁵(grifos nosso)

O Direito Português, em vanguarda, optou por estabelecer limites à equidade:

Valor da Equidade. Os tribunais só podem resolver segundo a equidade: a) Quando haja disposição legal que o permita; b) Quando haja acordo das partes e a relação jurídica não seja indisponível; c) Quando as partes tenham previamente convencionado o recurso à equidade, nos termos aplicáveis à cláusula compromissória".³⁶

Anseia-se que a equidade seja corretamente aplicada, isto é, que seja aplicada de forma excepcional, tão-somente, quando a lei expressamente

34 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. parte geral. São Paulo: ed.Saraiva. 1996.p.44
35 _____, *Curso de Direito Civil*. parte geral. São Paulo:Ed.Saraiva. 1996.p.45

36 Código Civil Português- Decreto-Lei n. 47344, de 25 de novembro de 1966, artigo 4º

autorizar a sua aplicação. É como se fosse o Estado-legislador, convencido de que não haveria, abstratamente, condições de prever todas as situações, delegando essa tarefa ao aplicador, mas sempre de forma expressa, e em caráter excepcional.

Visto isso, reafirma-se que o sistema civil brasileiro não admite a aplicação do Princípio da Equidade Integrativa (corretiva/legal) irrestritamente devendo ser prevista, expressamente, pelo legislador.

Referências Bibliográficas:

- ALVIM, Agostinho. *Da equidade*, in Revista dos Tribunais, vol. 797, mar. 2002.
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por Equidade no Código Civil*. 2ªed. São Paulo. 2ªed. ed. Atlas. 2003.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3ªed. São Paulo:ed. Atlas. 2011.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao Novo Código Civil*. vol. XIII. Rio de Janeiro:ed. Forense. 2004.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da Língua Portuguesa*.
- FIUZA, Ricardo e SILVA, Regina Beatriz (coords) Tavares da. *Código Civil Comentado*. 8ªed. São Paulo: ed. Saraiva. 2012.
- FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: ed. Saraiva. 1988.
- FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: ed. Forense. 2001.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro - parte geral*. São Paulo:ed. Saraiva. 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14ª ed. São Paulo: ed. Saraiva. 2012. RSTJ 83/168.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ªed. Rio de Janeiro: ed. Forense. 2003.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni in SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte:ed. Del Rey. 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil-v.I.* 5ª ed. Rio de Janeiro: editora Forense.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v.4. 20ª edição. São Paulo: Saraiva. 2008.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*. São Paulo: ed. Saraiva: São Paulo.
- SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo:ed. Saraiva. 1974.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. parte geral*. São Paulo:ed. Atlas. 2001.

Artigo 2º da Constituição da República em vigor: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Artigo 4º da Lei n.12.376/10 - LRNB - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Artigo 5º da Lei n.12.376/10 - LRNB - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Artigo 114 do Código de Processo Civil: Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador.

Lei n.12.376, de 30/12/10 - Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro derogando à antiga expressão oriunda do Decreto-Lei n.4657, de 04 de setembro de 1942:Lei de Introdução ao Código Civil.

CÓDIGO CIVIL 2002 - Lei n.10.406, de 10 Janeiro de 2002.

Artigo 944 - A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único- se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, **equitativamente**, a indenização.