VALTER CHRISTOFOLETTI JUNIOR

**A TRANSFORMAÇÃO DO CONCEITO DE EQUIDADE NO
DIREITO OCIDENTAL E SEUS REFLEXOS NO DIREITO
CIVIL E PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Eduardo Tomasevicius Filho

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2014

VALTER CHRISTOFOLETTI JUNIOR

**A TRANSFORMAÇÃO DO CONCEITO DE EQUIDADE NO
DIREITO OCIDENTAL E SEUS REFLEXOS NO DIREITO
CIVIL E PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração História do Direito, sob a orientação do Professor Doutor Eduardo Tomasevicius Filho.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2014

Autorizo a reprodução e divulgação deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Serviço de Biblioteca e Documentação

Christofoletti Junior, Valter

A transformação do conceito de equidade no direito
ocidental e seus reflexos no direito civil e
processual civil brasileiro / Valter Christofoletti
Junior; orientador Eduardo Tomasevicius Filho -- São
Paulo, 2014.

145 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade
de São Paulo, 2014.

1. Direito Civil. 2. História do Direito. 3.
Equidade. I. Tomasevicius Filho, Eduardo, orient.
II. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Resultado:_____

Data:__/__/____

COMISSÃO JULGADORA:

Prof. Dr. Eduardo Tomasevicius Filho

(Membro)

(Membro)

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Universidade de São Paulo, em especial à Faculdade de Direito, pela oportunidade que me foi dada de usufruir, na condição de mestrando, da estrutura dedicada ao programa de pós-graduação desta renomada instituição de ensino.

Agradeço ao meu orientador, Professor Eduardo Tomasevicius Filho, pela calorosa recepção, pelos valorosos ensinamentos, pelo apoio e, acima de tudo, pela paciência e compreensão, que são características peculiares aos grandes mestres.

Agradeço aos professores das disciplinas que cursei ao longo do mestrado: Ignacio Maria Poveda Velasco; Maria Cristina da Silva Carmignani; José Rogério Cruz e Tucci; José Rubens de Moraes; Carlos Alberto Dabus Maluf; Rui Geraldo Camargo Viana; Cíntia Rosa Pereira de Lima; Álvaro Villaça Azevedo; José Luiz Gavião de Almeida; José Fernando Simão; Jorge Shiguemitsu Fujita; Marcelo de Almeida Villaça Azevedo.

Agradeço à equipe do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em especial, à Iris e ao Rafael, pelo carinho e atenção que me foram dispensados.

E, por fim, agradeço à minha esposa, Mariane, pelo carinho, apoio e compreensão, ao longo destes três anos de estudo e dedicação.

Valter Christofolletti Junior. A transformação do conceito de equidade no direito ocidental e seus reflexos no direito civil e processual civil brasileiro. 2014. 145 f. Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

RESUMO

Esta dissertação versa sobre a importância e a transformação do conceito de equidade no direito ocidental ao longo da história e seus reflexos no direito civil e processual civil brasileiro contemporâneo, a partir da metodologia desenvolvida por Reinhart Koselleck em sua história dos conceitos. Em síntese, a história dos conceitos – *Begriffsgeschichte* – propõe investigar a semântica dos conceitos fundamentais a uma determinada experiência histórico-temporal e, nesta medida, dedica-se ao conceito e à terminologia plasmados na experiência que se estuda e aos termos e conceitos a ela correlatos, que revelam algum grau de conteúdo significativo – *Bedeutungsgehalt* – em termos político-sociais. A equidade se apresenta como objeto complexo de estudo, o que se confirma por sua polissemia e perpetuidade no curso dos séculos, e sua correlação com o ideal de justiça é uma constante. Destarte, em atenção aos limites físicos e temporais desta dissertação, os esforços foram concentrados no estudo de seis casos principais sobre equidade, que possibilitam identificar suas raízes – a partir dos conceitos de *ἐπιείκεια* para Aristóteles e *aequitas* para os juristas romanos – e alcançar seu significado – ou significados – no direito civil e processual civil brasileiro hodierno.

Palavras-chave: Equidade – *ἐπιείκεια* – *Aequitas* – Justiça – História dos Conceitos – Reinhart Koselleck – Direito Civil e Processual Civil Brasileiro.

Valter Christofolletti Junior. The transformation of the concept of equity in law in the western world and its reflection in Brazilian civil law and civil procedural law. 2014. 145 p. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2014.

ABSTRACT

This dissertation discusses the importance and the transformation of the concept of equity in law in the western world throughout history and its reflections in contemporary Brazilian civil law and civil procedural law, based on the methodology developed by Reinhart Koselleck in his conceptual history. In short, the conceptual history – *Begriffsgeschichte* – proposes to investigate the semantics of fundamental concepts to a particular historical and temporal experience and, therefore, it is dedicated to the concept and the terminology embodied in the experience studied and to the terms and concepts correlated to it, which reveal some degree of meaningful content – *Bedeutungsgehalt* – in political and social terms. The equity is presented as a complex object of study, which is confirmed by its polysemy and perpetuity over the centuries, and its correlation to the ideal of justice is a constant. Thus, considering the physical and temporal limitations of this dissertation, efforts were concentrated on the study of six major cases of equity, which enable the identification of its roots – from the concepts of *ἐπιείκεια* to Aristóteles and *aequitas* to Roman jurists – and achieve their meaning – or meanings – in current Brazilian civil law and civil procedural law.

Keywords: Equity – *ἐπιείκεια* – *Aequitas* – Justice – Conceptual History – Reinhart Koselleck – Brazilian Civil Law and Civil Procedural Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
PRIMEIRA PARTE: A TRANSFORMAÇÃO DO CONCEITO DE EQUIDADE NO DIREITO OCIDENTAL	14
1. Antiguidade clássica.....	14
1.1. As raízes da equidade no direito ocidental	14
1.2. Aristóteles e o período socrático	17
1.3. Justiça e <i>ἐπιείκεια</i> em Aristóteles.....	20
1.4. Roma: influência grega, sofisticação e ciência do direito	31
1.5. A <i>ars</i> pretoriana e a <i>aequitas</i> romana nos períodos clássico e pós-clássico do direito	33
1.6. <i>ἐπιείκεια</i> , <i>aequitas</i> e equidade: peculiaridades e afinidades.....	40
2. Idade Média.....	43
2.1. O direito romano e o direito canônico na Baixa Idade Média.....	43
2.2. O estudo e o ensino do direito na Baixa Idade Média: as contribuições de Bártolo de Sassoferrato e Tomás de Aquino.....	47
3. Modernidade e Contemporaneidade.....	58
3.1. A equidade Bartolina.....	58
3.2. O <i>Code Civil des Français</i>	68
SEGUNDA PARTE: A EQUIDADE NO DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	77
4. Acepções e funções da equidade segundo a doutrina.....	77
5. A equidade no direito civil e processual civil brasileiro	89
5.1. Visão panorâmica da equidade no direito civil brasileiro	89
5.2. O Código Civil de 2002	104
5.2.1. O dever de indenizar	104
5.2.2. Responsabilização do incapaz	106
5.2.3. Fixação do quantum indenizatório	109
5.2.4. Culpa concorrente	113
5.2.5. Injúria, difamação e calúnia	115
5.2.6. Ofensa à liberdade pessoal	118
5.2.7. Cláusula penal	119
5.2.8. Resolução do contrato	122
5.2.9. Transporte de pessoas.....	123
5.3. O <i>iudex</i> e o <i>praetor</i> no sistema <i>per formulas</i> romano e o juiz no processo civil brasileiro ..	125

CONSIDERAÇÕES FINAIS	130
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	136

INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça, em recente acórdão¹, manteve decisão de segunda instância proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que determinou o *quantum* indenizatório devido aos familiares de vítimas envolvidas em um acidente de helicóptero. Sem ter a pretensão de mensurar o sofrimento das famílias envolvidas, o valor indenizatório do dano moral ocasionado foi estabelecido em termos equânimes, em atenção às condições de cada um dos familiares envolvidos, conforme os preceitos consagrados no Código Civil de 2002.

Em seu voto, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho enfatiza que a justa medida da indenização se ampara no juízo de ponderação do julgador entre “a dor suportada pelos familiares e a capacidade econômica de ambas as partes – além da seleção de um critério substancialmente equânime.”²

Destarte, entende-se que compete ao juiz estabelecer uma proporção entre o grau da culpa e o dano ocasionado, afastando-se do princípio da indenização ilimitada – incisos V e X, art. 5º, da Constituição Federal –, mas, por outro lado, aproximando-se da garantia constitucional de uma sociedade justa e solidária – inciso I, art. 3º, da Constituição Federal –, o que se dá por meio da equidade e em nome da justiça.

O referido acórdão aguça a curiosidade do jurista a respeito desta alegada equidade e, certamente, convida-o a refletir sobre a origem, o alcance, os múltiplos significados e as diversas denominações deste milenar instituto, que encontra suas raízes na Antiguidade Clássica greco-romana.

Destarte, impõe-se, como *conditio sine qua non* a esta reflexão, a busca de elementos que possibilitem determinar o quão próxima ou distante a equidade brasileira hodierna – enquanto resultado de um processo de evolução ou de transformação conceitual – está do conceito original de equidade, o que, naturalmente, demanda o estudo das principais

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1.127.913, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJe 05/08/2014. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 19 out. 2014.

² Ibid., p. 8.

acepções assumidas pela equidade ao longo da história do direito ocidental.

E, para tanto, parte-se da Antiguidade Clássica greco-romana e se caminha, ao longo do tempo, pelas principais culturas europeias – como França, Itália, Alemanha e Espanha – que contribuíram substancialmente para a formação do direito luso-brasileiro. E é nesta acepção mais restrita que aqui se utiliza a expressão direito ocidental

Pesquisa que não se justifica apenas pelo magnetismo peculiar ao saber, mas também por razões de ordem prática, pois a correta compreensão de um instituto em sua origem e o seu rastreamento no curso dos séculos são medidas que evitam equívocos e norteiam a reflexão do estudioso.

Medidas adequadas ao objeto desta dissertação, que se caracteriza pela riqueza de vernáculos e significados, que ora se aproximam, ora se distanciam, uns dos outros, dando cor e sabor a este estudo, mas exigindo do pesquisador cuidado redobrado.

Pretende-se aferir também o papel reservado à equidade diante de um fenômeno jurídico-social que se intensificou no Brasil com o término da ditadura militar e que encontrou guarida nos princípios da Constituição Federal de 1988, a saber: a consagração dos direitos e garantias fundamentais.

Atualmente, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana– inciso III, art. 1º, da Constituição Federal – e da garantia de uma sociedade justa e solidaria – inciso I, art. 3º, da Constituição Federal –, vários são os direitos assegurados ao homem, o que, em determinados momentos da história do mundo ocidental, foi feito sob a égide do direito natural.

E, como será demonstrado, tanto a *ἐπιείκεια* aristotélica quanto a *aequitas* romanas estiveram, cada qual em seu tempo e lugar, ligadas a um suposto direito natural. Desta feita, resta saber, em que medida a equidade contribui para a materialização deste princípio no direito brasileiro contemporâneo.

Não menos importante é a reflexão acerca da relação entre equidade e justiça, ou seja, o querer saber se há ou não elementos que as conectam e em que medida aquela se inspira nesta, caso seja desta natureza a relação entre elas. É fato que a *ἐπιείκεια* aristotélica e a *aequitas* romana foram próximas à ideia de justiça, mas resta aferir como e em que medida esta proximidade – quiçá identidade – foi transmitida aos futuros conceitos de equidade.

Deve-se verificar ainda se as dimensões atribuídas à equidade a fazem virtuosa diante da necessidade de se conciliar as diferentes dinâmicas existentes entre o direito vigente e a realidade social num determinado momento histórico. Aqui, pretende-se descobrir, por exemplo, se a *aequitas* romana do período clássico foi essencial ao pretor no regular exercício de sua *ars*, ou seja, se ela efetivamente contribuiu para a criação de um novo direito em substituição ao antigo *ius civile*, que já não mais atendia às necessidades socioeconômicas de uma República – posteriormente, Império – em franca expansão.

Transposta a imensa distância temporal e cultural que separa o conceito atual de equidade do conceito de *aequitas*, interessa a este estudo saber se a hodierna relação entre equidade, direito e realidade está condizente às necessidades socioeconômicas contemporâneas, isto é, se a atual amplitude atribuída à equidade se justifica diante das responsabilidades do legítimo intérprete e aplicador do direito, o que demanda prévio conhecimento de suas dimensões e feições.

Ainda nesta seara, diante das diferentes dinâmicas supramencionadas, questiona-se se a decisão por equidade poderia ser utilizada como meio eficiente de se superar eventual diacronia entre o direito objetivo e a realidade social vivenciada.

Por fim, resta saber se as recentes alterações ocorridas na legislação brasileira – inspiradas em uma visão valorativa ético-social do direito – ampliaram a margem de decisão reservada ao julgador, que, por consequência, poderia se valer da equidade – de forma singela ou ostensiva – como instrumento apto a assegurar decisões condizentes com o espírito do direito.

Mudanças que também desafiam o estudioso a desvendar o que faz da equidade uma entidade jurídica que, a despeito das constantes transformações ocorridas na história do direito ocidental, recorrentemente esteve presente e, como regra, associada à ideia de justiça.

Desta feita, especula-se se a previsão do uso da equidade no Código de Defesa do Consumidor, na Lei de Arbitragem, no Juizado Especial Civil e no Código Civil de 2002, indicaria o início de uma nova era para o instituto no âmbito do direito civil e em que medida isto impactaria a segurança jurídica, enquanto valor fundamental ao ordenamento jurídico vigente.

Em linhas gerais, estes são os desafios que motivam esta pesquisa, mas resta saber

como ela será realizada e quais serão os seus limites, visto que vasto é o campo de trabalho e escasso o tempo.

Assim, tendo como desiderato obter as respostas para estas e outras questões que poderão surgir durante as pesquisas, a presente dissertação se concentrará no estudo do conceito de equidade, especificamente, em sua transformação no direito ocidental e em sua acepção – ou acepções – no direito civil e processual civil brasileiro contemporâneo.

Ao contrário do que possa parecer ao observador externo, o tema permanece atual e relevante para o estudo do direito brasileiro, pois a equidade poderia se apresentar como forma de superação das ocasionais dissonâncias inerentes à dinâmica entre segurança jurídica – promovida pela previsão de determinados parâmetros comportamentais em lei geral e abstrata – e justiça do caso concreto.

Indubitavelmente, as leis escritas são fundamentais à regulação da vida em sociedade e à manutenção do próprio sistema jurídico, na medida em que dão corpo e previsibilidade ao ordenamento jurídico vigente em um Estado Democrático de Direito, mas, por outro lado, às vezes, não asseguram aquilo que lhes dá alma e sentido, ou seja, a justiça.

Contudo, conforme o acima exposto, a plena compreensão do conceito contemporâneo de equidade demanda prévio estudo e paciente reflexão sobre sua existência pregressa, pois a polissemia do referido vocábulo deixa transparecer sua complexidade e permite ao estudioso pressentir sua persistência temporal – o que não significa necessariamente estabilidade –, a qual é confirmada pela história.

A contemplação da linha imaginária entre passado, presente e futuro convida o estudioso a refletir se houve transformação ou evolução contínua da equidade, o que, certamente, dificulta a legitimação hodierna do instituto a partir de seu passado, exigindo, assim, cuidados especiais e metodologia adequada ao estudo de sua diversidade terminológica e semântica, que são facilmente percebidas a partir da observação histórica da linguagem.

A linguagem – simbólica ou escrita – está presente desde tempos remotos na vida em sociedade, sendo imprescindível à existência do próprio direito, enquanto fato institucional que com ela interage e por meio dela se expressa.

Desta feita, em um primeiro momento, tempo e energia serão dedicados ao estudo

histórico da equidade, como forma de se compreender plenamente o objeto desta dissertação. O foco será sobre a transformação terminológica e semântica da entidade ao curso dos séculos, com o objetivo de capturar os elementos que distanciaram, assim como os que aproximaram, os seus diversos conceitos históricos, e, para tanto, adotar-se-á a metodologia prelecionada por Reinhart Koselleck em sua história dos conceitos.

A proposta metodológica da história dos conceitos – *Begriffsgeschichte* – consiste, em síntese, na investigação da semântica dos conceitos fundamentais a uma determinada experiência histórico-temporal. As análises não se restringem ao conceito e à terminologia plasmados na experiência que se estuda, mas abrangem também os termos e conceitos a ela correlatos, que pressupõem algum grau de conteúdo significativo – *Bedeutungsgehalt* – em termos político-sociais.³

A partir das experiências do passado, os conceitos ganham forma e passam a refletir, por meio da linguagem, a realidade social, política e econômica percebida pelo homem em um dado momento histórico, ao mesmo tempo em que influenciam e são influenciados pelas expectativas do futuro, o que gera, no presente, singular dinâmica entre passado e futuro e pode, inclusive, resultar na revisão dos conceitos antes consolidados.

Na primeira parte desta dissertação, predominarão os documentos e textos históricos – com especial atenção às fontes primárias –, assim como os estudos desenvolvidos por renomados autores acerca dos conceitos de equidade e outros temas considerados pertinentes à pesquisa.

Serão priorizadas as fontes jurídicas, no entanto, há casos em que, por escassez ou relevância, serão adotadas fontes diversas, como as de natureza filosófica e literária amplamente utilizadas no estudo da *ἐπιείκεια* aristotélica.

Uma vez concluído o estudo histórico do conceito de equidade, os esforços se voltarão para a execução da segunda parte desta dissertação, que busca a plena compreensão do papel reservado a equidade no direito brasileiro contemporâneo, especificamente, no que tange ao direito civil e processual civil, no intuito de prestar legítima contribuição ao entendimento da realidade jurídica brasileira.

³ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Tradução do original alemão de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Revisão da tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, Ed. PUC-Rio, 2006, p. 16-17.

Pretende-se, então, desvendar se há ou não um consenso a respeito do significado e alcance da equidade, buscando elementos na legislação, na doutrina e na jurisprudência – ou ao menos indícios – de suas possíveis acepções: integrativa, substitutiva, interpretativa e outras.

Contudo, em atenção aos vinte e cinco séculos de história que separam a *ἐπιείκεια* aristotélica da equidade brasileira hodierna e aos limites físicos e temporais desta dissertação, os esforços serão concentrados no estudo de seis casos sobre equidade.

Cada caso corresponderá a um determinado entendimento jurídico – ou filosófico – devidamente contextualizado em seu respectivo momento histórico. Serão estudadas: a *ἐπιείκεια* aristotélica; a *aequitas* romana sob a perspectiva da *ars* pretoriana; a equidade para Tomás de Aquino; a equidade – ou melhor, sua ausência – no *Code Civil des Français*; a denominada equidade Bartolina; e a equidade no Código Civil brasileiro de 2002.

O estudo da *ἐπιείκεια* aristotélica e da *aequitas* romana se impõe como medida imprescindível à adequada compreensão da equidade em sua plenitude, pois aqui estão as raízes deste instituto. Na Antiguidade Clássica greco-romana residem os elementos essenciais à compreensão da equidade hodierna, seja como resultado de um processo evolutivo, seja como resultado de uma transformação.

Inclusive, o conceito aristotélico de equidade – *ἐπιείκεια* – será resgatado por Tomás de Aquino, que, a partir da conciliação das diversas fontes disponíveis na Baixa Idade Média – o que inclui, além da filosofia aristotélica, o direito romano e o direito canônico –, apresentará seu conceito de equidade. Outro caso que se impõe, pois a importância da obra tomista é inquestionável e seu legado, como se sabe, inclui temas como direito e justiça.

Séculos depois, deslocada de seu contexto original – Baixa Idade Média – e inserida no Reino de Portugal setecentista, a denominada equidade Bartolina ressurge como forma de se superar injustiças no processo sucessório da enfiteuse. Como o próprio nome permite antever, foi contribuição original do comentador Bártolo, mas que, neste estudo, revelará sua importância para o direito luso-brasileiro alguns séculos mais tarde, especificamente, durante a vigência da denominada Lei da Boa Razão.

Ainda na transição entre as Idades Moderna e Contemporânea, ganha corpo e expressão o processo de codificação do direito. E, ao lado do denominado jusnaturalismo

racionalista, surge o positivismo jurídico. Neste período, a escola francesa da exegese se consolida em contraponto à pandectística germânica.

Constata-se, então, a primazia do direito legal – do direito posto –, que cuida dos assuntos sociais em categorias jurídicas previamente estabelecidas, afastando, assim, sobremaneira a equidade do direito. Aqui se insere o estudo do *Code Civil des Français*, que será concebido neste cenário de conflito entre o jusnaturalismo racionalista e o positivismo jurídico.

Por fim, a partir do estudo das raízes históricas da equidade, pretende-se alcançar seu significado – ou significados – no direito civil e processual civil brasileiro. Tarefa árdua, mas gratificante, pois complexo e perene é o objeto deste estudo, o que se percebe por sua polissemia e perpetuidade no curso dos séculos, mas nobre é a sua vocação: preservar o espírito do direito, isto é, a justiça.

PRIMEIRA PARTE: A TRANSFORMAÇÃO DO CONCEITO DE EQUIDADE NO DIREITO OCIDENTAL

1. Antiguidade clássica

1.1. As raízes da equidade no direito ocidental

O direito sempre esteve presente na vida em sociedade, desde a antiguidade até os dias atuais. No começo, a simbologia, enquanto forma de linguagem figurativa, permeou os mitos, que não apenas povoaram o imaginário do homem, mas também refletiram os valores sociais e influenciaram os padrões comportamentais da época. Com efeito, as figuras mitológicas participaram decisivamente do processo de formação cultural – o que inclui o direito – das populações que as adotaram.

Segundo a mitologia grega, *Zeus* deu aos reis o cetro e a *Thémis*, sendo esta uma divindade que personificava a lei e, como lei divina, atribuía aos reis e senhores o poder de definir, seja com base nos costumes, seja conforme a própria consciência, as normas a serem observadas.⁴ Assim, nos tempos primitivos, prevaleceu a crença na legitimidade divina dos reis e senhores para definir o direito na *polis*.

Díkê – filha de *Zeus* com *Thémis* – nasceu como outra divindade representativa do direito, mas no contexto processual e com o sentido de dar a cada homem o que lhe é devido.⁵

⁴ JAEGER, Werner Wilhelm. **Paideia: los ideales de la cultura griega**. Traducción de Joaquín Xirau y Wenceslao Roces. 2ª edición, 23ª reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 106.

⁵ Ibid., loc. cit.

E, ao longo do tempo, esta nova divindade se desenvolveu no seio da *polis*, assumindo feições próprias, que a distanciaram de *Thémis*: esta, como acima foi dito, revelava-se na autoridade e legitimidade divinas do direito; aquela se revelou no equilíbrio, na isonomia, na justiça enquanto igualdade,⁶ e acabou por gozar de maior popularidade.⁷

Em Roma – que sofreu forte influência da cultura helênica – também houve uma linhagem divina representativa do direito, que partiu de *Iupiter* e, já na República, chegou à *Iustitia*,⁸ a qual, recorrentemente, é comparada à deusa grega *Díkê*.

Díkê e *Iustitia* foram, indubitavelmente, símbolos complexos representativos do direito e, dentre os seus elementos constitutivos, figurava o que hoje se entende como *símbolo real* do direito: uma balança com dois pratos nivelados e o fiel – quando existente – perfeitamente a prumo – *de + rectum* –,⁹ o que transmite ao observador a ideia de equilíbrio, igualdade, isonomia, ou seja, de direito.

Direito que promove a segurança jurídica, especialmente por meio da previsão em lei de determinados parâmetros comportamentais socialmente desejados e aceitos¹⁰ – como exemplo peculiar à antiguidade: os anseios da plebe romana e a Lei das XII Tábuas –, e preserva a justiça, como princípio aglutinador do universo moral humano e, nesta medida, razão de ser do próprio direito.¹¹

Sob este prisma, as leis são garantidoras da segurança jurídica necessária ao direito e desejada pela sociedade, mas nem sempre levam justiça ao caso concreto. E a justiça, evidentemente, não pode ser relegada a segundo plano, sob pena de esvaziamento do próprio direito.

Diante destes fatos, na Antiguidade Clássica, a *ἐπιείκεια* grega e a *aequitas*

⁶ JAEGER, 2012, p. 107-108.

⁷ CRUZ, Sebastião. **Ius. Derectum (Directum): Dereito (Derecho, Diritto, Droit, Direito, Recht, Right, etc.).** 1ª edição, 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 27.

⁸ Ibid., p. 28-29.

⁹ Ibid., p. 24-25. A título de curiosidade, vale destacar que a balança também está presente em outras divindades gregas e romanas, como *Thémis* e *Iupiter*.

¹⁰ Não obstante o poder coercitivo da lei, é interessante notar que as pessoas, como regra, tendem a se comportar segundo padrões previamente definidos, pois a repetição de comportamentos esperados funciona como garantia à aceitação social, o que não implica, é claro, na impossibilidade de alterações comportamentais. BAUMAN, Zygmunt. **Vida em fragmentos: sobre ética pós-moderna.** Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 23-24.

¹¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 328.

romana surgiram como alternativa à imediata subsunção do fato – singular por suas circunstâncias – à lei – preceito de caráter geral e abstrato –, e, em certa medida, expressaram a igualdade e a justiça, concretizando assim o ideal contido no *símbolo real* do direito acima mencionado.

No entanto, a importância e o significado dos termos acima oscilaram conforme o tempo e a cultura na qual se inseriram. Vocábulo polissêmico, desde a antiguidade grega, a equidade – neste caso como *ἐπιείκεια* e suas variações gramaticais – esteve associada à ideia de justiça¹² e diversos foram os filósofos e, posteriormente, juristas que se dedicaram ao seu estudo.

Arnaldo Biscardi preleciona que, nas obras *Ilíada* e *Odisseia* de Homero, o termo *ἐπιεικής* está presente como variação linguística do vocábulo *ἐπιείκεια*, neste caso, assumindo o sentido de apropriado, oportuno e conveniente. Em Heródoto, *ἐπιεικής* está associada ao justo e ao equitativo, contrapondo-se ao rigor da justiça em abstrato diante do caso concreto.¹³

Já os filósofos Demócrito e Hipócrates, assim como o poeta Hesíodo, utilizaram-se tanto da expressão *ἐπιείκεια* quando da *ἐπιεικής* em um sentido lógico e moral,¹⁴ e, naturalmente, o tema também seria objeto das especulações filosóficas de Platão e Aristóteles.

Platão, como regra, adotou os termos *ἐπιείκεια* e *ἐπιεικής* em seus sentidos genéricos, mas não deixou de apresentar uma definição clara para o vocábulo *ἐπιείκεια*, entendendo-o como predisposição em ceder os próprios direitos e interesses, moderação nas relações humanas e adequada atitude da mente – alma – racional diante do bem e do mal.¹⁵

Contudo, sem sombra de dúvida, foi Aristóteles quem desenvolveu substancialmente o tema, dedicando tempo e energia ao estudo da equidade – *ἐπιείκεια* –, do equitativo – *ἐπιεικής* ou *ἐπιεικής* – e da relação destes termos com a ideia de justiça. Portanto, as especulações filosóficas de Aristóteles são o ponto ideal de partida para este estudo.

Já no período clássico do direito romano, a simples, mas elegante, definição do direito como a arte do bom e do justo – presente no *Liber Primus* do Digesto de Justiniano –

¹² BISCARDI, Arnaldo. **Scritti di Diritto Greco**. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1999, p. 287. (Università Degli Studi di Milano – Facoltà di Giurisprudenza – Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Romano – 34).

¹³ Ibid., p. 288.

¹⁴ Ibid., loc. cit.

¹⁵ Ibid., p. 288-289.

convida o estudioso a refletir sobre a importância atribuída à equidade – *aequitas* – e sobre sua relação com a ideia de justiça: “iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.”¹⁶

À época, Roma se consolidava como uma potência e exercia seu domínio político, econômico e militar, sobre toda a bacia do Mediterrâneo, enquanto sua cultura se misturava a dos povos conquistados, o que ocasionou uma espécie de simbiose cultural.¹⁷

Diante desta nova realidade socioeconômica, um novo direito era necessário. E, indubitavelmente, esta tarefa foi executada com maestria pelo pretor romano, que superou os entraves do *ius civile* por meio do *ius gentium* e dos *ius honorarium*, corrigindo, assim, as iniquidades do antigo direito vigente.¹⁸

A história do direito no mundo ocidental segue seu curso e a equidade a acompanha, assumindo, no período pós-clássico do direito romano, um novo sentido, que a aproximou dos valores essenciais ao Cristianismo¹⁹ e que a marcou como razão de ser do direito na Idade Média.²⁰

1.2. Aristóteles e o período socrático

No seio da *polis*, especialmente em Atenas, as especulações filosóficas ganharam

¹⁶ **D.1.1.1pr.**

¹⁷ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 6ª edição portuguesa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 87.

¹⁸ GIORDANI, Mário Curtis. **Iniciação ao direito romano**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 10.

¹⁹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2007. Volume único, p. 82-83. BIONDI, Biondo. **Istituzioni di Diritto Romano**. Ristampa Inalterada della quarta edizione ampliata ed aggiornata. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1972, p. 63.

²⁰ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A equidade no Código Civil brasileiro**. Revista CEJ. Brasília, n. 25, p. 20, abr./jun.2004.

cor e sabor em uma intensidade ímpar à época antiga, graças aos estudos de filósofos como Sócrates (469-399 a.C.), que, através de seu método maiêutico de obtenção da verdade, construiu toda uma filosofia direcionada ao homem em sociedade.²¹ Assim, é possível afirmar que a filosofia socrática – caracterizada pela ação política educativa – marcou em definitivo a passagem do pensamento cosmológico para o antropológico.²²

Platão (427-347 a.C.) segue os passos do mestre, mas sem se dedicar à ação política educativa, em vez disso, concentra-se – inserido em sua Academia – no ideal especulativo de raciocínio filosófico, isto é, na teoria – *θεωρία*. Há, assim, uma espécie de ruptura, que foi provavelmente ocasionada pela condenação de Sócrates a beber cicuta.²³

Entretanto, naquele momento, afastar-se da ação política não significou, necessariamente, abandonar em definitivo o papel de educador – e mesmo de governante – idealmente reservado aos filósofos,²⁴ assim como não apartou Platão dos problemas da *polis* grega e, de forma alguma, de questões fundamentais como justiça, lei, e alma. À época, moral e direito estavam intimamente relacionados.²⁵

Ao século de Péricles se contrapôs a oligarquia dos Trinta Tiranos.²⁶ A derrota da Liga de Delfos na Guerra do Peloponeso (431- 404 a.C.) foi um duro golpe desferido contra a cidade-estado de Atenas, que amargurou o fim de seu sonho hegemônico e presenciou o enfraquecimento do espírito cívico de seus cidadãos.²⁷

Neste cenário – ao longo do século IV a.C. –, ganha corpo um intenso e extraordinário desenvolvimento intelectual, que busca, especialmente por meio da educação, resgatar a Atenas dos tempos áureos.²⁸ Contudo, não obstante a nobreza e a grandiosidade dos esforços intelectuais empreendidos, Atenas e outras cidades gregas acabariam subjugadas por Filipe II em 338 a.C., com o início do período de hegemonia da Macedônia sobre a península.

²¹ JAEGER, 2012, p. 426.

²² BITTAR, Eduardo C. B. **A justiça em Aristóteles**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2005, p. 1-2.

²³ Ibid., p. 3.

²⁴ Platão, em *A República*, reserva singular papel aos filósofos, o que fica claro em diversas passagens. Neste sentido, apenas como exemplo: “I. – Pois bem, Gláucon! Estamos de acordo nestes pontos, a saber, que numa cidade administrada com perfeição, (...) são reis os que se mostraram como os melhores na filosofia e na guerra.” PLATÃO. **A República**. 13ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, Livro VIII, 543a.

²⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1986, p. 624-626.

²⁶ BETTALLI, Marco. Il modello anomalo: Atene e la polis democratica. In: ECO, Umberto (Coord.) **L’Antichità – Grecia**. Milano: EncycloMedia Publishers s.r.l., 2012, p. 112-117.

²⁷ BITTAR, op. cit., p. 18.

²⁸ JAEGER, op. cit., p. 381-388.

E, em meio a este turbilhão, destaca-se a figura singular de Aristóteles (384-322 a.C.), que, por aproximadamente vinte anos, foi discípulo de Platão em sua Academia.

O artista renascentista Raffaello Sanzio – em seu magnífico afresco *Scuola di Atene*, localizado no Palácio Apostólico, no Vaticano – retrata, com singular maestria, diversos expoentes da filosofia grega, dentre os quais, Platão e Aristóteles, que figuram como personagens centrais do *Affresco di Raffaello*.

Platão – personificado no *Affresco di Raffaello* pela proeminente figura renascentista de Leonardo da Vinci –²⁹ segura, em sua mão esquerda, livro representativo de seu diálogo *Timeo*,³⁰ enquanto o dedo indicador de sua mão direita aponta para o céu, indicando, metaforicamente, o transcendente, o eterno e o divino, que são elementos fundamentais à sua filosofia.

Harmonicamente – com toda sensibilidade peculiar a Raffaello –, ao lado de Platão, está Aristóteles, que com seu mestre dialoga. O Estagirita tem, em sua mão esquerda, livro intitulado *Ética* e, ao contrário do que possa parecer a princípio, os dedos de sua mão direita não apontam para a terra. Na verdade, embora a palma de sua mão direita esteja voltada para a terra, o seu braço direito sutilmente revela movimento em direção ao céu, retratando de forma esplendida uma teórica concordância entre mestre e discípulo, mas a partir de filosofias distintas.³¹

A filosofia aristotélica – em certa medida – absorve e harmoniza as especulações filosóficas de seus predecessores, especialmente, as filosofias socrática, platônica e hipocrática, sendo esta responsável pelo caráter empírico de seus estudos.³² Todavia, o faz de forma magistral, na medida em que delas se vale para construção de uma nova filosofia, marcada pela originalidade e, acima de tudo, orientada para a superação das conquistas

²⁹ “Risulta chiaro che i tratti del volto con cui Raffaello ha rappresentato Platone sono quelli di Leonardo”. REALE, Giovanni. **La Scuola di Atene di Raffaello**. Nuova edizione aggiornata e integrata. Milano: Bompiani, 2005, p. 130.

³⁰ “Durante il Medioevo fu, per molto tempo, l’unico dialogo direttamente letto e conosciuto.” Ibid, p. 129.

³¹ “Riguardando con attenzione l’Aristotele di Raffaello, sembra proprio di vedere espresso nel gesto della mano che si sta alzando, l’indicazione del necessario tragitto che si deve compiere, ossia passare dal sensibile verso il soprasensibile; inoltre, con quel suo sguardo puntato sulla mano di Platone che indica l’eterno, sembrerebbe che Raffaello voglia far dire ad Aristotele che appunto questo costituisce anche per lui il fine supremo cui bisogna pervenire, sia pure seguendo altra via. Non si tratta di astratta concórdia discors, per usare una bella espressione di Wild al riguardo (1938-1939, PP. 62 sg.; cfr. anche Danbolt 1975), ma di una concórdia teoricamente bem fondata, e riconosciuta dagli stessi antichi.” REALE, G., 2005, p. 155.

³² “A terapia do corpo (soma) doutrinação por Hipócrates fundiu-se idealmente com a terapia da alma (psyché) doutrinação por Sócrates, resultando-se numa harmônica combinação dos métodos indutivo e dedutivo do conhecimento.” BITTAR, 2005, p. 11.

intelectuais de seus antecessores,³³ o que se verifica, inclusive, nos escritos aristotélicos sobre justiça – em suas diversas acepções – e equidade – aqui como *ἐπιείκεια*.

Portanto, aqui se reitera que as especulações filosóficas de Aristóteles se apresentam como o ponto ideal de partida para o estudioso que deseja compreender o conceito de equidade – *ἐπιείκεια* – na antiguidade grega.³⁴ Para tanto, do *Corpus Aristotelicum*, serão adotados, neste estudo, *Ética a Nicômaco* – como texto principal –,³⁵ *Retórica* e *A Política*.

1.3. Justiça e *ἐπιείκεια* em Aristóteles

Primeiramente, deve-se destacar que, na antiguidade grega, o direito sempre esteve ligado à retórica e à moral. Portanto, Aristóteles, inserido no contexto histórico-cultural da *polis*, não tinha motivos para distinguir ou separar a moral do direito. Destarte, é com naturalidade que se deve perceber o estreito e harmonioso relacionamento entre ética, direito e política na filosofia aristotélica.³⁶

A partir da leitura dos escritos de Aristóteles, especialmente do *Livro V* de *Ética a Nicômaco*, percebe-se que os conceitos de equidade – *ἐπιείκεια* – e justiça – termo este que assume diversas acepções em sua filosofia – estão intimamente relacionados. Portanto, a adequada compreensão de um demanda o estudo do outro e vice-versa, o que será, sinteticamente, desenvolvido neste capítulo.

Aristóteles entende a justiça como uma disposição de caráter que leva o homem a desejar e fazer o que é justo, ou seja, *animus* que o impulsiona a agir justamente. Na mesma

³³ BITTAR, 2005, p. 14-15.

³⁴ Nesta linha, BISCARDI (1999, p. 289) entende que Aristóteles realizou um exaustivo diagnóstico do tema.

³⁵ A escolha se justifica não apenas pelo tratamento dispensado ao tema na *Ética a Nicômaco*, mas também por se tratar de obra de maturidade e autoria incontestada, conforme preleciona BITTAR (op. cit., p. 32-33).

³⁶ REALE, M., 1986, p. 624-626.

medida, a injustiça também se apresenta como uma disposição de caráter a inspirar o homem, mas, neste caso, a desejar e fazer o que é injusto.³⁷

Justiça e injustiça são, assim, disposições contrárias de caráter, que se revelam de maneiras distintas:³⁸ a injustiça, por meio do desrespeito à lei, da ganância e da iniquidade; a justiça, pela conformidade à lei e pelo respeito à igualdade.³⁹ E justos são os atos que tendem a produzir e a manter a felicidade no seio da *polis*.⁴⁰

A racionalidade prática aristotélica direciona-se à felicidade,⁴¹ que é concebida como o bem supremo a ser alcançado pelo homem por meio de uma vida virtuosa em sociedade.⁴² E a virtude, por sua vez, reside no justo meio, que será, certamente, identificado pelo prudente.

Com prudência – neste caso, *nomothésia* –⁴³ deve agir o legislador, que, ao definir “o espaço normativo da polis” – parâmetro ao exercício da justiça total –, deve zelar pela adequação das disposições legais estabelecidas, no sentido de promover o bem da sociedade. E justo é aquele que observa os ditames legais definidos e assim promove, por sua disposição de caráter, o bem coletivo.⁴⁴

³⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução do grego de António de Castro Caeiro. São Paulo: Editora Atlas, 2009a, L. V, 1129a10. Em Platão a justiça também aparece como uma disposição intrínseca ao homem, o que reforça a ideia de proximidade entre moral e direito acima destacada. JAEGER, 2012, p. 594.

³⁸ Aristóteles realiza uma didática comparação entre a disposição para a justiça - ou injustiça - e a saúde humana: “Ou seja, se, por um lado, parece haver um único poder e uma única ciência a respeito de opostos, por outro lado uma [dada] disposição não pode produzir resultados que lhe sejam opostos. Assim, por exemplo, o estado saudável não produz por si estados que lhe são opostos, mas apenas estados saudáveis (...) Contudo, muitas vezes reconhece-se uma disposição a partir da que lhe é oposta. Muitas outras vezes, reconhecem-se disposições a partir dos substratos que operam.” ARISTÓTELES, 2009a, L. V, 1129a15.

³⁹ Ibid., L. V, 1129b1.

⁴⁰ Ibid., L. V, 1129b15.

⁴¹ ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 2ª edição revisada. Bauru: EDIPRO, 2009b, L. III, 1278b25 e 1280a30-40. Vide também: ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução e notas de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, L. I, 1360b.

⁴² “Ora, é impossível ser feliz quando não se pratica o bem, e o bem jamais é possível tanto para um homem como para um Estado, sem a virtude e a razão. Ora, na sociedade civil, a coragem, a justiça e a razão produzem, sob a mesma forma, o mesmo efeito que no indivíduo, do qual elas fazem um homem justo, sensato e prudente.” ARISTÓTELES, 2009b, L. VII, 1323b30-35.

⁴³ BITTAR, 2005, p. 114.

⁴⁴ ARISTÓTELES, 2009a, L. V, 1129b10-30.

Naturalmente, contrapondo-se à justiça total – enquanto justiça decorrente da observância da lei –⁴⁵ há a injustiça como disposição contrária, materializada a partir da transgressão à lei, que também afetará a coletividade.⁴⁶

Nesta acepção universal, Aristóteles não apenas percebe a justiça como uma virtude – uma forma de excelência moral – necessária à felicidade humana, mas como a excelência moral perfeita, na medida em que o homem a pratique não apenas em relação a si mesmo, mas também em relação ao outro.⁴⁷

Ursula Wolf assevera que este outro não se limita ao amigo, ao parente, ou mesmo a uma pessoa próxima àquele que pratica a justiça. Na verdade, este outro, a quem se destina a justa ação do cidadão, deve ser descrito pelos conceitos políticos, assim, nesta medida, é conceito refém da constituição do Estado, que pode defini-lo como o governante, a comunidade ou mesmo os melhores dentre seus pares. Nas palavras da autora:

Assim, dependendo de cada constituição, o que é justo é o bem para a comunidade, para os melhores ou para os regentes (1129b15 s., 1130a5). Uma boa pólis é aquela que garante o bem para a pólis em seu todo, e assim também para cada indivíduo.⁴⁸

Aristóteles reconhece também a existência de uma justiça particular, que integra a justiça universal e se materializa sob duas formas essenciais: a distributiva e a corretiva. Aquela se aplica às distribuições da honra, da riqueza e de tudo aquilo que possa ser distribuído em partes aos membros da comunidade; já a corretiva se aplica às relações – voluntárias e involuntárias – entre os indivíduos.⁴⁹

As transações voluntárias estão presentes no livre relacionamento diário entre os homens, como na compra e venda, no empréstimo e na penhora. Já as involuntárias se

⁴⁵ BITTAR (2005, p. 113-114) destaca que o termo grego para lei, neste caso *vóμος*, possui significado abrangente quando comparado com o significado estrito de lei como norma jurídica escrita, comportando, por exemplo, o costume, a convenção social e a tradição.

⁴⁶ ARISTÓTELES, 2009a, L. V, 1130a14-30.

⁴⁷ Ibid., L. V, 1130a1. Segundo REALE, M. (1986, p. 624), Aristóteles percebe a justiça em absoluto como uma bilateralidade, visto que ela só se realiza plenamente quando praticada em relação ao próximo. Ursula Wolf preleciona que, em Aristóteles, “a justiça é a *arete* completa, não porém de modo puro e simples, mas *pros heteron* (em referência às outras pessoas, tendo por referência os outros, levando em consideração os concidadãos; 1129b27).” WOLF, Ursula. **A Ética a Nicômaco de Aristóteles**. Tradução de Enio Paulo Giachini. 2ª edição. São Paulo: Loyola, 2013, p. 100. Na mesma linha: SOUSA, Aiston Henrique de. **A equidade e seu uso nos julgados especiais cíveis**. Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 22.

⁴⁸ WOLF, 2013, p. 101.

⁴⁹ ARISTÓTELES, 2009a, L. V, 1130b15 – 1131a5. Sobre esta passagem, vide: BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 1ª edição, 18ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2012, p. 19-20.

aproximam do correlato odioso da justiça: a injustiça. Assim, são exemplos desta modalidade de transação: o roubo, o adultério, o envenenamento e o assassinato.⁵⁰

No que tange à distributiva, a igualdade da justiça se contrapõe à iniquidade da injustiça. Para Aristóteles, a igualdade é o meio termo entre os extremos da iniquidade e, na medida em que a justiça é igualdade, por consequência lógica, a justiça será também um meio. Assim, Aristóteles entende a justiça como meio e igualdade em relação a uma coisa e a algumas pessoas.⁵¹

Desta feita, a justiça distributiva demanda, ao menos, quatro termos: duas pessoas, para as quais é justo que determinada coisa aconteça, e duas coisas, enquanto partes partilhadas. Exige também que a igualdade seja una e idêntica entre as pessoas e as partes partilhadas: “pois a relação que se estabelece entre as pessoas é proporcional à relação que se estabelece entre as duas coisas partilhadas. Porque se as pessoas não forem iguais não terão partes iguais (...).”⁵²

Assim, para Aristóteles, a justiça distributiva – ou o justo distributivo – apresenta-se como uma espécie de proporção, a qual os matemáticos denominam geométrica, e a correspondente injustiça – ou o injusto – como a inobservância desta proporção.⁵³ Nas palavras de Carlos Alberto de Salles:

Nesse sentido, o justo é expresso por uma noção de proporcionalidade, consistindo em uma igualdade de razões. Justo, sob essa perspectiva, é alguma coisa proporcionada, correspondente à igualdade de razões. Envolvendo, assim, no mínimo quatro termos, isto é, a razão (entre os termos de um par) é igual (entre os termos de outro par) para pessoas e coisas que são similarmente distribuídas.⁵⁴

⁵⁰ O rol exemplificativo apresentado por Aristóteles em *Ética a Nicômaco* é mais extenso: “A outra forma fundamental é a corretiva e aplica-se nas transações entre os indivíduos. Esta é, por sua vez, bipartida, conforme diga respeito a transações voluntárias ou involuntárias. Assim, voluntárias são as transações como a venda, a compra, empréstimo a juro, a penhora, o aluguer, o depósito, a renda (chamam-se voluntárias porque o princípio que preside a tais transações é livre). De entre as transações involuntárias, umas são praticadas às escondidas, como o roubo, o adultério, o envenenamento, proxenetismo, a sedução de escravos, o assassinio, e o falso testemunho; outras são também violentas, como assalto, aprisionamento, assassinato, rapto, mutilação, linguagem abusiva, insulto.” ARISTÓTELES, 2009a, L. V, 1131a1-5.

⁵¹ Ibid., L. V, 1131a10-15.

⁵² Ibid., L. V, 1131a20.

⁵³ “‘Justo’ neste sentido é então a proporção. ‘Injusto’, enquanto a acepção oposta, é o que viola o princípio da proporção.” Ibid., L. V, 1131b20.

⁵⁴ SALLES, Carlos Alberto de. **Entre a eficiência e a equidade: bases conceituais para um direito processual coletivo**. Revista de Direitos Difusos, volume 7 n. 36, mar-abr/2006, p. 19. Na mesma linha, WOLF, 2013, p. 105-106. Ao versar sobre este tema, Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha enaltece que, para Aristóteles, “as disputas derivariam de um desequilíbrio nessas relações, evidenciado quando iguais possuem coisas desiguais;

Quanto à justiça particular corretiva, cabe dizer que esta se aplica a indivíduos que se encontram em pé de igualdade perante as leis estabelecidas na *polis*. Assim, a justiça neste sentido – diferentemente da distributiva – não se pauta no mérito, mas sim no princípio da igualdade entre as partes relacionadas. Desta feita, adota a igualdade aritmética para – a partir da relação entre perdas e ganhos – reestabelecer a igualdade entre as partes.⁵⁵

O justo corretivo se faz necessário quando a uma das partes, em uma relação voluntária ou involuntária, for atribuída quantia menor de um bem ou quantia maior de um mal em comparação ao que coube à outra, gerando assim vantagens a esta parte em detrimento daquela.⁵⁶ Constatado o injusto, nas relações voluntárias, demanda-se a justiça comutativa,⁵⁷ nas involuntárias, a reparativa.⁵⁸

Carlos Alberto de Salles enaltece que esta concepção se respalda em uma igualdade de quantidades e se destina a superar o problema de restituir algo que pertence a alguém, mas que, por erro, está em posse de outrem. Segundo o autor, isto assegura que as partes tenham exatamente o que lhes cabe – nem mais nem menos –, estabelecendo uma identidade entre aquilo que uma das partes perde e a outra ganha.⁵⁹

Embora a justiça corretiva tenha como desiderato reestabelecer o equilíbrio relacional entre as partes, ela não se confunde com a simples retaliação como retribuição aplicada àquele que cometeu o injusto. Assim, Aristóteles refuta o recurso indiscriminado à retaliação, visto que não se deve responder a uma injustiça com outra injustiça, mas não afasta por completo a retribuição.

Aristóteles entende que a retribuição proporcional é elemento imprescindível ao convívio em sociedade, na medida em que parametriza as trocas, ou seja, torna as coisas comparáveis a partir de uma convenção monetária – a moeda – que assume o papel de meio –

ou quando desiguais possuem coisas iguais.” CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Justiça e equidade**. Revista de Informação Legislativa, volume 50, n. 198, abr./jun. 2013, p. 14.

⁵⁵ ARISTÓTELES, 2009a, L. V, 1131b25-1132b20.

⁵⁶ “Ao aplicar-se o termo ‘ganho’ a estas situações, está-se a falar em geral, mesmo se a designação não é em sentido próprio aplicável a algumas delas, por exemplo, para alguém que bate a outra pessoa, nem o termo ‘perda’ é aplicável à vítima de forma adequada. Mas quando se avalia o ato enquanto sofrido e enquanto praticado, aplicam-se os termos ‘perda’ e ‘ganho’.” Ibid., L. V, 1132a10-15.

⁵⁷ Segundo BITTAR (2005, p. 126-127), trata-se de “uma espécie de justo que não recebe nome específico entre os gregos, mas que poderemos chamar de justo comutativo, espécie de correção aplicável às transações do tipo da compra e venda, da locação, do empréstimo, do depósito, em suma, contratuais, nas quais prevalece a liberdade de vinculação e de estipulação do teor do vínculo, correspondendo ao sinalagma perfeito.”

⁵⁸ BITTAR, op. cit., p. 129.

⁵⁹ SALLES, 2006, p. 18.

justa medida – nas relações estabelecidas.⁶⁰ Nesta acepção, a retribuição se faz sentir como justa e devida na *polis*.

A justiça reparativa, assim como a comutativa, também se caracteriza por revelar a igualdade aritmética como forma de se reestabelecer a igualdade entre as partes. O injusto, neste caso, faz com que se estabeleça, involuntariamente, a relação entre as partes: de um lado, aquele que sofreu o injusto; do outro, aquele que o praticou. Aqui também não há espaço para a retaliação como retribuição, cabendo ao juiz, enquanto personificação da justiça, restabelecer o equilíbrio rompido.⁶¹

Neste ponto, vale a pena destacar que, para Aristóteles, a classificação de uma pessoa como justa ou injusta não depende exclusivamente da execução, por essa mesma pessoa, de um ato justo ou injusto, na medida em que este ato, enquanto ação, não deve ser confundido com a disposição – *animus* – da pessoa em praticá-lo voluntariamente.

Assim, é perfeitamente possível que alguém cometa uma injustiça sem que, no entanto, seja considerada uma pessoa injusta, como quando um homem vai para a cama com uma mulher, sabendo que ela é casada, movido pela paixão e não por sua decisão voluntária deliberada.⁶²

Aristóteles apresenta ainda mais duas categorias de justiça, a saber: a doméstica e a política. Esta se estabelece no âmbito da *polis* e é em parte legal e em parte natural; aquela se faz presente no seio familiar. A justiça política, em síntese, viabiliza a vida em comunidade entre os homens livres e iguais, que devem ser regidos pelo princípio geral da lei, como forma de se evitar o exercício abusivo – marcado pela injustiça – característico do governo humano.⁶³

Natural é a justiça que em todos os lugares tem a mesma validade e independe da aceitação ou rejeição humana; já a legal ou convencional é aquela que, a princípio, pode ser

⁶⁰ “O dinheiro surge pois de algum modo como mediador porque é medida para todas as coisas, tanto para o que é demasiadamente caro para o que é barato de mais. Por exemplo, pode medir-se quantos sapatos são iguais ao valor de uma casa ou ao valor de uma determinada quantidade de alimento (...) Se não houvesse dinheiro, não poderia haver troca nem comunidade.” ARISTÓTELES, 2009a, L. V, 1133a20-25.

⁶¹ Ibid., L. V, 1131b25-1132b20.

⁶² Ibid., L. V, 1134a17-20 e 1135a15-1136a5. BITTAR (2005, p. 134-135) sintetiza os conceitos aristotélicos do agir voluntariamente e involuntariamente: “Involuntariamente é a ação cometida por ignorância e na ignorância; voluntária deliberada, toda ação em que aquele que obra o faz com conhecimento de causa e com pleno domínio das circunstâncias, sendo, assim, homem injusto; voluntária não deliberada, quando resultante de uma paixão.”

⁶³ ARISTÓTELES, op. cit., L. V, 1134a25-1134b15.

indiferentemente definida de uma forma ou outra, contudo, uma vez definida, o seu conteúdo passa a ser vinculante, o que pode resultar em percepções de justiça diversas em lugares distintos.⁶⁴

A importância da justiça natural ainda se faz sentir na obra *Retórica*. Aristóteles, ao tratar dos critérios da justiça, classifica a lei em comum e particular, sendo que esta é definida por cada povo em relação a si mesmo, seja ela escrita ou não, e aquela o é por natureza: “pois há na natureza um princípio comum do que é justo e injusto, que todos de algum modo adivinham mesmo que não haja entre si comunicação ou acordo (...).”⁶⁵

Diante do até aqui exposto, pode-se concluir que a observância da lei é, por excelência, um dos requisitos necessários para que um homem seja justo. Logo, sob esta ótica, aplicar a lei às relações fáticas estabelecidas em sociedade promoveria, a princípio, a justiça. Todavia, esta regra comporta exceções, visto que, para Aristóteles, nem sempre se faz justiça a partir da automática subsunção do fato à lei.

Há casos em que a lei é lei apenas na forma, mas não no conteúdo, na medida em que suas disposições não cumprem a função de lei, ou seja, não refletem o justo, que é verdadeiro e útil à vida em sociedade.⁶⁶

Recorrendo ao teatro grego, Aristóteles se vale da peça *Antígona* de Sófocles para exemplificar a inobservância do justo por uma lei humana. Trata-se, neste caso, de lei estabelecida pelo governante Creonte, a qual proibia o sepultamento de Polínicos, irmão de Antígona, por conspirar contra a *polis*.

Entretanto, contrapondo-se à lei de Creonte, havia outra, por ele não elaborada, antiquíssima, não escrita, natural e eterna, que determinava a observância dos rituais fúnebres, o que incluía, é claro, o sepultamento dos mortos:

É que essas não foi Zeus que as promulgou, nem a Justiça, que coabita com os deuses infernais, estabeleceu tais leis para os homens. E eu entendi que os teus éditos não tinham tal poder, que um mortal pudesse sobrelevar os preceitos, não escritos, mas imutáveis dos deuses. Porque esses não são de

⁶⁴ ARISTÓTELES, 2009a, L. V, 1134b18-1135a15. “O estagirita reconhece que existe o justo por lei e o justo por natureza, afirmando que este tem por toda a parte a mesma força, por não depender das opiniões e dos decretos dos homens, expressão que é da natureza racional do homem.” REALE, M., 1986, p. 623.

⁶⁵ ARISTÓTELES, 2012, L. I, 1373b.

⁶⁶ Ibid., L. I, 1375b.

agora, nem de ontem, mas vigoram sempre, e ninguém sabe quando surgiram.⁶⁷

Esta foi seguida por Antígona, que acabou pagando com sua própria vida por tamanha ofensa à sua cidade, mas, por outro lado, inúmeras foram as consequências para Creonte. Nas palavras de Elza Cunha Boiteux:

Antígona, a jovem filha, surge como justiceira. Ela encarna a revolta contra as leis do estado, representa a voz moral contra a ordem da lei e da política, bem como contra a oposição entre o liame familiar e o liame social. Apesar das diferentes análises sobre esta personagem, há um reconhecimento de que Antígona é uma heroína trágica que afirma uma forma de justiça e se posiciona contra a ordem social.⁶⁸

Aristóteles defendeu, para casos como este, a relativização da lei escrita, por esta se apresentar contrária aos fatos, sendo necessário o recurso à lei comum – natural – e a argumentos de maior equidade – *ἐπιείκεια* – e justiça:

(...) a equidade é permanentemente válida e nunca muda, como a lei comum (por ser conforme a natureza), ao passo que as leis escritas estão frequentemente mudando; donde as palavras pronunciadas na Antígona de Sófocles; pois esta se defende, dizendo que sepultou o irmão contra a lei de Creonte, mas não contra a lei não escrita (...).⁶⁹

Eduardo C. B. Bittar, ao tratar da justiça natural e do conceito de equidade para Aristóteles, reconhece que, dentre as funções do justo natural, “há a de corretivo da justiça legal quando se faz presente por meio da *ἐπιείκεια*”, que se lhe afigura como meio de “suplantar o rigor literal e o defeito de universalidade da lei e estabelecer o reto juízo na apreciação do concreto.”⁷⁰

Assim, inclusive a lei adequadamente estabelecida necessita, às vezes, de relativizações diante das peculiaridades do caso concreto, para que então se faça justiça, o que se deve à sua generalidade e temporalidade. Aqui, assim como nos casos acima, a equidade se apresenta como forma adequada a atender estes anseios.

⁶⁷ SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 9ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, 450-455, p. 67.

⁶⁸ BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. Variações sobre o conceito de equidade. In: ADEODATO, João Maurício (Org.). *Filosofia e teoria geral do direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 328.

⁶⁹ ARISTÓTELES, 2012, L. I, 1375a-1375b.

⁷⁰ BITTAR, 2005, p. 162.

Elza Cunha Boiteux enfatiza que, à luz da filosofia aristotélica, este conflito seria solucionado com prudência pelo homem culto, enquanto ser dotado de conhecimento e vivência para agir, neste caso, com equidade. Segundo a autora, Aristóteles concebe a equidade como o procedimento a ser empregado para corrigir a generalidade da lei e preencher as lacunas decorrentes da omissão do legislador. Destarte, a equidade é o remédio adequado aos erros ou falhas da justiça legal e, nesta medida, superior a ela.⁷¹

Neste momento, surge a necessidade de se compreender o conceito de equidade para Aristóteles e em que medida a equidade se relaciona com a justiça total e a justiça legal na acepção aristotélica destes termos, pois, se a equidade é algo diferente da justiça, “ou a justiça não é uma coisa séria ou a equidade não é justa; se, por outro lado, ambas as qualidades são sérias, serão, então, o mesmo.”⁷²

Justiça e equidade – *ἐπιείκεια* –, assim como justo e equitativo – *ἐπιεικής* ou *ἐπιεικής* –, são conceitos que se relacionam intimamente, mas isso não significa, necessariamente, igualdade semântica dos termos. Assim, faz-se necessário entender em que medida os conceitos se aproximam e se afastam na filosofia aristotélica.

Aristóteles preleciona que a *ἐπιείκεια* não é, por natureza, melhor que a justiça em absoluto, visto que ambas são fenômenos do mesmo gênero, portanto, aproximam-se qualitativamente. Assim, faz sentido que a *ἐπιείκεια* seja percebida como algo bom e louvável, sem que com isso se macule a justiça. Por outro lado, a *ἐπιείκεια*, às vezes, mostra-se superior a certa forma de justiça, neste caso, à justiça legal, mas apenas na justa medida em que a corrige.⁷³

Correção que não se deve a um vício essencial da lei, mas sim à sua natureza geral, que a torna incapaz de prever e abarcar todas as possibilidades da realidade fática. Assim, em alguns casos, se o julgador se restringisse à mera subsunção do fato à lei escrita, certamente, não faria justiça.

Devido ao caráter geral da lei, omissões podem acontecer, seja por ato involuntário ou voluntário do legislador. Será involuntário quando fruto de sua distração, ou

⁷¹ BOITEUX, 2011, p. 331-332.

⁷² ARISTÓTELES, 2009a, L. V, 1137b1-5.

⁷³ Ibid., L. V, 1137b1-1138a1. Vide também: BISCARDI, 1999, p. 291-293; VALLE, Martim Della. **Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional**. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 31; e SOUSA, 2005, p. 25.

seja, apenas por descuido ele não o fez, e voluntário quando a não inserção se deu por sua livre escolha.

Quando voluntária, a omissão se justifica ou pela conveniência de se manter uma fórmula geral aplicável à maioria dos casos ou pela inviabilidade de se determinar, no texto legal, todas as hipóteses possíveis; como acontece quando se constata que inúmeros são os instrumentos que podem ser utilizados para ferir alguém.

Se, pois, não é possível uma definição exata, mas a legislação é necessária, a lei deve ser expressa em termos gerais; de modo que, se uma pessoa não tem mais que um anel no dedo quando levanta a mão ou fere outra, segundo a lei escrita é culpada e comete injustiça, mas segundo a verdade não a comete, e isso é equidade.⁷⁴

Aqui se percebe com singular nitidez a importância da *ἐπιείκεια*, na medida em que ela aperfeiçoa a lei escrita no momento em que esta é aplicada ao caso concreto, assegurando, com isso, que a justiça seja feita. Supera-se, tempestivamente, a incompletude da lei.

Metaforicamente, a *ἐπιείκεια* funciona como a régua dos construtores da ilha de Lesbos, que, por ser feita de chumbo, adapta-se com facilidade às formas irregulares das mais diversas pedras a serem esculpidas, possibilitando ao escultor executar com maestria o seu trabalho.⁷⁵

Portanto, a *ἐπιείκεια* possibilita que, a partir de uma mesma lei escrita, diversas soluções possam ser tomadas, o que inclui até mesmo o perdão, desde que este seja o justo tratamento indicado ao caso fático. Assim, a decisão equitativa se caracteriza por não depender igual tratamento aos erros, aos delitos e às desgraças.⁷⁶

Segundo Aristóteles, para decidir equitativamente, o homem deve estar imbuído do espírito de equidade, o qual, dada a sua amplitude e flexibilidade, às vezes, justifica o recurso à arbitragem em detrimento do julgamento dos tribunais: “é ainda querer mais o recurso a uma arbitragem do que ao julgamento dos tribunais; pois o árbitro olha para a

⁷⁴ ARISTÓTELES, 2012, L. I, 1374a-1374b.

⁷⁵ Id., 2009a, L. V, 1137b25-35.

⁷⁶ “Ora, as desgraças são ações inesperadas e feitas sem perversidade, os erros são ações não inesperadas e feitas sem maldade, mas os delitos não são inesperados e fazem-se com maldade, pois o que é provocado pelo desejo faz-se por maldade.” Id., 2012, L. I, 1374b.

equidade, mas o juiz apenas para a lei; e por esta razão se inventou o árbitro, para que prevaleça a equidade.”⁷⁷

Eduardo C. B. Bittar preleciona que, para Aristóteles, a essência do homem équo reside na “a) capacidade de escolha e de ação com coisas éguas; b) não ser rigoroso na justiça, quando esta é a pior solução; c) inclinar-se a ter menos mesmo quando a lei lhe é favorável em detrimento do outro.”⁷⁸

Ursula Wolf enaltece que, segundo Aristóteles, equitativa é a pessoa que assume o propósito de agir com equidade e, certamente, assim o faz. E, por assim o ser, não pauta sua ação apenas na letra da lei, agindo, às vezes, com magnificência, o que significa se contentar com menos do que lhe cabe e perdoar o outro, mesmo quando a lei está ao seu lado. Segundo a autora, “a *arete* com que nos deparamos aqui não é um novo tipo de *arete*, mas uma determinada modalidade de justiça, e quiçá de justiça em sentido geral.”⁷⁹

Em síntese, sob esta ótica, a justiça promovida pela *ἐπιείκεια* aristotélica está acima da justiça da lei, mas de forma alguma é melhor que a justiça em sentido amplo, que a ambas contém. Assim, embora a *ἐπιείκεια* seja uma espécie de justiça, ela está contida na mesma justiça que se revela como certa disposição do caráter, que leva o homem a desejar e fazer o que é justo. Nesta linha, Aiston Henrique de Sousa preleciona que:

A justiça, como uma virtude do indivíduo, subordina suas tendências naturais ao controle da razão, como virtude política, alcança, por meio da comunidade, a sua finalidade, que é a de proporcionar a felicidade, sendo a equidade uma virtude da justiça que determina o que é justo no caso particular, servindo de instrumento para a justiça.⁸⁰

Em linhas gerais, estes são os elementos que compõem o conceito de equidade para Aristóteles, o qual foi adotado como referência para o desenvolvimento desta pesquisa. À luz da história dos conceitos, pode-se afirmar, sucintamente, que a *ἐπιείκεια* – vernáculo que expressa a equidade aristotélica – remete a um significado – equidade como espécie de justiça –, que, por sua vez, revela-se em um determinado local e em um determinado tempo – na *polis*, cidade-estado, unidade política, social e militar da Grécia Antiga –, interagindo com

⁷⁷ ARISTÓTELES, 2012, L. I, 1374b. Sobre esta passagem, vide também: DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas do Direito**. 8ª edição adaptada ao novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 244-245.

⁷⁸ BITTAR, 2005, p. 167.

⁷⁹ WOLF, 2013, p. 114.

⁸⁰ SOUSA, 2005, p. 26.

conceitos correlatos que contribuem para a definição de seus contornos, neste caso, em especial, com os conceitos de lei e justiça, em suas diversas acepções, para Aristóteles.

O presente conceito de *ἐπιείκεια* será revisitado após o estudo da *aequitas* romana – do período clássico e do pós-clássico – no intuito de se identificar o quão próximos, ou distantes, estão os conceitos plasmados na cultura jurídica greco-romana.

1.4. Roma: influência grega, sofisticação e ciência do direito

Além do ideário plasmado em sua mitologia,⁸¹ há exemplos práticos da influência helênica sobre a cultura romana, inclusive no campo do direito,⁸² o que se conclui a partir da observação de determinados acontecimentos históricos, como a elaboração da Lei das XII Tábuas – *leges duodecim tabularum* –, que foi um marco no processo de formação do direito romano.

Segundo a escola tradicional, na tentativa de arrefecer o perene conflito entre patrícios e plebeus,⁸³ o Tribuno Gaio Terentillo Arsa sugeriu a elaboração de uma lei escrita, que, uma vez concluída, seria aplicada a todos. Destarte, determinou então a formação de uma magistratura em meados de 460 a.C. – supostamente composta por Spurius Postumius, Aulus Manlius e Servius Sulpicius –, que foi encarregada dos estudos necessários à elaboração desta lei.⁸⁴

⁸¹ Cf. p. 15-17 desta dissertação.

⁸² AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. 3ª edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 44-45. CARMIGNANI, Maria Cristina. **A *aequitas* e a aplicação do direito em Roma**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, volume 104, 2009, p. 117. CICERO, Marcus Tullius. **De Legibus**, II, XXIII, 59. SOUSA, 2005, p. 26-27.

⁸³ ALVES, 2007, p. 25-26. MOMMSEN, Theodor. **Römische Geschichte**. Norderstedt: Editora GmnH, 2009, II, p. 46. Editor Jürgen Wagner. **D.1.2.2.3.** e **D.1.2.2.4.**

⁸⁴ AZEVEDO, 2010, p. 45. MOMMSEN, op. cit., p. 43. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 28-30.

Esta comissão foi então à península helênica para se inspirar na legislação de Sólon e, ao retornar, uma nova magistratura composta por dez membros – *decenviri legibus scribundis* – foi encarregada da elaboração do texto final, que, inicialmente, contou com dez tábuas, às quais, um ano depois, mais duas foram adicionadas.⁸⁵

A influência helênica se intensificou com o domínio romano sobre o território das cidades-estado gregas, o que se deu a partir do século II a.C.⁸⁶ E, entre o final da República e o início do Império, intelectuais como Marcus Tullius Cicero (Arpinum, 106 a.C. – 43 a.C.) e Lucio Anneo Seneca (Córdoba, 4 a.C. – 65 d.C.) – exímios oradores e expoentes da cultura romana – inspiraram-se na cultura grega, quer seja no campo da ação ou mesmo da convicção.⁸⁷

A força deste intercâmbio contribuiu para a formação de uma cultura sofisticada e persistente no tempo, a ponto de influenciar decisivamente as feições do mundo ocidental nos mais diversos campos do saber.

Naturalmente, os romanos também contribuíram de forma substancial e original para a formação do direito. A *iuris prudentia*⁸⁸ se desenvolveu a partir da arte dos jurisconsultos romanos, que interpretavam as normas de direito – *interpretatio iuris* – e emitiam pareceres sobre os casos fáticos a eles apresentados.⁸⁹

Com isso, atribuiu-se corpo e alma à nascente ciência do justo e do injusto, que era conhecedora do divino e do humano, a saber, à ciência do direito: “*iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.*”⁹⁰

⁸⁵ **D.1.2.2.4.** CICERO, Marcus Tullius. **De Re Publica**, II, XXXVI. TUCCI, 1996, p. 29. ALVES, 2007, p. 26. BONFANTE, Pietro. **Storia del diritto romano**. Quarta Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1958, volume I, p. 119. SOUSA, 2005, p. 28-29.

⁸⁶ AZEVEDO, 2010, p. 51. BRIZZI, Giovanni. La nascita della scienza giuridica. In: ECO, Umberto (Coord.) **L'Antichità – Roma**. Milano: EncycloMedia Publishers s.r.l., 2012, p. 290.

⁸⁷ PLUTARCH. **Plutarch's lives: Romulus, Lycurgus, Solon, Pericles, Cato, Pompey, Alexander The Great, Julius Caesar, Demosthenes, Cicero, Mark Antony, Brutus, and others, and his comparisons**. Edition with notes, critical and historical by John Langhorne e William Langhorne. New York: John W. Lovell Company, 1923. Fac-simile, p. 464-505. VEYNE, Paul. **Séneca: una introducción**. Traducción de Julia Villaverde. Barcelona: Marbot Ediciones, 2008, p. 65-67.

⁸⁸ A sabedoria dos juristas estava direcionada à prática e não ao conhecimento de si mesmo, daí *prudentia* e não *sapientia*. ALVES, op. cit., p. 82.

⁸⁹ POVEDA VELASCO, Ignácio Maria. **Direito, jurisprudência e justiça no pensamento clássico (Greco-romano)**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Volume 101, 2006, p. 22-23. ALVES, op. cit., p. 82. BIONDI, 1972, p. 60.

⁹⁰ **D.1.1.10.2.**

Especialmente durante o período clássico – do século II a.C. ao século III d.C. –,⁹¹ ganha forma e expressão um novo direito, que surge como resposta às necessidades sociais de uma civilização em franca expansão, visto que o direito então vigente – o antigo *ius civile* –⁹² já não mais as atendia.

Da *ars* dos pretores nasce este novo direito – *ius honorarium* –⁹³ e, neste processo de auxiliar, corrigir e suprir o *ius civile*, a *aequitas* romana desempenhou papel singular, contribuindo para que o direito assegurasse a cada um o que lhe era devido: “iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.”⁹⁴

E, indubitavelmente, o legado romano está vivo e presente no direito do mundo ocidental – oscilando de intensidade conforme o sistema jurídico de cada nação –, fazendo-se sentir, precipuamente, por meio de sua mentalidade – enquanto forma de se pensar o direito –, de sua técnica secular e de seus institutos,⁹⁵ os quais, é claro, não permaneceram necessariamente os mesmos em significado e alcance. E aí reside a importância de se entender um instituto na antiguidade romana antes de se aventurar em busca de seu significado contemporâneo.

Assim, pretende-se compreender o alcance e o significado da *aequitas* em dois períodos distintos da história jurídica de Roma: o clássico e o pós-clássico, o que se justifica pela intensa evolução do direito – especialmente no período clássico – e pela transformação conceitual da *aequitas* no período pós-clássico.

1.5. A *ars* pretoriana e a *aequitas* romana nos períodos clássico e pós-clássico do direito

⁹¹ GILISSEN, 2011, p. 81.

⁹² D.1.1.7pr.

⁹³ D.1.1.7.1. AZEVEDO (2010, p. 59) preleciona que, “com efeito, a ação inovadora dos pretores aparece e ganha incremento unicamente a partir da Lei *Aebutia* (630/605 ab. u. C./151/124 a. C.); ao que consta, o mais antigo edito conhecido seria o do pretor *Rutilus*, datando de 118 a.C.”.

⁹⁴ D.1.1.10pr.

⁹⁵ BIONDI, 1972, p. 7.

Conforme o acima exposto, o denominado período clássico do direito romano foi marcado pela fecunda magistratura dos pretores urbano – artífice do *ius honorarium* – e peregrino – criador do *ius gentium* –⁹⁶, a qual foi exercida com *potestas* e *imperium*. E, sobre estes poderes, Moreira Alves, citando Arangio Ruiz, preleciona que:

A *potestas*, como ensina Arangio Ruiz, é a competência de o magistrado expressar com sua própria vontade a do Estado, gerando para este direitos e obrigações. Já o *imperium* é a personificação, no magistrado, da supremacia do Estado, supremacia que exige a obediência de todo cidadão ou súdito, mas que está limitada pelos direitos essenciais do cidadão ou pelas garantias individuais concedidas por *lex publica*.⁹⁷

Exímios magistrados, muitas vezes, os pretores se viram obrigados a superar os estreitos limites impostos pelo antigo *ius civile* em nome da justiça do caso concreto, tendo, então, a *aequitas*⁹⁸ como singular aliada em seu ofício.

A atividade criadora do pretor romano materializava-se em seu programa de magistratura – *edictum perpetuum* –, que era anunciado no início de seu mandato anual, e, adicionalmente, no *edictum repentinum*,⁹⁹ que era adotado quando constatadas situações não previstas no início do mandato.

Em seu *edictum* – ou edito –, o pretor não apenas recepcionava disposições dos programas anunciados por magistrados anteriores – *edictum translativum* –, mas também adotava novas ações – *edictum novum* –, que seriam mantenedoras, durante seu mandato, de determinados direitos.¹⁰⁰ E, não menos importante, com base em seu *imperium*, o pretor podia afastar, corrigir ou suprir o próprio *ius civile*,¹⁰¹ quando de sua aplicação resultasse iniquidades.

⁹⁶ Ao pretor urbano cabia cuidar dos assuntos envolvendo romanos; ao peregrino, dos que envolvessem ao menos um estrangeiro. BIONDI, 1972, p. 18. Vide também: SOUSA, 2005, p. 31; VALLE, 2012, p. 32.

⁹⁷ ALVES, 2007, p. 18.

⁹⁸ AZEVEDO, 2010, p. 61.

⁹⁹ A promulgação desta modalidade de edito foi proibida em 67 a.C. pela *Lex Cornelia*. BIONDI, op. cit., p. 19. AZEVEDO (op. cit., loc. cit.) entende que, a despeito da *Lex Cornelia*, os pretores continuaram a baixar, quando necessário, seus *edicta repentina*.

¹⁰⁰ BIONDI, op. cit., p. 18.

¹⁰¹ **D.1.1.7.1.**

Assim, há sentido na afirmação de que o pretor participou ativamente do aprimoramento do direito romano por meio do *ius honorarium* e do *ius gentium*,¹⁰² visto que sua arte soou como a viva voz do direito civil: “nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis.”¹⁰³ Fenômeno que se desenvolveu intensamente durante a vigência do denominado sistema *per formulas*, que surgiu como resposta à insatisfação generalizada ocasionada pelas *legis actiones*.¹⁰⁴

Durante o período clássico, o pretor continuou inserido em um sistema processual civil bifásico essencialmente fundamentado no reconhecimento de ações como garantidoras de direitos, o qual se denomina *ordo iudiciorum privatorum*. Em síntese, neste sistema, cabia-lhe, na fase *in iure*, reconhecer ou não uma ação ao demandante – *dare actionem, iudicium dat* –, encaminhando então as partes ao *iudex popular*,¹⁰⁵ que, já na fase *apud iudicem* do processo, decidia o caso concreto.¹⁰⁶

Contudo, a substituição da rígida estrutura jurídica das *legis actiones* pelo flexível sistema *per formulas* – desde a *Lex Aebutia* até sua consolidação na *Lex Iulia Iudiciorum Privatorum* – assegurou substancial avanço na construção e na prática do direito civil romano, na medida em que o pretor se viu livre das amarras do antigo *ius civile* para estruturar e organizar as controvérsias do dia-a-dia de Roma, o que foi feito por meio das fórmulas – esquemas abstratos – estabelecidas em seu edito e adaptadas ao caso concreto que lhe era submetido.¹⁰⁷

Neste cenário, a *aequitas* permeou todo o direito e se apresentou como parâmetro imprescindível ao pretor no exercício de seu ofício, ou seja, na construção de um novo direito condizente à realidade romana vigente: “iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen

¹⁰² Entretanto, vale destacar que ALVES (2007, p. 74) relativiza a importância do *ius gentium* diante do *ius honorarium*: “A pouco e pouco, os princípios constantes do Edito do pretor peregrino vão sendo acolhidos pelo pretor urbano, que os aplica a litígios apenas entre romanos; e, posteriormente, passam a integrar o próprio *ius civile*, que, assim, vai perdendo suas características primitivas. Mas o papel principal na evolução do direito romano no período clássico é desempenhado pelo pretor urbano. Com efeito, ao lado do *ius civile* (integrado pelos princípios costumeiros e legais, devidamente ampliados pela *interpretatio* dos jurisconsultos), firma-se o *ius honorarium* ou *praetorium*.”.

¹⁰³ **D.1.1.8.**

¹⁰⁴ **GAIO (I., 4.30).**

¹⁰⁵ Ao *iudex unus* ou, dependendo do caso, ao tribunal dos *recuperatores* – nas controvérsias envolvendo romanos e estrangeiros – ou dos *centumviri* – nas questões sobre sucessão hereditária. TUCCI, 1996, p. 44 e 86.

¹⁰⁶ BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**. Quarta Edizione – riveduta e accresciuta. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1907, p. 111. CARMIGNANI, 2009, p. 120-121. TUCCI, op. cit., p. 45-47 e 83.

¹⁰⁷ **GAIO (I., 4.30).** ALVES, op. cit., p. 232. BIONDI, 1972, p. 94-95. BONFANTE, op. cit., p. 113-114. CARMIGNANI, op. cit., p. 121. TUCCI, op. cit., p. 74-75.

iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.”¹⁰⁸

A *aequitas* romana do período clássico apresentou duas acepções: a primeira – *aequitas naturalis* – como fonte inspiradora do direito em sua plenitude e forma de justiça absoluta, sendo, assim, recorrentemente associada ao *ius naturale*;¹⁰⁹ a segunda – *aequitas civilis* – como elemento constitutivo do próprio direito, ou seja, parte de sua natureza.¹¹⁰ Logo, o pretor, inspirado na primeira, plasmava a segunda no direito, fazendo da *aequitas*, ao mesmo tempo, inspiração e conteúdo de sua arte.

Etimologicamente relacionada ao vocábulo igualdade,¹¹¹ para Pietro Bonfante, a *aequitas* do período clássico, enquanto princípio norteador do direito, aproximou-se daquilo que hoje se entende como ideal de justiça: “Nel linguaggio nostro non v’è um proprio corrispondente a questa romana aequitas e all’aequum et bonum. Le parole che più ne ritengono l’ideale e pregno concetto sono giustizia e giusto nel senso nostro, che non esprime più la mera legalità.”¹¹²

Ideal de justiça que está presente no aforismo de Celsus, acima destacado: “ius est ars boni et aequi”, e em Cícero: “ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas (...)”¹¹³ e, ao mesmo tempo, norteia a formação do próprio *ius*, atribuindo-lhe alma e sentido, mas, às vezes, a ele se contrapondo, como medida necessária à justiça do caso concreto, ao *suum cuique tribuere*, pois a *iustitia* se materializava na conformidade com o *ius*; já a *aequitas*, na justiça. E, nesta sinfonia, ao pretor coube corrigir os acordes dissonantes.

Na mesma linha, Arnaldo Biscardi também percebe as duas formas de se entender a *aequitas* romana: uma como substância e justificativa intrínsecas ao direito vigente e a outra

¹⁰⁸ **D.1.1.1pr.**

¹⁰⁹ Segundo ALVES (2007, p. 84-85), o *ius naturale* romano é o conjunto de normas ditadas ao homem por sua natureza racional e conforme a justiça, sendo, assim, universal. BONFANTE (1907, p. 18-19) também o percebe como algo além da m’era vontade legislativa, sempre conforme a justiça, portanto, relacionado à *aequitas*. Entendimentos alinhados à percepção do direito natural como algo sempre bom e justo: “ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale.” **D.1.1.11.**

¹¹⁰ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5ª edição anotada e atualizada por Olvídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora RT, 1999, p. 88. BONFANTE, op. cit., p. 8-9. DINIZ, 2007, p. 243.

¹¹¹ BIONDI, 1972, p. 60-61. BONFANTE, op. cit., p. 8. BISCARDI, 1999, p. 294.

¹¹² BONFANTE, op. cit., p. 9.

¹¹³ CÍCERO, Marcus Tullius. **Topica**, II, 9.

como ideal objetivado pelo direito, servindo de parâmetro para sua criação e modificação. Em síntese, a *aequitas* foi o fluído vital daquele novo direito que se formou em Roma.¹¹⁴

No entanto, a acepção assumida pela *aequitas* no direito pós-clássico ou do Baixo Império – que teve início ao final do século III d.C. –¹¹⁵ acabou por se distanciar da acima exposta, contendo em si elementos característicos do cristianismo e da filosofia estoica.

A atividade criadora dos pretores permaneceu ativa durante parte do principado, que se estendeu, convencionalmente, do último quartil do século I a.C. ao término do século III d.C, período em que o *princeps* – o primeiro dos cidadãos – ainda respeitava às instituições políticas republicanas, mas com o advento da *Lex Iulia Iudiciorum Privatorum*, que regulou a utilização do processo *per formula*, este ímpeto pretoriano se arrefeceu.¹¹⁶

Em 129 a.C., o *Edictum Perpetuum* de Sálvio Juliano – realizado a pedido do imperador Adriano – assinalou o declínio desta arte pretoriana, na medida em que este edito sistematizou de forma definitiva os editos que o precederam. A atividade criadora do pretor passou então a depender de prévia e expressa solicitação do *princeps* ou do Senado.¹¹⁷

Mas o golpe derradeiro veio com o dominato: período da história romana marcado pela concentração de poderes nas mãos do imperador, que então personificava o *dominus* e não mais o *princeps*. O dominato foi instaurado, em 284 d.C., por Dioclesiano – imperador que teve Sétimo Severo como seu precursor no principado – e consolidado por Constantino.

O centro de gravidade do império se deslocou então da Itália para o Oriente e uma nova capital foi fundada, a saber: Constantinopla. A constituição imperial – *lex* – passou a ser fonte de direito – *ius* – por excelência, restando ao costume a função subsidiária de preencher as lacunas.¹¹⁸

Por outro lado, segundo Moreira Alves, já não havia grandes juristas à época, mas sim práticos, logo, as normas decorrentes das fontes de períodos anteriores – desde que não

¹¹⁴ BISCARDI, 1999, p. 294-295.

¹¹⁵ GILISSEN, 2011, p. 81.

¹¹⁶ CARMIGNANI, 2009, p. 124-125. TUCCI, 1996, p. 47-48 e 75.

¹¹⁷ Segundo ALVES (2007, p. 37), antes mesmo do *Edictum Perpetuum*, os novos editos já se limitavam, na maioria das vezes, a reproduzir as disposições dos editos que os precederam. BIONDI, 1972, p. 18-19. BONFANTE, 1958, volume I, p. 390-391.

¹¹⁸ ALVES, op. cit., p. 43-45. BONFANTE, op. cit., volume II, p. 11-13.

revogadas – continuaram em vigor, sob a denominação de *iura*, ao lado das constituições imperiais.¹¹⁹

No âmbito processual, em substituição ao sistema *per formula*, a *cognitio extra ordinem* se consolidava, assim como a administração da justiça se transformava em uma função exclusiva do Estado.

Destarte, o *iudex* assumia, enquanto órgão estatal permanente, a função de administrar a justiça não mais segundo fórmulas, mas sim segundo a *lex*.¹²⁰ Até que, em 342 d.C., por força de constituição imperial, é definitivamente proibido o uso de fórmulas.¹²¹

Neste cenário, a *aequitas*, antiga aliada do pretor no exercício de sua arte, foi, de certa forma, apartada do *ius*, que então era regido pela *lex imperialis*,¹²² e conduzida aos preceitos da filosofia estoica e do cristianismo, que, desde Constantino, havia se tornado a religião oficial do Império Romano.

O estoicismo romano personificado em Lucio Anneo Seneca propõe um viver conforme a lei racional da natureza. E é justamente na observância desta lei que reside a sabedoria, aqui entendida como *sapientia*.¹²³ Tem-se como desiderato a igualdade natural entre os seres humanos e o amor fraternal, que se expressam em Seneca por suas ideias de *philanthropia*, *humanitas*, *misericordia* e *clementia*,¹²⁴ as quais estavam em sintonia com o nascente cristianismo.¹²⁵

A *aequitas* assumia assim a acepção de benignidade, benevolência, piedade e caridade: “pertanto importa mitezza, moderazione, carità; è equivalente a benignitas, humanitas, pietas, clementia, che troviamo frequentemente invocate, ed è precisamente l’*aequitas* cosi intesa che dove prevalere in omnibus rebus.”¹²⁶

¹¹⁹ ALVES, 2007, p. 46.

¹²⁰ BIONDI, 1972, p. 103-105. BONFANTE, 1907, p. 115-116. TUCCI, 1996, p. 137-139.

¹²¹ TUCCI, op. cit., p. 75.

¹²² ALVES, op. cit., p. 83. BIONDI, op. cit., p. 57.

¹²³ VEYNE, 2008, p. 65-67.

¹²⁴ BISCARDI, 1999, p. 291.

¹²⁵ ALVES, op. cit., p. 55.

¹²⁶ BIONDI, op. cit., p. 63.

E, respaldado na *aequitas* de então, o imperador romano podia derrogar princípios jurídicos, permitindo, por exemplo, “que os humildes (*humiliores*), em certos casos, se desliguem, por vontade unilateral, de vínculos contratuais.”¹²⁷

Em suma, no âmbito do direito romano, o vernáculo *aequitas* se refere a conteúdos diversos, que se revelam conforme o tempo e o lugar em que se dão, assim, não há que se falar em conceito, mas sim em conceitos de equidade, passíveis de determinação no espaço-tempo.

Desta feita, conforme o acima exposto, no período clássico, a *aequitas* se revelou como conceito complexo, polissêmico, na medida em que se reportou simultaneamente à inspiração – *aequitas naturalis* – e à materialização – *aequitas civilis* – da *ars* pretoriana, que se aproximou, sobremaneira, do conceito de justiça. Conceitos que se inserem, naturalmente, em período da história romana marcado pela necessidade de se construir um novo direito condizente às necessidades sociais de uma civilização em franca expansão.

Já no período pós-clássico, a *aequitas* se expressou como benignidade, benevolência, piedade e caridade, acepções caras ao cristianismo e à filosofia estoica, e se situou em período diverso, caracterizado pela concentração de poderes nas mãos do imperador – enquanto senhor de um vasto império consolidado –, que a exerceu como expressão de sua benevolência, e pela ascensão do cristianismo.

Em breve, a queda do Império Romano do Ocidente marcaria o ingresso da Europa na denominada Idade Média. Período no qual a Igreja Católica se fortaleceria e construiria um direito respaldado não apenas nas Sagradas Escrituras, nos cânones e nas decretais papais, mas também na técnica e nos institutos de direito romano, a saber: o direito canônico.

Todavia, a esta pesquisa interessa saber se, e em que medida, a equidade foi recepcionada pelos doutrinadores deste direito que se fortalecia, o que será abordado adiante no estudo sobre a equidade na Idade Média.

¹²⁷ ALVES, 2007, p. 83.

1.6. ἐπιείκεια, *aequitas* e equidade: peculiaridades e afinidades

A flexibilidade peculiar à *ars* pretoriana do período clássico assegurou a dinâmica que o direito civil romano tanto necessitava. Alcançando, assim, praticidade condizente ao espírito do povo de Roma e imprescindível a uma civilização em franco desenvolvimento. E, certamente, o pretor exerceu sua arte através da *aequitas*, seja como fonte natural de inspiração, seja como elemento intrínseco à natureza de um novo direito, que estava predestinado a substituir o antigo *ius civile*. À época, *aequitas* era justiça; direito, a arte do bom e do justo, isto é, do bom e do équo.

Resta então saber o quão distante – ou próxima – está a *aequitas* romana da ἐπιείκεια aristotélica. Contudo, algumas ressalvas são necessárias antes de se realizar esta comparação:

Em primeiro lugar, não se sabe ao certo em que medida os escritos de Aristóteles sobre o tema se fundamentaram em observações fáticas ou em especulações filosóficas – quiçá uma mescla de ambas –, o que exige cautela do estudioso.

Em segundo, assim como para a correta compreensão (individual) das diversas acepções de equidade ao longo do tempo, o estudo comparativo entre a ἐπιείκεια grega e *aequitas* romana demanda a observação de conceitos correlatos, como o de justiça, direito e lei.

Por fim, justiça, direito e lei são conceitos polissêmicos, ou seja, assumem acepções diversas conforme o tempo e a cultura em que nascem e se desenvolvem. Destarte, o conceito de lei – νόμος – na cidade-estado grega se difere do conceito de lei – *lex* – em Roma, assim como *ius* e *lex* não se confundem no período clássico do direito romano – à guisa de

exemplo, o *edictum* pretoriano não é *lex*, mas é fonte do *ius* –, visto ser reducionismo peculiar ao *dominato*.¹²⁸

Feitas estas ressalvas, seguem algumas observações acerca dos conceitos em voga, o que se dá à luz das informações e dos argumentos acima apresentados e se restringe ao que parece essencial a este estudo:

Os vernáculos são distintos: *ἐπιείκεια* para os gregos e *aequitas* para os romanos. E mesmo que se entenda a palavra *aequitas* como uma tradução latina da palavra grega *ἐπιείκεια*, isto não revela por si só perfeita sinonímia.

A *ἐπιείκεια* grega e a justiça legal integram a justiça absoluta, mas é a justiça por *ἐπιείκεια* superior à justiça legal, aqui entendida como justiça inerente ao direito, visto que o conceito de lei – *νόμος* – na cidade-estado grega não se restringia à norma jurídica escrita.¹²⁹ Portanto, em síntese, a justiça por *ἐπιείκεια* está, de certa forma, fora e acima da justiça legal e a corrige quando necessário.

Já a *aequitas* romana está, ao mesmo tempo, na justiça absoluta e no próprio direito, sem que haja, com isso, uma hierarquia de justiças. A *aequitas naturalis* inspira o *ius* e a *aequitas civilis* no *ius* está plasmada. Se o *ius* dela se afasta, o jurista prontamente os reaproxima, como fez o pretor através de sua *ars*. E, nesta medida, há uma transformação conceitual.

Por outro lado, *ἐπιείκεια* e *aequitas* se ligam ao direito natural¹³⁰ e têm como escopo assegurar a justiça do caso concreto, mesmo que para isso seja necessário afastar o direito posto vigente. Arnaldo Biscardi preleciona que há um denominador comum entre *ἐπιείκεια* e *aequitas*, a saber: o espírito – a alma – do direito.¹³¹

A *aequitas* do direito pós-clássico romano também apresenta elementos em comum com a *ἐπιείκεια* aristotélica – mesmo que nesta estejam latentes e naquela tenham

¹²⁸ Sobre o conceito de *νόμος* na cidade-estado grega e sua relação com a justiça total, vide: BITTAR, 2005, p. 113-118. No que se refere às transformações conceituais de *ius* e *lex*, vide: BIONDI, 1972, p. 57-58; e POVEDA VELASCO, 2006, p. 22-27.

¹²⁹ BITTAR, op. cit., p. 113-118.

¹³⁰ Sobre *ἐπιείκεια*, vide: ARISTÓTELES, 2012, p. 73; e BITTAR, op. cit., p. 162. Sobre *aequitas*, vide: D.1.1.11.; e BONFANTE, 1907, p. 18-19.

¹³¹ BISCARDI, 1999, p. 297.

germinado – especialmente no que tange ao seu caráter benevolente e caridoso. Em sua obra *Retórica*, Aristóteles apontou algumas características da *ἐπιείκεια* que reforçam esta tese:

É igualmente próprio da equidade perdoar as falhas humanas. Também olhar, não para a lei, mas para o legislado; não para a palavra, mas para a intenção do legislador; não para a ação em si, mas para a intenção; não para a parte, mas para o todo; não para o que uma pessoa agora é, mas para o que ela sempre foi ou o tem geralmente sido. Também lembrar-nos mais do bem do que do mal que nos foi feito, e dos benefícios recebidos mais do que dos concedidos. Também suportar a injustiça sofrida. Também desejar que a questão se resolva mais pela palavra do que pela ação.¹³²

E, certamente, convidam o estudioso a refletir a respeito do resgate, séculos depois, do conceito aristotélico de *ἐπιείκεια* por Tomás de Aquino, estudioso que, magistralmente, promoveu a conciliação entre a filosofia aristotélica e a doutrina Cristã sedimentada no direito canônico. Como será demonstrado nesta dissertação, à época, fé e razão ganharam singular dimensão no mundo ocidental.

Expostos os elementos e as características peculiares ao conceito de *aequitas*, tanto no período clássico, quanto no pós-clássico, e feitas as comparações entre a *ἐπιείκεια* grega e *aequitas* romana, resta saber o quão distante estão estes conceitos da acepção – ou acepções – de equidade no direito civil e processual civil brasileiro e qual a amplitude a esta reservada.

Sob este prisma, faz-se necessário refletir acerca do papel reservado ao magistrado brasileiro contemporâneo, comparando-o às responsabilidades peculiares ao pretor e ao *iudex* romanos, o que será feito na segunda parte desta dissertação.

¹³² ARISTÓTELES, 2012, L. I, 1374b.

2. Idade Média

2.1. O direito romano e o direito canônico na Baixa Idade Média

No que se refere à Idade Média, interessa a este estudo, em especial, o período que se convencionou denominar Baixa Idade Média, o qual se estendeu, aproximadamente, do século XI ao XV e foi marcado, no campo jurídico, pelo resgate do direito romano e pela estabilização e consolidação do direito canônico¹³³ – esta expressão do poder da Igreja Católica –, resultando na construção do denominado direito comum.¹³⁴

No âmbito político, em regiões como França, Inglaterra e Aragão, o poder soberano dos reis e dos grandes senhores territoriais se fortaleceu, em um processo marcado pelo repúdio à fragmentação e à descentralização inerentes ao sistema feudal. E, deste processo de formação e consolidação do poder soberano, que, como regra, concentrou-se nas mãos do monarca, resultaram os denominados Estados Modernos, que coexistiram e conflitaram por longo tempo com o poder da Igreja Católica.

Ao mesmo tempo, na região central do continente europeu, o Império Carolíngio

¹³³ AZEVEDO, 2010, p. 104-105 e 114. Vale ainda destacar que, em sua formação, o direito canônico absorveu diversos elementos e institutos do direito romano. Mário Curtis assevera que o incipiente direito canônico resgatou do Direito Romano a terminologia, a técnica e algumas instituições. Medida adotada, inclusive, por Santo Agostinho, que, segundo o autor, refere-se, constantemente, ao direito romano, cujas noções jurídicas foram colocadas a serviço da *doctrina christiana*. GIORDANI, Mário Curtis. Tomás de Aquino e o Direito Romano. In: BARROS, Hamilton de Moraes e [et al.] **Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 472.

¹³⁴ “*Ressalta-se, de logo, que a despeito de inúmeras designações para indicar o ordenamento legal originado em Bolonha a partir do início do século XI, a expressão mais adequada é direito comum por se revelar menos parcial do que as demais e por traduzir as seguintes idéias: a) apresenta, como primeira característica, a unidade, visto que unifica (harmoniza) as várias fontes do direito (direito romano-justiniano, direito canônico e direitos locais); e b) encerra um objeto único (ou comum) de toda a ciência jurídica européia, quer ainda enquanto ‘trata’ este objeto segundo os métodos de uma comum ‘ciência’ do direito, fruto de um ensino universitário do direito que era comum por toda a Europa, e vulgarizada por uma literatura escrita ou traduzida numa língua também comum – o latim.*” TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de processo civil canônico: (história e direito vigente)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 43.

– Sacro Império Romano-Germânico – se enfraquecia e complexas estruturas de principados e de cidades autônomas surgiam em algumas regiões, como na atual Itália.¹³⁵

A economia fechada, comum às unidades produtivas feudais, dá lugar a uma economia – relativamente mais dinâmica e ampla – impulsionada pelas grandes feiras medievais, que foram imprescindíveis às atividades comerciais desenvolvidas nas cidades e, estas, por sua vez, foram palco de mudanças socioculturais imprescindíveis à evolução da humanidade.¹³⁶

E, neste cenário, o direito romano assumiu importância ímpar na árdua tarefa de se constituir um corpo legislativo que fosse capaz de bem regular a nova realidade político-econômica e, ao mesmo tempo, de evoluir em sintonia com a intensa dinâmica social vigente.

Tem-se assim, a partir do século XII, o renascimento do direito romano, que teve início na Itália – a qual, diga-se de passagem, não se afastou por completo do direito romano durante a Alta Idade Média, na medida em que manteve contato, mesmo que parcial, com o Império Bizantino –, e se desenvolveu na França, na Alemanha e na Península Ibérica, entre outros.¹³⁷

Este processo de resgate e difusão do direito romano foi impulsionado pelas Universidades,¹³⁸ a partir do pioneirismo da Universidade de Bolonha, que foi frequentada não apenas por estudantes italianos – *cismontanos* – mas também por estrangeiros – *ultramontanos* –, e, estes, uma vez formados, retornavam à terra natal e contribuíam para a difusão do direito romano em solo pátrio¹³⁹, assim como os eclesiásticos regressavam de suas viagens à Cúria Pontifícia.

Indubitavelmente, com o surgimento das Universidades, há uma ruptura com o antigo modelo de ensino e estudo do direito, que antes era monopólio exercido pela Igreja nos mosteiros e no interior das catedrais e integrava os estudos do *Trivium* – gramática, retórica e

¹³⁵ GILISSEN, 2011, p. 130.

¹³⁶ Ibid., p. 205.

¹³⁷ Ibid., p. 130 e 341.

¹³⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 103-104.

¹³⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português**. 3ª edição. 4ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 245-246.

dialética –, especificamente, da retórica e da dialética.¹⁴⁰ No ambiente universitário, dá-se o renascimento do direito romano, cuja novidade reside precipuamente “na natureza dos textos analisados, no fim científico dos trabalhos e no método dos estudos jurídicos.”¹⁴¹

O efeito desta nova metodologia se fez sentir nos sistemas jurídicos da Baixa Idade Média, promovendo irreversível migração dos sistemas irracionais para os racionais: “passa-se dum sistema de direito feudal ou, no Norte e no Leste, de direito arcaico para um sistema desenvolvido e evoluído, racional e equitativo, de tendência individualista e liberal.”¹⁴² Destarte, como exemplo, migra-se de um sistema probatório irracional fundado nos ordálios para um sistema racional pautado nos inquéritos e na oitiva de testemunhas.

Em apertada síntese, este direito romano renascido integra o denominado direito comum – *ius commune* – o qual, indubitavelmente, justificou-se por sua razoabilidade e conveniência, ou seja, por atender à premente necessidade de se construir um arcabouço jurídico que regulasse eficientemente a vida nas novas cidades e o comércio – que rapidamente se intensificava – e, cabe frisar, não por sua ligação imediata a um direito do Império, o que seria, naquele contexto, um contrassenso diante das necessidades peculiares às autoridades régias que se legitimavam e aos próprios Estados que se formavam.

O *ius commune*, além de inspirar a atividade legislativa, foi utilizado como direito supletivo às leis e aos costumes locais, atuando, assim, no preenchimento de lacunas do direito¹⁴³ e, inquestionavelmente, foi também elemento de aproximação cultural entre os diversos povos europeus, permitindo que os ordenamentos jurídicos mantivessem entre si “uma unidade muito mais acentuada do que pode suspeitar-se através da diversidade das suas normas legais ou consuetudinárias”.¹⁴⁴

Direito que foi recepcionado, inclusive, pelo precoce Reino português,¹⁴⁵ graças,

¹⁴⁰ José Silveira da Costa preleciona que as abadias e os mosteiros cederam lugar às escolas urbanas – às Universidades –, que se situam nas cidades emergentes e se transformam em ponto de encontro entre professores e alunos, os quais se unem em grêmios e corporações na defesa dos interesses comuns. COSTA, José Silveira da. **Tomás de Aquino: a razão a serviço da fé**. São Paulo: Moderna, 1993, p. 25.

¹⁴¹ GILISSEN, 2011, p. 341.

¹⁴² Ibid., p. 205.

¹⁴³ Ibid., p. 351.

¹⁴⁴ CRUZ, Guilherme Braga da. **Obras esparsas**. Coimbra Editora, 1981. Volume II, 2ª parte, p. 247; e HESPANHA, António Manuel. **História das Instituições – Épocas medieval e moderna**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 439-442.

¹⁴⁵ “Ora Portugal, apesar de situado no extremo ocidental da Península, não se atrasou, neste domínio, aos demais reinos cristãos peninsulares, podendo assegurar-se que já no século XII havia, entre as figuras gradas que coadjuvavam o Rei na administração do País ou que ocupavam as cátedras episcopais, quem conhecesse as

dentre outros fatores, aos estudos dos glosadores e pós-glosadores, que viabilizaram a identificação e difusão dos preceitos consolidados no *Corpus Iuris Civilis*.¹⁴⁶

Indubitavelmente, a *Magna Glosa* de Acúrsio (1182-1260) e os comentários de Bártolo de Sassoferrato (1313-1357) foram, durante muito tempo, aplicados pelos tribunais europeus, inclusive em Portugal, onde funcionaram como direito subsidiário e marcaram presença nas três ordenações do reino.¹⁴⁷

E, com o tempo, as Universidades que se espalharam por toda a Europa Ocidental, alcançaram o Reino de Portugal¹⁴⁸, onde foi intenso o processo de elaboração de leis gerais pelo monarca¹⁴⁹, enquanto se consolidava o processo de autonomia do direito português em relação ao direito leonês e castelhano.

Nesta linha, assevera Ignacio M. Poveda Velasco, que as Ordenações “representam, considerando a Europa do século XV, esforço pioneiro de sistematização do que podemos propriamente chamar um direito nacional, fato que ajuda a caracterizar Portugal como um dos primeiros Estados da época Moderna”.¹⁵⁰

compilações do direito romano e do direito canônico (...). Mas é no decurso do século XIII, como aliás no resto da Península, que o fenômeno da recepção romano-canônica vai verificar-se no nosso País (...)”. HESPANHA, 1982, p. 252-253.

¹⁴⁶ A denominação *Corpus Iuris Civilis*, enquanto representativa do conjunto da obra jurídica executada a pedido de Justiniano, surgiu apenas no século XVI graças ao romanista francês Dionísio Godofredo. POVEDA VELASCO, Ignacio Maria. **Ordenações do reino de Portugal**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Volume 89, 1994, p. 14.

¹⁴⁷ COSTA, M., 2002, p. 256-259; e ALVES, 2007, p. 60-61.

¹⁴⁸ “Em 1279, com a morte de Afonso III, assume o trono o filho do monarca. Dom Dinis, um rei muito importante para o estudo do processo, já que tanto legislou sobre o tema. Ele cria a primeira universidade em 1288, que muito estimularia os estudos jurídicos sob o enfoque do direito comum. Na verdade, a menção recorrente dos historiadores às universidades europeias deve ser interpretada com algumas ressalvas no que diz respeito à amplitude do estudo geral (nome que era dado à universidade em tal período) em Portugal.” MORAES, José Rubens de. **Evolução Histórica da Execução Civil no Direito Lusitano**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, p. 150. Vide também: SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. Volume I: Fontes de Direito, p. 175-181.

¹⁴⁹ CRUZ, G., 1981, Volume II, 2ª parte, p. 258-261.

¹⁵⁰ POVEDA VELASCO, op. cit., p. 17.

2.2. O estudo e o ensino do direito na Baixa Idade Média: as contribuições de Bártolo de Sassoferrato e Tomás de Aquino.

No ambiente universitário medieval, entre os séculos XII e XIII, ganhou corpo o trabalho dos glosadores, que incansavelmente realizaram a exegese textual do conjunto da codificação de Justiniano – posteriormente denominado *Corpus Iuris Civilis* – imbuídos do espírito de estudar o direito romano como uma ciência e, deste modo, afastando-o do *Trivium* brevemente descrito acima. Mas estes estudos não foram desprovidos de interesse prático, permanecendo os glosadores atentos aos acontecimentos que tinham lugar nas cidades, especialmente nas cidades que floresceram na região hoje ocupada pela Itália:

Todavia, os seus trabalhos não são desprovidos de interesse prático na Itália. Aí o direito romano é, desde o século XII, admitido como o *ius commune*, o direito comum, supletivo de *ius proprium*, isto é, dos numerosos direitos consuetudinários e legislativos dos diversos principados, senhorios e cidades.¹⁵¹

Não obstante o mérito de ter promovido o estudo científico do direito romano, a escola dos glosadores, que contou com ilustres professores como seu fundador Irnerius e seu expoente Acúrsio, sofreu severas críticas pela literalidade de seus estudos. E, ainda no século XIII, presenciaria o surgimento da escola de Orleães, onde os juristas aplicavam o método dialético na execução de seus trabalhos, escapando assim da literalidade peculiar à escola precedente e, de certa forma, já em sintonia com a nova escola que se consolidaria nos próximos dois séculos (XIV e XV) em solo europeu: a escola dos pós-glosadores ou comentadores.¹⁵²

Com a escola dos comentadores, a região da Itália volta a ser o centro de estudos por excelência do direito romano. Inspirada na dialética escolástica – amplamente difundida pelos integrantes do Clero inseridos no meio acadêmico, em especial, Tomás de Aquino (1224-1274) –, esta escola se afasta do método essencialmente analítico dos glosadores e propõe estudar o direito romano em seu conjunto e extrair assim princípios gerais a serem aplicados à vida cotidiana: “o novo método reside sobretudo na discussão e no raciocínio

¹⁵¹ GILISSEN, 2011, p. 343.

¹⁵² Ibid., p. 342-345.

lógico, construído sobre as regras jurídicas romanas consideradas como princípios não discutíveis.”¹⁵³

Naturalmente, a escola dos comentadores também sofreu severas críticas por seu excessivo respeito aos escritos de seus predecessores, por, às vezes, estudar os textos de direito romano fora do respectivo contexto e por seu estilo pesado. Todavia, estas críticas não diminuem a importância do avanço desta escola no campo da ciência do direito.

Bártolo de Sassoferrato, figura eminente entre os comentadores, foi referência em matéria de direito romano: “nemo iurista nisi sit Bartolista”¹⁵⁴, seus comentários integraram, inclusive, a legislação subsidiária de nações como Portugal e lá permaneceram por séculos. O termo Bartolistas passou a ser sinônimo de comentadores ou pós-glosadores e o método de ensino da escola – *mos italicus* – assumiria posição de destaque até o surgimento do *mos gallicus* da escola Humanista.

Bártolo de Sassoferrato (1313-1357), o mais famoso comentador desse período, apesar da breve vida, logrou formular toda uma teoria do ordenamento jurídico mercê da originalidade, segurança, e profundidade com que expôs suas questões, reflexões e proposições nas várias obras que deixou, em especial o *Tractatus Tractatum*.¹⁵⁵

Dentre as contribuições de Bártolo para o direito, interessa a este estudo, em particular, a denominada equidade Bartolina, a qual será abordada e desenvolvida no capítulo pertinente ao direito luso-brasileiro moderno.¹⁵⁶

Isto posto, não menos importante foi o papel desempenhado pelos integrantes do clero inseridos no meio acadêmico, que contribuíram, principalmente, para a inserção da escolástica nas nascentes universidades. A escolástica representou o ápice da produção intelectual, filosófica e teológica da Europa cristã nos séculos XII e XIII, e, indubitavelmente, buscou alicerçar filosoficamente o edifício da fé.¹⁵⁷

¹⁵³ GILISSEN, 2011, p. 346. No mesmo sentido: AZEVEDO, 2010, p. 95-99.

¹⁵⁴ GILISSEN, op. cit., p. 347.

¹⁵⁵ AZEVEDO, op. cit., p. 98.

¹⁵⁶ Trata-se, simplesmente, da equidade por Bártolo sancionada – daí Bartolina – e registrada em comentário à L.1, § 14, D. de aqua quid. et aest: “Hic nota pro emphyteusi, quod ea finita per generationem finitam, descendentes possint petere eis confirmare, et de facili impetrabunt: et est injuria, si non fiat refirmitio; et ideo posset appellare de jure ad superiorem, ut cogat quod refirmitio fiat.” COELHO DA ROCHA, M.A. **Instituições de direito civil português**. 5ª edição. Tomo II. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1867, p. 715.

¹⁵⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. **O Pensamento Político Medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino**. Revista Crítica Jurídica, nº 19, jul-dez/2001, p. 22.

O direito canônico se estabelece e se consolida graças ao monumental trabalho realizado por filósofos do direito como Tomás de Aquino, que foi responsável, dentre outras coisas, pela redescoberta da filosofia aristotélica e sua absorção pelo pensamento cristão. E, desta fonte, o direito canônico obtém sua sistematização racional definitiva¹⁵⁸ e a escola dos comentadores, conforme o acima exposto, inspiração para o seu método.

Apenas para fins de contextualização, vale a pena tecer alguns comentários sobre o direito canônico e suas nuances na Baixa Idade Média, especialmente no que tange aos trabalhos de compilação deste direito e suas principais personagens.

Inegavelmente, a *concordia discordantium canonum*, obra executada pelo monge e professor de teologia em Bolonha Graciano – *Gratianus* –, foi um marco neste processo. Influenciado pela dialética dos primeiros escolásticos, Graciano, por volta de 1140, elaborou o seu *decretum* com o nobre intuito de – como o próprio nome possibilita antever – superar as discordâncias existentes entre os inúmeros cânones do direito canônico, mas, por se tratar de obra não oficial, o reconhecimento pelas autoridades eclesiásticas não foi suficiente para torná-la vinculante aos juízes medievais.¹⁵⁹

Aproximadamente um século depois, durante o papado de Gregório IX, são concebidas as denominadas Decretais de Gregório IX, no afã de se encontrar uma solução ordenada para o vasto número de coleções posteriores ao *decretum*. A obra executada pelo monge e professor de Bolonha Raymond de Peñafort recebeu o nome de *Decretum Gratiani Vagantes* e foi encaminhada às Universidades de Bolonha e de Paris como documento oficial para fins de aplicação e ensino do direito.¹⁶⁰

Neste cenário, são elaborados os trabalhos de Tomás de Aquino, que por sua envergadura e sofisticação marcaram o ápice da filosofia medieval ocidental e deixaram insubstituível legado à filosofia, à teologia e ao direito.¹⁶¹

E aqui se faz necessário explicitar o que foi dito antes a respeito do resgate e da cristianização da filosofia aristotélica e, não menos importante, revelar, mesmo que superficialmente, os reflexos deste trabalho hercúleo no direito e na justiça tomista,

¹⁵⁸ AZEVEDO, 2010, p. 96.

¹⁵⁹ GILISSEN, 2011, p. 148. AZEVEDO, op. cit., p. 104-105.

¹⁶⁰ GILISSEN, op. cit., loc. cit.. AZEVEDO, op. cit., p. 105-106.

¹⁶¹ GIORDANI, 1984, p. 458-459.

precisamente no que diz respeito à equidade. Tarefa que será executada após uma breve contextualização.

Nascido em Roccasecca, cidade localizada ao sul da península itálica, nas cercanias da abadia de Montecassino, Tomás de Aquino (1224-1274) pertencia a “*nobre stirpe napolitana*” e, a despeito dos anseios familiares, acabou por se ordenar dominicano e por dedicar sua breve – porém intensa – vida aos estudos e ao ensino,¹⁶² em um período marcado pelos conflitos entre o Papa e o imperador.¹⁶³

Contemporâneo de Acúrsio e de Jacques de Révigny (1235-1296) – este da Escola de Orleães –, Tomás de Aquino sentiu, no meio acadêmico, a forte presença do direito romano na Europa Medieval. E, em seus estudos, dele se valeu de forma direta e indireta, neste caso, ao buscar inspiração nos autores da Antiguidade Cristã, que, sabidamente, recorreram ao direito romano durante o processo de formação do direito canônico.

Segundo Mário Curtis, “ao que tudo indica, a principal fonte em que Tomás de Aquino hauriu seus conhecimentos de Direito Romano e onde se orientou para a criação de boa parte dos textos citados foi o próprio Direito Canônico.”¹⁶⁴

Ainda versando sobre as influências sofridas pelo Aquinatense e sobre o seu legado à Humanidade, o autor destaca que a principal contribuição de Tomás de Aquino, enquanto filósofo do direito¹⁶⁵, foi o resgate dos fundamentos filosóficos presentes no direito romano, os quais foram essenciais aos juristas no processo de adaptação do antigo direito romano à dinâmica do mundo que se formava.

Assim, segundo Mário Curtis, Tomás de Aquino obteve do direito romano os elementos constitutivos das instituições e dos costumes, que foram sabiamente amoldados à finalidade de seu pensamento – como letra viva – ao tratar de temas como justiça, *jus naturale*, *jus gentium* e lei.¹⁶⁶

Não menos importante foi a contribuição de Aristóteles em sua formação. Decisivamente, a filosofia aristotélica – a princípio refutada pela Igreja Católica, que a

¹⁶² AZEVEDO, 2010, p. 111; e COSTA, José, 1993, p. 26-27.

¹⁶³ COSTA, José, op. cit., p. 28.

¹⁶⁴ GIORDANI, 1984, p. 481.

¹⁶⁵ Ibid., p. 483.

¹⁶⁶ Ibid., p. 485.

percebia como expoente da cultura pagã – moldou o plano racional e especulativo do Aquinatense.

Com as guerras de reconquista, a obra aristotélica, preservada pelos árabes da Espanha muçulmana, pode ser resgatada e cristianizada por Tomás de Aquino. Destarte, os estudos de pensadores como Avicena (980-1037) e Averróis (1126-1198) influenciam os rumos da escolástica: “os pensadores hispano-muçulmanos irradiam para toda a Europa as luzes de sua cultura superior, apoiada na tradição da filosofia e da ciência gregas.”¹⁶⁷

Antonio Carlos Wolkmer assevera que Tomás de Aquino promoveu “a grande síntese entre a cultura pagã antiga (a ‘razão’ aristotélica) e os ensinamentos e os dogmas da Igreja Católica (a teologia cristã da revelação e da ‘fé’).”¹⁶⁸

Ao estudar o legado de Tomás de Aquino, Luiz Carlos de Azedo também enalteceu a habilidade do Aquinatense em conciliar as diversas fontes que lhe serviram de inspiração, concatenando as ideias em conclusões claras e objetivas:

É por essa época, também, que mais se difundia a obra de Aristóteles, da qual o pensamento tomista é o melhor arauto. O Direito Romano ajusta suas afinidades e se concilia com o Canônico, na procura de sistematização das regras e na resposta às objeções. Haurindo ainda a seiva das máximas de Cícero e dos autores neoplatônicos, Tomás de Aquino adapta todo este amálgama aos preceitos da cristandade, construindo os fundamentos de sua ‘síntese’ filosófica e teológica, forma e conteúdo de seus escritos, que se expressam em linguagem sóbria, concisa, objetiva, de fácil compreensão: acolhe os princípios da filosofia aristotélica, interpreta-os, acerta-os ao seu tempo, intenta aperfeiçoá-los. Os temas, desenvolve-os em partes concatenadas, nas quais se enunciam perguntas e respostas, de modo a compor, a final, uma conclusão lógica, clara, densa de unidade.¹⁶⁹

Unidade e harmonia alicerçam sua obra e estão presentes em conceitos como direito e justiça, que selam a união entre a ética de Aristóteles, os preceitos estabelecidos pelos juristas romanos e os ensinamentos de Agostinho.

O direito é o objeto da justiça e a lei é a regra deste direito¹⁷⁰, que se divide em natural e positivo. Natural é o direito que se dá em virtude da própria natureza da coisa, que se apresenta como necessário, mas, no caso do homem, não como imutável, pois a mutabilidade

¹⁶⁷ COSTA, José, 1993, p. 26.

¹⁶⁸ WOLKMER, 2001, p. 22.

¹⁶⁹ AZEVEDO, 2010, p. 111.

¹⁷⁰ AQUINO, Tomás. **Suma Teológica**. 2ª edição. São Paulo: Edições Loyola, 2012, volume VI, p. 45-47, Questão 57, art. 1.

da natureza do homem também se faz sentir no direito natural enquanto expressão de sua razão. E positivo é o direito estabelecido por disposição da vontade humana e em sintonia com o direito natural.¹⁷¹

E esta lógica permeia as leis, pois, conforme o acima exposto, as leis ganham corpo como regras de direito. Segundo Tomás de Aquino, a lei é um imperativo da razão, “é regra e medida dos atos, segundo a qual alguém é levado a agir, ou a apartar-se da ação”¹⁷², ou seja, parâmetro que guia o homem à ação, mas não a qualquer ação, e sim à ação direcionada, na medida em que “toda lei ordena-se ao bem comum.”¹⁷³

José Reinaldo de Lima Lopes assevera que, para o Aquinatense, “a lei ordena sempre para o bem comum porque todos buscam a felicidade e cada um é uma parte da comunidade perfeita, por isso mesmo o bem de cada um só pode ser ordenado para o todo (a felicidade em comum).”¹⁷⁴

Exposta a essência da lei, Tomás de Aquino se dedica a sua diversidade, revelando ao leitor que as leis podem ser classificadas, essencialmente, em eterna, natural, humana e divina.

A lei eterna é expressão da razão divina e tudo o que existe a ela se adéqua. Já a lei natural corresponde à fração da lei eterna que a razão humana – limitada diante da razão divina – é capaz de capturar.¹⁷⁵ É lei que sempre prima pelo bem e, naturalmente, evita o mal,¹⁷⁶ mas não constitui, como acima foi dito, um conjunto de imperativos imutáveis, visto que o natural da razoabilidade humana é circunstancial. E, inspirada na lei natural – ou, se preferir, no direito natural –, tem-se a lei humana, que se concretiza como lei positiva propriamente dita e se justifica pela necessidade de se regular a vida cotidiana do homem.¹⁷⁷ Se desconexa ao direito natural, a lei escrita será percebida como injusta e não gozará de força para obrigar, não será lei, mas corrupção da lei.¹⁷⁸

¹⁷¹ AQUINO, 2012, volume VI, p. 48-50, Questão 57, art. 2.

¹⁷² Ibid., volume IV, p. 522, Questão 90, art. 1.

¹⁷³ Ibid., volume IV, p. 523-525, Questão 90, art. 2.

¹⁷⁴ LOPES, 2009, p. 137-138.

¹⁷⁵ AQUINO, op. cit., volume IV, p. 529-531, Questão 91, arts. 1 e 2.

¹⁷⁶ Ibid., volume IV, p. 561-564, Questão 94, art. 2.

¹⁷⁷ Ibid., volume IV, p. 532-534, Questão 91, art. 3.

¹⁷⁸ Ibid., volume VI, p. 93, Questão 60, art. 6.

E, por fim, há a lei divina, a qual é revelada ao homem e versa sobre a sua salvação eterna. Em outras palavras, a lei divina é dada ao homem, que, por sua essência, é uma criatura limitada e, portanto, incapaz de legislar de forma eficiente sobre seus atos interiores.¹⁷⁹ Não se trata propriamente de direito, mas sim de dever sagrado:

(...) deve-se dizer que a justiça implica igualdade. Ora, como não podemos retribuir a Deus o equivalente ao que dele recebemos, não podemos, conseqüentemente, dar-lhe o que é justo, no sentido perfeito da palavra. Por isso, a lei divina não se diz propriamente o direito, mas o dever sagrado, pois basta que demos a Deus aquilo que podemos.¹⁸⁰

Entendidos, em sua essência, o direito e a lei, deve-se então analisar o conceito tomista de justiça, que se apresenta ao leitor, em apertada síntese, como resultado da conciliação entre a virtude aristotélica reveladora de um estado de espírito voltado à prática do justo e o brocardo romano que a todos orienta dar a cada um o que é devido, o que se depreende da leitura do artigo 1, Questão 58, de sua Suma Teológica:

A justiça é o hábitus, pelo qual, com vontade constante e perpétua, se dá a cada um o seu direito. – Essa definição é quase idêntica à que Aristóteles enuncia: ‘a justiça é o hábitus que leva alguém a agir segundo a escolha que faz do que é justo.’¹⁸¹

Nos artigos seguintes, Tomás de Aquino aborda os elementos constitutivos do seu conceito de justiça, asseverando que a justiça é, por excelência, uma virtude – artigo 3 – sempre relativa a outrem – artigo 2 – e que tem sua sede na vontade – artigo 4 –, o que revela, novamente, a forte influência do Estagirita em sua obra. Mas o Aquinatense não se restringiu aos preceitos aristotélicos, sendo original ao apresentar, ao lado da justiça particular – subdividida em comutativa e distributiva – a concepção de justiça como virtude geral.

No que tange a concepção de justiça geral, *o outrem* necessário a seu exercício não é singular, mas sim coletivo. Trata-se da comunidade como um todo e não um indivíduo em especial, o que decisivamente não macula a lógica tomista, visto que aquele que serve à comunidade está, certamente, servindo aos indivíduos que a constituem, inspirado pela persecução do bem comum:

Ora, a parte, por tudo o que ela é, pertence ao todo e qualquer bem da parte deve se ordenar ao bem do todo. Assim o bem de cada virtude, quer ordene o homem para consigo mesmo, quer ordene a outras pessoas, comporta uma

¹⁷⁹ AQUINO, 2012, volume IV, p. 535-536, Questão 91, art. 4.

¹⁸⁰ Ibid., volume VI, p. 47, Questão 57, art. 1.

¹⁸¹ Ibid., volume VI, p. 56 e 57, Questão 58, art. 1. O tema é retomado no art. 11 da Questão 58.

referência ao bem comum, ao qual orienta a justiça. Dessa maneira, os atos de todas as virtudes podem pertencer à justiça, enquanto esta orienta o homem ao bem comum. Nesse sentido, a justiça é uma virtude geral. E como compete à lei ordenar o homem ao bem comum, como já foi dito, essa justiça geral é chamada legal.¹⁸²

Miguel Reale e José Reinaldo de Lima Lopes enaltecem a importância desta contribuição tomista e a relacionam ao que hodiernamente se entende como justiça social, especialmente por dar à justiça geral preeminência entre todas as virtudes.¹⁸³

Ainda no âmbito da justiça, segundo Tomás de Aquino, tem-se a denominada justiça particular, que se apresenta como inspiração ordenadora das relações entre pessoas singulares, tratando-as de maneira imediata:

(...) deve-se dizer que a justiça legal ordena, sem dúvida, de forma suficiente o homem no que concerne o outro. Ela o faz, de maneira imediata, no que toca ao bem comum; quanto ao bem de cada pessoa particular, no entanto, apenas de maneira mediata. Por isso, faz-se mister que haja uma justiça particular que ordene imediatamente o homem no que diz respeito ao bem de outra pessoa particular.¹⁸⁴

A justiça particular tomista se divide em duas espécies: comutativa e distributiva. A primeira está presente nas relações de parte a parte, ou seja, nas relações em que uma pessoa privada interage com a outra, atribuindo-lhe o que é próprio. A segunda se faz sentir nas relações do todo com as partes, ao repartir o que é comum – bens comuns – de maneira proporcional.¹⁸⁵

José Reinaldo de Lima Lopes realça as diferenças existentes entre as espécies de justiça particular expondo que: “num contrato de compra e venda, estamos diante de uma regra de justiça comutativa (como garantir a equivalência das trocas); num contrato de sociedade, estamos diante de regras de justiça distributiva (como repartir entre os sócios, proporcionalmente, o lucro ou o prejuízo).”¹⁸⁶

Todavia, não se deve confundir a competência da justiça legal, que é “ordenar ao bem comum o que é das pessoas privadas”, com a competência da justiça particular

¹⁸² AQUINO, 2012, volume VI, p. 63-64, Questão 58, art. 5.

¹⁸³ REALE, M., 1986, p. 641. LOPES, 2009, p. 144.

¹⁸⁴ AQUINO, op. cit., volume VI, p. 68, Questão 58, art. 7.

¹⁸⁵ Ibid., volume VI, p. 95-98, Questão 61, art. 1.

¹⁸⁶ LOPES, op. cit., p. 145.

distributiva, que é “ordenar o bem comum às pessoas particulares.”¹⁸⁷

Ao tratar da concepção tomista de justiça, Luiz Carlos Azevedo assevera que, para Tomás de Aquino, “a justiça não é só o cumprimento estrito e literal da lei, mesmo porque, é possível que, ao aplicá-la, sem mais cuidados, estar-se-á contrariando o ideal de igualdade e do bem comum que se procura resguardar. Esta já será a função da equidade, da *ἐπιείκεια*, que irá temperar a decisão a ser tomada com vistas àquele resultado.”¹⁸⁸

Destarte, ao lado da justiça, surge a equidade – *epieikeia* –, que, aos olhos do Aquinatense – indubitavelmente inspirado na *ἐπιείκεια* aristotélica –, apresenta-se como uma virtude, como algo justo.

Tomás de Aquino entende que os atos humanos são, naturalmente, particulares e contingentes, podendo variar ao infinito. Destarte, seria impossível conceber lei humana que abrangesse tamanha diversidade. Certamente, os legisladores observam os acontecimentos mais frequentes ao elaborarem uma lei e a observância destas leis pelo homem é medida necessária à justiça. Contudo, nem sempre a estrita aplicação de uma lei a um determinado caso promoverá a igualdade e a justiça, comprometendo, inclusive, o bem comum que esta lei visa.¹⁸⁹

Ilustrando seu raciocínio, Tomás de Aquino recorre a um caso descrito por Platão em *A República*, com o objetivo de esclarecer sua argumentação favorável à concepção da *epieikeia* como virtude:¹⁹⁰

A lei determina que os depósitos sejam restituídos, porque na maioria dos casos isto é o justo. Mas, num determinado caso, isto pode ser nocivo. Exemplo: se um louco furioso, que deu uma espada em depósito, a reclamar num acesso de loucura, ou se alguém exigir o depósito para lutar contra a pátria. Em tais casos é mau seguir a lei estabelecida; e o bom então é, deixando de lado a letra da lei, obedecer às exigências da justiça e do bem comum. É a isto que se ordena a epiqueia, que nós chamamos de equidade. E assim se torna claro que a epiqueia é uma virtude.¹⁹¹

O Aquinatense enfatiza que o recurso à *epieikeia* em casos como este, em que a lei é afastada devido às peculiaridades do caso real, não ofende o justo em si mesmo e não

¹⁸⁷ AQUINO, 2012, volume VI, p. 98, Questão 61, art. 1.

¹⁸⁸ AZEVEDO, 2010, p.112.

¹⁸⁹ AQUINO, op. cit., volume VI, p. 688-689, Questão 120, art. 1.

¹⁹⁰ PLATÃO, 2012, Livro I, 331c e ss.

¹⁹¹ AQUINO, op. cit., volume VI, p. 689, Questão 120, art. 1.

constitui espécie de julgamento da lei em si mesma, mas, na verdade, apenas revela o cuidado de se julgar um caso conforme suas características, pois seguir “a verdade da lei quando não é oportuno, é um ato vicioso.”¹⁹²

A *epieikeia* tomista também é percebida como algo justo. É parte integrante da justiça em seu sentido geral e constitui uma espécie de justiça por prioridade, precedendo a justiça legal, na medida em que esta se dirige de acordo com a *epieikeia*. Para Tomás de Aquino, a *epieikeia* pode corresponder à justiça legal ou mesmo ultrapassá-la. E isto depende do conceito que se tenha acerca desta justiça legal:

Se chamarmos de justiça legal aquela que obedece à lei seja quanto à letra desta, seja quanto à intenção do legislador, que é bem mais importante, então a epiquéia é a parte mais importante da justiça legal. Mas se chamarmos justiça legal unicamente aquela que obedece a lei segundo a letra, então a epiquéia não faz parte da justiça legal, mas da justiça tomada no seu sentido geral, e se distingue da justiça legal, ultrapassando-a.¹⁹³

Segundo Mario Bigotte Chorão, a *ἐπιείκεια* aristotélica foi introduzida na teologia escolástica por Alberto Magno e retomada, desenvolvida e renovada por Tomás de Aquino, que a transpôs por um novo horizonte ontológico e a inseriu em um contexto cristão.¹⁹⁴

Para o autor, Tomás de Aquino entende a *epieikeia* – vernáculo adotado pelo Aquinatense – como uma virtude, que integra a parte subjetiva da justiça e, em nome desta, promove a correção da lei diante das características do caso concreto. Virtude parametrizada pela *phronesis*, especialmente, pela *gnome*, que é a parte da prudência pertinente aos casos particulares ou excepcionais que fogem aos princípios regulares, como adequada forma de se alcançar “o justo meio termo entre a inconsideração do laxismo e o rigorismo literalista.”¹⁹⁵

Ian MacClean, ao tratar do assunto, assevera que a equidade, na Baixa Idade Média, identificou-se com a *ἐπιείκεια* aristotélica enquanto virtude associada à justiça distributiva e comutativa e como forma eficiente de se superar o rigor das leis escritas. Sua aplicação representava uma virtude universal e estava associada ao direito natural e divino.¹⁹⁶

¹⁹² AQUINO, 2012, volume VI, p. 690, Questão 120, art. 1.

¹⁹³ Ibid., volume VI, p. 691, Questão 120, art. 2.

¹⁹⁴ CHORÃO, Mario Bigotte. **Temas fundamentais de direito**. Coimbra: Livraria Almedina, 1986, p. 88.

¹⁹⁵ Ibid., p. 89.

¹⁹⁶ MACLEAN, Ian. **Interpretation and meaning in the renaissance: the case of law**. New York: Cambridge University Press, 1992, p. 175-176.

Em síntese, a capacidade de unificar e harmonizar as mais diversas fontes é uma característica admirável nos escritos de Tomás de Aquino. Entretanto, isto não significa que, em cada um dos temas abordados em sua vasta obra, o mesmo peso foi dado a todas as fontes. Ao tratar da equidade – *epieikeia* –, sua fonte principal foi Aristóteles, visto que a essência do conceito tomista de equidade orbita a *ἐπιείκεια* aristotélica.

Vernáculos distintos – *epieikeia* e *ἐπιείκεια* – que expressam, essencialmente, o mesmo conceito. Tomás de Aquino, em síntese, resgatou o conceito aristotélico de equidade e manteve o seu núcleo significativo. Embora revele forte influência de diversas fontes na construção dos conceitos correlatos à equidade, como justiça, direito e lei, a sua essência filosófica foi preservada. Destarte, não há que se falar, neste caso, em transformação conceitual.

Por fim, conforme o acima exposto, pode-se concluir que, para Tomás de Aquino, a *epieikeia* é uma virtude integrante da justiça, que, por sua vez, é a principal dentre as virtudes cardiais – polarizadoras das demais virtudes humanas –, magistralmente retratadas no *Affresco Virtù e la Legge* de *Raffaello Sanzio* situado na *Stanza della Segnatura*. Ela integra a justiça em seu sentido geral e é parte prioritária da justiça legal. E, seguramente, revela-se como virtuoso meio de se levar justiça ao caso concreto.

3. Modernidade e Contemporaneidade

3.1. A equidade Bartolina

O jusnaturalismo racionalista ingressou tardiamente no Reino de Portugal. Sua recepção se deu durante o reinado de D. José I (1750-1777),¹⁹⁷ sob a batuta do então Ministro Sebastião José de Carvalho e Mello – Marquês de Pombal –, que, por meio de normas nacionais, como a Lei de 18 de agosto de 1769 – Lei da Boa Razão –,¹⁹⁸ promoveu mudanças significativas no âmbito do direito. Alterações que permaneceram em vigor, mesmo que parcialmente, até a promulgação do Código Civil português de 1867 e, no ordenamento brasileiro, até o Código Civil de 1916.¹⁹⁹

Inspirado na doutrina de Luís António Verney,²⁰⁰ o Marquês de Pombal – símbolo da autoridade do Estado e espécie de *alter ego* do monarca D. José I –²⁰¹, implantou mudanças no ensino jurídico e na aplicação das leis, não poupando esforços para assegurar a primazia das leis nacionais, enquanto expressão do poder soberano da autoridade régia.

A partir daquele momento, os juristas, inclusive os juízes, foram transformados

¹⁹⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 141.

¹⁹⁸ SILVA, N., 1985. Volume I: Fontes de Direito, p. 276.

¹⁹⁹ FERREIRA, Waldemar Martins. **História do direito brasileiro**. 3ª edição. Rio de Janeiro – São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1952. Tomo II, p. 330-332; POVEDA VELASCO, 1994, p. 24; e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1981, p. 62-64.

²⁰⁰ Extremamente culto e inserido em seu tempo, Verney, enquanto secretário do embaixador de Portugal em Roma, teve contato com as fontes iluministas e acabou por adotar uma concepção filosófica e racionalista do direito, o que, de fato, destoava da realidade vivida no Reino Lusitano setecentista. Nas palavras de Camilo Castelo Branco: “o Verdadeiro Método de Estudar é o motor mais progressivo que a chamada Idade de Ferro das letras portuguesas podia receber não só de um homem, senão de uma academia (...) Verney, só de per si, multiplicando-se com diversos disfarces anonimamente para redarguir vitorioso aos deferentes adversários, fez mais que as academias que o precederam e seguiram (...)” BRANCO, Camilo Castelo. **Perfil do Marquês de Pombal**. Edições Vercial. E-Book, p. 1.455.

²⁰¹ TUCCI, op. cit., p. 143.

em instrumentos do poder estatal, atuando sob a égide da estrita legalidade. Era o despotismo esclarecido que se estabelecia em solo lusitano, como resultado de um processo de centralização habilmente executado pelo Marquês de Pombal.

Indubitavelmente, o principal objetivo das reformas pombalinas e, por consequência, da denominada Lei da Boa Razão, foi concentrar o poder legislativo nas mãos do soberano, “para dar mais ordem e clareza, certeza e celeridade nos negócios.”²⁰² Destarte, a lei nacional deveria efetivamente prevalecer sobre as demais fontes.

Estas reformas, como dito anteriormente, alcançaram inclusive o meio acadêmico. Os Estatutos e os métodos de ensino jurídico passaram a se pautar nestes mesmos conceitos de ordem e clareza, o que resultou no abandono do método escolástico e no repúdio ao ensino indiscriminado do direito romano.²⁰³

Os oito primeiros parágrafos da Lei de 18 de agosto de 1769 foram dedicados aos critérios de interpretação autêntica das leis, versando inclusive sobre os casos em que a Casa de Suplicação estaria exclusivamente autorizada a proferir Assentos normativos. Medida de cunho restritivo, visto que, antes da Lei da Boa Razão, este privilégio era compartilhado entre a Casa de Suplicação e as Relações, mas, doravante, a autoridade dos Assentos das Relações estava condicionada à confirmação da Casa de Suplicação.

O parágrafo nono (§9º) afastou a aplicação imediata e irrestrita dos dispositivos de direito romano e canônico e o parágrafo treze (§13) proibiu o uso da Magna Glosa de Acúrsio e dos comentários de Bártolo como instrumentos de preenchimento de lacunas.

Deve-se destacar que o jusnaturalismo racionalista assumiu posição de destaque durante a época da Ilustração e se caracterizou pela busca livre, por meio da razão, das leis naturais aos homens.²⁰⁴ Sob sua influência se deu o movimento codificador imbuído do espírito de ordem e de concentração legislativa no poder central, que resultou no Código

²⁰² LOPES, 2009, p. 191-192.

²⁰³ LOPES, op. cit., p. 192.

²⁰⁴ “O jusracionalismo e o iluminismo dos séc. XVII e XVIII não são por natureza idênticos. O jusracionalismo foi a nova versão de uma filosofia social continuamente presente na tradição antigo-ocidental; o iluminismo, apesar da sua fundamentação filosófica, foi uma ruptura moral ou, em última análise, religiosa, no sentido de uma nova atitude perante a vida, da qual surgiu uma modificação da opinião pública e grandes reformas da vida política. Mas ambos os movimentos estão intimamente ligados: tanto quanto à sua origem, uma vez que o sistema do novo jusracionalismo só se tornou possível através dos pensadores do primeiro iluminismo, como Galileu e Descartes, quer quanto à sua ação, já que o iluminismo justificou jusracionalmente as suas exigências humanitárias, tais como a abolição dos delitos de magia, da tortura e das penas corporais.” WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 4ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 353-354.

prussiano (*Preußisches Allgemeines Landrescht – ALR*), no Código Civil austríaco (*Österreichisches Allgemeines Bürgerliche Gesetzbuch – ABGB*) e nos Códigos napoleônicos.

É sabido que código não houve em Portugal, mas também é público e notório que o direito português foi influenciado pela *recta ratio* jusnaturalista e pelos ideais iluministas, o que resultou, conforme o acima exposto, na adoção de novos métodos de interpretação, de novas fontes subsidiárias – como as leis das Nações Cristãs polidas da Europa –, e na primazia das fontes nacionais.

Como consequência, no que se refere às fontes subsidiárias de direito, o pressuposto da autoridade não condiciona mais a razão. Sob o espírito do *usus modernus pandectarum*, afasta-se a presunção de que a boa razão sempre esteve presente no direito romano. Desta feita, a boa razão deve ser procurada e identificada nos dispositivos a serem aplicados, como *conditio sine qua non* ao seu uso moderno.

Segundo Guilherme Braga da Cruz, a saída adotada pelo legislador pombalino para justificar esta nova condição à aplicação do direito romano foi extremamente hábil: refutou-se, veementemente, a existência de um critério novo, sob a alegação de se tratar, na verdade, de critério antigo, mas com uma nova e correta leitura. Seguindo esta linha de raciocínio, argumentou-se que a presunção de boa razão inerente aos dispositivos de direito romano é que foi equivocada e, por ser assim, deu margem a inúmeros abusos. Na verdade, esta boa razão deveria ser aferida e não presumida.²⁰⁵

Todavia, Luiz Carlos Azevedo e José Rogério Cruz e Tucci enfatizam que, mesmo após a promulgação da Lei de 18 de agosto de 1769, “o direito romano-canônico continuou a ser aplicado nos tribunais e ensinado na universidade. A despeito da notória hostilidade à sua observância, o direito comum afinal era admitido como direito subsidiário pela própria lei, desde que subordinado aos critérios hermenêuticos, na falta de legislação moderna.”²⁰⁶

E esta foi a sorte reservada à denominada equidade Bartolina. Entretanto, a compreensão deste aparente paradoxo demanda a realização de um singelo e prévio estudo da sucessão na *emphyteuse*, conforme o direito vigente nos séculos XVIII e XIX.

²⁰⁵ CRUZ, G., 1981, Volume II, 2ª parte, p. 398-400.

²⁰⁶ TUCCI, 2009, p. 155.

Herança institucional do direito português, a *emphyteuse* se apresentou como forma jurídica de acesso ao domínio útil da terra, desempenhando importante papel no processo de ocupação do solo e desenvolvimento da agricultura local e colonial, de suma importância para o Reino de Portugal.

Ao tratar da Lei das Sesmarias – Lei de 26 de junho de 1375 –, que foi recepcionada pelas Ordenações Filipinas – Liv.4. Tít. 43. –, Olavo Acyr de Lima Rocha assevera a importância atribuída, pela Coroa, ao assunto, com a previsão, inclusive, da enfiteuse como forma de punição ao senhor de terras pelo não cultivo das mesmas:

Procurou, outrossim, através de preceitos impositivos, tornar efetiva a cultura das terras, sem tolerância para com os ausentes e omissos. A agricultura era indispensável à produção do pão e vinho. Os senhores das terras ou as cultivavam, ou eram constrangidos a transmiti-las por enfiteuse ou arrendamento, para serem trabalhadas mediante paga de pensão ajustada ou, na falta de ajuste, arbitrada por louvados em via judicial. Em caso de resistência, as terras lhes seriam tiradas e entregues a quem as quisesse cultivar pela renda e tempo convencionados entre o agricultor e a Justiça.²⁰⁷

Segundo a doutrina,²⁰⁸ a *emphyteuse* ou aforamento, à época, era compreendido em sua dupla acepção: como contrato bilateral e comutativo pelo qual o proprietário de um prédio – senhorio ou *senhor directo* – concedia a outrem – foreiro ou *emphyteuta* – o domínio útil sobre este prédio, reservando para si o domínio direto e recebendo, por essa concessão, uma prestação anual – denominada *fôro* – e a quadragésima parte do preço acertado – denominada *laudêmio*;²⁰⁹ e, ao mesmo tempo, como expressão do direito real nos bens tomados por virtude deste contrato.

Coelho da Rocha enfatiza que o instituto da *emphyteuse* inspirou-se no direito romano, o qual, por sua vez, qualifica-o como pertencente ao gênero dos contratos de *bonae fidei*. Desta feita, segundo o autor, “por este principio, e pelo outro da egualdade, que a razão e as leis exigem nos contractos commutativos, é que se deve julgar da justiça das prestações, clausulas e condições, as quaes na verdade neste contracto são inteiramente arbitrais, mas que

²⁰⁷ ROCHA, Olavo Acyr de Lima. **As Ordenações Filipinas e o direito agrário**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Volume 95, 2000, p. 44.

²⁰⁸ COELHO DA ROCHA, 1867, p. 415; e TEIXEIRA, Antonio Ribeiro de Liz. **Curso de direito civil portuguez, ou commentario ás instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo direito**. Coimbra: Coimbra, 1848, p. 83.

²⁰⁹ TEIXEIRA, A. (1848, p. 84) assevera que o *laudêmio* consiste no direito do senhorio de receber a quarentena do preço do prédio afetado, salvo disposição contratual prevendo valor diverso – maior ou menor – ou mesmo a sua renúncia, o que não afetaria o aforamento, pois o *laudêmio* não é elemento essencial ao seu perfazimento. E assim foi disposto pelas Ordenações do Reino (Liv. 4, Tít. 38).

nem por isso deixam de poder ser arguidas de gravosas e usurarias.”²¹⁰

Os principais tipos de *emphyteuse* eram: a de livre nomeação, em que o foreiro era livre para nomear seus sucessores – liberdade que poderia estar expressamente garantida na investidura ou ser tácita, isto é, quando nada a respeito estivesse disposto no contrato –; e a de nomeação restrita a certa qualidade de pessoas, em que havia cláusula contratual dispendo sobre a sucessão do foreiro desde a investidura.²¹¹

No que tange às cláusulas contratuais desta natureza, duas espécies se destacaram por sua recorrência: a de prazos familiares puros, ou de geração, nas quais a sucessão se restringia às pessoas da família, ou geração da primeira vida; e a de prazos familiares mistos, em que a livre nomeação só tinha vez na falta de filhos e descendentes.²¹²

Segundo Antonio Ribeiro de Liz Teixeira, conforme o disposto nas Ordenações do Reino – Liv.4. Tít. 37. § 6. –, a sucessão na *emphyteuse* familiar é aquela em que “sómente podem succeder os que tem a qualidade, que dá o parentesco, ou as relações de sangue com o tomador, de sorte que fica a sucessão restricta aos da sua gente ou familia,” ou seja, a sucessão aqui se defere *jure sanguinis* e não *jure hereditario*.²¹³

Desenvolvendo seu raciocínio, o autor destaca que as Ordenações – Liv.4. Tit. 36. § 4. – ainda determinam que na falta de filiação legítima, ou mesmo natural, sucederão os ascendentes,²¹⁴ mas com aparente repúdio à extensão do prazo da enfiteuse aos colaterais.

Completando-o, assevera que as Ordenações – Liv.4. Tit. 36. § 2 –, em havendo prazo concedido expressamente ao tomador – *emphyteuta* – e seus filhos, não assegurariam aos colaterais o direito a este prazo, “pois que antes da sucessão lhes chegar, o prazo se devolve ao senhorio.”²¹⁵

Nesta mesma linha, Coelho da Rocha assevera que, a princípio, findas as vidas, o contrato era extinto e o domínio útil retornava ao senhorio, com a plena liberdade para aforar

²¹⁰ COELHO DA ROCHA, 1867, p. 416.

²¹¹ Ibid., p. 417.

²¹² Ibid., p. 417-418.

²¹³ TEIXEIRA, A., 1848, p. 164.

²¹⁴ Ibid., p. 170.

²¹⁵ Ibid., p. 171.

novamente a quem melhor lhe aprouvesse.²¹⁶

Todavia, mesmo que uma cláusula contratual assim dispusesse, na prática, quando da renovação, afastava-se sua aplicação e renovava-se a enfiteuse em benefício do herdeiro do possuidor antecedente. E assim o foi como medida de equidade, seja em atenção às benfeitorias realizadas pelo possuidor, seja devido ao afeto dos familiares pela terra em que nasceram e foram criados, seja por próprio interesse do senhorio em não arcar com eventuais aborrecimentos ocasionados pela mudança de colonos.²¹⁷

Medida que, segundo Coelho da Rocha, antes mesmo do registro em lei, já era adotada, aplicando-se a denominada equidade Bartolina, que encontrava respaldo na autoridade advinda dos comentários de Bártolo sobre o direito romano resgatado:

Porém logo do meado d'este seculo, do anno de 1576, é datada a decisão transcripta por Caldas, de renov. quaest. 8. n. 3, em que se estabelece a obrigação de renovar aos herdeiros do ultimo foreiro os prazos da fazenda real; assim como os ecclesiasticos o ficaram sendo em virtude da Concordata de D. Sebastião de 18 de Març. de 1578, transcripta por Pereira, de Man. Reg. P. 1, n. 284, d'onde foi tirada a Ord. L. 2. Tit. 1, § 6. Fundado nestes documentos, e na practica de julgar, o citado Caldas, que escrevia pelos annos de 1585, não duvidou dizer que a obrigação da renovação estava adoptada pela opinião commum, e recebida de todos os escriptores; e que os senhorios, denegando-a, commettiam uma escandalosa injustiça, ainda quando no contracto se achasse a clausula em contrario.²¹⁸

Trata-se da equidade por Bártolo sancionada – daí Bartolina – e registrada em comentário à *L.1, § 14, D. de aqua quid. et aest*: “Hic nota pro emphyteusi, quod ea finita per generationem finitam, descendentes possint petere eis confirmare, et de facili impetrabunt: et est injuria, si non fiat refirmitio; et ideo posset appellare de jure ad superiorem, ut cogat quod refirmitio fiat.”²¹⁹

Recapitulando o acima exposto, o parágrafo treze (§13), da Lei de 18 de agosto de 1769, proibiu o uso da Magna Glosa de Acúrsio e dos comentários de Bártolo como instrumentos de preenchimento de lacunas:

(...) Mando que as glosas, e opiniões dos sobreditos Acúrsio, e Bartholo não possam ser allegadas em Juizo, nem seguidas na pratica dos Julgadores; e que antes muito pelo contrario em hum, e outro caso sejam sempre as boas razões

²¹⁶ COELHO DA ROCHA, 1867, p. 714 (Nota AA ao §. 567, p. 422).

²¹⁷ Ibid., loc. cit.

²¹⁸ Ibid., p. 715.

²¹⁹ Ibid., loc. cit.

acima declaradas, e não a autoridade daquelles, ou de outros semelhantes Doutores da mesma Escola, as que hajão de decidir no Fôro os casos occorrentes; revogando também nesta parte a mesma Ord. que o contrario determina.

Contudo, ao final do século XVIII, período notoriamente marcado pelas reformas pombalinas, a equidade Bartolina encontrou acolhida legal, sob os auspícios do direito natural, especificamente, nos §§ 25 e 26 da Lei de 9 de Setembro de 1769, que assim dispôs:

§ 25 - Para obviar em beneficio do socego publico a todas as controversias, que sobre as successões, nomeações, devoluções, e vacaturas dos Prazos vitalícios, e direito de renovação delles pela equidade chamada de Bartholo, costumão agitar-se, e podem recrescer no futuro: Fixando tambem a este respeito a certeza da Jurisprudencia, que se deve observar nos meus Reinos, e domínios: E declarando, e ampliando a esse fim o titulo trinta e seis da Ordenação do livro quarto.

Mando, que da publicação desta em diante se observe a sobredita Ordenação com as declarações, e ampliações seguintes.

§ 26 – Não sendo a dita equidade inventada por Bartholo, como se quiz suppor, mas sim estabelecida no Direito Natural, que não permite que alguém se locuplete com grave jactura de terceiro: E verificando-se esta iniquidade em todos os casos, nos quaes havendo dispendido os *Emphyteutas* (por exemplo) dez, vinte, trinta, quarenta mil cruzados, e mais em humas ruínas, ou terreno bravio, e inculto, cujas propriedades valessem de principal cem, duzentos, trezentos, quatrocentos, ou quinhentos mil reis somente, quando se afforarão, succedessem fallecerem sem ascendentes, ou descendentes, e sem nomearem os ditos *Emphyteutas*, na primeira, ou segunda vida, que a fraqueza humana faz passar brevemente, e succeder ficarem assim os Senhorios directus lucrando todas aquellas desproporcionadas despesas com mais que enormissimas lesões dos herdeiros legitimos dos mesmos *emphyteutas*; afim de que mais se não duvide em Juizo, ou fora delle sobre a referida equidade.

Mando, que o mesmo que a sobredita Ordenação determina a favor dos descendentes e ascendentes não nomeados, se observe da mesma sorte a favor dos herdeiros transversaes ab intestato, em quanto os houver: E que so nos casos, em que os ditos *emphyteutas* fallecidos sem nomear não deixarem parentes até o quarto grão inclusivamente (contado conforme o Direito Canonico), se devolvam então os Prazos aos Senhorios directos, sendo aptos, e fiquem nelles a seu favor consolidados ambos os dous domínios.

O que, se observara, ficando alias em tudo mais a dita Ordenação sempre em seu vigor.

Nota-se com facilidade que a *Magna Glosa* de Acúrsio e os comentários de Bártolo foram, à luz da Lei da Boa Razão, banidos enquanto instrumentos de preenchimento de lacunas, o que não causa espanto diante da nova mentalidade dominante à época. Mas, em contrapartida, mesmo que apelando ao direito natural – o que justifica o aparente paradoxo –,

a lei de 9 de Setembro de 1769 determinou a observância de preceito estabelecido por Bártolo séculos antes.

O preceito sancionado pela Lei de 9 de Setembro de 1769, no § 26, justifica-se como forma de se evitar o locupletamento por parte do senhorio com as benfeitorias e melhoramentos do prédio em detrimento dos sucessores do *emphyteuta*, e , em alguns casos, como na agricultura, em detrimento do público. E, embora, contraponto à Lei de 18 de Agosto de 1769, §. 13, segundo o autor, aferiu-se o recurso à equidade Bartolina na prática jurídica.²²⁰

Por fim, Coelho da Rocha apresenta ao leitor os motivos que justificaram sua fidelidade à equidade Bartolina:

Nós adoptamos a regra em toda a generalidade, porque 1.º na *emphyteuse*, ainda de prédios cultivados, o foreiro adquire o dominio util, de que seria duro despojar-o sem indemnisação. Se a mente dos contrahentes fosse um simples arrendamento, para que haviam de empregar a figura da *emphyteuse*? 2.º Assim o pede o interesse da agricultura, e o bem geral das familias. 3.º Pelo simile do Alv. de 20 de Junh. de 1774, que não permite aos proprietarios do Alemtejo fazer arbitrariamente despejar seus antigos colonos.²²¹

Em síntese, no que tange à equidade Bartolina, percebe-se que seus alicerces repousam na *aequitas* romana. Essencialmente, o conceito é o mesmo, todavia, o tempo e o espaço são outros, na medida em que a equidade Bartolina nasceu na Baixa Idade Média – assim como a *epieikeia* tomista – como justa resposta às peculiaridades da vida cotidiana e foi resgatada pelo direito português oitocentista, mas, então, como justa medida inspirada no direito natural.

Concluindo este tópico, que funciona como elemento de transição entre uma abordagem mais ampla – ocidental – para uma mais restrita – brasileira – do tema proposto, vale a pena apresentar os comentários de Augusto Teixeira de Freitas – o jurisconsulto do império –²²² acerca da equidade. Para tanto, serão observadas as disposições de sua Consolidação das Leis Civis, que certamente ameahou de forma coesa a legislação vigente à época, e de seu Vocabulário Jurídico.

Mediante encomenda do governo imperial, por ordem direta do então Ministro da

²²⁰ TEIXEIRA, A., 1848, p. 195-201.

²²¹ COELHO DA ROCHA, 1867, p. 716 (Nota AA ao §. 567, p. 422).

²²² MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. **Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do império**. 2ª ed., revista e aumentada. Brasília: Cegraf, 1983, p. XXI.

Justiça José Nabuco de Araújo, a Consolidação das Leis Civis foi obra iniciada em 15 de fevereiro de 1855 e concluída, com ampla aprovação pela Comissão Revisora, em 04 de dezembro de 1858.

A Consolidação de Teixeira de Freitas materializou-se como obra de sistematização da vasta legislação civil vigente no Brasil oitocentista. Foi, certamente, ponto de partida para a concepção do Código Civil de 1916 e, em termos de criação do intelecto humano, simbiose entre o espírito inovador do autor e o conservadorismo do compilador.²²³ “Primeiro conhecer-se para depois expressar-se: codificar após consolidar.”²²⁴

Destarte, a Consolidação se apresenta como referencial legislativo adequado a esta pesquisa, que será acrescido dos argumentos apresentados pelo autor em seu Vocabulário Jurídico, pois nesta obra mais tinta se gastou do que naquela.

Em seu Vocabulário Jurídico, Teixeira de Freitas iniciou sua exposição sobre o verbete equidade a partir dos trabalhos de outros autores – para deles discordar em alguns pontos –, como o *Diccionario de Pereira e Souza*, que aqui foi mencionado por se reportar a equidade Bartolina, o que demonstra cabalmente que Teixeira de Freitas a conhecia e tinha ciência de seu uso.²²⁵

Os excertos destacados da referida obra de Pereira e Souza apontam a equidade natural como exercício moderado e racional de aplicação do direito, como justa medida, como alternativa à inadequação da letra da lei em certos casos. E aqui se vale Pereira e Souza da equidade Bartolina – entendida pelo autor como equidade decorrente do direito natural e não de Bártolo – como exemplo desta medida, que trouxe justiça em vez de lucro indevido com a perda alheia, nos casos de sucessão e renovação dos aforamentos.²²⁶

Ao longo de sua breve exposição acerca da doutrina disponível sobre o tema,

²²³ POUSADA, Estevan Lo Ré. **Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a introdução à consolidação das leis civis**. Universidade de São Paulo, 2006. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito, p. 95. Na mesma linha, Miguel Reale destaca a referida ambiguidade: “(...) Teixeira de Freitas, conservador intemerato de antigos institutos das Ordenações do Reino e, ao mesmo tempo, inovador genial, que abriu rumos que somente dezenas de anos após seriam atingidos pelos maiores juriconsultos europeus (...)”. REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. 2ª edição, revista e aumentada. São Paulo: Editora Saraiva, 1977, p. 199.

²²⁴ PONTES DE MIRANDA, 1981, p. 79-80. Ver também: FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915, p. XXIII.

²²⁵ EQUIDADE. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. **Vocabulário Jurídico – com appendices**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1883, p. 66.

²²⁶ Ibid., loc. cit.

Teixeira de Freitas assevera que alguns juristas aproximam a equidade da ideia de justiça – enaltecendo o abrandamento, em alguns casos, com moderação e razoabilidade, do rigor da lei –; outros, da ideia de caridade, sem que estejam plenamente certos. Por outro lado, indubitavelmente, pode-se dizer que o verbete equidade é intensamente utilizado, mas, sem que algum autor indique satisfatoriamente o seu verdadeiro sentido.²²⁷

Teixeira de Freitas discorda do fato de ser a equidade entendida como sinônimo de justiça.²²⁸ E, objetivamente, reforça seu entendimento expressando que se a equidade fosse o mesmo que justiça a Constituição de 1824 não determinaria em seu artigo 179 que os Códigos Civil e Criminal fossem fundados nas sólidas bases da justiça e da equidade.²²⁹

Assevera que a equidade não se confunde com o temperamento e a moderação de justiça, visto que, certamente, ninguém cogitaria moderar ou temperar preceitos como o dar a cada um o que é seu, não usurpar os bens ou direitos alheios e não ofender os outros.²³⁰

Enfatiza ainda que, embora o art. 10, § 4º, do Regulamento nº 3.900, de 26 de junho de 1867,²³¹ admita a convenção do uso da equidade pelo árbitro, encontra limites nas disposições das leis positivas vigentes, ou seja, não admite o denominado julgamento *contra legem*. Entendimento respaldado na Lei da Boa Razão – Lei de 18 de agosto de 1769 –, que proibia, em seu §9, o julgamento equitativo contra as leis positivas.²³²

Teixeira de Freitas reconhece, entretanto, como legítima a utilização da equidade para a superação de deficiências das leis positivas. Destarte, alguns casos podem ser decididos por equidade quando as leis positivas sobre eles não versem. Segundo o autor, as leis são feitas em abstrato, em relação a um futuro eventual, e nenhum juiz poderá se eximir de julgar alegando o silêncio das leis positivas.²³³

Em sua Consolidação das Leis Civis, embora não verse expressamente sobre a

²²⁷ EQUIDADE. In: FREITAS, 1883, p. 66.

²²⁸ Ibid., loc. cit.

²²⁹ Ibid., p. 68.

²³⁰ Ibid., p. 69.

²³¹ Decreto que regulou o juízo arbitral do comércio. Em seu artigo 10, §4º, permitia que as partes acrescentassem no compromisso arbitral autorização para que os árbitros julgassem por equidade. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3900-26-junho-1867-554126-publicacaooriginal-72557-pe.html>> Acesso em 25 out. 2014. Segundo VALLE (2012, p. 46), o Decreto 3.900 foi o primeiro dispositivo legal a cuidar do procedimento da arbitragem por equidade de modo distinto da arbitragem de direito no âmbito do direito brasileiro.

²³² EQUIDADE. In: FREITAS, op. cit., p. 69.

²³³ Ibid., p. 70-71.

equidade Bartolina ao tratar do aforamento, o autor trata da equidade ao comentar o art. 394 – que versa sobre os compromissos arbitrais –,²³⁴ enfatizando, assim como o fez em seu Vocabulário Jurídico, a importância deste instituto para o direito:

O julgamento arbitral por *equidade*, como autoriza o Art. 1º §2º do cit. Regul. de 1867,²³⁵ é julgamento fundado na *razão absoluta*, que não se deve confundir com a *recta razão*, – *direita razão*, que é a *boa razão* da Lei de 18 de Agosto de 1769. A essas duas normas de julgar, pertencentes ao Direito do futuro, allude a definição romana – *Jus est ars boni et aequi* –, antes o *bom* e depois finalmente o *igual*. Diz Merlin Repert. de Jurisp. vb. *Equité*, que não ha maior *equidade* que a da *lei*. Se falla da *lei positiva*, alcançou pouco; porque o Direito Positivo é transitorio, progressivo, té que a final, pelo bem relativo attinge o *bem absoluto* da *equidade*.²³⁶

Destarte, ao tratar da equidade, Teixeira de Freitas não dedica tempo e energia à tarefa de defini-la – “ficando para ocasião mais própria o integral desenvolvimento do assumpto” –, mas a percebe, de certa forma, como espécie de sentimento humano, pelo qual se consegue as bases da justiça.²³⁷

Também é certo que reconhece sua importância, seja no âmbito da arbitragem comercial, seja no auxílio ao intérprete e aplicador do direito, que, em hipótese alguma, poderá se eximir de julgar alegando o silêncio das leis positivas, ou mesmo se desviar do preceito consagrado – desde os tempos do direito romano – de dar a cada um o que é seu.²³⁸

3.2. O *Code Civil des Français*

O processo de codificação do direito ganhou corpo nos países da Europa continental nos séculos XVIII e XIX e resultou na edificação de obras monumentais como o

²³⁴ “Art. 394. Nos compromissos arbitraes as partes podem estipular, que a sentença dos arbitros seja executada sem recurso algum.”

²³⁵ FREITAS (1915, p. 238) se refere ao Decreto nº 3.900, de 26 de junho de 1867.

²³⁶ Ibid., p. 239.

²³⁷ EQUIDADE. In: FREITAS, 1883, p. 71.

²³⁸ Ibid., p. 69-70.

Code Civil des français, que influenciou sobremaneira o pensamento jurídico oitocentista europeu,²³⁹ e, não menos importante, contribuiu para o processo de codificação empreendido no outro lado do Atlântico.²⁴⁰

Os primeiros projetos do *Code Civil* foram de inspiração iluminista,²⁴¹ inclusive, o próprio conceito moderno de código – concebido como um corpo normativo sistematicamente organizado e coeso – é resultado deste espírito racionalista, respaldado na premissa de um legislador capaz de elaborar leis simples, universais e atemporais, em sintonia com a ideia de Rousseau de um direito simples e unitário fundado na natureza e capaz de sanar a corrupção do homem, que é naturalmente bom.²⁴²

Em essência, através da codificação do direito, os franceses – logo após a bem sucedida Revolução²⁴³ – buscaram superar as dissonâncias e inseguranças supostamente produzidas pelo desenvolvimento histórico, valendo-se para tanto de um direito simples, de inspiração natural, e atento às necessidades universais. Miguel Reale, ao tratar do tema, destaca a pertinência do *Code Civil*:

Na realidade, o Código Civil Napoleônico veio em boa hora completar a obra da Revolução Francesa e da Jurisprudência anterior. Proclamada solenemente a igualdade de todos os homens perante a lei, tornou-se necessário concretizá-la com a promulgação de uma lei só para todos os franceses. Desse modo, dois princípios se realizavam reciprocamente – todos são iguais perante a lei, e há uma lei geral para todos.²⁴⁴

Todavia, o processo evolutivo dos projetos de código revela ao observador que o

²³⁹ Dentre as nações impactadas, WIEACKER (2010, p. 392-394) cita os Países Baixos, a Itália, a Espanha e algumas regiões da Alemanha (ainda não unificada). Neste último caso, o *Code Civil* figurou como direito subsidiário e alguns juristas alemães cogitaram uma possível recepção global do código. Segundo o autor, “o domínio do Code influenciou de forma essencial a sensibilidade jurídica e política do sudoeste alemão e auxiliou o seu sentido de liberdade civil e de independência.”

²⁴⁰ O Código Civil do Chile sofreu forte influência do Código de Napoleão – especialmente nas disposições sobre obrigações – e, por sua vez, influenciou os Códigos de outros países Latino-Americanos, como a Argentina. BARROS, Enrique Escala. **Bello y el Código Civil chileno: comentarios acerca de la obra “Don Andrés Bello”, de Eugenio Orrego Vicuña**. Cuadernos Jurídicos y Sociales III, [Santiago, Chile]: Universidad de Chile, [19??], p. 3-7. MEIRA, 1983, p. 300.

²⁴¹ “I progetti ispirati alle idee del giusnaturalismo razionalistico rappresentavano la Rivoluzione nel punto culminante della parabola, quando essa voleva fare tabula rasa di tutto il passato: il ritorna alla natura, a cui tali progetti si ispiravano, voleva appunto essere una sfida al passato, alla disciplina giuridica che il diritto romano, la monarchia francese e le altre istituzioni tradizionali, erano venuti creando nel secolo dei secoli.” BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996, p. 66.

²⁴² Ibid., p. 57-58.

²⁴³ “A Revolução derrubou a aristocracia que vivia dos privilégios feudais e liquidou a servidão, destruindo a base social que sustentava o Estado absolutista encarnado na figura do monarca Luís XVI.” MOTA, Carlos Guilherme. **1789-1799: a Revolução Francesa**. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Perspectiva, 2013, p. XIX.

²⁴⁴ REALE, M., 1986, p. 413-414.

espírito iluminista originário – marcante nos projetos elaborados e apresentados durante a Convenção (1793-1794) e o Diretório (1795-1799) – foi progressivamente cedendo espaço à tradição jurídica francesa respaldada no direito romano comum, que se consolidaria no projeto definitivo apresentado durante o Consulado (1800-1804).²⁴⁵

Natureza, unidade e simplicidade foram os princípios que nortearam Cambecérès na elaboração do primeiro projeto de código civil, que refletiu a concepção individualista-liberal fundamentada nos postulados da igualdade perante a lei e da liberdade pessoal. Simplesmente, não prosperou, sob a alegação de ser pouco filosófico e excessivamente jurídico.²⁴⁶

A mesma sorte foi reservada aos outros dois projetos apresentados por Cambecérès. O segundo – um código de leis fundamentais com apenas 287 artigos – foi descartado pelo próprio autor nos início dos debates devido às polêmicas que suscitou. E o terceiro – um projeto respaldado na técnica jurídica e influenciado pela experiência jurídica tradicional –, afastou-se dos princípios tão caros ao pensamento jusnaturalista racionalista, mas, segundo Bobbio, acabou por influenciar a elaboração do projeto que futuramente seria convertido em código.²⁴⁷

Houve um quarto projeto, que foi apresentado pelo juiz Jacqueminot, mas que não chegou a ser objeto de discussões. Partiu-se então para o projeto definitivo, que ficou aos cuidados de uma comissão composta por Tronchet, Maleville, Bigot-Préameneu e, especialmente, Portalis. Jean Etienne Marie Portalis (1746-1807), jurista e político, liberal moderado, criticou o uso abusivo do espírito iluminista em seu tempo, especialmente no que tange ao ataque desmedido contra toda a cultura passada.²⁴⁸

O projeto foi apresentado ao Conselho de Estado em diversas sessões, as quais foram presididas, na maioria das vezes, por Napoleão Bonaparte. Aprovado em partes, os títulos foram compendiados em um volume que foi publicado em 1804 sob a rubrica de *Code Civil des Français*. E, em sua segunda edição de 1807, como *Code Napoléon*.

Código que, segundo Bobbio, “rappresenta in realtà l’espressione organica e

²⁴⁵ BOBBIO, 1996, p. 60 e 66.

²⁴⁶ Ibid., p. 61-62.

²⁴⁷ Ibid., p. 62-63.

²⁴⁸ Ibid., p. 64-65.

sintetica della tradizione francese del diritto comune,” e foi elaborado a partir do *Traité* de Robert-Joseph Pothier (eminente jurista francês setecentista).²⁴⁹

Destarte, o que se tem, segundo o mesmo autor, é um código que representa simultaneamente um ponto de partida e um ponto de chegada, “una sintesi del passato Che non avrebbe dovuto escludere la sopravvivenza e l’applicazione del diritto precedente (consuetudine e diritto comune romano), almeno in quei casi per i quali la nuova legislazione non stabilisse alcuna norma.”²⁵⁰

Franz Wieacker também enfatiza a importância da razão prática na formação do conteúdo do *Code Civil*:

Do ponto de vista do conteúdo, a influência da razão prática, ou seja, das condições práctico-históricas deste último estágio do jusnaturalismo, revela-se sobretudo na forte influência do *droit coutumier*, especialmente no *Coutume de Paris*, ao qual os redactores recorrem com grande desenvoltura.²⁵¹

Todavia, este casamento entre passado e presente foi relativizado pelos primeiros intérpretes do *Code Civil*, os quais iniciaram uma nova tradição jurídica permeada por premissas caras ao denominado juspositivismo. A emblemática divergência sobre o significado e o alcance do artigo 4º é reveladora deste distanciamento entre autores e intérpretes e serve a este estudo por se relacionar à equidade.

O referido artigo impede que o juiz deixe de julgar sob a alegação de que a lei não lhe proporciona *regula decidendi*, ou seja, sob o argumento de que a lei é insuficiente, obscura ou silente acerca dos fatos a serem julgados. Tanto no silêncio quanto na insuficiência, há a necessidade de se suprir ou integrar a lei e a regra para esta tarefa pode ser encontrada no próprio sistema legal, valendo-se da analogia e dos princípios gerais de direito, ou no exterior deste sistema de direito positivo, a partir dos denominados juízos de equidade.²⁵²

No primeiro caso, hodiernamente, fala-se em solução de autointegração; no segundo, em solução de heterointegração do ordenamento jurídico. Os intérpretes do *Code Civil* acolheram a primeira, que se fundamenta em princípios do positivismo jurídico, como a

²⁴⁹ BOBBIO, 1996, p. 66.

²⁵⁰ Ibid., loc. cit.

²⁵¹ WIEACKER, 2010, p. 390.

²⁵² BOBBIO, op. cit., p. 67-68.

onipotência do legislador e a correlata completude do ordenamento jurídico. Distanciando-se, assim, do espírito que animava os redatores do projeto, que almejavam “lasciare aperta la possibilità della libera creazione del diritto da parte del giudice.”²⁵³

John Gilissen assevera que o projeto original elaborado pela Comissão do Ano VIII continha título preliminar mais robusto do que aquele que seria aprovado no projeto definitivo do *Code Civil*, tratando das relações entre as diversas fontes de direito e apresentando, inclusive, a equidade como forma de preenchimento de eventuais lacunas:

E, no entanto, o *Code Civil* não previu qualquer sistema para preencher as lacunas da lei, ou mesmo as lacunas do direito, enquanto que o projecto (não aprovado) da Comissão do Ano VIII tinha organizado uma hierarquia das fontes de direito: lei, costume, equidade (a saber: o direito universal) e, enfim, o direito natural. Sob o Antigo Regime, o direito romano, tal como tinha sido recebido e interpretado no fim da Idade Média, fora considerado como fonte supletiva de direito; agora, deixa de o ser.²⁵⁴

Portalis, em discurso de apresentação do projeto diante do Conselho de Estado, revelou as intenções que o motivaram – assim como a seus pares – ao longo dos trabalhos. Asseverou, dentre outras coisas, que, essencialmente, não objetivaram a simplificação exacerbada, que reduziria o código a um conjunto de princípios gerais, mas também não acalentaram a pretensão de prever tudo. Na verdade, desejavam um código que assegurasse ao juiz espaço para livre criação do direito, inclusive por meio da equidade:

Quand la loi est claire, il faut la suivre; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives.²⁵⁵

Contudo, o desejo dos autores do código não se materializou, inclusive, o artigo do livro preliminar do projeto que previa o recurso à equidade –art. 9º, segundo Bobbio – foi retirado do texto definitivo:

Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le

²⁵³ BOBBIO, 1996, p. 68.

²⁵⁴ GILISSEN, 2011, p. 539-540.

²⁵⁵ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier projet de Code civil: discours prononcé le 21 janvier 1801 et le Code civil promulgué le 21 mars 1804**. Bordeaux: Éditions Confluences, 2004, p. 22.

silence de la loi positive.²⁵⁶

Ausente este artigo, os intérpretes do código leram o artigo 4º de forma diversa, como se este se pautasse apenas no recurso à lei como forma de superação das lacunas existentes. Destarte, prevaleceu então a percepção de autointegração do sistema, que marcou a denominada *école de l'exégèse*:

Eliminato il secondo articolo, il primo – considerato isolatamente .e a prescindere dai motivi storici che lo avevano suggerito – venne inteso dai primi interpreti del Codice in modo completamente diverso: esso venne cioè interpretato nel senso che si dovesse sempre ricavare dalla legge stessa la norma per risolvere qualsiasi controversia.²⁵⁷

Leitura exegética que, segundo Bobbio, materializou os temores de Savigny acerca da codificação do direito. Exponente da escola histórica do direito, Savigny entendia que a codificação teria como efeito nefasto a interrupção do regular desenvolvimento da tradição jurídica, ao mesmo tempo em que cercearia o poder de criação da ciência jurídica, o que naturalmente se deu em solo francês com a interpretação passiva e mecânica do *Code Civil* promovida pela escola da exegese.²⁵⁸

Escola caracterizada pelo culto exacerbado à lei – ao direito positivado – a partir de uma concepção rigidamente estatal do direito, que implicava na presunção de onipotência do legislador e, por consequência, na interpretação do texto normativo conforme a intenção deste.²⁵⁹

Segundo John Gilissen, esta concepção do estudo do direito se fundamenta numa doutrina que restringe o direito à lei. Desta feita, o poder de elaborar o direito fica reservado ao legislador, que o exerce em nome da nação soberana. Portanto, segundo a doutrina da exegese, não há espaço para outra fonte de direito senão a lei.²⁶⁰

Na mesma linha, Miguel Reale assevera que a tese da escola da exegese “é a de que o Direito por excelência é o revelado pelas leis, que são normas gerais escritas emanadas pelo Estado, constitutivas de direito e instauradoras de faculdades e obrigações, sendo o

²⁵⁶ PRADIER FODÉRE, Paul Louis Ernest. **Principes généraux de droit, de politique et de législation**. Paris: Guillaumin et Cie, Auguste Durand et Pedone Lauriel, 1869, p. 55. FENET, Pierre-Antoine. **Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil**. Paris: Videcoq, 1836, T. 2, p. 07; e BOBBIO, 1996, p. 70.

²⁵⁷ Ibid., p. 71.

²⁵⁸ Ibid., p. 72. REALE, M., 1986, p. 422-423.

²⁵⁹ BOBBIO, op. cit., p. 77-84.

²⁶⁰ GILISSEN, 2011, p. 516.

Direito um sistema de conceitos bem articulados e coerentes, não apresentando senão lacunas aparentes.”²⁶¹

Para a escola da exegese o direito positivo não continha lacunas reais. Destarte, a aparente ausência de disposição acerca de um caso poderia ser facilmente superada através do exercício de interpretação realizado pelo juiz, que deveria se respaldar em regras claras para este fim.²⁶² Entendia-se que recorrendo à analogia e aos princípios gerais de direito seria possível resolver todo e qualquer problema jurídico.²⁶³ Assim, a ninguém era permitido se escusar sob a alegação de desconhecimento da lei e, ao juiz, era vetado se eximir do dever de julgar sob o pretexto de obscuridade, silêncio ou insuficiência da lei. Contudo, o recurso à equidade não era desejado.

Mario Bigotte Chorão entende que a forte influência do positivismo legalista acaba por limitar o recurso à equidade. Assim, instaura-se, à época, um reducionismo do direito à lei – enquanto expressão da vontade do Estado –, em nome de uma pretensa segurança jurídica.²⁶⁴ Com forte reflexo no movimento codificador oitocentista.

Na mesma linha, Aiston Henrique de Sousa enfatiza a queda acentuada do recurso à equidade diante da exegese, fenômeno fortalecido inclusive nas universidades:

A equidade entrou em declínio, na medida em que as universidades passaram a atuar como meras exegetas dos novos textos, abandonando a tradição, que era orientar e procurar o Direito justo, a idéia jusnaturalista de enunciar o *jus commune*, de universalização do Direito, permitindo que o Direito passe a se confundir com a ordem do soberano, em detrimento da concepção de justo.²⁶⁵

Antes, cabia ao jurista preparar – com suas reflexões e análises – a justa solução para cada caso específico, inspirado numa concepção de direito ligada à arte do justo e equitativo. Entretanto, no século XIX, com as primeiras codificações do direito e com o positivismo jurídico, procurou-se retirar da ciência do direito qualquer elemento metafísico – o que inclui ponderações acerca da ideia de justiça – e, desta forma, estruturar um direito

²⁶¹ REALE, M., 1986, p. 416.

²⁶² “Atribuíram à análise textual uma importância capital, explicando um artigo a partir de outro, combinando-os entre si, elaborando assim na base das disposições legais teorias novas, muitas vezes imprevistas, que os autores do Código não tinham, decerto, imaginado. Isolavam assim o Code Civil – e também os outros códigos – do meio social no qual ele tinha nascido e no qual ele devia ser aplicado; consideravam-no em si, como um todo, do qual eles deviam deduzir por via de raciocínio todas as soluções teoricamente possíveis. Método, portanto, puramente dogmático, baseado na análise exegética dos textos legais.” GILISSEN, 2011, p. 515-516.

²⁶³ REALE, M., op. cit, p. 414-415.

²⁶⁴ CHORÃO, 1986, p. 90.

²⁶⁵ SOUSA, 2005, p. 52.

respaldado em dogmas e construído a partir de critérios objetivamente estabelecidos.²⁶⁶

O *Code Civil des Français* simboliza a consolidação de um pensamento que teve início com o Iluminismo e que se alicerçou na crença dum direito natural e no poder, reservado ao soberano, de dizer o que é direito, estabelecendo seu alcance e conteúdo. Segundo o autor, “procura-se, com a codificação, a positivação do Direito natural, expondo, de modo metódico, o Direito que convém à sociedade, e que deve ser aplicado pelos Tribunais.”²⁶⁷

Eros Grau explana sinteticamente acerca da incompatibilidade da equidade com as necessárias calculabilidade e previsibilidade – aqui entendidas como segurança jurídica – do direito moderno, na medida em que a principal tarefa do Estado Moderno pós-revolução era estruturar uma ordem jurídica que assegurasse o cumprimento das obrigações contratuais e a mensuração dos riscos de inadimplemento dessas obrigações: “Sua rejeição pelo direito moderno, porque incompatível com a calculabilidade e a segurança jurídica, era plenamente adequada à teoria da subsunção.”²⁶⁸

As atribuições estavam claramente definidas: o legislador assumiu a tarefa de elaborar a norma jurídica, que, no silogismo subsuntivo, assumia a função de premissa maior; já o juiz foi incumbido de sua estrita aplicação ao fato, que consubstanciava a premissa menor. A interpretação *in abstracto* (interpretação) correspondia à premissa maior (texto normativo); a interpretação *in concreto* (simples aplicação), à premissa menor (fato).²⁶⁹ Atribuições que foram consagradas no *Code Civil des Français*.

À época, não havia espaço para eventuais subjetivismos do juiz na aplicação do direito posto pelo Estado:

É compreensível a desconfiança que a Revolução depositava nos juízes em razão do vigor com que foi substituída a ordem vigente no antigo regime. O Direito então vigente e os juízes foram formados para preservar uma ordem jurídica que privilegiava a propriedade, sobretudo a propriedade rural e os direitos de determinadas classes, em detrimento de outras, quando o novo regime tinha como parâmetros outros valores que se chocavam com aqueles,

²⁶⁶ SOUSA, 2005, p. 52.

²⁶⁷ Ibid., p. 52-53.

²⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. **Equidade, razoabilidade e proporcionalidade**. Revista do Advogado. São Paulo: volume 24, n. 78, p. 28, set./2004.

²⁶⁹ Ibid., loc, cit.

como a liberdade e a igualdade.²⁷⁰

Neste ambiente, em que um novo sistema jurídico era edificado, a lei surgiu como instrumento adequado à fixação dos valores desejados e a rigidez – quando de sua aplicação – como medida de segurança jurídica.

Não obstante a forte influência do direito romano sobre o direito francês, não se assegurou ao moderno juiz o ferramental disponível ao antigo *praetor* no exercício de sua *ars*, especialmente no que tange à *aequitas*. Os esforços dos elaboradores do *Code Civil*, no sentido de assegurar ao juiz o uso da equidade como forma de superar as lacunas ocasionadas pelo silêncio da lei, não lograram êxito. Destarte, no presente caso, não há que se falar em equidade, mas sim em sua ausência.

Contudo, segundo Eros Grau, com o decurso do tempo, a mera subsunção do fato concreto à norma em abstrato, respectivamente, em uma mecânica silogística, premissa menor e premissa maior, passou a ser percebida como medida desarrazoada quando da aplicação do direito. A equidade renasce, assim, sob o nome de proporcionalidade.²⁷¹

²⁷⁰ SOUSA, 2005, p. 54. Na mesma linha: GRAU, 2004, p. 28.

²⁷¹ Ibid., loc. cit.

SEGUNDA PARTE: A EQUIDADE NO DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

4. Acepções e funções da equidade segundo a doutrina

Os principais critérios de seleção dos autores aqui utilizados foram: a recorrência de seus nomes nas obras de outros autores que também trataram da equidade e a relevância de suas contribuições para a compreensão do tema.²⁷² Naturalmente, a seleção não esgota a doutrina sobre o assunto, mas, mesmo que singelamente, atende ao propósito deste capítulo, que é expor as principais acepções e funções da equidade no âmbito do direito civil brasileiro.

Javier Hervada percebe a arte do jurista – ou a arte do direito – como a arte do justo e do equitativo. Destarte, a equidade assume papel principal na constituição e aplicação do direito, proporcionando a harmonização da justiça com as outras virtudes que permeiam as relações humanas, como a solidariedade, a caridade e a moderação. Nas palavras do autor: “a equidade é a justiça mesclada com outras virtudes, e o equitativo é o que resulta de harmonizar os deveres de justiça com outros deveres.”²⁷³ E assim o é em nome do bem comum.

Segundo o autor, a equidade, de certa forma, abranda o dever e acomoda o direito. A suavização ou diminuição de uma dívida e o perdão de uma pena devida na justiça são exemplos de abrandamentos equitativos inspirados, respectivamente, na benignidade ou misericórdia e na solidariedade ou moderação. Já a acomodação do direito, verifica-se quando

²⁷² No que tange às recorrentes citações, como exemplo: DINIZ (2007, p. 250-253); CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por Equidade no Novo Código Civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 26-29; e APLICAÇÃO DO DIREITO POSITIVO. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. Edição Comemorativa do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil 1827-1977. São Paulo: Editora Saraiva, 1977, p. 203.

²⁷³ HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. 1ª edição. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2008, p. 171.

da impossibilidade de se assegurar ao titular a plena satisfação do seu direito:

Se no abrandamento do devido, a equidade visa à dívida ou ao dever, buscando o bem do obrigado, na acomodação do direito, a equidade se fixa no direito, buscando sua satisfação dentro do possível pelo bem do titular do direito. Esse tipo de equidade acontece quando é impossível satisfazer o direito. Há, de fato, circunstâncias que tornam impossível que se dê ao titular do direito aquilo que lhe cabe. O dever de estrita justiça em si mesmo fica então abalado de acordo com o princípio *ad impossibilia nemo tenetur*, com o correspondente prejuízo do titular do direito. Aqui intervém a equidade, substituindo o devido na justiça por uma compensação equitativa, que diminui e abranda o prejuízo do titular do direito.²⁷⁴

Em síntese, para o autor, a equidade é abrandamento dos rigores e acomodação dos direitos, que é realizada a partir da observância de valores humanos diversos. E seu papel é harmonizar estes outros valores com a justiça, na medida em que o direito é percebido como a arte do justo e do equitativo.

Para José de Oliveira Ascensão, a equidade pode ser compreendida a partir de duas linhas distintas de atuação. Na primeira linha, a equidade figura como critério exclusivo de solução; na segunda, como critério complementar. A sua exposição, concentrada no direito civil e processual civil brasileiro, tem início com suas observações a respeito da equidade como critério exclusivo de solução.

Primeiro, a equidade como processo extrassistemático,²⁷⁵ por excelência, de integração de lacunas.²⁷⁶ Aqui, a solução a ser proferida poderia extrapolar o conjunto de disposições vigentes e se legitimar em outros princípios, materializando-se como solução harmônica às circunstâncias do caso concreto.²⁷⁷

Entretanto, o artigo 127 do Código de Processo Civil – Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – restringe a decisão por equidade aos casos previstos em lei.²⁷⁸ Nas palavras do autor, “há um acento restritivo na admissão destes casos em que os critérios normais são

²⁷⁴ HERVADA, 2008, p. 171-172.

²⁷⁵ Segundo o autor, se o processo for intrassistemático, a solução deverá estar conforme as disposições vigentes, recorrendo-se, quando necessário, a instrumentos como a analogia e os princípios gerais de direito (vide art. 4º da LICC). Por outro lado, se o processo for extrassistemático, a solução poderá extrapolar o conjunto de disposições vigentes e buscar sua fundamentação em outros critérios. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 423-430.

²⁷⁶ Para ASCENSÃO (2005, p. 233 e 426), a equidade é mais do que um método de integração de lacuna, na medida em que sua intervenção no direito, às vezes, acontece quando há norma e se admite ajustes equitativos, como em alguns casos de indenizações civis.

²⁷⁷ Ibid., p. 425.

²⁷⁸ O artigo 127 do Código de Processo Civil: “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”

arredados, e só muito secundariamente cabem lá hipóteses de integração de lacunas.”²⁷⁹

Contrapondo-se a vantagem aludida, é inegável que este processo de integração de lacunas não contribui para a definição da ordem jurídica vigente, na medida em que se atem ao singular caso concreto – e os casos futuros demandarão o mesmo expediente – afastando-se, assim, da conotação generalizadora e da uniformidade das disposições legais e, nesta medida, da certeza do direito a ser aplicado. Segundo Oliveira Ascensão:

Quando decide segundo a equidade, o juiz não decide segundo uma norma, mas segundo as características do caso concreto. Não abstrai procurando uma solução adequada a todos as hipóteses daquela índole – uma regra –, mas pelo contrário, considera o caso nas suas particularidades, de maneira a encontrar uma solução que a ele especificamente se adeque, à luz do valor justiça. A referência à procura de uma norma indicaria uma solução generalizadora, que frustraria afinal os objetivos que se pretendem com o recurso legal à equidade.²⁸⁰

Segundo, como interpretação corretiva. Cenário em que são nocivos os efeitos da aplicação pura e simples de um determinado dispositivo legal, visto que a razão deste desrespeita interesses ou valores superiores e promove a sensação de injustiça na comunidade. Aqui, o legítimo intérprete, trabalhando com regras legais, poderia afastar a aplicação do dispositivo legal inadequado a uma categoria de casos, partindo da premissa que o legislador não o teria desejado se ciente do resultado alcançado.²⁸¹ Para Oliveira Ascensão, a interpretação corretiva é admissível no direito civil brasileiro, todavia, não deve significar afastamento da lei.²⁸²

Por outro lado, não se deve confundir a interpretação corretiva com a correção da lei. Neste caso, a regra legal é, por premissa, inteiramente adequada, revelando-se inadequada apenas diante das circunstâncias de um determinado caso concreto. Aqui, o intérprete, a partir de um caso concreto, afastaria a aplicação da regra para este caso, pressupondo a incapacidade do legislador em prever determinada consequência fática. Neste cenário, tem-se a correção por equidade, pois se dá à luz das características do caso concreto.²⁸³ Oliveira Ascensão conclui que, na ordem jurídica brasileira, como regra, não é admissível a figura

²⁷⁹ ASCENSÃO, 2005, p. 426-427.

²⁸⁰ Ibid., p. 427.

²⁸¹ Ibid., p. 407-409 e 607-608.

²⁸² Ibid., p. 409-410.

²⁸³ Exemplo de correção da lei dado pelo autor: Dec. nº 24.150, de 20 de abril de 1934, artigo 16, ao versar sobre locação mercantil, estabelece que: “o juiz apreciará, para proferir a sentença, além das regras de direito, os princípios de equidade, tendo sobretudo em vista as circunstâncias especiais de cada caso (...)”. Ibid., p. 234 e 607.

jurídica da correção da lei. Entendimento que se fortalece com o disposto no já citado art. 127 do Código de Processo Civil.²⁸⁴

Terceiro, em substituição à lei. A equidade se apresenta como critério de decisão em substituição aos critérios legais, seja por autorização em lei, seja por acordo das partes, neste último caso, no que tange às relações disponíveis, “como o são a generalidade das relações patrimoniais.”²⁸⁵

O autor enaltece novamente o caráter restritivo da ordem legal brasileira a partir do disposto no art.127 do Código de Processo Civil, visto que este condiciona a aplicação da equidade à previsão legal, seja para o preenchimento de lacunas, seja para a interpretação corretiva, seja para a substituição da lei.²⁸⁶

Resta, então, a segunda linha de atuação, onde a equidade não se apresenta *praeter legem* ou *contra legem*, mas como complemento de uma regra. Aqui, Oliveira Ascensão cita o artigo 479 do Código Civil – integrante do capítulo pertinente à extinção dos contratos – como exemplo de recurso à equidade.

Neste artigo, o legislador procurou evitar a resolução do contrato, para tanto, assegurou ao réu a possibilidade de modificar equitativamente as condições contratuais estabelecidas:

É efetivamente a equidade que está aqui em causa, pois é o único critério a que recorrer para determinar se uma modificação do contrato é ou não equitativa. Para tanto pode o intérprete convocar todas as circunstâncias que forem relevantes à luz da justiça, como é próprio da solução equitativa.²⁸⁷

Em seguida, o autor questiona se, inevitavelmente, a adaptação da regra geral e abstrata às peculiaridades do caso concreto sempre se daria por equidade, sendo um momento indispensável à aplicação da lei ao caso.

A resposta é negativa, pois nem sempre as circunstâncias relevantes à aplicação da lei são, exclusivamente, circunstâncias do caso fático e a justiça não será, necessariamente, o único valor a nortear o intérprete, que poderá se ater às valorações ínsitas no texto normativo.

²⁸⁴ ASCENSÃO, 2005, p. 609.

²⁸⁵ Ibid., p. 234.

²⁸⁶ Ibid., p. 233-234.

²⁸⁷ Contudo, segundo o próprio autor, este artigo pode ser considerado tanto exemplo da segunda quanto da primeira linha de atuação da equidade. Ibid., p. 235.

Assevera o autor que “a equidade é o método de individualização mais radical; mas está longe de ser o único admissível na ordem jurídica.”²⁸⁸

Questiona ainda se a equidade sempre estará presente como complemento das cláusulas gerais, ou seja, se diante de uma cláusula geral a atuação do intérprete, dentro do campo de manobra que a regra lhe dá, será sempre uma intervenção equitativa. Para Oliveira Ascensão, a resposta é negativa, na medida em que a lei, nestes casos, assegura ao intérprete o critério valorativo estabelecido na própria cláusula geral. Nesta medida, a observância das peculiaridades do caso concreto pode se dar “à luz da boa-fé, dos bons costumes e assim por diante.”²⁸⁹

E, por fim, se a equidade se presta à medida da consequência jurídica, ou seja, se, por exemplo, é instrumento adequado à fixação do *quantum debeatur* de uma indenização ou de uma retribuição a ser estabelecida pelo juiz, enquanto legítimo intérprete da lei, diante das características do caso concreto. Aqui a resposta é positiva, na medida em que, segundo o autor, “só à equidade se poderá buscar este suplemento que nos permite um desenvolvimento que a lei não pode já conter.”²⁹⁰

Versa ainda o autor sobre a possibilidade de se compreender a equidade como fonte do direito. Dúvida que se justifica na medida em que a equidade decisivamente assegura ao intérprete critério de solução de casos singulares, mas, por outro lado, trata-se de critério formal de solução, e, nesta medida, não se presta a formulação de regras. O autor assevera que “a equidade é tipicamente um critério formal de decisão de casos singulares. Não é um critério normativo, pois a equidade não se eleva nem necessita elevar-se à formulação de regras.”²⁹¹

Mario Bigotte Chorão preleciona que, embora o termo seja plurissignificativo, sua concepção como justiça do caso concreto se sobressai. E, por se atentar às peculiaridades da realidade casuística, mostra-se, nesta medida, superior à justiça legal. A equidade funciona, assim, como uma espécie de mediadora entre os preceitos legais previamente estabelecidos,

²⁸⁸ ASCENSÃO, 2005, p. 235.

²⁸⁹ Ibid., p. 235-236.

²⁹⁰ Segundo o autor: “É importante notar que, mesmo onde a lei nada diz, o efeito não pode deixar de ser o mesmo. Quando a lei, por exemplo, atribui ao juiz a função de fixar uma retribuição, sem nada acrescentar, o juiz só pode chegar a esse desiderato através de critérios equitativos, mediante a ponderação das circunstâncias do caso concreto.” Ibid., p. 236.

²⁹¹ Ibid., p. 245.

que, por natureza, são gerais e abstratos, e as singularidades do caso individualizado. Este afastamento da letra da lei se faz em nome da aproximação de seu espírito, na medida em que se busca assegurar a justiça ao caso concreto, que não seria alcançada a partir da interpretação literal do texto normativo. Destarte, a equidade é, indubitavelmente, um fenômeno jurídico, mas translegal, que possibilita a realização da justiça e do direito.²⁹²

Analogamente ao que acontece com a justiça em geral, a equidade é tratada, na perspectiva moral, como uma virtude (parte subjetiva da justiça), ao passo que, na óptica jurídica, preferentemente, como um princípio ou valor, ou um resultado social objetivo (o justo concreto), e como o processo ou método da sua realização.²⁹³

No que se refere às funções atribuídas à equidade, o autor apresenta seis modalidades, contudo, isso não significa que todas sejam necessariamente acolhidas pelos sistemas jurídicos e regularmente aplicadas pelos juízes:²⁹⁴

- a) função dulcificadora: em nome de determinados valores fundamentais, a justiça estrita é atenuada por fatores como a misericórdia e benevolência. Aplica-se à concessão de indultos e à impenhorabilidade de bens;
- b) função reguladora ou decisória: equidade *extra legem*, apresenta-se como critério de regulação ou decisão, especialmente no âmbito da arbitragem;
- c) função flexibilizadora: a equidade se apresenta como elemento constitutivo da norma, ou seja, a norma remete expressamente à sua utilização ou adotam uma formulação flexível. Nestes casos, o legislador se vale das cláusulas gerais, diretivas, *standards* e conceitos normativos como boa-fé, justa causa e outros;
- d) função interpretativo-individualizadora: a equidade aqui se revela como recurso disponível ao hermeneuta em sua ação interpretativa e aplicativa da lei diante das peculiaridades do caso concreto. “É também uma equidade *secundum legem*, mas que não necessita apoiar-se em qualquer permissão da lei”;
- e) função integradora, *praeter legem*: a equidade como forma de superação de lacunas na lei;
- f) função corretora: aqui, em certa medida, *contra legem*, ou seja, deixa-se de aplicar a lei a

²⁹² CHORÃO, 1986, p. 85-86.

²⁹³ Ibid., p. 87.

²⁹⁴ Cf. Ibid., p. 90-91.

casos em que ela se revele inadequada.

Mario Bigotte Chorão assevera a importância da equidade na ordem jurídica enquanto justiça do caso concreto. Segundo o autor, a equidade é uma realidade jurídica essencial, de natureza multidimensional (lógica, ontológica e axiológica):

Constitui um verdadeiro fundamento ontológico e um limite translegal e transcendental do direito, que opera através de juízos práticos, de carácter prudencial, ordenados à realização concreta da justiça. Assim, mediante a equidade, estabelece-se um importante ponto de contacto entre o direito e a moral, enquanto ela é a expressão de exigências da justiça, v. g., de justiça natural, que permanentemente devem vivificar a ordem jurídica no seu concreto dinamismo.²⁹⁵

Imbuído deste espírito, o intérprete e aplicador do direito deve se preocupar em encontrar “a adequada via média entre o normativismo abstrato e o decisionismo casuístico,”²⁹⁶ em meio as constantes tensões entre justiça e segurança jurídica, jusnaturalismo e positivismo jurídico, normatização e casuísmo.

Todavia, por mais árdua que seja a tarefa de conciliar – ou equilibrar – estes valores jurídicos, o autor reconhece a existência de um movimento no sentido de se recuperar e renovar a equidade.

Vicente Ráo assevera que a equidade moderna deve ser concebida como um atributo do direito, que lhe é conferido pelo legislador quando da elaboração da norma jurídica e pelo magistrado quando da aplicação desta norma.²⁹⁷

Segundo o autor, três regras fundamentais – que essencialmente refletem o princípio da igualdade e o preceito segundo o qual o direito deve ser aplicado de forma humana e benigna – devem ser observadas para que o direito seja estabelecido em termos equitativos: a) as coisas iguais devem ser tratadas de forma igual e as desiguais de forma desigual; b) os elementos que são relevantes à constituição da relação *sub judice*, ou aqueles que sobre ela exerçam influência, devem ser considerados; c) no processo de tomada de decisão pelo juiz, deve prevalecer a solução mais suave e humana, como medida de justiça:

²⁹⁵ CHORÃO, 1986, p. 92.

²⁹⁶ Ibid., p. 93.

²⁹⁷ RÁO, 1999, p. 88.

*jus bonum et aequum.*²⁹⁸

Preleciona ainda que a aplicação imediata de uma norma geral e abstrata a um determinado caso concreto poderia ocasionar injustiças, na medida em que a generalidade e abstração daquela nem sempre captura as peculiaridades decorrentes da singularidade deste, nas palavras de Cícero, *summum jus summa injuria*.²⁹⁹

A equidade possibilita que a lei se adapte a todos os casos concretos, considerando a totalidade dos elementos fáticos que os singularizam e, quando necessário, superando os erros, as omissões e as lacunas da lei de uma forma humana e benigna. Não obstante, isso não significa que as decisões respaldadas na equidade criam novas normas jurídicas, o que é compreensível e lógico, na medida em que a equidade promove a justiça por sensibilizar a generalidade da lei diante da singularidade casuística.³⁰⁰

Segundo Vicente Ráo, a equidade se faz sentir na lei de três formas distintas: a) na primeira, enquanto fundamento de uma norma legislativa que estabeleça exceção à outra de caráter geral ou a um princípio elementar de determinado instituto, como acontece quando se reconhece a validade do pagamento das obrigações naturais; b) na segunda, quando a norma legal implicitamente confere margem decisória mais ampla ao juiz, que, agindo equitativamente, poderá, por exemplo, aferir a boa-fé e a vontade das partes nos contratos celebrados; c) e, finalmente, quando a norma jurídica autorizar o recurso à equidade de forma expressa, como o fez a Constituição Federal de 1934 (art. 113, n. 37), o antigo Código de Processo Civil (art. 114) e o atual (art. 127).³⁰¹ Mas isto “não significa que seja lícito ao juiz, em princípio, julgar *contra legem*.”³⁰²

Encerrando sua exposição, Vicente Ráo conceitua a equidade como “uma particular aplicação do princípio da igualdade às funções do legislador e do juiz, a fim de que, na elaboração das normas jurídicas e em suas adaptações aos casos concretos, todos os casos iguais, explícitos ou implícitos, sem exclusão, sejam tratados igualmente e com humanidade, ou benignidade, corrigindo-se, para este fim, a rigidez das fórmulas gerais usadas pelas

²⁹⁸ RÁO, 1999, p. 88-89.

²⁹⁹ Ibid., p. 90.

³⁰⁰ Ibid., p. 92.

³⁰¹ Ibid., p. 93-94.

³⁰² Ibid., p. 95.

normas jurídicas, ou seus erros, ou omissões.”³⁰³

Agostinho Alvim entende que o conceito de equidade se reduz ao de justiça perfeita e ao de justiça aproximada, neste caso, tem-se a equidade legal, que pressupõe a flexibilidade do enunciado da lei a fim de se promover a justiça; naquele, a judicial, que permite ao juiz individualizar diante das peculiaridades do caso concreto.³⁰⁴ Nas palavras do autor:

A equidade legal é justiça aproximada, porque a lei não ‘individua’: limita-se a especificar. A individuação será o último extremo da especificação; e até lá a lei não chega. A lei equitativa é o meio termo entre a fórmula geral e a fórmula que conviria para dado caso concreto. (...) Ao envez de especificar, ou a despeito de o fazer, pode o legislador incumbir ao juiz a solução do caso concreto. Verifica-se isto quando a lei, explícita ou implicitamente, permite a solução por equidade.³⁰⁵

A título de exemplo, o autor aponta alguns artigos do Código Civil de 1916 que expressam tais conceitos: o art. 326, que está em linha com a justiça aproximada, na medida em que apresenta hipóteses a serem apenas aplicadas pelo juiz; o art. 1.456 e o art. 327 permitem, explicita e implicitamente, a decisão do magistrado por equidade, perfazendo a justiça perfeita.³⁰⁶

Art. 326. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

§ 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos.

§ 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai.

Art. 1.456. No aplicar a pena do art. 1.454, procederá o juiz com equidade, atentando nas circunstâncias reais, e não em probabilidade infundadas, quando à agravação dos riscos.

Art. 327. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles para com os pais.

O autor entende que a equidade é fonte do direito, mas com a restrição de só se exercitar “nos casos particularmente recomendados pela lei.”³⁰⁷ E reside no direito, na medida

³⁰³ RÁO, 1999, p. 95.

³⁰⁴ ALVIM, Agostinho. **Da equidade**. Revista dos Tribunais. Volume CXXXII, fascículo nº 494, p. 3. Jul./1941.

³⁰⁵ Ibid., p. 4.

³⁰⁶ Ibid., p. 5.

³⁰⁷ Ibid., p. 6.

em que “a equidade fora do direito e mormente a que contraria a lei não pode encontrar agasalho em nosso sistema.”³⁰⁸

Assevera o autor que: “O Cód. Civ. não a menciona, de um modo geral, entre as fontes subsidiárias. Mas, recomendando, já explícita, já implicitamente, a aplicação da equidade ou o julgamento por equidade em certos casos, admite, por isso mesmo, essa fonte: o direito revelado pelo juiz.”³⁰⁹

Inclusive, a Constituição de 1934, em seu art. 113, nº 37, referia-se à equidade como fonte do direito: “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.”

Limongi França entende que o conceito de equidade pertence ao gênero dos denominados conceitos análogos, isto é, que apresentam vários significados semelhantes e que se relacionam entre si. E, em suas diversas acepções, a equidade sempre esteve relacionada à justiça: “I – a de princípio similar e anexo ao da justiça; II – a de virtude ou hábito prático informado por esse princípio; III – a de direito de agir de modo conforme a essa virtude; IV – a de ato de julgar conforme os ditames do mesmo princípio; e V – a de jurisprudência em geral.”³¹⁰

O autor prossegue asseverando que há três espécies de equidade: a civil, a natural e a cerebrina. A primeira se respalda exclusivamente em previsão legal. A segunda se fundamenta no direito natural que tem o juiz de promover justiça equitativamente. Já a terceira é a equidade falsa, anticientífica, respaldada em sentimentalismos. As duas primeiras são imprescindíveis à justiça.³¹¹

Quanto ao seu exercício no âmbito do direito brasileiro, a equidade pode se fundamentar em expressa previsão legal, em implícita previsão legal – ao apelar para o arbítrio do juiz – e nos dispositivos gerais voltados à interpretação e aplicação das leis.³¹²

³⁰⁸ ALVIM, 1941, p. 7.

³⁰⁹ Ibid., p. 6. Outros autores não enxergam a equidade como fonte de direito, dentre os quais: ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **EQÜIDADE**. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**. Coadjuvado por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1947. Volume XX, p. 245 e 250; e ASCENSÃO, 2005, p. 245.

³¹⁰ Aqui foram transcritas algumas acepções apresentadas pelo autor. **APLICAÇÃO DO DIREITO POSITIVO**. In: FRANÇA, 1977, p. 202.

³¹¹ Ibid., p. 203-204.

³¹² Ibid., p. 204.

Destarte, a equidade civil está presente em dispositivos do Código Civil de 1916, como nos artigos 1.040, IV, e 1.456, e no Código de Processo Civil, art. 114. A equidade Natural encontra guarida nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.³¹³

Apresentando como requisitos imprescindíveis a sua aplicação: a) autorização expressa ou implícita da lei; b) inexistência de texto normativo claro ou inflexível sobre a matéria; c) o preceito normativo integrado deve ser geral ou padecer de defeito ou obscurantismo; d) antes do recurso à equidade, o juiz deve atentar-se às demais formas complementares do direito; e) deve ser mantido o caráter científico do direito, ou seja, o juiz não poderá se influenciar por sentimentalismos ou arbitrariedades.³¹⁴

Eros Roberto Grau, após explanar sobre o papel da equidade no direito francês pós-revolução, preleciona que, hodiernamente, a equidade está presente sob a denominação de proporcionalidade – ou razoabilidade –, e se materializa como postulado normativo aplicativo, do qual se vale o juiz no momento da aplicação do direito, no momento da norma de decisão:

Hoje, porém, sabemos que a interpretação é constitutiva – não meramente declaratória –, que a norma é produzida pelo intérprete e que interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular, através do particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o singular.³¹⁵

Na mesma linha, José Ricardo Cunha associa a equidade à proporcionalidade e à razoabilidade, como mecanismo de resguardo de preceitos consagrados pela Constituição Federal de 1988 e de promoção da justiça:

Sendo a equidade a justa medida e a proibição do excessivo e do descomedido, ela realmente pode ser apontada como princípio-matriz para a razoabilidade e a proporcionalidade que, em linhas gerais, são também conhecidas como princípios de proibição do excesso. A proibição do excesso, além de ser um princípio jurídico, é uma idéia geral que assegura a coerência do direito positivo com os fundamentos e finalidades da ordem jurídica, atuando desde a imposição de limites para as normas restritivas de direitos fundamentais até a busca de causas extralegais de exclusão de culpabilidade. Dessa forma, assegura o ideal de justiça diante de toda e qualquer norma e/ou ato normativo que se desviem dessa meta maior.³¹⁶

³¹³ APLICAÇÃO DO DIREITO POSITIVO. In: FRANÇA, 1977, p. 204-205.

³¹⁴ Ibid., p. 205.

³¹⁵ GRAU, 2004, p. 28.

³¹⁶ CUNHA, José Ricardo. A Justiça Diante da Lei na Razão Jurídica Contemporânea. Equidade, Razoabilidade e Proporcionalidade. In: MAIA, Antonio Cavalcanti (Org.). **Perspectivas atuais da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 376-377.

A proibição do excesso – ou razoabilidade e proporcionalidade – encontra amparo constitucional em diversos sistemas jurídicos e funciona como preceito imprescindível à adequação dos meios ao fim desejado pelo Estado Democrático de Direito. Segundo Canotilho, em sentido restrito, o princípio da proporcionalidade deve ser entendido como o princípio da justa medida: “meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim.”³¹⁷

No âmbito do direito nacional, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes enaltece que: “não basta, todavia, verificar se as restrições estabelecidas foram baixadas com observância dos requisitos formais previstos na Constituição. Cumpre indagar, também, se as condições impostas pelo legislador não se revelariam incompatíveis com o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade (adequação, necessidade, razoabilidade).”³¹⁸

³¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 1999, p. 265.

³¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 38.

5. A equidade no direito civil e processual civil brasileiro

5.1. Visão panorâmica da equidade no direito civil brasileiro

A vigência das Ordenações Filipinas se estendeu, mesmo que parcialmente, por mais de três séculos no Brasil. É fato que foram reformadas pela Lei de 18 de agosto de 1769 – Lei da Boa Razão – e recepcionadas pela Lei de 20 de outubro de 1823, mas isto não tirou a poeira e nem preencheu as lacunas de seus dispositivos.

Ao contrário do que se deu em Portugal, as Ordenações no Brasil resistiram às influências do processo de codificação das nações ocidentais, em especial da França.³¹⁹ A Constituição brasileira de 25 de março de 1824, em seu art. 179, nº XVIII, determinou, inclusive, que se organizasse um Código Civil com sólidas bases na justiça e na equidade, todavia, esta transição direta das Ordenações para o Código Civil brasileiro, só se deu em 1º de janeiro de 1917.

Segundo Orlando Gomes, ao final do século XIX, a sociedade brasileira se encontrava sob o domínio de membros da burguesia agrária – grandes produtores rurais voltados às demandas do mercado externo – e da burguesia mercantil – proeminentes comerciantes essencialmente dedicados às importações –, cujos interesses, ora conflitantes, ora convergentes, residiam, em última instância, na manutenção das posições sociais e dos privilégios econômicos conquistados, valendo-se para tanto do labor de uma classe média nascente – adstrita aos serviços burocráticos e militares por carência de um parque industrial desenvolvido – e da exploração desmedida da população rural. Peculiaridades de um regime

³¹⁹ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 3 e 9.

colonial e aristocrata, que, indubitavelmente, influenciaram na atividade legislativa da época.³²⁰

Destarte, ao lado da expressiva preocupação em se elaborar um código de direito privado que refletisse as aspirações e os preceitos do regime capitalista de produção, ou seja, um código de cunho liberal e progressista, indubitavelmente, residiu o privatismo doméstico peculiar ao segmento conservador da sociedade brasileira.³²¹ E, não menos importante, o individualismo jurídico ganhou forma e expressão no âmbito do direito civil codificado, em detrimento de uma legislação de cunho social, o que se justifica essencialmente pelo meio social peculiar à época:

Beviláqua assumia, de modo nítido e firme, uma posição categórica contra as inovações de fundo social que se infiltravam, desde então, na legislação dos povos mais adiantados (...). Por mais esclarecido que fosse o seu pensamento de professor de legislação comparada, não seria possível superar as limitações do meio, até porque, se o fizesse, se colocaria numa posição falsa e perigosa.³²²

Preceitos conservadores plasmados em um diploma excessivamente formalista. Certamente, o Código de 1916 buscou regular a vida privada por meio de disposições normativas expressas, evitando, assim, o recurso a critérios ético-jurídicos como a equidade e a boa-fé, que foram amplamente adotados no Código Civil de 2002.

Eduardo Tomasevicius Filho assevera que valores constitucionalmente consagrados como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a justiça social – arts. 1º, III, e 3º, I, da Constituição Federal – acabaram por influenciar substancialmente o direito civil brasileiro, que abandonou a antiga concepção individualista e autônoma e adotou arcabouço jurídico inspirado na eticidade, na socialidade e na operacionalidade.³²³

Na mesma linha, Carvalho Filho entende que o Código Civil de 2002 está perfeitamente sincronizado com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual exige uma correlação concreta e dinâmica entre os valores coletivos e individuais. E, em nome desta

³²⁰ GOMES, 2006, p. 24-28.

³²¹ GOMES (op. cit., p. 14-18, 30-31) enfatiza que a força deste conservadorismo se fez sentir em diversas matérias tratadas no Código 1916, como no direito de família, onde se expressou através de disposições sensivelmente patriarcais e conservadoras, peculiares a uma sociedade aristocrática ainda com resquícios coloniais. Nesta linha, o art. 185 exigia o consentimento dos pais para o casamento do filho menor de vinte e um anos e, se houvesse discordância, segundo o art. 186, prevaleceria a vontade paterna.

³²² Ibid., p. 37.

³²³ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Uma década da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras**. Revista dos Tribunais. Ano 103, volume 940, p. 53-54. Fev./2014.

concretude normativa, o legislador sabiamente consagrou critérios ético-jurídicos como a equidade, a boa-fé e a probidade, conferindo ao magistrado larga margem de ação, sem que isso resulte necessariamente em arbítrios.³²⁴

Alterações que, indubitavelmente, estão presentes no Código Civil de 2002, permeando seus dispositivos e assegurando ao intérprete a possibilidade de proferir decisão respaldada não apenas na literalidade do texto legal, mas, acima de tudo, nos princípios consagrados na Carta de 1988.

As denominadas cláusulas gerais³²⁵ – amplamente adotadas pelo legislador na construção do Código Civil de 2002 – asseguram ampla margem decisória ao magistrado, que em nome dos valores supramencionados, por vezes, atenua o rigor da lei como medida necessária à justiça do caso concreto:

(...) na sistemática do Código Civil de 2002, adotou-se o denominado ‘sistema aberto’, isto é, composto por meio de cláusulas gerais, normas cujas hipóteses de incidência são intencionalmente amplas para permitir ao juiz aplicá-las a casos ainda não regulados por regras específicas.³²⁶

No âmbito do direito obrigacional, boa-fé, equilíbrio econômico e função social do contrato funcionam como um sistema de freios e contrapesos diante de eventuais excessos praticados em nome daquilo que foi estabelecido contratualmente – *pacta sunt servanda* –,³²⁷ sem que com isso promovam o “enfraquecimento injustificado da força obrigatória dos contratos”³²⁸, ou restrinjam, desnecessariamente, a livre iniciativa – art. 170, *caput*, da Constituição Federal – e a liberdade de contratar, enquanto expressão da dignidade da pessoa humana.³²⁹ Certamente, o que se deseja aqui é assegurar a justiça substancial entre as partes. O Enunciado nº 23 da I Jornada de Direito Civil estabelece que:

Enunciado 23 – Art.421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses

³²⁴ CARVALHO FILHO, 2003, p. 11-13.

³²⁵ Em apertada síntese, as cláusulas gerais são preceitos normativos de estrutura interna intencionalmente aberta, fluida ou vaga, marcados, destarte, por irrefutável amplitude semântica, que atribui ao juiz, enquanto legítimo intérprete da lei, competência para complementá-los diante da singularidade do caso concreto. COSTA, Judith Martins. **O direito como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro**. Revista dos Tribunais, volume 753, 1998, p. 26.

³²⁶ TOMASEVICIUS FILHO, 2014, p. 57.

³²⁷ CASSETTARI, Christiano. **A nova teoria geral dos contratos**. Ciência Jurídica: ad litteras et verba. Ano XXII, Volume 144, Nov./Dez. 2008, p. 406.

³²⁸ TOMASEVICIUS FILHO, op. cit., p. 54-55 e 71.

³²⁹ Ibid., p. 59.

metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Segundo Eduardo Tomasevicius Filho, a função social do contrato também se apresenta como expressão da equidade, na medida em que molda “a letra da lei ou a cláusula do contrato aos ditames da justiça.”³³⁰ Destarte, o que se dá é o arrefecimento excepcional – e não o desrespeito – da regra geral (força obrigatória dos contratos), como forma de se superar abusos, especialmente no campo dos denominados contratos existenciais, que estão relacionados à subsistência da pessoa humana.³³¹ E enaltece que neste sentido têm julgado os Tribunais Superiores:

Outro caso interessante em que se aplicou a função social como dever de cooperação – e também como aplicação equitativa do direito – foi em matéria de perda de telefone celular vinculado a contrato celebrado com operadora com prazo mínimo de vigência. Esse tipo de contrato consiste em geral na doação de um telefone, ou a sua venda por pequeno valor, desde que o cliente mantenha a adesão ao plano, cujo valor mensal é mais elevado do que o normal. O cliente da operadora perdeu o aparelho e teria que continuar a pagar as mensalidades do plano, sem poder usar os serviços. A decisão do STJ foi a de fazer justiça no caso concreto, de modo que ambas as partes cooperassem na satisfação de seus interesses.³³²

Miguel Reale enfatiza que a socialidade se faz sentir pelo predomínio dos valores coletivos sobre os individuais, sem que com isso se abra mão dos valores fundamentais da pessoa humana.³³³ Nitidamente, a equidade surge em diversos artigos do Código de 2002 como um instrumento de promoção da socialidade ou justiça social, que passa a prevalecer sobre o sentido individual predominante no Código de 1916. Assim, são definidos e consagrados novos parâmetros, como no caso das indenizações: “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”³³⁴

Portanto, não houve apego ao rigorismo normativo, não houve a pretensão de tudo prever detalhadamente. Segundo o autor, “o que importa numa codificação é o seu espírito; é

³³⁰ TOMASEVICIUS FILHO, 2014, p. 66.

³³¹ Ibid., p. 55 e 79.

³³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.087.783/RJ, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe de 10/12/2009. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 25 out. 2014. TOMASEVICIUS FILHO, op. cit., p. 70-71.

³³³ REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal**. 2ª edição reformada e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 7.

³³⁴ Miguel Reale se refere ao parágrafo único do artigo 944 do Código Civil de 2002. Ibid., p. 75.

o conjunto de idéias fundamentais em torno das quais as normas se entrelaçam, se ordenam e se sistematizam.”³³⁵

Miguel Reale refuta ainda a crença na plenitude da norma jurídica positiva e defende o recurso, em alguns casos, a critérios ético-jurídicos que permitam ao juiz aplicar a solução mais justa e equitativa ao caso concreto. Inevitavelmente, a partir de concepções como esta, são consagrados princípios como o do equilíbrio econômico dos contratos, que constitui a base ética de todo o direito obrigacional.³³⁶

Para o autor, uma das falhas do Código de 1916 foi a pouca atenção dedicada ao princípio da equidade, que figurou apenas em alguns dispositivos, como o artigo 1.456:³³⁷

Estou convencido, ao contrário das pretensões do cientificismo jurídico, de que, por mais que o legislador seja sábio e tecnicamente bem informado, jamais lhe será dado prever todas as ocorrências, insurgências e recorrências da vida jurídica, tornando-se necessária a salvaguarda da equidade, na dupla acepção dada por Aristóteles a esse termo, ou seja, como instrumento de interpretação das normas jurídicas segundo sua adequada e prudente medida, e também para suprir lacunas inevitáveis no corpo da legislação.³³⁸

Já no Código de 2002, há o recorrente apelo a conceitos integradores – preceitos de matizes éticos, como a boa-fé, a equidade, a probidade e a finalidade social do direito –, como forma de se assegurar a necessária margem decisória ao julgador, que, por sua vez, interpretará uma legislação permeada pelos imperativos da concreção e da socialidade.³³⁹ Assim, a equidade funciona como elemento de integração e aplicação do direito:

Há certos casos em que a aplicação rigorosa do Direito redundaria em ato profundamente injusto. *Summum jus, summa injuria*. Esta afirmação, para nós, é uma das mais belas e profundas da Jurisprudência romana, porque ela nos põe em evidência a noção fundamental de que o Direito não é apenas sistema lógico-formal, mas, sobretudo, a apreciação estimativa, ou axiológica da conduta.³⁴⁰

³³⁵ REALE, M., 1999, p. 8.

³³⁶ Ibid., p. 8-9.

³³⁷ O artigo 1.456, do Código Civil de 1916, determina que: “No aplicar a pena do art. 1.454, procederá o juiz com equidade, atentando nas circunstâncias reais, e não em probabilidade infundadas, quando à agravação dos riscos.”

³³⁸ REALE, M., op. cit., p. 39.

³³⁹ “Não é sem motivo que reitero esses dois princípios, essencialmente complementares, pois o grande risco da tão reclamada socialização do Direito consiste na perda dos valores particulares dos indivíduos e dos grupos; e o risco não menor da concretude jurídica reside na abstração e olvido de características transpessoais ou comuns aos atos humanos, sendo indispensável, ao contrário, que o individual ou o concreto se balance e se dinamize com o serial ou o coletivo, numa unidade superior de sentido ético.” Ibid., p. 59.

³⁴⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 125.

Para o autor, há momentos em que se faz necessário um ajuste da justiça à vida, e é exatamente este ajuste que se denomina equidade, que há tempos foi consagrada na definição romana de direito – *jus est ars aequi et boni* – e se legitima na igualdade: “é o princípio da igualdade ajustada à especificidade do caso que legitima as normas de equidade.”³⁴¹

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, Carvalho Filho assevera que “para se obter um resultado justo e equânime da aplicação da lei, há a necessidade de que a norma jurídica geral seja em certos casos individualizada. As circunstâncias individuais do caso concreto não previstas pela norma é que darão ensejo à aplicação da equidade, como princípio essencial de conciliação do primado da justiça com o da segurança jurídica.”³⁴²

Todavia, segundo Miguel Reale, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o recurso à equidade pelo juiz – enquanto elemento de integração e aplicação do direito – está condicionado à prévia autorização legal.³⁴³

E assim parece ser, visto que o Código de Processo Civil brasileiro³⁴⁴ determina, em seu art. 127, que “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.” Medida, indubitavelmente, restritiva e, inclusive, mais severa que a estabelecida no art. 114 do revogado Código de 1939³⁴⁵: “quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador.”

Segundo Bedaque, o recurso à equidade – aqui entendida como forma de decisão que prioriza as circunstâncias do caso concreto em detrimento da lei, ou seja, dispensando-a por supostamente levar a uma decisão injusta – deve ser excepcional, visto que, conforme o acima exposto, o art. 127 do Código de Processo Civil condiciona a decisão por equidade à sua previsão legal, o que acontece apenas em alguns casos, como na denominada jurisdição voluntária – prevista no art. 1.109 do referido Código³⁴⁶ –, nos julgamentos por arbitragem –

³⁴¹ REALE, M., 1998, p. 125.

³⁴² CARVALHO FILHO, 2003, p. 19.

³⁴³ REALE, M., op. cit., p. 301.

³⁴⁴ Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

³⁴⁵ Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939.

³⁴⁶ Aqui o juiz não está vinculado à estrita legalidade. Aplicar-se-á ao caso a solução mais adequada. Destarte, prevalecem a conveniência e a oportunidade. Segundo o autor, aqui se fala em discricionariedade do juiz. Mas a regra está adstrita aos verdadeiros processos de jurisdição voluntária. Nestes casos, o juiz meramente homologa a manifestação de vontade das partes. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Artigo 127. In: MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). **Código de Processo Civil Interpretado**. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 2.849-2.850.

art. 2º, da Lei nº 9.703, de 23.9.1996 – e nos processos regulados pela Lei dos Juizados Especiais – art. 25, da Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995. Destarte, no ordenamento jurídico brasileiro, predomina o princípio da legalidade.³⁴⁷

O que não significa que o juiz deva observar apenas a lei, afastando-se assim da realidade fática, quando da tomada de decisão. De fato, quanto maior o grau de indeterminação do preceito legal, mais importante será o papel do juiz na investigação criteriosa dos fatos. Contudo, sem que com isso se assegure discricionariedade ao juiz, no sentido de juízo de oportunidade diante de duas ou mais decisões legalmente aceitas e possíveis. Na verdade, é possível apenas uma solução legalmente aceita, que deverá, impreterivelmente, ser fundamentada pelo julgador. E, embora passível de recurso, ao final, haverá apenas uma opção correta e válida.³⁴⁸

Dinamarco, ao tratar das formas de jurisdição, reforça o entendimento de que a decisão por equidade está sujeita à prévia autorização em lei, por se tratar de medida de segurança jurídica inerente à legalidade imposta pelo Estado de Direito, mas também alerta que isso não impede o juiz de observar os valores sociais no processo de tomada de decisão. Segundo o autor, julgar por equidade é “pautar-se por critérios não contidos em lei alguma e não apenas interpretar inteligentemente os textos legais. Ao julgar por equidade o juiz remonta ao valor do justo e à realidade humana, econômica, política, social ou familiar em que se insere o conflito – à *aequitas* enfim – para retirar daí os critérios com base nos quais julgará.”³⁴⁹

Na mesma linha, Enrico Tulio Liebman entende que, em casos excepcionais, o juiz está legalmente autorizado a obter em outras fontes os critérios que pautarão o seu julgamento diante das peculiaridades do caso concreto e em nome da justiça:

Estamos então diante de um juízo de equidade. Cada fato concreto apresenta, realmente, aspectos ou peculiaridades próprias, de modo que a aplicação de uma regra abstrata e geral, como é a lei, nem sempre produz resultados satisfatórios. A equidade é um corretivo de rígida aplicação da regra abstrata, que permite dobrá-la e conformá-la às necessidades de cada caso.³⁵⁰

³⁴⁷ BEDAQUE, 2008, p. 373.

³⁴⁸ Ibid., p. 373-374.

³⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 331-332.

³⁵⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**, 1. Tradução e notas de Cândido R. Dinamarco. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 177.

Todavia, o autor ressalva que a equidade não significa arbítrio do juiz; visto que este deve, ao se valer do juízo de equidade, “fazer-se intérprete do senso ético-jurídico difuso na sociedade do seu tempo, o qual é algo como um direito em estado amorfo.”³⁵¹ Destarte, o critério equitativo se apresenta como um preceito geral, exigindo, nesta medida, a motivação na sentença por equidade, revelando assim o raciocínio a ser objetivamente examinado.³⁵²

Marinoni, ao analisar o texto do Projeto de Lei nº 166, de 08 de junho de 2010 – novo Código de Processo Civil –, assevera que há uma grave dissonância entre as disposições contidas no art. 6º e no art. 109, os quais versam, respectivamente, sobre a aplicação da lei e o recurso à equidade. Inclusive, o art. 109 repete o texto do art. 127 do Código de Processo Civil vigente:

Art. 6º Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Art. 109. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

O autor enfatiza que o dever imposto ao juiz de julgar com razoabilidade guarda em si, como um possível significado, o sentido de razoabilidade com equidade, o que, diga-se de passagem, está em sintonia com os princípios e valores resguardados pelos diplomas legislativos hodiernos, como a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002. Ao recomendar a retirada do art. 109 do Projeto de Lei em voga, o autor assevera que: “(...) o art. 127 do Código vigente, de que o art. 109 é o sucedâneo, fazia sentido dentro de um Estado Legislativo, em que se separava o sistema de legalidade do sistema de equidade na aplicação das normas jurídicas. Não faz qualquer sentido, contudo, no Estado Constitucional, em que é natural ao ato de julgar o julgar com equidade.”³⁵³

Por outro lado, há quem perceba a equidade como sentimentalismo ou arbitrariedade do julgador. Versando sobre o art. 114, do Código de Processo Civil de 1939, Pontes de Miranda demonstra entender que a equidade funciona como uma espécie de “*palavra-válvula*” semanticamente ambígua, ou mesmo equívoca, que permite a introdução de elementos subjetivos nos conceitos fundamentais de interpretação do direito: “a vaguidade

³⁵¹ LIEBMAN, 1985, p. 172.

³⁵² Ibid., loc. cit.

³⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: críticas e propostas**. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 71-72, 228 e 257.

serve sempre quando se quer o arbítrio, ou quando se pretende deixar a alguém determinar a norma, sem se confessar que se quis o arbítrio, ou que se deu a alguém tal poder.”³⁵⁴ E conclui dizendo que “o legislador brasileiro, indeciso entre dois caminhos, o intuitivo-sentimental e o indutivo-científico, pôs uma perna naquele e outra nesse.”³⁵⁵

Vale ainda destacar que a equidade não está restrita ao Código de 2002. Há autores que defendem a sua presença nas disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, alterado pela Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010 –, anteriormente denominada Lei de Introdução ao Código Civil (LICC).

Maria Helena Diniz assevera que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é – como a denominação permite antever – uma lei de introdução às leis, um conjunto de normas sobre normas, que não se limita ao âmbito do direito civil. Essencialmente, a Lei de Introdução indica como interpretar e aplicar as normas de direito, “determinando-lhes a vigência e eficácia, suas dimensões espaciotemporais, assinalando suas projeções nas situações conflitivas de ordenamentos jurídicos nacionais e alienígenas, evidenciando os respectivos elementos de conexão.”³⁵⁶

Destarte, versa sobre os mecanismos de integração das normas, que são necessários quando identificada alguma lacuna, e sobre a aplicação destas normas – hermenêutica jurídica –, respectivamente tratados nos artigos 4º e 5º, que são disposições em consonância com a Constituição Federal de 1988³⁵⁷:

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

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

Disposições imprescindíveis a um ordenamento jurídico que conta com normas gerais, que, às vezes, devido à abstração, acabam por se afastar da realidade social, seja pela ausência ou inadequação (ontológica ou axiológica) da norma aplicável ao caso concreto,

³⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947. Volume I. Arts. 1-152, p. 413.

³⁵⁵ Ibid., p. 416.

³⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 18ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 22.

³⁵⁷ Ibid., p. 21.

ocasionando assim uma lacuna, seja pela existência concomitante de diversas soluções incompatíveis entre si, gerando então uma antinomia real.³⁵⁸

Diante de lacunas ou antinomias, indubitavelmente, o juiz, enquanto legítimo intérprete do direito, não pode furtar-se ao seu dever legal de proferir decisão pertinente ao caso concreto que lhe foi apresentado, o que deve ser feito a partir do labor intelectual reflexivo acerca dos princípios e regras que fundamentam o sistema jurídico instituído:

As decisões dos juízes devem estar em consonância com o conteúdo da consciência jurídica geral, com o espírito do ordenamento jurídico, que é mais rico de conteúdo do que a disposição normativa, pois contém critérios jurídicos e éticos, ideias jurídicas concretas ou fáticas que não encontram expressão na norma do direito.³⁵⁹

Maria Helena Diniz refuta a leitura kelseniana do ordenamento jurídico como um sistema fechado e completo, cuja completude decorre da premissa de que tudo aquilo que não está juridicamente regulado – ou proibido pela norma – é permitido. A autora defende a abertura e incompletude do sistema jurídico, que assumiria assim feições dinâmicas, na medida em que se mostra, voluntaria e involuntariamente, incapaz de atender, com justiça, à riqueza casuística da realidade social. E, nesta medida, o direito se apresentaria como realidade complexa, multidimensional, comportando dimensões normativa, axiológica e fática.³⁶⁰

Valendo-se da teoria tridimensional do direito, a autora apresenta o caminho a ser seguido pelo juiz neste processo de tomada de decisão diante da singularidade do caso concreto, o qual, inserido no sistema jurídico, percorreria os três subsistemas isomórficos: normativo, valorativo e fático. E, assim, se necessário, passaria de um subsistema a outro até o preenchimento da lacuna,³⁶¹ mas sem com isso instaurar a completude do sistema, “no sentido de garantir que todo comportamento possível tenha um *status* deôntico.”³⁶² E, assim sendo, Maria Helena Diniz assevera que:

³⁵⁸ DINIZ, 2013, p. 24-28. A autora preleciona ainda que “três são as principais espécies de lacunas: 1ª) normativa, quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso; 2ª) ontológica, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais: quando, p. ex., o grande desenvolvimento das relações sociais e o progresso técnico acarretam o anclousamento da norma positiva; 3ª) axiológica, ausência de norma justa, isto é, existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta.” (Ibid., p. 123)

³⁵⁹ Ibid., p. 30.

³⁶⁰ Ibid., p. 117-125.

³⁶¹ Ibid., p. 120-123.

³⁶² Ibid., p. 128.

Em caso de lacuna, o juiz deverá constatar, na própria legislação, se há semelhança entre fatos diferentes, fazendo juízo de valor de que esta semelhança se sobrepõe às diferenças. E se não encontrar casos análogos, deve recorrer ao costume e ao princípio geral de direito³⁶³; não podendo contar com essas alternativas, é-lhe permitido, ainda, socorrer-se da *equidade*.³⁶⁴

É inegável que lacunas voluntárias – propositalmente deixadas pelo legislador em casos específicos como ao versar sobre matérias complexas – e involuntárias podem se apresentar diante do juiz ao aplicar o direito ao caso concreto, as quais devem ser preenchidas, integradas, não com a criação de normas gerais e abstratas, o que não é função do magistrado, mas na materialização do direito diante do caso concreto. Nas palavras da autora:

(...) a equidade é elemento de integração, pois consiste, uma vez esgotados os mecanismos previstos no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, 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.³⁶⁵

E não menos importante é o papel desempenhado pela equidade quando da aplicação da norma ao caso concreto, ou seja, no âmbito da hermenêutica jurídica:

Em sua função interpretativa, na busca do sentido da norma, a equidade aparece na aplicação do método histórico-evolutivo, que preconiza a adequação da lei às novas circunstâncias, e do método teleológico, que requer a valoração da lei (LINDB, art. 5º), a fim de que o órgão jurisdicional possa acompanhar as vicissitudes da realidade concreta.³⁶⁶

Em síntese, a autora entende que a equidade está presente, mesmo que de forma implícita, tanto no art. 4º quanto no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, figurando como ferramenta imprescindível à integração e à interpretação da norma jurídica. Entendimento compartilhado – parcial ou integralmente – com outros autores.

Ao versar sobre as possíveis formas de se superar lacunas e obscurantismos da norma, Limongi França destaca que o juiz poderá se valer dos recursos supletivos enumerados

³⁶³ Princípios gerais de direito “são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.” Alguns estão previstos em lei, como o da isonomia e da irretroatividade da lei; outros, não, mas representam modelos doutrinários ou dogmáticos fundamentais. REALE, M., 1998, p. 305-307.

³⁶⁴ DINIZ, 2013, p. 155.

³⁶⁵ Ibid., p. 159.

³⁶⁶ Ibid., p. 158.

em lei e consagrados pela doutrina para solucionar o caso. No caso brasileiro, deverá atuar conforme o disposto nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução:

(...) esgotados os recursos da lei, os da analogia, os das formas suplementares, os da analogia aplicada às formas suplementares, o último meio de integração da norma jurídica, já que o magistrado não pode eximir-se de julgar é a equidade, princípio de direito natural, semelhante e complementar à justiça.³⁶⁷

Eduardo Espínola, ao tratar da aplicação da lei, assevera que, no ordenamento jurídico brasileiro, é admissível o recurso à equidade:

Mandando, porém, o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil que, na aplicação da lei, o juiz atenda aos fins sociais, aos quais ela se dirige, e às exigências do bem comum, aquela Lei o autoriza, evidentemente, a considerar a equidade, segundo a nossa exposição, como a capacidade, que a norma tem de, atenuando o seu rigor, adaptar-se ao caso concreto.³⁶⁸

Mesmo entendimento apresentado por Carvalho Filho: “na interpretação da lei, a equidade apresenta-se como indicando o predomínio do espírito ou intenção do legislador sobre a letra da lei. Está perfeitamente delineada no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, pois a equidade relaciona-se, intimamente, com os fins da norma, que é o bem comum da sociedade.”³⁶⁹

A equidade está presente também no Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 –, a permear os artigos que resguardam o equilíbrio de direitos e deveres contratualmente estabelecidos, proibindo assim as denominadas cláusulas abusivas³⁷⁰ e os dispositivos que desrespeitem a boa-fé e a equidade.³⁷¹

Indubitavelmente, o Código de Defesa do Consumidor se inspira nos preceitos da boa-fé e da equidade, que nele se relacionam harmoniosamente. Contudo, isto não significa,

³⁶⁷ APLICAÇÃO DO DIREITO POSITIVO. In: FRANÇA, 1977, p. 200.

³⁶⁸ EQUIDADE. In: ESPÍNOLA FILHO, 1947, p. 251.

³⁶⁹ CARVALHO FILHO, 2003, p. 114.

³⁷⁰ “Expressão muito utilizada na doutrina e na jurisprudência atual, é ela poucas vezes definida e o próprio CDC absteve-se de uma definição legal, preferindo indicar a abusividade em casos expressos (art. 53, por exemplo), deixar sua determinação para a jurisprudência (através de cláusulas gerais, como a do art. 51, IV) ou presumir a abusividade em alguns casos e práticas (lista dos arts. 39 e 51).” Cláudia Lima Marques aponta ainda dois caminhos possíveis para a definição da abusividade: o primeiro, a partir de uma abordagem subjetiva, conecta a abusividade à figura do abuso de direito; o segundo, a partir de uma abordagem objetiva, a conecta à boa-fé objetiva e à figura da lesão enorme. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada, incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 767-768.

³⁷¹ Dentre os artigos imbuídos deste espírito estão: 4º, I e III; 6º, VIII; 47; 51, I, IV e VI; 82, § 1º; 83 e 101, I. CARVALHO FILHO, op. cit., p. 34.

necessariamente, que o juiz, ao aplicá-lo, estará de antemão autorizado a julgar por equidade, mas sim com equidade, o que se conclui a partir da leitura de alguns dentre seus artigos:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (...)

Nas palavras de Nelson Nery: “a norma aqui analisada dá ao juiz a possibilidade de valoração da cláusula contratual, a fim de verificar se é ou não contrária à equidade e boa-fé. O juiz não julgará por equidade, mas dirá o que está de acordo com a equidade no contrato sob seu exame.”³⁷² É a consagração do princípio da equidade no âmbito contratual – neste caso, na esfera dos contratos de consumo –, do equilíbrio entre direitos e obrigações como forma de se assegurar a justiça.³⁷³

Ao analisar o art. 47 – o qual determina que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor” –, Cláudia Lima Marques enfatiza que a interpretação pró-consumidor das cláusulas contratuais é instrumento que visa a garantir a relação equitativa entre as partes, com forte inspiração na boa-fé objetiva plasmada no art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor.³⁷⁴

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; (...)

Nitidamente, o Código de Defesa do Consumidor relativiza a máxima contratual *pacta sunt servanda*, reduzindo substancialmente o espaço reservado à autonomia da vontade

³⁷² NERY JÚNIOR, Nelson. Comentários ao artigo 51. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 570.

³⁷³ MARQUES, 2002, p. 741.

³⁷⁴ Ibid., p. 742.

– com o intuito de proteger o consumidor – e restabelecendo, quando aferida a iniquidade contratual, o equilíbrio entre as partes:

O Princípio da Equidade Contratual significa o reconhecimento da necessidade, na sociedade de consumo de massa, de restabelecer um patamar mínimo de equilíbrio de direitos e deveres nos contratos, intervindo o Estado de forma a compensar o desequilíbrio fático existente entre aquele que pré-redige unilateralmente o contrato e aquele que simplesmente adere, submetido à vontade do parceiro contratual mais forte. Assim institui o CDC normas imperativas, as quais proíbem a utilização de cláusulas abusivas nos contratos de consumo e possibilitam um controle tanto formal quanto do conteúdo destes contratos, tudo para alcançar a esperada *justiça contratual*.³⁷⁵

A autora enaltece ainda que tem sido ampla a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos bancários e de seguros. As atenções estão voltadas especialmente à correção monetária e ao equilíbrio financeiro das dívidas.³⁷⁶

Indubitavelmente, foi irresistível a força que aproximou os códigos – Código Civil de 2002 e Código de Defesa do Consumidor – no âmbito do direito contratual, consequência natural da consagração de princípios como a boa-fé objetiva e a função social do contrato.³⁷⁷ O Enunciado nº 167 da III Jornada de Direito Civil assim estabelece:

Enunciado 167 – Arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.

Já no âmbito da arbitragem, a amplitude alcançada é maior. Inclusive, há quem defenda decisões *contra legem* nesta seara. Segundo Nelson Nery, a equidade figura no ordenamento jurídico pátrio como elemento de interpretação e integração da lei e embora o juízo de equidade não esteja previsto na Constituição Federal de 1988 – ao contrário da Constituição Federal de 1934 –³⁷⁸, a legislação infraconstitucional o fez em alguns casos, como no art. 2º da lei nº 9.307/96.³⁷⁹

³⁷⁵ MARQUES, 2002, p. 1.065.

³⁷⁶ Ibid., p. 966.

³⁷⁷ CASSETTARI, 2008, p. 406.

³⁷⁸ Art. 113, inciso 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.”

³⁷⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Julgamento Arbitral por Equidade e Prescrição**. Revista de Direito Privado. Ano 12, nº 45, Coordenação de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. Editora Revista dos Tribunais. Jan-mar/2011, p. 330.

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, estabelece, em seu art. 2º e §§, que a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade e que as partes poderão escolher as regras de direito que serão adotadas, desde que sejam preservados os bons costumes e a ordem pública. Desta feita, é nítida, no âmbito da arbitragem, a possibilidade de se julgar por equidade.

Todavia, questiona-se se a previsão legal do juízo por equidade, em alguns dispositivos, significaria um possível afastamento da norma legal, ou seja, se o ordenamento jurídico comportaria uma decisão *contra legem*.

Ao abordar o assunto, no âmbito do direito arbitral, Nelson Nery defende que o magistrado, ao realizar juízo de arbitragem por equidade, conforme interesse manifesto das partes, poderia fazê-lo *contra legem* em situações justificáveis e excepcionais:

Caso as partes estabeleçam expressamente a possibilidade de o árbitro decidir por equidade, na decisão da causa pode até decidir *contra legem*, pois o julgamento por equidade significa seu julgamento pelo mais justo. Nem tudo que é legal é justo, cabendo ao árbitro, que tem poderes para decidir por equidade, dar a solução que lhe pareça mais justa, sem se preocupar com a legalidade dessa decisão, mas sim com sua legitimidade.³⁸⁰

No entanto, essa ampla margem decisória atribuída ao magistrado encontra limites na Constituição Federal e na ordem pública, que impõem barreiras a decisões completamente desconexas da legislação vigente. Destarte, não há espaço para juízos de arbitragem por equidade proferidos *contra constitutionem* ou contra normas que versem sobre matéria de ordem pública, o que se depreende, inclusive, da leitura do § 1º, do art. 2º, da lei de arbitragem.³⁸¹ Nas palavras do autor: “é dizer, ainda que se adote o posicionamento de se admitir o julgamento por equidade *contra legem*, em nenhuma hipótese pode-se admitir o julgamento por equidade *contra constitutionem*, nem contra a ordem pública.”³⁸²

Também é assegurada maior amplitude à equidade no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, estabelece que:

Art. 6º. O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade.

³⁸⁰ NERY JÚNIOR, 2011, p. 334.

³⁸¹ Art. 2º, § 1º: “Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.”

³⁸² NERY JÚNIOR, op. cit., p. 335.

Segundo Ricardo Cunha Chimenti, está assegurado ao juiz a possibilidade de realizar julgamentos por equidade no âmbito dos Juizados Especiais, desde que este critério atenda aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum. O autor assevera ainda que este dispositivo legal reforça o entendimento consagrado no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, na medida em que assegura papel ativo ao juiz como instrumento de realização da justiça.³⁸³

Todavia, deve-se ter em mente que o recurso à equidade não significa possibilidade de decisão arbitrária. Ao proferir decisão por equidade, o juiz deverá motivá-la como motivaria uma sentença proferida com respaldo em uma lei.³⁸⁴ Indubitavelmente, esta sentença deve se pautar na singularidade do caso fático, mas em hipótese alguma poderá se distanciar da realidade social plena, ou seja, das exigências do bem comum.

5.2. O Código Civil de 2002

5.2.1. O dever de indenizar

A equidade, em suas diversas acepções, permeia os dispositivos consagrados no Código Civil de 2002, possibilitando, inclusive, decisões nela amparadas, com autorização expressa ou tácita à sua utilização. Todavia, é salutar a percepção de que, no âmbito do direito civil e processual civil brasileiro, a utilização da equidade pelo magistrado no processo de tomada de decisão se faz mediante prévia autorização legal. Destarte, neste capítulo, serão

³⁸³ CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos juizados especiais cíveis e federais**. 13ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 100-101.

³⁸⁴ Ibid., p. 101.

abordados alguns artigos que, implícita ou explicitamente, permitem o uso da equidade pelo magistrado no processo de tomada de decisão, especialmente no que se refere à responsabilidade civil.

Em síntese, a responsabilidade civil se apresenta como uma plêiade de princípios gerais e normas que versam sobre a obrigação de reparar o dano ocasionado³⁸⁵ pela inobservância de um contrato, de um dever geral de conduta ou pela prática de um ilícito³⁸⁶, ora fundados na teoria da culpa, ora fundados na teoria do risco, as quais coexistem harmoniosamente no Código Civil de 2002.

A leitura atenta do art. 927, que versa sobre a obrigação de indenizar, confirma este entendimento, na medida em que este artigo consolida as duas teorias em seu texto: no *caput*, está a cláusula geral de responsabilidade aquiliana e, no parágrafo único, a cláusula geral de responsabilidade sem culpa, ou seja, objetiva:³⁸⁷

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

E, indubitavelmente, resta claro que cabe ao autor do dano o dever de indenizar. Todavia, o Código Civil brasileiro de 2002 inovou, em relação ao seu predecessor, ao estabelecer preceitos de equidade em seus dispositivos, os quais possibilitam ao magistrado dosar o *quantum* devido, valendo-se, por exemplo, da análise socioeconômica dos fatos e das partes e da relação proporcional entre grau de culpa e extensão do dano.

Medidas inspiradas na eticidade, que se põe ao lado da operabilidade – a qual contém em si o princípio da concretude³⁸⁸ – e da socialidade como preceitos basilares do

³⁸⁵ “Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime a ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano.” GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. Volume 4: responsabilidade civil, p. 19.

³⁸⁶ CARVALHO FILHO, 2003, p. 45.

³⁸⁷ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Comentário aos artigos 927 a 954. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916**. 8ª edição revisada e atualizada. Barueri: Manole, 2014, p. 872-873.

³⁸⁸ “Consiste na obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quando possível, legislar para o indivíduo situado: legislar para o homem enquanto marido, para a mulher enquanto esposa, para o filho enquanto um ser subordinado ao poder familiar.” CARVALHO FILHO, 2003, p. 56.

Código Civil de 2002. Carvalho Filho entende que, neste novo diploma legal, a equidade se apresenta como instrumento posto à disposição do juiz para que a lei seja aplicada com justiça e para que se assegure, com isso, o primado do interesse coletivo sobre o individual.³⁸⁹

Como se vê, a equidade, em razão da estrutura do novo Código, terá, com todas as suas funções e em todos os seus sentidos, papel relevante e essencial no aperfeiçoamento das relações jurídicas sob a égide da nova lei, porque ela permitirá ao juiz que exerça uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o corpo jurídico vigente com novos princípios e normas derivados de conceitos integradores da compreensão ética, que devem obedecer aos imperativos de socialidade e concreção.³⁹⁰

Nas palavras de Miguel Reale: “houve o triunfo da ‘sociabilidade’, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém do valor fundante da pessoa humana.”³⁹¹

5.2.2. Responsabilização do incapaz

Ao tratar do art. 928 – sem correspondente no Código Civil de 1916 –,³⁹² Claudio Luiz Bueno de Godoy preleciona que, indubitavelmente, deve-se reparar o dano ocasionado como medida necessária ao restabelecimento do equilíbrio rompido pelo ato danoso. Entretanto, esta recomposição deve ser realizada sem risco ao patrimônio e às necessidades do autor do dano ou de seus responsáveis, sob pena de se comprometer a dignidade destas pessoas, ou seja, a indenização deve ser equitativamente estabelecida:³⁹³

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

³⁸⁹ CARVALHO FILHO, 2003, p. 47.

³⁹⁰ Ibid., p. 57.

³⁹¹ REALE, M., 1999, p. 7.

³⁹² Ressalva feita ao art. 156 do Código de 1916, que versava apenas sobre a responsabilidade do menor púbere. GODOY, 2014, p. 873-874.

³⁹³ Ibid., p. 873.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Entendimento constante em diversos julgados,³⁹⁴ como demonstram as ementas abaixo mencionadas:

EMENTA RESPONSABILIDADE CIVIL – Ressarcimento – Danos materiais – Réu incapaz portador de esquizofrenia paranóide – Corré diligente na vigilância do marido – Hipossuficiência comprovada – Renda mensal de um salário mínimo – Artigo 928 do CC – Ausência do nexo causal – Prejuízo do próprio sustento – Sentença de improcedência – Recurso não provido.³⁹⁵

EMENTA RESPONSABILIDADE CIVIL – Títulos protestados – Alegação de nulidade do contrato por ser o autor menor de idade na época – Tentativa de enriquecimento ilícito sob alegação da própria torpeza – Litigância de má-fé configurada – Imposição de multa, independente do benefício da gratuidade – Recurso desprovido, com determinação.³⁹⁶

E plenamente consolidado nos Enunciados nº. 39 e 40 da I Jornada de Direito Civil:

Enunciado 39 – Art. 928: A impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade.

Enunciado 40 – Art. 928: O incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente como devedor principal, na hipótese do ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas socioeducativas ali previstas.

³⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso de Apelação n. 0005571-40.2009.8.26.0291, Relator: Desembargador Carlos Alberto Garbi, julgado em 30 de abril de 2013; Recurso de Apelação n. 0010047-96.2009.8.26.0073, Relator: Desembargador Gilberto Leme, julgado em 09 de abril de 2013; Recurso de Apelação n. 0001075-68.2005.8.26.0400, Relator: Desembargador BORELLI THOMAZ, julgado em 10 de abril de 2013; Recurso de Apelação n. 0040685-65.2007.8.26.0564, Relator: Desembargador Paulo Dimas Mascaretti, julgado em 08 de agosto de 2012; e Recurso de Apelação n. 0012868-79.2009.8.26.0071, Relator: Desembargador Vanderci Álvares, julgado em 25 de julho de 2013. Disponíveis em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em 19 out. 2014.

³⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso de Apelação n. 0004051-33.2009.8.26.0101, Relator: Desembargador Reinaldo Miluzzi, julgado em 16 de junho de 2014. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em 19 out. 2014.

³⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso de Apelação n. 9096151- 60.2009.8.26.0000 – Comarca de Araras, Relator: Desembargador Cardoso Neto, julgado em 19 de setembro de 2012. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em 19 out. 2014.

Carvalho Filho assevera que, neste dispositivo, a equidade não apenas serve de parâmetro para a fixação da indenização devida, mas também assume seu sentido mais amplo enquanto igualdade e justiça, as quais ganham voz na possibilidade de se responsabilizar um inimputável por seus atos danosos e, assim, superar eventual injustiça.

Respaldando-se nos ensinamentos de Orlando Gomes, o autor entende que o legislador aqui consagrou a denominada responsabilidade de equidade, a qual se apresenta como exceção à regra da responsabilidade fundamentada na culpa e possibilita que o inimputável, atendidos os requisitos legais e verificadas as condições fáticas, responda, mesmo que parcialmente pelo dano ocasionado.³⁹⁷ Na mesma linha, Carlos Roberto Gonçalves assevera que:

Assimilando a melhor orientação já vigente nos diplomas civis de diversos países, o Código Civil de 2002 substituiu o princípio da irresponsabilidade absoluta da pessoa privada de discernimento pelo princípio da responsabilidade mitigada e subsidiária, disposto no art. 928.³⁹⁸

Maria Helena Diniz enfatiza que a indenização devida pelo incapaz causador do dano e seus representantes legais deverá ser parametrizada pela equidade, o que possibilita, inclusive, o não pagamento da indenização, que se dá em nome da preservação do patrimônio mínimo necessário à subsistência e atento à dignidade da pessoa humana.³⁹⁹

Certamente, o art. 928 cria exceção à regra geral de plena reparação do dano ocasionado, que está presente no artigo 927, *caput*, do Código Civil de 2002. Caio Mario destaca que, ao prever a possibilidade de uma indenização equitativa, o Código de 2002 se afastou do dogma – peculiar à responsabilidade civil – de que a vítima sempre deve receber uma quantia equivalente ao dano por ela sofrido.⁴⁰⁰

Contudo, segundo Claudio Luiz Bueno de Godoy, a indenização estabelecida desta forma não será necessariamente menor que a extensão do dano e nem a sua fixação no valor total significará a equiparação do tratamento do incapaz ao do capaz:

Cuida-se apenas de dar cabo à exigência de equidade e não olvidar a situação específica de um incapaz que, preenchidos os requisitos legais, possa reparar

³⁹⁷ CARVALHO FILHO, 2003, p. 64.

³⁹⁸ GONÇALVES, 2012, p. 39.

³⁹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 657.

⁴⁰⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 16ª edição revista e atualizada. Regis Fichtner (Atual.). Rio de Janeiro: Forense, 2012, volume III, p. 543.

completamente a vítima, que é a finalidade do sistema, sem nenhum dano maior à sua existência digna.⁴⁰¹

Não obstante, vale destacar que há certo desconforto com o caráter subsidiário da responsabilidade do incapaz. Regina Beatriz Tavares da Silva entende que o art. 928 está em conflito com o art. 942, parágrafo único, que estabelece a responsabilidade solidária dos incapazes e das pessoas apontadas no artigo 932.⁴⁰² E, assim como Claudio Luiz Bueno de Godoy, aponta como possível solução a aprovação da nova redação proposta no Projeto de Lei n. 699/2011: “Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, observado o disposto no art. 932 e no parágrafo único do art. 942.”⁴⁰³

Mas, segundo Claudio Luiz Bueno de Godoy, a partir de uma interpretação sistemática do Código de 2002, a solidariedade prevista no parágrafo único do art. 942 seria aplicada apenas aos casos em que a responsabilidade indireta não fosse “*exclusiva e substitutiva*” da responsabilidade daquele que diretamente causou o dano.⁴⁰⁴

5.2.3. Fixação do *quantum* indenizatório

O Código Civil de 2002 consagrou a extensão do dano como regra de mensuração do *quantum* indenizatório. Entretanto, à luz dos princípios basilares da socialidade e da eticidade, o legislador optou por calibrar, equitativamente, a indenização devida, a partir da proporção entre o grau da culpa e o dano ocasionado:

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

⁴⁰¹ GODOY, 2014, p. 874. Na mesma linha, CARVALHO FILHO, 2003, p. 93-94.

⁴⁰² SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Comentário ao artigo 928. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Código Civil comentado**. 8ª edição de acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010 e as Leis n. 12.344/2010, n. 12.375/2010, n. 12.376/2010, n. 12.398/2011, n. 12.399/2011, n. 12.424/2011, n. 12.441/2011 e n. 12.470/2011. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 932.

⁴⁰³ Ibid., p. 933. GODOY, op. cit., p. 874.

⁴⁰⁴ Ibid., loc. cit.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Ergueu-se, destarte, singular barreira a eventuais injustiças e se distanciou do ideal plasmado no art. 1.059 do Código Civil de 1916,⁴⁰⁵ que se concentrou na extensão do dano ocasionado.⁴⁰⁶ Ao tratar do tema, Carvalho Filho enfatiza que a equidade aqui presente assegura ao juiz a ponderação das circunstâncias peculiares ao caso concreto na fixação do *quantum* indenizatório.⁴⁰⁷

Espírito que tem prevalecido nos Tribunais,⁴⁰⁸ conforme trecho extraído, a título de exemplo, da ementa de acórdão que versou acerca da limitação subjetiva dos autorizados a reclamar indenização em caso de morte:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEGITIMIDADE PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA DE DANOS MORAIS POR MORTE. NOÍVO. ILEGITIMIDADE ATIVA. NECESSÁRIA LIMITAÇÃO SUBJETIVA DOS AUTORIZADOS A RECLAMAR COMPENSAÇÃO. (...)

4. Encontra-se subjacente ao art. 944, caput e parágrafo único, do Código Civil de 2002, principiologia que, a par de reconhecer o direito à integral reparação, ameniza-o em havendo um dano irracional que escapa dos efeitos que se esperam do ato causador. O sistema de responsabilidade civil atual, deveras, rechaça indenizações ilimitadas que alcançam valores que, a pretexto de reparar integralmente vítimas de ato ilícito, revelam nítida desproporção entre a conduta do agente e os resultados ordinariamente dela esperados. E, a toda evidência, esse exagero ou desproporção da indenização estariam presentes caso não houvesse – além de uma limitação quantitativa da condenação – uma limitação subjetiva dos beneficiários. (...)

8. Recurso especial conhecido e provido.⁴⁰⁹

Claudio Luiz Bueno de Godoy assevera que a indiferença do grau de culpa do *caput* é mitigada pelas disposições do parágrafo único, que passa a dosar a indenização

⁴⁰⁵ “Art. 1.059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expreso, as perdas e danos devidos ao credor, abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

⁴⁰⁶ A comparação aqui feita não significa o reconhecimento da correspondência entre o art. 944, do Código de 2002, e o 1.059, do Código de 1916. Vide: SILVA, R., 2012, p. 958. DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. Comentário ao artigo 944. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo Código Civil**. 2ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Carlos Alberto Menezes Direito, Sérgio Cavalieri Filho. (Arts. 927 a 965), p. 361.

⁴⁰⁷ CARVALHO FILHO, 2003, p. 72.

⁴⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.374.726, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 05/09/2014; AgRg no AGREsp n. 156.155, Relator: Ministro Humberto Martins, DJe 13/06/2012; AgRg no AG n. 1.413.481, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 16/03/2012; e REsp n. 855.029, Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, DJe 17/03/2008. Disponíveis em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 19 out. 2014.

⁴⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.076.160 – AM, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 21/06/2012. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 19 out. 2014.

conforme a relação entre gravidade da culpa e dano ocasionado. Inspirado no princípio da equidade, o juiz busca “corrigir situações em que uma culpa mínima possa, pela extensão do dano, acarretar ao ofensor o mesmo infortúnio de que padece a vítima.”⁴¹⁰

A aplicação do parágrafo único está condicionada à desproporcionalidade entre o grau de culpa e o dano ocasionado, a qual deve ser mensurada e comprada em atenção às condições do autor do dano e às circunstâncias objetivas do caso. Todavia, atendidos os requisitos, a aplicação do parágrafo único é devida, reconhecida como direito subjetivo do ofensor. Embora a expressão “*poder*” tenha sido utilizada pelo legislador, aqui não se fala em faculdade atribuída ao juiz de, uma vez verificados os requisitos, deferir ou indeferir, a redução da indenização apenas com base nesta suposta faculdade.⁴¹¹

Segundo Maria Helena Diniz, o art. 944 consagra a importância de se preservar a relação entre o dano ocasionado e o *quantum* indenizatório, “dando exatamente a cada um o que é seu”, portanto, sem que se concretize locupletamento indevido do lesado em detrimento do lesante.⁴¹²

Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho entendem que “a noção de equitativo aqui deve ser tomada como julgamento, senso de justiça, respeito à igualdade dos direitos das partes, para a imposição de uma condenação suficiente à reparação do dano.” Revela-se como a equidade corretiva aristotélica, que busca afastar uma injustiça que seria ocasionada pela aplicação estrita da lei.⁴¹³

No que se refere aos preceitos consagrados pela Constituição Federal de 1988, Claudio Luiz Bueno de Godoy entende que limitar o valor da indenização não fere o princípio da indenização ilimitada, previsto nos incisos V e X do artigo 5º, por ser medida de equidade. Entendimento que se fortalece com o disposto no inciso I do artigo 3º, que apregoa uma sociedade justa e solidária. E esta mesma lógica se aplica à fixação de uma indenização que possibilite a integral reparação do dano ocasionado, desde que não se dê ao arrepio da dignidade do ofensor, visto que o sistema se direciona, conforme o acima exposto, à reparação completa do dano ocasionado.⁴¹⁴

⁴¹⁰ GODOY, 2014, p. 892.

⁴¹¹ CARVALHO FILHO, 2003, p. 103. GODOY, op. cit., p. 893.

⁴¹² DINIZ, 2012, p. 669.

⁴¹³ DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2007, p. 364-365.

⁴¹⁴ GODOY, op. cit., p. 893.

Compartilhando o mesmo entendimento de Claudio Luiz Bueno de Godoy sobre a possibilidade de uma indenização integral, Carvalho Filho enfatiza que a regra prevista no *caput* prevalecerá se o causador do dano for pessoa abastada, o que decorre naturalmente do princípio da integral reparação do dano ocasionado:

Também não se pode perder de vista que o disposto no caput do art.944 do novo Código Civil, que consagra o princípio da reparação integral do dano, constitui a regra a ser observada pelo aplicador do direito nas hipóteses de responsabilidade civil. Deste modo, forçoso é reconhecer que se a boa situação econômica do lesante, causador dos danos à vítima, autorizar que eles sejam ressarcidos na totalidade, sem que isso importe na redução do agente e de seus dependentes ao estado de penúria, a indenização não poderá ser reduzida na forma estabelecida no parágrafo, ainda que o abastado tenha agido com culpa leve.⁴¹⁵

No que se refere à abrangência da norma, Regina Beatriz Tavares da Silva entende que, ao adotar, em seu parágrafo único, a teoria da gradação da culpa, isto é, ao determinar que se estabeleça uma relação entre a gravidade da culpa e o dano, o art. 944 teria limitado sua aplicação à responsabilidade civil subjetiva, não alcançando a responsabilidade objetiva.⁴¹⁶

Contudo, entendimento diverso é sustentado por outros autores⁴¹⁷ e encontra respaldo no Enunciado nº 46 da I Jornada de Direito Civil, que foi reformado pelo Enunciado 380 da IV Jornada de Direito Civil:

Enunciado 46 – Art. 944: A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva. (Alterado pelo Enunciado 380 – IV Jornada).

Enunciado 380 – Art. 944: Atribui-se nova redação ao Enunciado n. 46 da I Jornada de Direito Civil, pela supressão da parte final: não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.

Não obstante o acima exposto, a tarefa de se estabelecer o *quantum* indenizatório no caso de dano moral tem desafiado os juristas brasileiros, visto que, neste caso, não basta aferir tudo aquilo que o lesado deixou de lucrar e aquilo que efetivamente perdeu em termos materiais. O desafio é, segundo Regina Beatriz Tavares da Silva, definir um montante que, ao

⁴¹⁵ CARVALHO FILHO, 2003, p. 102-103. Vide também: GODOY, 2014, p. 893.

⁴¹⁶ SILVA, R., 2012, p. 958.

⁴¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. Volume 2, p. 401. DINIZ, 2012, p. 670.

mesmo tempo, compense o lesado e desestímule o lesante, levando-se em conta o grau de culpa do deste, a eventual participação daquele no evento danoso e a situação econômica de ambos.⁴¹⁸

Seguindo sua linha de raciocínio, a autora defende, inclusive, a previsão legal do balanceamento entre compensação ao lesado e desestímulo ao lesante:

Ao juiz devem ser conferidos amplos poderes, tanto na definição da forma como na extensão da reparação cabível, mas certos parâmetros devem servir-lhe de norte e firme seguro, sendo estabelecidos em lei, inclusive para que se evite, definitivamente, o estabelecimento de indenizações simbólicas, que nada compensam à vítima e somente servem de estímulo ao agressor.⁴¹⁹

Enfatizando que há – no Projeto de Lei nº. 699/2011 – proposta para inclusão de um segundo parágrafo no art. 944, do Código Civil de 2002, que estabelece critérios de fixação da indenização para os danos morais (o parágrafo único passaria a ser § 1º): “§ 2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.”

Na mesma linha, Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho asseveram que, na quantificação do dano moral, deve-se atentar à proporcionalidade entre dano e indenização, valendo-se da equidade como ferramenta para a fixação da indenização nestes casos. Evitando assim que o peculiar subjetivismo que os caracteriza promova exageros e injustiças. O desafio nestes casos é reparar o dano na justa medida e prevenir futuras reincidências, destarte, não se trata apenas de indenização compensatória. E, certamente, a justa medida será alcançada pela equidade.⁴²⁰

5.2.4. Culpa concorrente

⁴¹⁸ SILVA, R., 2012, p. 959.

⁴¹⁹ Ibid., p. 960.

⁴²⁰ DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2007, p. 377-380.

Sem correspondente no Código Civil de 1916,⁴²¹ o art. 945 versa sobre culpa concorrente, especificamente, sobre a mensuração da indenização a ser paga pelo agente à vítima a partir da gravidade das faltas cometidas pelas partes envolvidas, assegurando, até mesmo, a exclusão da responsabilidade do agente por culpa exclusiva da vítima.⁴²²

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Carvalho Filho assevera que andou bem o Código Civil de 2002 ao considerar a responsabilidade do ofendido na definição do *quantum* indenizatório, visto que, se fosse afastada a gravidade da culpa como critério, restaria apenas o liame de causalidade e a provável implantação da divisão igualitária – meio a meio – como critério de distribuição da responsabilidade pela indenização, o que não asseguraria, necessariamente, uma decisão justa. O autor entende que, implicitamente, a equidade está presente no art. 945, como princípio a nortear o juiz quando da aplicação da lei ao caso concreto:

De outra parte, embora seja certo que o juiz só possa julgar por equidade quando a lei o autoriza expressamente, não é menos certo afirmar que, se o legislador dispôs que a culpa pode influir na estimativa da indenização e que o julgador poderá considerar o grau dessa culpa das partes para fixá-la, autorizou a aplicação do princípio da equidade, ainda que implicitamente, atento ao espírito de socialidade ou de justiça social que norteou o novo Código, permitindo ao juiz que se valha de todas as circunstâncias que envolvem as partes e o caso para arbitr-la e torná-la mais justa.⁴²³

Mesmo entendimento apresentado por Claudio Luiz Bueno de Godoy, que percebe a equidade como ferramenta indispensável à fixação do valor indenizatório a partir da constatação do grau de culpa com que concorreram – lesado e lesante – ao fato:

Há que ver que, também no preceito em comento, a ideia foi a de atuação da equidade como fundamento de fixação de uma indenização que deve tomar em conta, no fundo, o grau de causalidade, ou seja, o grau de cooperação de cada qual das partes à eclosão do evento danoso.⁴²⁴

Neste ponto, embora o caso seja comovente, vale a pena destacar parte da ementa de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, no qual se deliberou acerca da culpa concorrente dos pais pela fuga do filho, em tratamento, de um hospital, que acabou resultando na morte do menor:

⁴²¹ DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2007, p. 401. CARVALHO FILHO, 2003, p. 73.

⁴²² Ibid., p. 72-73.

⁴²³ Ibid., p. 78.

⁴²⁴ GODOY, 2014, p. 894.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. FUGA DE PACIENTE MENOR DE ESTABELECIMENTO HOSPITALAR. AGRAVAMENTO DA DOENÇA. MORTE SUBSEQUENTE. NEXO DE CAUSALIDADE. CONCORRÊNCIA DE CULPAS. RECONHECIMENTO. REDUÇÃO DA CONDENAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.(...)

5. Contudo, não se pode perder de vista sobretudo a atitude negligente dos pais após a fuga do menor, contribuindo como causa direta e também determinante para o trágico evento danoso. Está-se, assim, diante da concorrência de causas, atualmente prevista expressamente no art. 945 do Código Civil de 2002, mas, há muito, levada em conta pela doutrina e jurisprudência pátrias.

6. A culpa concorrente é fator determinante para a redução do valor da indenização, mediante a análise do grau de culpa de cada um dos litigantes, e, sobretudo, das colaborações individuais para confirmação do resultado danoso, considerando a relevância da conduta de cada qual. O evento danoso resulta da conduta culposa das partes nele envolvidas, devendo a indenização medir-se conforme a extensão do dano e o grau de cooperação de cada uma das partes à sua eclosão.(...)

7. Recurso especial parcialmente provido.⁴²⁵

Carvalho Filho enfatiza ainda a dificuldade em se estabelecer as contribuições indenizatórias de cada um dos envolvidos, recomendando, dentre outras medidas, a observância “das condições culturais de ambos (grau de entendimento, de cuidado ou de prudência que se poderia exigir deles), a forma e meios utilizados para a prática da conduta, a localidade e o ambiente onde o fato ocorreu, a menor ou maior participação no evento danoso, entre outras.”⁴²⁶ Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, ao versarem sobre o assunto, também reconhecem as dificuldades envolvidas, mas acreditam que estas possam ser superadas pelo “*bom arbítrio do juiz*”, alcançado a proporcionalidade da indenização.⁴²⁷

5.2.5. Injúria, difamação e calúnia

⁴²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.307.032/PR, Relator: Ministro Raul Araújo. DJe de 01/08/2013. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 19 out. 2014.

⁴²⁶ CARVALHO FILHO, 2003, p. 106.

⁴²⁷ DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2007, p. 407.

O art. 953, do Código Civil de 2002, substituiu o art. 1.547, do Código Civil de 1916,⁴²⁸ que, à época, gerou acalorados debates acerca da contemplação ou não dos denominados danos morais, da presença implícita da difamação como bem tutelado e da definição de um critério razoável para a fixação do *quantum* indenizatório.⁴²⁹

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

No que tange ao *quantum* indenizatório, Carvalho Filho enfatiza que as mudanças foram substanciais, visto que o Código Civil de 1916 recorria às penas de multa estabelecidas no Código Penal (arts. 138, 139 e 140) para fins de fixação do valor da indenização, o que expunha as partes às alterações na legislação criminal.⁴³⁰ Critério superado pelo novo Código Civil, que estabelece a fixação equitativa diante das peculiaridades do caso concreto.

Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho também destacam a importância desta inovação, que possibilita ao juiz fixar, com base na equidade, o valor da indenização na ausência de prova do prejuízo material.⁴³¹

A interpretação do parágrafo único, segundo os autores, não deve ser restritiva no sentido de apenas autorizar a fixação de uma indenização pelo dano moral se não for possível ao ofendido provar a extensão do prejuízo material. Desta feita, se necessário, o juiz deve fixar, equitativamente, o valor da indenização por dano material e a ele somar o que for devido a título de dano moral.⁴³²

Maria Helena Diniz revela percepção similar ao enfatizar que estão presentes, no art. 953, os danos morais e materiais e que, “se o ofendido não puder comprovar o prejuízo material, caberá ao juiz fixar, com equidade, o *quantum* indenizatório, atentando as

⁴²⁸ “Art. 1547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grão máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550).”

⁴²⁹ CARVALHO FILHO, 2003, p. 79-84.

⁴³⁰ Ibid., p. 82.

⁴³¹ DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2007, p. 504.

⁴³² Ibid., p. 506.

circunstâncias do caso.”⁴³³ Destarte, o lesante deverá pagar ao ofendido uma indenização por injúria, difamação ou calúnia, que consistirá na reparação do dano moral e material delas resultante, o que está em linha com as disposições dos incisos V e X, art. 5º, da Constituição Federal, e com a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça.⁴³⁴

Regina Beatriz Tavares da Silva, respaldando-se nas mesmas disposições acima mencionadas, vai além ao afirmar que uma leitura restritiva do art. 953 – no sentido de abarcar apenas uma das formas de dano – seria inconstitucional.⁴³⁵

Acertadamente, alguns juristas entendem que o texto atual do art. 953 pode gerar dúvidas acerca da natureza da indenização prevista neste artigo: se moral ou material. Dilema que seria facilmente superado com a alteração proposta no Projeto de Lei n. 699/2011: “Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação dos danos materiais e morais que delas resulte ao ofendido.”⁴³⁶

Mas de forma alguma este dissabor diminui a importância da equidade ao integrar e suprir as disposições normativas consagradas no art. 953, do Código Civil de 2002, contribuindo para fixar, com razoabilidade, o *quantum* indenizatório correspondente à gravidade dos danos morais e materiais ocasionados ao lesado:

Temos aqui a equidade integradora, a equidade supridora de lacuna que o juiz deve usar no vazio da lei. Nesses casos, o juiz parte especificamente das circunstâncias do caso concreto e, valendo-se de bom-senso, razoabilidade, ponderação e outros elementos, chega a uma conclusão, independentemente da necessidade de criar uma nova norma.⁴³⁷

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça tem enfatizado a importância de se considerar as circunstâncias do caso quando da fixação do valor da indenização, atendendo assim a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. (...)

⁴³³ DINIZ, 2012, p. 679.

⁴³⁴ Enunciado da Súmula 37: “São Cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”

⁴³⁵ SILVA, R., 2012, p. 983.

⁴³⁶ GODOY, 2014, p. 905. SILVA, R., op. cit., p. 982-983 e 985.

⁴³⁷ DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2007, p. 506.

5. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes.

6. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.

7. Aplicação analógica do enunciado normativo do parágrafo único do art. 953 do CC/2002. (...)

10. Recurso Especial Provido.⁴³⁸

5.2.6. Ofensa à liberdade pessoal

E, por força de previsão legal, o disposto no parágrafo único deste artigo se aplica também ao art. 954, o que, por consequência, possibilitará ao magistrado se valer da equidade para fixação da indenização devida em caso de ofensa à liberdade pessoal:

Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:

I - o cárcere privado;

II - a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé;

III - a prisão ilegal.

Segundo Carvalho Filho, os arts. 1.550 e 1.551, do Código Civil de 1916,⁴³⁹ foram consolidados e aperfeiçoados pelo art. 954, do Código Civil de 2002, especialmente no

⁴³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.152.541/RS, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJe de 21/09/2011. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 19 out. 2014.

que tange à exequibilidade do critério de fixação da indenização, que antes recorria, em alguns casos, às penas de multa previstas no Código Penal para o fato criminoso. Contudo, nem sempre o Código Penal fixava penas de multa, como no caso do art.148. Destarte, caso alguém sofresse injustamente a angústia de uma prisão indevida, havia dificuldade em se definir qual seria a indenização cabível.⁴⁴⁰

Com o novo Código Civil, as indenizações passaram a se respaldar em critérios de equidade,⁴⁴¹ e, certamente, a razão ontológica é a mesma nos dois artigos. Assim, dentre outras coisas, a indenização será material e moral⁴⁴² e caberá ao juiz, ao analisar a intensidade da ofensa, as necessidades do ofendido e as possibilidades do ofensor, estabelecer o *quantum debeatur*, especialmente no que tange a indenização por danos morais. E o referido dispositivo tem sido aplicado pelos Tribunais para responsabilizar a Administração por ofensa à liberdade pessoal do cidadão.⁴⁴³

5.2.7. Cláusula penal

Segundo Hamid Charaf Bdine Jr, enquanto o artigo 924, do Código Civil de

⁴³⁹ “Art. 1.550. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1.547.”

“Art. 1.551. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal (art. 1.550):

I. O cárcere privado.

II. A prisão por queixa ou denúncia falsa e de má fé.

III. A prisão ilegal (art. 1.552).”

“Art. 1.552. No caso do artigo antecedente, nº III, só a autoridade, que ordenou a prisão, é obrigada a ressarcir o dano.”

“Art. 1547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grão máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550).”

⁴⁴⁰ CARVALHO FILHO, 2003, p. 86-87.

⁴⁴¹ GODOY, 2014, p. 907.

⁴⁴² PEREIRA, 2012, p. 552. DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2007, p. 513.

⁴⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso de Apelação n. 0003484-53.2010.8.26.0590. Relator: Desembargador Fernandes Luis Ganzerla. Julgado em 18 de junho de 2012. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em 25 out. 2014.

1916,⁴⁴⁴ previa a possibilidade de redução da penalidade, o art. 413, do Código 2002, assertivamente a determina:

Art. 413. A penalidade 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-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Trata-se, portanto, de um dever legal imposto ao magistrado quando a penalidade for excessiva ou a obrigação tiver sido parcialmente cumprida, seja multa moratória, seja multa compensatória.⁴⁴⁵

Mário Luiz Delgado Régis reforça esta ideia de obrigatoriedade do juiz determinar de ofício a redução do valor da penalidade previamente estabelecida. Para o autor, o dispositivo materializa considerável inovação quando comparado ao seu predecessor, na medida em que afasta o princípio da imutabilidade da cláusula penal e, com isso, permite ao contrato perfazer sua função social, em consonância com o art. 421, do Código de 2002, que, por força do disposto no parágrafo único, do art. 2.035, é preceito de ordem pública.⁴⁴⁶

Entendimento consolidado nos Enunciados nº 355 e 356 da IV Jornada de Direito Civil:

Enunciado 355 – Art. 413: Não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública.

Enunciado 356 – Art. 413: Nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício.

E confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, em decisões como a abaixo mencionada:

⁴⁴⁴ “Art. 924. Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento.”

⁴⁴⁵ BDINE JR, Hamid Charaf. Comentário aos artigos 233 a 420. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916**. 8ª edição revisada e atualizada. Barueri: Manole, 2014, p. 415. Na mesma linha: FIGUEIREDO, Antonio Borges. **A Redução da Cláusula Penal no Novo Código Civil**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Ano IV. Nº 23. Maio/Jun. 2003, p. 157. LOTUFO, Renan. **Questões relativas à cláusula penal contratual**. Revista do advogado. Ano XXXII – Nº 116. Jul./2012, p. 165 e 167.

⁴⁴⁶ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Comentário ao artigo 413. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Código Civil comentado**. 8ª edição de acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010 e as Leis n. 12.344/2010, n. 12.375/2010, n. 12.376/2010, n. 12.398/2011, n. 12.399/2011, n. 12.424/2011, n. 12.441/2011 e n. 12.470/2011. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 477-478.

RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO CIVIL. CONTRATO COM CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE CELEBRADO ENTRE REDE DE TELEVISÃO E APRESENTADOR (ÂNCORA) DE TELEJORNAL. ART. 413 DO CDC. CLÁUSULA PENAL EXPRESSA NO CONTRATO. (...)

3. Correta a redução da cláusula penal em 50%, visto que o critério adotado pelo Código Civil de 2002 é o da equidade, não havendo falar em percentual de dias cumpridos do contrato. No caso, as rés informaram à autora sobre a rescisão contratual quando os compromissos profissionais assumidos com outra emissora de televisão já estavam integralmente consolidados. (...)

5. Sob a vigência do Código Civil de 1916, era facultado ao magistrado reduzir a cláusula penal caso o adimplemento da obrigação fosse tão somente parcial, ao passo que no vigente Código de 2002 se estipulou ser dever do juiz reduzir a cláusula penal, se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, afastando-se definitivamente o princípio da imutabilidade da cláusula penal. A evolução legislativa veio harmonizar a autonomia privada com o princípio da boa-fé objetiva e função social do contrato, instrumentário que proporcionará ao julgador a adequada redução do valor estipulado a título de cláusula penal, observada a moldura fática do caso concreto. (...)

8. Recursos especiais não providos.⁴⁴⁷

Judith Martins Costa enfatiza que a equidade consagrada no art. 413 apresenta dois significados: na primeira parte do artigo, está como proporcionalidade, isto é, como justa medida a restaurar o equilíbrio entre os termos penalidade e obrigação parcialmente cumprida; na segunda, como razoabilidade, ou seja, como justa correção da excessiva penalidade estabelecida.⁴⁴⁸

Contudo, não se deve confundir esta justiça corretiva, presente na segunda parte do artigo, com a justiça peculiar à equidade supletiva ou à equidade substitutiva, que se verificam, respectivamente, quando o juiz está autorizado por lei – art. 127 do Código de Processo Civil – a decidir fora do âmbito do direito estrito, suprindo-o, ou quando a lei apresenta a equidade como alternativa ao direito estrito – como no art. 2º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.⁴⁴⁹ Nas palavras da autora, a equidade aqui presente significa “autorização ao juiz para a correção do que está escrito no contrato e se mostra irrazoável.”⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.186.789 - RJ, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. DJe de 13/05/2014. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 19 out. 2014.

⁴⁴⁸ COSTA, Judith Martins. Comentário ao artigo 413. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo Código Civil**. 2ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações, arts. 389 a 420, p. 689, 693 e 694.

⁴⁴⁹ Ibid., p. 694-695.

⁴⁵⁰ Ibid., p. 696.

Não obstante, segundo Maria Helena Diniz, deve prevalecer o princípio da imutabilidade da cláusula penal previamente estabelecida como medida reparatória de perdas e danos. A autora assevera que a relativização deste princípio se justifica apenas quando de sua aplicação resultar enriquecimento sem causa de uma das partes em detrimento da outra, o que se dá quando: a) violado o disposto no art. 412, do Código Civil de 2002,⁴⁵¹ ou seja, se o valor da cominação imposta exceder o da obrigação principal; b) o valor estabelecido é excessivo diante da natureza e da finalidade do negócio; e c) aferido o cumprimento parcial da obrigação. Nestes casos, o magistrado deverá alterar equitativamente o valor acordado.⁴⁵²

5.2.8. Resolução do contrato

O art. 479 do Código Civil de 2002 assegura ao réu, mediante modificação equitativa das condições contratuais, a possibilidade de se evitar a resolução do contrato por onerosidade excessiva, respaldando-se na boa-fé e na função social dos contratos:

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Nelson Rosenvald assevera que “a boa-fé objetiva indicará a necessidade do ajuste com a nova realidade econômica, assim como a função social do contrato demandará o resgate do equilíbrio das obrigações (função social interna), como forma de preservação de trocas úteis e justas no tecido social (função social externa).”⁴⁵³

⁴⁵¹ “Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.”

⁴⁵² DINIZ, 2012, p. 387.

⁴⁵³ ROSENVALD, Nelson. Comentário aos artigos 421 a 653. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916**. 8ª edição revisada e atualizada. Barueri: Manole, 2014, p. 510. Na mesma linha: ALVES, Jones Figueirêdo. Comentário ao artigo 479. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Código Civil comentado**. 8ª edição de acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010 e as Leis n. 12.344/2010, n. 12.375/2010, n. 12.376/2010, n. 12.398/2011, n. 12.399/2011, n. 12.424/2011, n. 12.441/2011 e n. 12.470/2011. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 542.

Por outro lado, Maria Helena Diniz ressalva que a onerosidade excessiva está ligada à resolução e não à revisão contratual, mas, em nome do princípio da conservação do negócio, o juiz poderá, diante do pedido de revisão equitativa proposto pelo réu e em nome da boa-fé das partes contratantes, apreciar e acolher o pedido, preservando assim o negócio jurídico.⁴⁵⁴ Inclusive, em nome deste princípio, o Enunciado nº 367 da IV Jornada de Direito Civil, reconhece a possibilidade de revisão contratual:

Enunciado 367 – Art. 479: Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada a sua vontade e observado o contraditório.

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou acerca da possibilidade de revisão ou reajuste de contrato que cause prejuízo estrutural, com base nas disposições do artigo 479 do Código Civil.⁴⁵⁵

5.2.9. Transporte de pessoas

Sem paralelo no Código Civil de 1916, o art. 738 trata, em seu parágrafo único, da culpa concorrente do passageiro – então vítima –, a qual, uma vez aferida, justifica a revisão do valor a ser pago pelo lesante ao lesado. Reduz-se, assim, equitativamente a indenização devida por responsabilidade objetiva do transportador:

Art. 738. A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstando-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço.

⁴⁵⁴ DINIZ, 2012, p. 429.

⁴⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp n. 269.274/GO, Relator: Ministro Sidnei Beneti, DJe de 06/06/2013. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 19 out. 2014.

Parágrafo único. Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano.

Segundo Maria Helena Diniz, “se a vítima, em caso de transgressão a essas normas, concorreu para a ocorrência do prejuízo, o juiz deverá, equitativamente, reduzir o *quantum* indenizatório.”⁴⁵⁶

Claudio Luiz Bueno de Godoy entende que, diferentemente do estabelecido no artigo 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor, aqui se fala em culpa concorrente e não em culpa exclusiva da vítima como excludente da responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços. O autor destaca ainda que não há uma verdadeira incompatibilidade entre os diplomas, pois, mesmo em relações em que prevaleça o desequilíbrio entre as partes, deve imperar o comportamento solidário e leal decorrente do imperativo constitucional plasmado no inciso I do artigo 3º: “(...) não seria leal, solidário, equitativo que a vítima se beneficiasse de uma indenização completa quando, mesmo objetiva a responsabilidade do outro contratante, tivesse contribuído, com sua conduta culposa, para a ocorrência dos danos que veio a sofrer.”⁴⁵⁷

Segundo Claudio Luiz Bueno de Godoy, a equidade prevista no parágrafo único do art. 738 deve ser entendida como proporcionalidade entre a contribuição para ocorrência do dano e o dano em si e não como uma divisão em partes iguais, logo, embora sem expressa remissão, em havendo culpa exclusiva da vítima, há que se falar em afastamento pleno da indenização.⁴⁵⁸

Em recente decisão, o Tribunal de Justiça de São Paulo se valeu do disposto no art. 738 do Código Civil de 2002 para fundamentar decisão desfavorável a um passageiro que descumpriu norma estabelecida pela transportadora e, como consequência, foi “*deixado para trás*” no ponto de parada. Vale a pena destacar trecho da sentença que foi mantida pelo Tribunal:

Em sendo assim, de rigor o reconhecimento de que o prosseguimento da viagem, após a parada, sem a presença do autor, resultou de culpa exclusiva deste, que descumpriu as normas estabelecidas pelo transportador, de que havia sido comunicado e que tinha obrigação de cumprir, consistente em

⁴⁵⁶ DINIZ, 2012, p. 554.

⁴⁵⁷ GODOY, 2014, p. 718.

⁴⁵⁸ Ibid., loc. cit.

apresentar-se no local de embarque, no horário marcado para a partida, deveres estes do passageiro, a teor do art. 738, do CC/2002.

Ausente prática de ato ilícito da ré transportadora, mas sim culpa exclusiva do autor passageiro, que não se apresentou no local de embarque, no horário marcado para a partida, após a parada do ônibus, do qual havia sido comunicando, descumprindo norma estabelecida pela transportadora, que tinha o dever de observar, é descabido responsabilizar a transportadora, por danos decorrentes da interrupção do transporte antes do local de destino. Isto é o quanto basta.⁴⁵⁹

Zeno Veloso reforça este entendimento ao enfatizar que, embora a responsabilidade do transportador seja objetiva – disposição do *caput* do art. 734 do Código Civil de 2002 –,⁴⁶⁰ se o transportado contribuiu de alguma forma – ato próprio, práticas antissociais ou inobservância de regras e regulamentos – para que se materializasse o prejuízo ou dano, há que se refletir este fato na indenização devida, o que inclui, no caso de o evento danoso resultar da inteira responsabilidade deste, a não indenização.⁴⁶¹

Segundo Humberto Theodoro Júnior, a conduta irregular do passageiro justifica que se lhe impute parte da causalidade do dano, e, por consequência, que seja reduzido equitativamente o valor da indenização a ser paga pelo transportador ao transportado. Aqui a equidade se revela como proporcionalidade à culpa com que a vítima contribuiu para o dano.⁴⁶²

5.3. O *iudex* e o *praetor* no sistema *per formulas* romano e o juiz no processo civil brasileiro

⁴⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso de Apelação n. 0396831-43.2009.8.26.0577. Relator: Desembargador Fernandes Lobo, julgado em 07 de agosto de 2014. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em 19 out. 2014.

⁴⁶⁰ “Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.”

⁴⁶¹ VELOSO, Zeno. Comentário ao artigo 738. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Código Civil comentado**. 8ª edição de acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010 e as Leis n. 12.344/2010, n. 12.375/2010, n. 12.376/2010, n. 12.398/2011, n. 12.399/2011, n. 12.424/2011, n. 12.441/2011 e n. 12.470/2011. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 734.

⁴⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Do transporte de pessoas no novo Código Civil**. Revista Forense. Rio de Janeiro, 2003. Volume 367 (maio/jun.), p. 100-102.

Demonstrada a diversidade semântica e terminológica peculiar ao objeto desta pesquisa, resta saber se a acepção contemporânea de equidade presente no direito brasileiro condiz com o sistema jurídico no qual se insere e se atende às necessidades do legítimo intérprete e aplicador do direito no regular exercício de suas funções.

Destarte, inicialmente, pretende-se identificar em que medida a relação entre *aequitas* e pretor – no período clássico do direito romano – está para a relação entre equidade e juiz – no direito processual civil brasileiro contemporâneo –, como meio didático de se capturar e analisar a pertinência e a adequação do instituto em seu contexto.

O princípio da separação dos poderes no Estado Democrático de Direito brasileiro – presente no artigo 2º da Constituição Federal – não consagra apenas a independência, mas também a harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Destarte, percebe-se que são necessários limites máximos e mínimos de independência no desdobramento desta cláusula-parâmetro constitucional, como *conditio sine qua non* a própria manutenção desta separação harmônica.

A inobservância dos parâmetros estabelecidos neste sofisticado, porém sensível, sistema de freios e contrapesos, resultaria, como preleciona Anna Cândida da Cunha Ferraz, na sobreposição de um dos poderes sobre os demais, logo, faz-se necessário preservar os campos de atuação independente e harmônica dos poderes políticos consagrados. Por outro lado, algumas exceções se justificam como necessárias à conservação desta ideia-fim. Nas palavras da autora:

(...) a interferência de um poder sobre o outro somente será admissível, em tese, quando vise a realizar a ideia-fim, seja para propiciar real harmonia no relacionamento entre os poderes, seja ainda para garantir as liberdades e assegurar o pleno exercício das funções próprias. A interferência jamais poderá, ainda que de modo disfarçado, ter por objetivo a dominação de um poder sobre o outro.⁴⁶³

Assim, as exceções não devem superar a regra estabelecida pela cláusula-parâmetro, mas sim confirmá-la, sob pena de enfraquecimento e esvaziamento do modelo de separação dos poderes constitucionalmente consagrado.

⁴⁶³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 14-15.

Indubitavelmente, neste sistema, o poder do Estado é uno, porém, materializa-se por meio do exercício das atividades plasmadas nos três poderes independentes e harmônicos acima transcritos, como a atividade jurisdicional, que busca assegurar a eficácia prática do ordenamento jurídico vigente,⁴⁶⁴ ou seja, da vontade concreta do direito, cuja observância visa garantir a pacífica convivência social.

Cândido Rangel Dinamarco preleciona que a este escopo jurídico da atividade jurisdicional estão relacionados outros de natureza política, como a afirmação da autoridade do Estado e de seu ordenamento, e social, como a pacificação com justiça.⁴⁶⁵

Destarte, o juiz, enquanto legítimo intérprete e aplicador do direito, exerce a atividade jurisdicional – de titularidade do Estado – imbuído do espírito de justiça, e o faz mediante o processo, enquanto instrumento direcionado aos escopos políticos, sociais e jurídico:

O processo é, nesse quadro, um instrumento a serviço da paz social. Por outro lado, a instrumentalidade do processo, aqui considerada, é aquele aspecto positivo da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispô-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídicos. Falar da instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à ordem jurídica justa.⁴⁶⁶

Em síntese, a atividade jurisdicional, enquanto expressão do poder do Estado, é exercida pelo juiz, mediante o processo, com o fim precípua de promover a pacificação social com justiça, o que se dá, essencialmente, por meio da interpretação e aplicação das leis escritas, que são fundamentais à vida em sociedade e ao próprio sistema jurídico, na medida em que dão corpo e previsibilidade ao ordenamento vigente no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Por outro lado, a lei escrita – devido a sua abstração e generalidade – nem sempre assegura a justiça do caso concreto. Portanto, a simples subsunção do fato à lei, conforme o

⁴⁶⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 28.

⁴⁶⁵ Ibid., p. 30. Vide também: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 317. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 39-41 e 43.

⁴⁶⁶ Ibid., p. 149.

exposto no curso desta dissertação, excepcionalmente, deve ser afastada. E, neste cenário, o juízo equitativo, inspirado no equilíbrio e na igualdade inerentes à justiça, funciona como justo meio à disposição do magistrado no regular exercício de seu ofício.

Além das diferenças semânticas existentes entre a equidade brasileira e a *aequitas* romana, foi demonstrado nesta dissertação que o campo reservado à decisão equitativa no ordenamento jurídico brasileiro é relativamente limitado.

A estreiteza desta margem decisória, que se sobressai quando comparada ao amplo campo de ação reservado ao pretor durante o período clássico do direito romano, faz sentido em um Estado inspirado no princípio constitucional da separação de poderes, na medida em que, conforme o acima exposto, os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – devem coexistir de forma independente e harmônica.

Destarte, salvo previsão legal, não se justifica o afastamento reiterado dos parâmetros legais regularmente estabelecidos pelas autoridades competentes, pois diante de patente diacronia entre lei e realidade social é necessário que se elabore e promulgue nova lei. Talvez, inclusive, permeada por cláusulas gerais⁴⁶⁷ que possibilitem ao magistrado, por meio da equidade, superar futuras diacronias e se evite, com isso, constantes alterações no plexo legal vigente.

Indubitavelmente, diversa foi a realidade vivida pelo *praetor*, que com maestria executou sua arte durante o período clássico do direito romano, na medida em que a ele se atribuiu competências para a criação de um novo direito em substituição ao antigo *ius civile*.

Entretanto, as fronteiras estabelecidas não diminuem a importância da equidade no ordenamento jurídico brasileiro, a qual, conforme o acima exposto, viabiliza a preponderância de alguns princípios em detrimento de outros, mesmo quando constitucionalmente consagrados, o que se verifica em casos como o do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil de 2002.

À luz deste dispositivo, o juiz deve estabelecer uma proporção entre o grau da culpa e o dano ocasionado, o que o afasta do princípio da indenização ilimitada – incisos V e

⁴⁶⁷ Segundo Karl Engisch, “havemos de entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos.” ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 10ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 229.

X, art. 5º, da Constituição Federal –, mas o aproxima da garantia constitucional de uma sociedade justa e solidaria – inciso I, art. 3º, da Constituição Federal – e assim o será como medida de equidade e forma de se assegurar a justiça.

Em alguns casos – como no art. 928 e seu parágrafo único – a equidade não se restringe a parametrizar a indenização devida e acaba por assumir um sentido mais amplo – inspirado na igualdade e na justiça – que lhe possibilita excepcionalmente responsabilizar um inimputável por seus atos lesivos. Mas, neste caso excepcional, a recomposição equânime do equilíbrio rompido pelo ato lesivo se dará sem risco ao patrimônio e às necessidades do autor do dano ou de seus responsáveis, como medida necessária à manutenção da dignidade destas pessoas.

São dispositivos como este que permitem ao estudioso entender que, no ordenamento jurídico brasileiro, a equidade hodierna está para a dignidade da pessoa humana – inciso III, art. 1º, da Constituição Federal – e para subsistência de uma sociedade justa e solidaria – inciso I, art. 3º, da Constituição Federal –, como a *ἐπιείκεια* aristotélica e a *aequitas* romana estiveram, cada qual em seu tempo e lugar, ligadas a um determinado direito natural.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em atenção ao escopo desta dissertação, partiu-se da Antiguidade Clássica greco-romana e se caminhou, ao longo do tempo, pelas principais culturas europeias. Dedicou-se tempo e energia ao estudo dos casos propostos, com o fim precípua de identificar elementos que contribuíssem para a compreensão da equidade no direito civil e processual civil brasileiro contemporâneo.

Na Antiguidade Clássica, os estudos se concentraram na *ἐπιείκεια* grega e na *aequitas* romana. Vernáculos distintos que se referem à equidade, mas, mesmo que se entenda a palavra *aequitas* como uma tradução latina da palavra grega *ἐπιείκεια*, isto não revela por si só identidade semântica entre os institutos. Há, na verdade, transformação dos conceitos.

Constatou-se que o vocábulo *ἐπιείκεια* foi utilizado por Aristóteles como forma de se referir a uma espécie de justiça – justiça por equidade –, em um determinado tempo e lugar – na *polis*, enquanto unidade política, social e militar da Grécia Antiga –, que se relaciona, linguisticamente, com alguns conceitos imprescindíveis à sua compreensão, como os conceitos de lei e justiça, esta em suas diversas acepções.

Segundo Aristóteles, a *ἐπιείκεια* e a justiça legal integram a justiça absoluta, mas é a justiça por *ἐπιείκεια* superior à justiça legal, aqui entendida como justiça inerente ao direito. Desta feita, a justiça por *ἐπιείκεια*, em certa medida, está fora e acima da justiça legal e, quando necessário, a ela corrige.

A *aequitas* romana se apresentou como conceito complexo, polissêmico, por comportar, concomitantemente, dupla acepção: foi inspiração – *aequitas naturalis* – e materialização – *aequitas civilis* – da *ars* pretoriana. A *aequitas naturalis* se revelou como ideal de justiça; a *aequitas civilis*, como a concretização deste ideal no direito. Ambas inseridas em um período da história romana – República e parte do Império – caracterizado pela necessidade de se construir um novo direito condizente às necessidades sociais de uma civilização em franca expansão.

No período pós-clássico do direito romano, o conceito de *aequitas* ganhou traços de benignidade, benevolência, piedade e caridade, que são preceitos caros ao cristianismo e à filosofia estoica. À época, houve a concentração de poderes nas mãos do imperador – o *dominus* surge em substituição ao *princeps* –, que passou a exercer a *aequitas* como expressão de sua clemência, e o cristianismo ganhou força e espaço.

Por outro lado, ambas – *ἐπιείκεια* e *aequitas* – ligam-se ao direito natural e têm como escopo assegurar a justiça do caso concreto, mesmo que para isso seja necessário afastar o direito posto vigente. E mesmo a *aequitas* do direito pós-clássico romano apresenta elementos em comum com a *ἐπιείκεια* aristotélica – mesmo que nesta estejam latentes e naquela tenham germinado – a saber: o seu caráter benevolente e caridoso.

Seguindo o curso da história, já na denominada Baixa Idade Média, aferiu-se que, segundo Tomás de Aquino, a equidade é uma virtude integrante da justiça, que, por sua vez, é a principal dentre as virtudes cardiais. Segundo o Aquinatense, a equidade integra a justiça em seu sentido geral e é parte prioritária da justiça legal, podendo, inclusive, ultrapassá-la, o que deixa transparecer a existência de uma hierarquia entre a justiça equitativa e a justiça da lei. Revela-se, assim, como meio de se assegurar justiça ao caso concreto, dada a impossibilidade de plena previsão legal da realidade.

Desta feita, constata-se que os vernáculos *epieikeia* – para Tomas de Aquino – e *ἐπιείκεια* – para Aristóteles – expressam, essencialmente, o mesmo conceito. O Aquinatense resgatou o conceito aristotélico de equidade e, embora seja influenciado por outras fontes na construção de conceitos como justiça, direito e lei, a essência filosófica da *ἐπιείκεια* aristotélica foi conservada. Assim, não há que se falar em transformação conceitual.

Séculos depois, no Reino de Portugal, recorreu-se a Bártolo para que a sucessão nos contratos de enfiteuse fosse tratada de forma justa. Em síntese, como regra, findas as vidas, o contrato de enfiteuse era extinto e o domínio útil retornava ao senhorio, com a plena liberdade para aforar novamente a quem melhor lhe aprouvesse. Contudo, o § 26 da Lei de 09 de Setembro de 1769 determinou que mesmo que uma cláusula contratual assim dispusesse, na prática, quando da renovação, afastava-se sua aplicação e renovava-se a enfiteuse em benefício do herdeiro do possuidor antecedente.

Trata-se da denominada equidade Bartolina – inspirada na *aequitas* romana –, que foi resgatada como forma de se evitar o locupletamento, por parte do senhorio, com as benfeitorias e melhorias do prédio, em detrimento dos sucessores do enfiteuta, e, em alguns casos, como na agricultura, em detrimento do público.

No início do século XVIII, inserido no processo de codificação do direito e de ascensão do positivismo jurídico, nasce o *Code Civil des Français*, o qual, a despeito dos anseios de seus idealizadores, acaba por se afastar da equidade, demandando do juiz a aplicação pura e simples da lei.

Como foi demonstrado nesta dissertação, embora fosse forte a influência do direito romano sobre o direito francês, não se assegurou ao juiz oitocentista a liberdade de criação – por meio da *aequitas* – que foi garantida ao pretor romano no exercício de sua arte. Os esforços dos elaboradores do *Code Civil* no sentido de possibilitar que o juiz se valesse da equidade diante do silêncio da lei foram em vão. A equidade era incompatível com as necessárias calculabilidade e previsibilidade do direito moderno. Era o primado da onipotência do legislador e da correlata presunção de completude do ordenamento jurídico.

No âmbito do direito civil brasileiro hodierno, a equidade, recorrentemente, associa-se à proporcionalidade e à razoabilidade e se materializa como postulado normativo aplicativo, do qual se vale o juiz no momento da aplicação do direito. Entendimento que se confirma, por exemplo, a partir da análise de alguns dispositivos do Código Civil de 2002, como o art. 944, o art. 945, o art. 953 e o art. 738.

A percepção de que a função social do contrato pode se apresentar como expressão da equidade também procede, na medida em que este preceito – consagrado no art. 421 do Código Civil de 2002 – possibilita a adequação da letra da lei, ou da cláusula do contrato, aos ditames da justiça. E, neste sentido, promover o arrefecimento excepcional – e não o desrespeito – da regra geral de obrigatoriedade das disposições contratuais, como forma de se superar abusos, especialmente no campo dos denominados contratos existenciais, que estão relacionados à subsistência da pessoa humana.

Certamente, a equidade é medida de razoabilidade e proporcionalidade e está próxima de princípios fundamentais como a igualdade, mas, às vezes, se expressa por meio de

outros princípios que asseguram a socialidade e a eticidade dos diplomas legais contemporâneos, como a função social dos contratos.

É fato que, no ordenamento jurídico brasileiro, a decisão por equidade está condicionada à autorização legal, conforme inteligência do art. 127 do Código de Processo Civil, mas, uma vez autorizada, ela se revela, assim como asseverou Aristóteles, promotora de uma justiça superior à justiça da lei geral e abstrata, na medida em que se atenta às singularidades do caso concreto.

Os juízos equitativos, inspirados no equilíbrio e na igualdade inerentes à justiça, estão inseridos, neste contexto, como alternativa à imediata subsunção do fato à lei, funcionando, assim, como justo meio à disposição do intérprete e aplicador do direito no regular exercício de seu ofício. Destarte, não há que se falar em voluntarismo dos juízes – ou árbitros –, mas sim em legítima resposta a uma persistente necessidade social.

Por outro lado, à luz de diplomas legais como o Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988, pode-se dizer que a equidade é elemento intrínseco ao ato de julgar, ou seja, espera-se que, ao interpretar e aplicar a lei, o juiz atue de forma proporcional e razoável, encontrando inspiração nos princípios fundamentais, que, por sua vez, expressam os mais caros valores sociais.

E, certamente, a equidade é utilizada como justo meio de se assegurar e materializar valores constitucionalmente consagrados e devidamente recepcionados pela legislação infraconstitucional, como a dignidade da pessoa humana e a garantia de uma sociedade livre, justa e solidária – inciso III, art. 1º, e inciso I, art. 3º, da Constituição Federal.

Salvaguardadas as diferenças que o tempo e o espaço impõem à humanidade, é inevitável que se estabeleça um paralelo entre o precedente direito natural e a hodierna dignidade da pessoa humana – como conceitos ético-jurídicos irradiadores de preceitos fundamentais a serem resguardados pelo direito posto – assim como entre a equidade contemporânea e as antigas *ἐπιείκεια* grega e *aequitas* romana – por assegurarem a justa decisão e, não menos importante, por se apresentarem como instrumentos imprescindíveis ao resguardo dos preceitos fundamentais consagrados, sejam intrínsecos à dignidade da pessoa humana, sejam intrínsecos ao direito natural.

Miguel Reale assevera que a experiência jurídica pressupõe determinadas constantes valorativas ou axiológicas – como a do valor originário da pessoa humana –, sem as quais a história do direito não teria sentido. Nas palavras do autor: “a experiência histórica demonstra que há determinados valores que, uma vez trazidos à consciência histórica, se revelam ser constantes éticas inamovíveis que, embora ainda não percebidas pelo intelecto, já condicionavam e davam sentido à práxis humana.”⁴⁶⁸

Indubitavelmente, há casos excepcionais de consagração da equidade substitutiva, como o do art. 6º da Lei dos Juizados Especiais – Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 – e o do art. 2º da Lei de Arbitragem – Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 –, mas, como regra, o papel reservado à equidade segue a vertente integrativo-complementar.

Há quem defenda, em casos excepcionais, a decisão por equidade *contra legem*, mas parece indefensável a decisão contra normas que versem sobre matéria de ordem pública ou *contra constitutionem*, o que não significa que uma decisão equitativa não possa privilegiar um princípio em detrimento do outro, como nos casos envolvendo a aplicação do art. 944 do Código Civil de 2002.

Recapitulando, segundo o art. 944, o juiz deve estabelecer uma proporção entre o grau de culpa e o dano ocasionado, o que o afasta do princípio da indenização ilimitada – incisos V e X, art. 5º, da Constituição Federal –, mas o aproxima da garantia constitucional de uma sociedade justa e solidária – inciso I, art. 3º, da Constituição Federal.

Deve-se enfatizar ainda a pertinência da tese que sustenta a presença da equidade nos artigos 4º e 5º – especialmente no que se refere ao 5º – da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, alterado pela Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010. Mas, novamente, diante de patente incompletude da lei ou sua dissonância com a realidade social, é necessário que se elabore e promulgue uma nova lei, permeada, talvez, por cláusulas gerais que possibilitem ao magistrado, por meio da equidade, superar futuras diacronias e evitar, com isso, constantes alterações no plexo legal vigente. É medida acertada no sentido de se conciliar a segurança jurídica e a flexibilização peculiar à equidade e, às vezes, imprescindível à justiça.

⁴⁶⁸ REALE, M., 1998, p. 315.

Conforme o até aqui exposto, é inegável que o conceito hodierno de equidade, no âmbito do direito civil e processual civil brasileiro, deita raízes na Antiguidade Clássica greco-romana, o que se depreende a partir da observação de algumas dentre suas principais características:

Primeiro, a clara proximidade com a ideia de justiça, que se apresentou – e se apresenta – como conceito correlato à *ἐπιείκεια* grega, à *aequitas* romana, à equidade Bartolina e à *epieikeia* tomista, e que, certamente, está presente no direito brasileiro.

Segundo, o Código de Processo Civil brasileiro exige a previsão legal para que o juiz recorra à decisão por equidade – art. 127 –, nesta medida, como no conceito grego de equidade – *ἐπιείκεια* –, pode-se sustentar uma diferenciação entre a justiça legal e a justiça por equidade, apresentando-se esta como uma espécie de justiça externa e superior àquela em alguns casos.

Terceiro, a *aequitas* romana se faz sentir, por exemplo, no Código Civil de 2002, pois, conforme se demonstrou nesta dissertação, a equidade permeia suas normas – como o fez a *aequitas civilis* – e inspira o juiz ao aplicá-las – como o fez a *aequitas naturalis*.

Quarto, a correlação entre o anterior direito natural e a atual dignidade da pessoa humana e o papel desempenhado pela equidade, no curso da história, como instrumento necessário ao resguardo dos preceitos fundamentais consagrados, que, certamente, revelam aspectos de benevolência, caridade e dignidade, e, nesta medida, aproximam o conceito hodierno de equidade da *ἐπιείκεια* grega e da *aequitas* romana, especialmente, pós-clássica.

Nesta medida, a partir da observação da doutrina e da jurisprudência, conclui-se que a equidade, ao longo da história, sofreu transformações – da *ἐπιείκεια* grega para a *aequitas* romana – mas, às vezes, foi apenas resgatada – *epieikeia* tomista em relação à *ἐπιείκεια* grega e equidade Bartolina em relação à *aequitas* romana. Contudo, hodiernamente, no âmbito do direito civil e processual civil brasileiro, quando se faz remissão ao instituto em voga, recorre-se a um instituto milenar que transcende a materialidade e simplicidade das palavras que o expressam e que busca, por meio da razoabilidade e da proporcionalidade, alcançar a justiça enquanto ideal que inspira o direito e viabiliza a vida em sociedade.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ADEODATO, João Maurício (Org.). **Filosofia e teoria geral do direito : estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário**. São Paulo: Quartier Latin , 2011.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2007. Volume único.

ALVIM, Agostinho. **Da equidade**. Revista dos Tribunais. Volume CXXXII, fascículo nº 494, p. 3-8. Jul./1941.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A equidade no Código Civil brasileiro**. Revista CEJ. Brasília, n. 25, p. 16-23, abr./jun.2004.

AQUINO, Tomás. **Suma Teológica**. 2ª edição. São Paulo: Edições Loyola, 2012, volumes IV e VI.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução do grego de António de Castro Caeiro. São Paulo: Editora Atlas, 2009a, Livro V.

_____. **Retórica**. Tradução e notas de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

_____. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 2ª edição revisada. Bauru: EDIPRO, 2009b.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. 3ª edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BARROS, Enrique Escala. **Bello y el Codigo Civil chileno: comentarios acerca de la obra “Don Andrés Bello”, de Eugenio Orrego Vicuña**. Cuadernos Juridicos y Sociales III, [Santiago, Chile]: Universidad de Chile, [19??].

BARROS, Hamilton de Moraes e [et al.] **Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BIONDI, Biondo. **Istituzioni di Diritto Romano**. Ristampa Inalterada della quarta edizione ampliata ed aggiornata. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1972.

BISCARDI, Arnaldo. **Scritti di Diritto Greco**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999. (Università Degli Studi di Milano – Facoltà di Giurisprudenza – Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Romano – 34).

BITTAR, Eduardo C. B. **A justiça em Aristóteles**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 1ª edição, 18ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996.

BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**. Quarta Edizione – riveduta e accresciuta. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1907.

_____. **Storia del diritto romano**. Quarta Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1958.

BRANCO, Camilo Castelo. **Perfil do Marquês de Pombal**. Edições Vercial. E-Book.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 1999.

CARMIGNANI, Maria Cristina. **A aequitas e a aplicação do direito em Roma**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, volume 104, 2009, p. 115-129.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por Equidade no Novo Código Civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

CASSETTARI, Christiano. **A nova teoria geral dos contratos**. Ciência Jurídica: ad litteras et verba. Ano XXII, Volume 144, Nov./Dez. 2008, p. 405-412.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos juizados especiais cíveis e federais**. 13ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CHORÃO, Mario Bigotte. **Temas fundamentais de direito**. Coimbra: Livraria Almedina, 1986.

CICERO, Marcus Tullius. **De Legibus**. English Translation by Clinton W. Keyes. Cambridge: Harvard University Press, [20--?].

_____. **De Re Publica**. English Translation by Clinton W. Keyes. Cambridge: Harvard University Press, [20--?].

_____. **Topica**. English Translation by H. M. Hubbel. Cambridge: Harvard University Press, [20--?].

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. Volume 2.

COELHO DA ROCHA, M.A. **Instituições de direito civil português**. 5ª edição. Tomo II. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1867.

COSTA, José Silveira da. **Tomás de Aquino: a razão a serviço da fé**. São Paulo: Moderna, 1993.

COSTA, Judith Martins. **O direito como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro**. Revista dos Tribunais, volume 753, 1998, p. 24-48.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português**. 3ª edição. 4ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CRUZ, Guilherme Braga da. **Obras esparsas**. Coimbra Editora, 1981. Volume II, 2ª parte.

CRUZ, Sebastião. **Ius. Drectum (Directum): Dereito (Derecho, Diritto, Droit, Direito, Recht, Right, etc.)**. 1ª edição, 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1974.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Justiça e equidade**. Revista de Informação Legislativa, volume 50, n. 198, abr./jun. 2013, p. 07-31.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 8º edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 317.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **As Lacunas do Direito**. 8ª edição adaptada ao novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

_____. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 18ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

ECO, Umberto (Coord.) **L'Antichità – Grecia**. Milano: EncycloMedia Publishers s.r.l., 2012.

_____. **L'Antichità – Roma**. Milano: EncycloMedia Publishers s.r.l., 2012.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 10ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FENET, Pierre-Antoine. **Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil**. Paris: Videcoq, 1836, T. 2.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

FERREIRA, Waldemar Martins. **História do direito brasileiro**. 3ª edição. Rio de Janeiro – São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1952. Tomo II.

FIGUEIREDO, Antonio Borges. **A Redução da Cláusula Penal no Novo Código Civil**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Ano IV. Nº 23. Maio/Jun. 2003, p. 152-158.

FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. Edição Comemorativa do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil 1827-1977. São Paulo: Editora Saraiva, 1977.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915.

_____. **Vocabulário Jurídico – com appendices**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1883.

GAIO (I., 4.30)

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 6ª edição portuguesa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

GIORDANI, Mário Curtis. **Iniciação ao direito romano**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. Volume 4: responsabilidade civil.

GRAU, Eros Roberto. **Equidade, razoabilidade e proporcionalidade**. Revista do Advogado. São Paulo: volume 24, n. 78, p. 27-30, set./2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. 1ª edição. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2008.

HESPANHA, António Manuel. **História das Instituições – Épocas medieval e moderna**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

JAEGER, Werner Wilhelm. **Paideia: los ideales de la cultura griega**. Traducción de Joaquín Xirau y Wenceslao Roces. 2ª edición, 23ª reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica, 2012.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Tradução do original alemão de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Revisão da tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, Ed. PUC-Rio, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil, 1**. Tradução e notas de Cândido R. Dinamarco. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

LOTUFO, Renan. **Questões relativas à cláusula penal contratual**. Revista do advogado. Ano XXXII – Nº 116. Jul./2012, p. 161-167.

MACLEAN, Ian. **Interpretation and meaning in the renaissance: the case of law**. New York: Cambridge University Press, 1992.

MAIA, Antonio Cavalcanti (Org.). **Perspectivas atuais da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). **Código de Processo Civil Interpretado**. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: críticas e propostas**. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada, incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. **Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do império**. 2ª edição, revista e aumentada. Brasília: Cegraf, 1983.

MOMMSEN, Theodor. **Römische Geschichte**. Norderstedt: Editora GmnH, 2009, II. Editor Jürgen Wagner.

MORAES, José Rubens de. **Evolução Histórica da Execução Civil no Direito Lusitano**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

MOTA, Carlos Guilherme. **1789-1799: a Revolução Francesa**. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Perspectiva, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Julgamento Arbitral por Equidade e Prescrição**. Revista de Direito Privado. Ano 12, nº 45, Coordenação de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. Editora Revista dos Tribunais. Jan-mar/2011, p. 324-373.

PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916**. 8ª edição revisada e atualizada. Barueri: Manole, 2014.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 16ª edição revista e atualizada. Regis Fichtner (Atual.). Rio de Janeiro: Forense, 2012, volume III.

PLATÃO. **A República**. 13ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

PLUTARCH. **Plutarch's lives: Romulus, Lycurgus, Solon, Pericles, Cato, Pompey, Alexander The Great, Julius Caesar, Demosthenes, Cicero, Mark Antony, Brutus, and others, and his comparisons**. Edition with notes, critical and historical by John Langhorne and William Langhorne. New York: John W. Lovell Company, 1923. Fac-simile.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947. Volume I. Arts. 1-152.

_____. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1981.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier projet de Code civil: discours prononcé le 21 janvier 1801 et le Code civil promulgué le 21 mars 1804**. Bordeaux: Éditions Confluences, 2004.

POUSADA, Estevan Lo Ré. **Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a introdução à consolidação das leis civis**. Universidade de São Paulo, 2006. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito.

POVEDA VELASCO, Ignácio Maria. **Direito, jurisprudência e justiça no pensamento clássico (Greco-romano)**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Volume 101, 2006, p. 21-36.

_____. **Ordenações do reino de Portugal**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Volume 89, 1994, p. 11-67.

PRADIER FODÉRE, Paul Louis Ernest. **Principes généraux de droit, de politique et de législation**. Paris: Guillaumin et Cie, Auguste Durand et Pedone Lauriel, 1869.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5ª edição anotada e atualizada por Olvídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora RT, 1999.

REALE, Giovanni. **La Scuola di Atene di Raffaello**. Nuova edizione aggiornata e integrata. Milano: Bompiani, 2005.

REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. 2ª edição, revista e aumentada. São Paulo: Editora Saraiva, 1977.

_____. **Filosofia do Direito**. 11ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1986.

_____. **Lições preliminares de direito**. 24ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

_____. **O projeto do novo código civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal**. 2ª edição reformada e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

ROCHA, Olavo Acyr de Lima. **As Ordenações Filipinas e o direito agrário**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Volume 95, 2000, p. 33-55.

SALLES, Carlos Alberto de. **Entre a eficiência e a equidade: bases conceituais para um direito processual coletivo**. Revista de Direitos Difusos, volume 7, n. 36, mar-abr/2006.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**. Coadjuvado por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1947. Volume XX.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. Volume I: Fontes de Direito.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Código Civil comentado**. 8ª edição de acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010 e as Leis n. 12.344/2010, n. 12.375/2010, n. 12.376/2010, n. 12.398/2011, n. 12.399/2011, n. 12.424/2011, n. 12.441/2011 e n. 12.470/2011. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 9ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

SOUSA, Aiston Henrique de. **A equidade e seu uso nos juizados especiais cíveis**. Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

TEIXEIRA, Antonio Ribeiro de Liz. **Curso de direito civil portuguez, ou commentario ás instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo direito**. Coimbra: Coimbra, 1848.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo Código Civil**. 2ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense. 2009: Volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Judith Martins Costa (Arts. 389 a 420); e 2007: Volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Carlos Alberto Menezes Direito, Sérgio Cavalieri Filho. (Arts. 927 a 965).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Do transporte de pessoas no novo Código Civil**. Revista Forense. Rio de Janeiro, 2003. Volume 367 (maio/jun.), p. 91-104.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Uma década da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras**. Revista dos Tribunais. Ano 103, volume 940, p. 49-84. Fev./2014.

TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Lições de processo civil canônico: (história e direito vigente)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

VALLE, Martim Della. **Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

VEYNE, Paul. **Sêneca: una introducción**. Traducción de Julia Villaverde. Barcelona: Marbot Ediciones, 2008.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 4ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WOLF, Ursula. **A Ética a Nicômaco de Aristóteles**. Tradução de Enio Paulo Giachini. 2ª edição. São Paulo: Loyola, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. **O Pensamento Político Medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino**. Revista Crítica Jurídica, nº 19, jul-dez/2001, p. 19-31.

SÍTIOS

www1.ci.uc.pt

www.camara.leg.br

www.senado.gov.br

www.planalto.gov.br

www.stj.jus.br

www.trf3.jus.br

www.tjsp.jus.br