

Fernando Campos Scaff

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

APLICAÇÃO DO DIREITO, ANALOGIA E EQUIDADE

- *Aplicação do direito*: aquela feita por força da competência de que se acha investido um órgão ou autoridade, tal como o juiz e o administrador.

Esse ato é precedido pela interpretação. Dentre as várias possíveis, o intérprete deve escolher aquela mais adequada segundo o direito.

- *Lacunas*: existem, não sendo cobertas pela lei. O processo de preenchimento das lacunas se chama *integração do direito*.

- *Analogia*: atende ao princípio de que o Direito é um sistema de fins. Pelo processo analógico, estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de condições. A pressuposição é a de existir uma lacuna da lei.

- *Interpretação extensiva*: parte-se da admissão de que a norma existe, sendo suscetível de ser aplicada ao caso, desde que estendido o seu entendimento além do que usualmente se faz.

- A equidade entendida como cláusula geral, como critério, como modalidade de determinação do ressarcimento do dano ou de composição dos interesses contrapostos atropela todas as experiências ocidentais.

- Nas disposições do Código Civil vigente, a equidade não é referida sempre aludindo ao mesmo significado. É possível, de fato, distinguir:

a) A *equidade interpretativa* que, no caso de impossibilidade de esclarecer o significado do contrato, impõe ao juiz, em via residual, o papel de interpretá-lo operando um equânime co-temperamento dos interesses das partes. O juiz não pode assim fazer recurso à equidade se não nos casos marginais, especificamente quando tenha experimentado qualquer tentativa de aplicação das outras regras interpretativas.

b) a *equidade corretiva* que comporta o balanceamento entre as prestações, surgindo no caso

Fernando Campos Scaff

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

da redução da multa.

c) A **equidade quantitativa**, isto é, determinativa do tamanho do dano, e assim do ressarcimento ou da indenização devida.

d) a **equidade integrativa**, onde a equidade é fonte de integração, fazendo referência não já à economia interna do contrato, mas alternativamente a critérios de mercado;

e) esta última referência normativa se avizinha ao significado processual de equidade, que é entendida, pela maior parte dos autores, como complexo de princípios, normas, orientações, que saem do direito estrito e inserem raízes em um ordenamento alternativo.

- **Equidade na França**: referência aos standards, como bons costumes, boa-fé, bom pai de família, diligência, abuso de direito, imprevisão e enriquecimento sem causa, além da valoração equitativa na liquidação do dano.

- **Equidade na Alemanha**: reforço das cláusulas gerais