

VARIAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE EQUIDADE

Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux*

Resumo: Analisamos o conceito de equidade a partir dos usos da linguagem. Adotamos três perspectivas para sua análise. A jurídica enfoca a equidade como dever do juiz, como faculdade e como regra de julgamento. A filosófica busca estabelecer a sua natureza e extensão. A política procura estabelecer a força da sua aplicação. O caso das sentinelas do muro de Berlim é utilizado como exemplo de conflito entre ordens jurídicas. Em conclusão, ainda que o fundamento da equidade dependa do sistema adotado – o romanístico ou o da *common law* –, a equidade impulsiona o direito no sentido da justiça.

Palavras-chaves: Equidade. Justiça. Julgamento.

1. A equidade e os usos da linguagem

Bobbio afirma que a cientificidade do direito não está na verdade dos conteúdos, mas no rigor da linguagem¹. A preocupação metodológica (rigor da linguagem) constitui etapa prévia do desenvolvimento de qualquer pesquisa, pois o legislador não é necessariamente rigoroso na elaboração do direito.

Do fato de um conceito jurídico poder ser analisado sob várias perspectivas não decorre apenas uma única interpretação correta. A perspectiva adotada e o método escolhido são opções do pesquisador², tornando-se a interpretação mais eficaz na medida do rigor e da honestidade intelectual.

O conceito de equidade, no plano jurídico, não se revela unívoco.³ A equidade confunde-se com o justo, com o próprio direito, com a igualdade, a retidão, a moderação, a

* Professora Doutora do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹ BOBBIO, Norberto. “La Ciencia del derecho y el papel del jurista”, in *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Editorial Debate, 1990. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

² REALE, Miguel. “Liberdade antiga e liberdade moderna”, in *Horizontes do direito e da história*, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 17, afirma: “O passado, quando por nós considerado – já o dissemos em um livro juvenil –, não é imóvel pelo simples fato de ser passado. Muda-se a posição do observador no tempo, e eis que uma luz nova se projeta sobre os fatos, revelando aspectos imprevistos, detalhes que alteram substancialmente o quadro histórico, abalando convicções das mais robustas”.

³ SILVEIRA, Alípio. *Conceito e funções da equidade em face do direito positivo (especialmente no direito civil)*, p. 21-22, indica pelo menos dezenove conceitos de equidade. Veja-se, ainda, BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, São Paulo, Ícone, 1995, p. 173.

fonte do direito e a justiça do caso concreto, entre inúmeras outras acepções.

No direito positivo, este conceito aparece empregado em textos e contextos diferentes, tornando imprecisa a sua definição. O legislador usa as expressões “julgamento *com* equidade” e “julgamento *por* equidade”, “julgamento *de* direito” e “julgamento *de* equidade”.

O artigo 1.456 do Código Civil de 1916, por exemplo, determina que na aplicação da pena prevista no artigo 1.454 “procederá o juiz *com equidade*, atentando nas circunstâncias reais, e não em probabilidades infundadas, quanto à agravação dos riscos”. A preposição “com” entra na formação do adjunto circunstancial indicando *modo*. Nesse caso, o texto legal indica uma regra hermenêutica. Miguel Reale afirma “*que somente as circunstâncias objetivamente comprovadas e razoavelmente interpretadas, com significativo grau de probabilidade podem servir de base para a aplicação da pena prevista no art. 1454*” (do Código Civil de 1916)⁴. Não se trata de preencher lacunas, mas de impor um sentido ético para a interpretação.

2. A equidade como dever do juiz

O Código Civil vigente, com maior precisão que o anterior, estabeleceu um dever para o juiz na aplicação da sanção que envolver a responsabilidade de incapaz, dispondo no artigo 928, 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.”

A diretriz hermenêutica prevista nesse artigo *impõe ao magistrado o dever* de aplicar sanção equitativa, não podendo ele dispensar o direito legislado a fim de se valer de outras fontes para construir a decisão. Em outras palavras, o juiz está impedido de julgar *por equidade*: o legislador afastou o sentimento de justiça ou *benignitas* como conteúdo da equidade, determinando ao juiz a aplicação do critério objetivo previsto na lei.

A responsabilidade prevista no artigo 927 do Código Civil – a regra geral – decorre do princípio da reparação do dano causado. Assim, diante da lei todos são iguais e podem fazer respeitar os seus direitos obtendo a reparação do dano sofrido. O critério da reparação funda-se na igualdade: a reparação patrimonial deve ser equivalente ao dano sofrido, segundo critério formal e aritmético (dispõe o *caput* do art. 944 que “a indenização

⁴ REALE, Miguel. “A equidade nos contratos de seguro”, in *Teoria e prática do Direito*, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 309.

mede-se pela extensão do dano”).

A exceção prevista no parágrafo único do artigo 928 do mesmo Código possui fundamento diverso, pois impõe ao magistrado o dever de observar a equidade até a sua graduação máxima: não impor a sanção. Deixar de aplicar a sanção é dever que se impõe ao julgador quando ele se encontrar diante de uma das duas condições alternativas: privar o incapaz do necessário para viver ou privar do necessário as pessoas que dele dependem⁵.

Privar o incapaz do necessário para a sua sobrevivência seria privá-lo da sua dignidade, conduzindo a resultado injusto. O fundamento da norma do artigo 928 do Código Civil se encontra no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que reconhece na dignidade⁶ da pessoa humana um dos principais objetivos de um estado democrático de direito. Enquanto o princípio da reparação supõe a *igualdade* entre as pessoas, a indenização equitativa pressupõe as *desigualdades* entre elas. Se o responsável é incapaz, o juiz deve considerar as desigualdades entre ele e a vítima, buscando o maior grau de justiça na aplicação da sanção.⁷

O princípio da isonomia não protege os indivíduos e grupos sociais contra as diferenças de fortuna ou de condição social, pois, diante da igualdade majestosa da lei tanto o rico quanto o pobre deveriam ser condenados por furtar um pão. Aristóteles nos forneceu um critério para corrigir este desequilíbrio: a ideia de igualdade proporcional, que decorre do princípio de justiça distributiva. Nesta, a distribuição dos bens sociais deve ser inversamente proporcional às carências sociais, individuais ou grupais⁸. Portanto, a condição social do incapaz impõe ao juiz o respeito à dignidade, para corrigir esta desigualdade.

3. A equidade como faculdade do juiz

Aplicando o conceito de equidade de maneira diversa da examinada até aqui, o

⁵ O Enunciado 39 do CEJ segue no mesmo sentido acima exposto.

⁶ KANT, I. *Prolegómenos a toda metafísica futura*. Lisboa: Edições 70, 1987, p. 77: "No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode-se por em vez dele qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite o equivalente, então ela tem dignidade"

⁷ Outras disposições do Código Civil de 2002 referem-se à aplicação equitativa: arts. 953 (falta de prova do dano), 413, (redução da penalidade em caso de excesso ou cumprimento parcial), 479 (onerosidade excessiva); 739 (culpa concorrente); no Código de 1916, esse sentido se revelava nas normas sobre o pagamento do seguro.

⁸ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, livro V, 6.

parágrafo único do artigo 944 do Código Civil atribui uma faculdade ao juiz, dispondo no seu *caput* que a indenização mede-se pela extensão do dano, mas ressaltando no parágrafo único que: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Embora a regra determine a indenização integral do dano, o juiz poderá reduzi-la equitativamente. O artigo 928 do Código Civil utiliza o verbo *deverá* enquanto o artigo 944 do mesmo Código usa o verbo *poderá*: no primeiro caso existe uma obrigação; no segundo, uma faculdade. Mas qual redução deverá ser considerada equitativa? Por mais uma vez, essa exceção considera as desigualdades e a desproporção entre o grau da culpa e o dano. A regra geral é a reparação total, mas é a relação entre o grau da culpa e a excessiva desproporção que permitirá ao juiz reduzir a indenização devida. O juiz não poderá afastar-se da lei para decidir, mas deve buscar nela os critérios sobre o grau da culpa e o fundamento para o que é *excessiva desproporção*. Fábio Konder Comparato esclarece que:

Aquele que exerce o seu direito sem moderação acaba por perdê-lo. Assim é que a exigência de uma reparação excessiva pelo mal sofrido transforma o exercício do direito numa manifestação de vingança pura e simples. Neste caso, como adverte o corifeu da peça *As Coéforas* de Ésquilo (verso 380), a justiça muda de lado [...]: ela se desloca para o lado do adversário⁹.

O fundamento da decisão não se encontrará na igualdade proporcional (desigualdades sociais entre autor e vítima), mas na desproporção entre a contribuição de cada um para o evento danoso e o seu resultado. A causa que permite ao juiz reduzir o valor da indenização encontra-se na igualdade direcionada pelo dever de solidariedade que se impõe a todos, autores e vítimas, como condição de uma coexistência pacífica e confiança na administração da justiça. Esta prescrição se encontra no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, que estabelece como um dos objetivos fundamentais da república “*a construção de uma sociedade livre, justa e solidária*”.

Ao passo que os conceitos de liberdade e de igualdade são sempre aplicáveis às relações entre duas pessoas, o de solidariedade, em seu sentido mais amplo, aplica-se às

⁹ Fábio Konder COMPARATO, *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, São Paulo, Companhia das Letras, 2006, p. 529.

peessoas reunidas em uma comunidade, orientando-as para a busca do bem comum. Nesse sentido, podemos afirmar que a solidariedade complementa o sistema ético da liberdade e da igualdade. Assim, do dever de solidariedade pode-se deduzir a responsabilidade coletiva em face de uma única situação jurídica.

Desta forma, o direito pode impor que uma ou mais pessoas respondam pelo que é devido, considerando o grau de culpa de cada um. Na perspectiva da igualdade cada qual reivindica o que lhe é *próprio*. Na perspectiva da solidariedade, todos (o autor do dano, a vítima e o juiz) são convocados a defender o que lhes é *comum*.

Enquanto o reconhecimento da igualdade depende de uma atividade intelectual formal e aritmética, a solidariedade depende da consideração dos sentimentos, mostrando que os critérios aplicáveis a esse caso excedem os decorrentes da pura construção lógica. Ao exercer essa faculdade o juiz atenderá a um dos objetivos fundamentais da República e agregará a regra abstrata da indenização os sentimentos de justiça e de solidariedade, manifestados pela sociedade do seu tempo. Portanto, a regra é a indenização de acordo com a extensão do dano, salvo nos casos em que houver desigualdade ou excessiva desproporção entre a culpa e dano.

A equidade surge como critério empírico, temporal e relativo de aplicação da sanção na esfera civil. Além disso, a teoria geral do direito mais recente determina que os princípios jurídicos constitucionais prevaleçam sobre as regras jurídicas¹⁰.

4. A equidade como regra de julgamento

Encontramos outro significado de equidade no artigo 2º da Lei nº 9.307/96, que dispõe: “A arbitragem poderá ser *de direito* ou *de equidade*, a critério das partes”. Nessa lei vigora o princípio da autonomia da vontade, segundo o qual as partes podem escolher, livremente, o direito a ser aplicado. Na arbitragem *de direito* as partes escolhem o direito (material e processual) aplicável ao conflito. Na arbitragem *de equidade* o árbitro está

¹⁰ Cf. na teoria jurídica em geral: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1997, p. 61-101; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, cap. 3º; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, cap. 8º; ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, Madrid: Editorial Trotta, 2003, cap. 6º. LAFER, Celso. A Filosofia do direito e princípios gerais: considerações sobre a pergunta “O que é a Filosofia do Direito”. In ALVES *et alii*, Alaôr Caffé. *O que é Filosofia do Direito*, São Paulo, Manole, 2004, p. 51-73. FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do Direito - desafios*, São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 1-25.

autorizado a julgar em sentido diverso daquele indicado pela lei posta.¹¹

Ainda na lei de arbitragem (art. 11) encontramos outra forma de expressão, onde ela prevê que o compromisso arbitral poderá, ainda, conter: “II – a autorização para que o árbitro ou os *árbitros julguem por equidade*, se assim for convencionado pelas partes”.

A preposição “*por*” indica outro sentido, ao referir-se ao meio e a forma de agir. Assim, o julgamento *por* equidade é uma regra de julgamento, enquanto o julgamento *com* equidade é uma regra interpretativa. A diferença é importante, pois, no primeiro caso, o julgador poderá ir além da lei escrita; no segundo, deverá se manter no limite dela.

A *arbitragem de direito* ou *de equidade* permite que as partes em conflito escolham as regras de julgamento; no exercício da autonomia da vontade – aplicável apenas a direitos disponíveis – elas renunciam à jurisdição. Em nosso direito, o julgamento *por* equidade é exceção à regra, estabelecendo o Código de Processo Civil que o juiz só decidirá *por equidade* nos casos previstos em lei.

Em conclusão, a “equidade” pode ser usada como *regra de julgamento* ou como *regra de interpretação*: o sistema e o contexto é que nos informarão sobre o seu significado.

Passamos ao exame deste conceito considerado como um *problema jurídico-filosófico* e como um *problema político-jurídico*. No primeiro caso, visamos determinar o conceito de equidade e a sua natureza; no segundo, buscamos determinar a força e a extensão da sua aplicação. Como, nas mais variadas correntes doutrinárias, a ideia de *equidade* está fundada no pensamento nuclear de Aristóteles, iniciaremos nossa análise pela sua obra.

5. A equidade como questão jurídico-filosófica

Analisando o pensamento de Aristóteles, que apresenta um critério jurídico-filosófico para a apreciação da equidade¹², Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que¹³:

“há no direito ático uma figura denominada ANOMIA que significa um

¹¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9307/96, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 61-62.

¹² ARISTÓTELES, *Rhétorique*. Paris, Sociéte D’Edition “Les Belles lettres”, 1960. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mario Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, c 1985, 4ª ed., 2001.

¹³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. “Direito e justiça”, in *Estudos de Filosofia do Direito*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 203.

dissídio entre a lei escrita e os supremos princípios do justo. A palavra EUNOMIA significa o acordo entre a lei escrita e os princípios gerais do justo.”

No estudo da equidade, a primeira questão apresentada por Aristóteles envolve a determinação da situação de *anomia*, ou seja: qual situação representa um conflito entre a lei escrita e os supremos princípios do justo? Aristóteles¹⁴ se vale da tragédia de Sófocles¹⁵ para demonstrar a existência da anomia entre direito natural e direito positivo:

“Chamo lei tanto à que é particular como à que é comum. É lei particular a que foi definida por cada povo em relação a si mesmo, quer seja escrita ou não escrita; e comum, a que é segundo a 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; como por exemplo, o mostra Antígona de Sófocles ao dizer que embora seja proibido, é justo enterrar Polinices, porque esse é um direito natural:

[...] pois não é de hoje nem de ontem, mas desde sempre que esta lei existe, e ninguém sabe desde quando apareceu¹⁶.

Nessa tragédia o conflito se estabelece entre Antígona, que representa a *família* – não como um elemento de conservação, mas de subversão social –, e Creonte, que representa a *cidade*.

Sófocles narra que Creonte, rei de Tebas, era muito autoritário e entrou em conflito com outros povos, provocando uma guerra civil. Creonte estabeleceu que todo aquele que pegasse em armas contra a cidade seria punido com a morte, permanecendo seu cadáver insepulto.

Polinices, irmão de Antígona, foi considerado traidor político; assim, a lei da cidade não lhe daria direito a sepultura (segundo os costumes da cidade, ele não teria

¹⁴ ARISTÓTELES. *Rhétorique, cit.*, p. I 30, Livre I, 1373b (4-14). Na tradução portuguesa: ARISTÓTELES. *Retórica*. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2005, Livro I, 1373b, p. 144.

¹⁵ SÓFOCLES. Antígona, in *A Trilogia Tebana*, tradução do grego por Mário da Gama Kury, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2002.

¹⁶ SÓFOCLES. *Antígona*, cit. p. 219 (510-520): “Mas Zeus não foi o arauto delas para mim, nem essas leis são as dita entre os homens pela justiça, companheira de morada dos deuses infernais; e não me pareceu que tuas determinações tivessem força para impor aos mortais até a obrigação de transgredir normas divinas, não escritas, inevitáveis; não é de hoje, não é de ontem, é desde os tempos mais remotos que elas vigem, sem que ninguém possa dizer quando surgiram”.

direito a outra vida). Entretanto, sua irmã Antígona, por amor fraternal e contra a lei da cidade, lhe dá um funeral.

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.

A “tragédia” narra a diferença entre o passado e o presente, mas narra também os conflitos entre as leis do costume (o passado familiar) e as leis escritas da cidade¹⁷, como no exemplo citado. Nesse caso, Sófocles dá preferência aos caracteres pessoais. Assim, Antígona é resoluto e fidelíssima, enquanto Creonte é o chefe do estado que encarna a dureza da lei que quer impor aos outros e a si mesmo.

Delimitada a situação de anomia, a *segunda questão* apresentada por Aristóteles é: como solucionar o conflito? A solução do conflito depende de critérios de *prudência*. Mas quem, entre os homens, pode agir com *prudência*? Para Aristóteles, somente o homem *culto* pode agir com *prudência*, cuja definição se encontra na *Ética a Nicômaco*¹⁸:

“É dentro do mesmo espírito que cada proposição deverá ser recebida, pois é próprio do homem culto buscar a precisão, em cada gênero de coisas, apenas na medida em que a admite a natureza do assunto. Evidentemente, não seria menos insensato aceitar um raciocínio provável da parte de um matemático do que exigir provas científicas de um retórico.

Ora, cada qual julga bem as coisas que conhece, e dessas coisas ele é bom juiz”.

Referindo-se a mesma passagem, Mário da Gama Cury traduz o termo “culto” por instruído, como transcrito:

“[...] os homens instruídos se caracterizam por buscar a precisão em cada classe de coisas somente até onde a natureza do assunto permite, da mesma forma que é insensato aceitar raciocínios apenas prováveis de um matemático e exigir de um orador demonstrações rigorosas.

¹⁷ CHAUI, Marilena. *Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles*, v. I, São Paulo, Brasiliense, 1994.

¹⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo, Editor Victor Civita, 1973, p. 250 (1094b 25 e 1095 a)

Cada homem julga corretamente os assuntos que conhece, e é um bom juiz de tais assuntos. Assim, o homem instruído a respeito de um assunto é bom juiz em relação ao mesmo, e o homem que recebeu uma instrução global é um bom juiz em geral." ¹⁹

O *homem culto (instruído)* é aquele que tem um conhecimento rigoroso da sua área de atuação, mas não aquele que idolatra a eficiência. Como bem demonstra Ortega Y Gasset, o especialista é o indivíduo que sabe cada vez mais sobre cada vez menos. Falta-lhe a noção de cultura e instrução global. O que impulsiona o especialista não é a prudência. De outro lado, o *homem instruído*, segundo Aristóteles, é aquele que busca a precisão através de demonstrações rigorosas, mas não se preocupa com a erudição.

Para Miguel Reale ²⁰, erudito é “o que permanece ‘estranho’ ao que sabe, com ciência, mas sem sabedoria.” O erudito é o indivíduo que tem um conhecimento ornamental, perdendo-se da visão do saber universal.²¹ O que motiva o erudito não é a prudência, mas a ambição da fama e do poder.

Aristóteles mostra que o *homem culto (instruído)* é o que conhece a natureza do assunto a ser deliberado, é o que age com rigor e sapiência.²² Outro requisito exigido por ele é a experiência, e ao falar do jovem ele explica:

“... ele não tem experiência dos fatos da vida, e é em torno destes que giram as nossas discussões; além disso, como tende a seguir as suas paixões, tal estudo lhe será vão e improfícuo, pois o fim que se tem em vista não é o conhecimento mas a ação. E não faz diferença que seja jovem em anos ou no caráter; o defeito não depende da idade, mas do modo de viver e de seguir um após outro cada objetivo que lhe depara a paixão. A tais pessoas, como aos incontinentes, a ciência não traz proveito algum; mas aos que

¹⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília: UnB, c1985, 4ª ed., 2001, p. 18-19 (1094b e 1095a)

²⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 222

²¹ San Tiago Dantas, em 1957, como paraninfo de turma, criticava a cultura meramente ilustrativa ao afirmar: “Ela tende, no plano educacional, à deformação intelectual do jurista, que passa a fazer da sua ciência uma história natural de teorias e conceitos, e a distrair-se da constante averiguação do valor efetivo das normas como regra de comportamento”. (apud Alberto VENÂNCIO FILHO, *Atualidade de San Tiago Dantas*, São Paulo, Lettera.doc., 2007, p. 94).

²² RICOEUR, Paul. « La conscience et la Loi. Engeux philosophiques ». In *Le juste*, Editions Esprit, 1995, p. 219, afirma a esse respeito: “Ce tragique de l’action fait appellà ce que Sophocle appelle to phronain, l’acte de “juger sagement”; c’est la vertu qu’Aristote élévera à um rang eleve sous le nom de *phronesis*, terme que les Latins ont traduit par *prudencia*, et que l’on peut traduire par sagesse pratique ou mieux encore par sagesse de jugement. ».

desejam e agem de acordo com um princípio racional o conhecimento desses assuntos fará grande vantagem.”²³ (grifos nossos)

Hoje os juristas se vêem instigados pela relevância epistemológica da categoria da experiência jurídica, categoria a qual Miguel Reale²⁴ atribuiu grande importância e elaborou em profundidade. Para ele, tudo aquilo que o homem experimenta influencia a modelagem de sua personalidade, que surge do relacionamento intersubjetivo resultante do mundo da vida comum. O que ocorre na vida humana resume-se a atos de provação, aprovação ou repulsa, de ensaios e retificações, de insurgências e ressurgências, o que, no todo, compõe o mundo da cultura.

A experiência é o fator dinamizador da história, enquanto a cultura é o conjunto do que o homem conseguiu objetivizar em seu processo existencial no âmbito das civilizações, cuja mutação obedece a convicções valorativas, algumas das quais se convertem em *invariantes axiológicas*.

Para determinar o caminho a ser seguido para a solução do conflito, Aristóteles responde que o homem capaz de agir com prudência é o *homem culto*, aquele que tem conhecimento e vivência²⁵ para agir. Em outras palavras, o homem prudente é aquele que se dedica à descoberta do significado e do propósito da vida, é aquele que observa e procura entender tudo que acontece, sem se preocupar com o poder ou com a riqueza.

A *terceira questão* apresentada por Aristóteles, após reconhecer que o homem que age com prudência é o que julga com equidade, é: *equitativo* seria a mesma coisa que *justo*?

Tércio Sampaio Ferraz Júnior esclarece que “*lei e equidade são espécies do justo*”, são coisas diferentes, mas pertencem ao mesmo gênero²⁶. Assim, a justiça legal é uma espécie do justo enquanto a justiça com equidade seria outra espécie. Esta distinção é explicitada por Aristóteles na *Ética a Nicômaco* ao afirmar que o equitativo é superior a uma espécie de justiça – a justiça legal –, pois ainda que a lei seja universal, há casos em

²³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 250, 1095 a (5-10).

²⁴ REALE, Miguel. “Variações sobre a experiência” in *Variações*, São Paulo, Gumerindo Rocha Dorea F. Ind., 1999.

²⁵ GARCIA MORENTE, M. *Fundamentos de Filosofia, I: Lições preliminares*, São Paulo, Mestre Jou, 1930, p. 23, explica que vivência é uma tradução da palavra alemã *Erlebnis* e “significa o que temos realmente em nosso ser psíquico, o que real e verdadeiramente estamos sentido, tendo, na plenitude da palavra ‘ter’”.

²⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. “Direito e Justiça”, cit., p. 203

que não é possível estabelecer uma afirmação universal exata e precisa.²⁷ Nesse caso, faz-se necessário corrigir a imprecisão da lei através do julgamento por equidade.

Todavia, não é só a imprecisão decorrente da generalidade que precisa ser corrigida: a ausência de previsão legal sobre um determinado caso pode conduzir a uma injustiça que deve ser corrigida. A esta segunda modalidade Aristóteles denominou “lacuna”. Vamos encontrar parte das suas afirmações na *Ética a Nicômaco* e outra na *Retórica*. Na *Ética*:

“Quando a lei estabelece uma regra geral, e aparece em sua aplicação um caso não previsto por esta regra, então é correto, onde o legislador é omissos e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se tivesse previsto o caso em questão. Por isto o eqüitativo é justo, e melhor que uma simples espécie de justiça, embora não seja melhor que a justiça irrestrita (mas é melhor que o erro oriundo da natureza irrestrita de seus ditames). Então o eqüitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissa devido à sua generalidade.”²⁸

E na *Retórica*:

“A equidade parece ser o justo, mas o justo que ultrapassa a lei escrita. As lacunas da lei são, umas voluntárias e desejadas pelos legisladores, as outras, involuntárias; involuntárias quando o caso lhes escapa, voluntárias quando eles não podem defini-las e é necessário empregar uma fórmula geral, que não é universal, mas que vale na maioria dos casos. É assim também em todos os casos que não é fácil determinar o sentido, dado seu número infinito [...] Se o número dos casos é infinito e se é preciso legislar, é preciso falar em geral [...]”²⁹

A equidade é o *procedimento* empregado para corrigir a generalidade da lei, bem como as *lacunas* decorrentes da omissão do legislador. É um procedimento que se aplica em decorrência do erro ou falha da *justiça legal*: por esta razão é superior a ela.

²⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, cit., p. 336, (1137b 10-15 e 25-30); _____. *Ética a Nicômacos*, cit. p. 100 (1137b).

²⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*, cit., p. 109 (1137 b 20-25).

²⁹ ARISTÓTELES, *Rhétorique*. Paris : Les Belles Lettres, 1960, p. 32, livre I, 1374a (26-31).

Finalmente, a *quarta questão*: o que é ser equitativo? Encontramos a resposta na *Retórica*:

“Ser equitativo é ser indulgente com as fraquezas humanas; é considerar não a lei, mas o legislador; não a letra da lei mas o espírito daquele que a fez [...] é permitir que uma contenda seja resolvida pela palavra mais do que pela ação, é preferir submeter-se a um arbitramento, em vez de um julgamento pelos tribunais, porque o árbitro vê a equidade, o juiz não vê senão a lei; o árbitro não foi, aliás inventado, senão para dar força á equidade”³⁰

A mesma questão é abordada na *Ética a Nicômaco*:

“Evidencia-se também, pelo que dissemos, quem seja o homem equitativo: o homem que escolhe e pratica tais atos, que não se aferra aos seus direitos em mau sentido, mas tende a tomar menos do que o seu quinhão embora tenha a lei por si, é equitativo; e essa disposição de caráter é a equidade, que é uma espécie de justiça e não uma diferente disposição de caráter.”³¹

Em conclusão, a equidade é uma *forma de julgamento* com natureza corretiva; não só por ajustar a lei ao caso concreto, mas também por corrigir a ordem jurídica na falta de norma aplicável. Na expressão de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:³²

“O equitativo, desse modo, é o justo independentemente da lei escrita, é uma feliz retificação do justo estritamente legal.”

6. A equidade como questão político-jurídica: a equidade é fonte do direito?

Ao lado do problema da natureza jurídica da *equidade*, no seu aspecto clássico, encontra-se o das lacunas ou omissões do legislador, nos sistemas em que vigora a regra segundo a qual o juiz é obrigado a decidir qualquer controvérsia³³. Esta questão é mais

³⁰ ARISTÓTELES, *Rhétorique*, cit., p. 33 e 34, 1374b 10-22.

³¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, cit., p. 337 (1137 b 35 e 1138 a).

³² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. “Direito e Justiça”, cit., p. 204.

³³ Lei de Introdução ao Código Civil, 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.”. O Código de Processo Civil, por sua vez dispõe, no artigo 126: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá a analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito”.

complexa do que a anterior, pois o problema da integração do ordenamento jurídico envolve questões sobre os limites da atividade judicial. O juiz pode criar direito ou somente aplicá-lo?

6.1 - A posição de Giorgio Del Vecchio

Giorgio Del Vecchio admite que o juiz pode integrar as lacunas por intermédio do direito natural, ao afirmar³⁴:

“A necessidade de recorrer a esses critérios, e, em geral, à razão jurídica natural, conserva-se viva por ser, necessariamente, incompleto o direito positivo; [...]. Essa exigência fundamental, que as teorias jusnaturalistas inspiram, e que, em sentido lato, se denomina *equidade*, (considerar todos os elementos da realidade para determinar o equilíbrio ou a proporção correspondente nas relações entre as pessoas) não pode ser repudiada pela legislação positiva, que, depois de ter procurado, por si mesma e a seu modo, satisfazer essa exigência, deve, afinal admitir que ela se faça valer, diretamente, através da consciência do juiz, em todos os casos não contemplados por disposições particulares, precisas, nem sequer resolúveis analogicamente.”

Del Vecchio entende, portanto, que o juiz, ao integrar o direito, julga por equidade, considerando equivalentes os conceitos de *equidade* e o de *princípios gerais do direito*, como segue:³⁵

“note-se, pois, que, se faltar uma norma reguladora de certa relação, deve o juiz recorrer – exceto se a hipótese for direito penal, subordinado ao princípio de *nulla poena sine lege* – à interpretação analógica e, sendo esta impossível, por falta de normas aplicáveis por analogia, aos *princípios gerais do Direito*. É a propósito desta interpretação e deste recurso aos *princípios gerais* que o critério de *equidade mostra toda a sua eficácia*, podendo atuar benéfica e amplamente, pois aqui, trata-se de determinar, por intuição directa, colhida no exame do caso concreto, a norma que se lhe

³⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. *Sobre os princípios gerais do direito*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1937, § IX, p 45.

³⁵ DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*, Coimbra, Armênio Amado, 1972, v. 2, p. 108.

deve aplicar, ou seja, a norma pedida pela própria natureza das coisas.”
(grifos nossos)

O dever de recorrer à analogia e aos princípios gerais do direito, no direito italiano decorre do artigo 3º do Codice Civile, entendendo Del Vecchio que a equidade é fonte de direito³⁶, pois:

“A verdade é, precisamente, o contrário: a fonte inexaurível do Direito é constituída pela natureza das coisas, tal como esta pode ser apresentada pela nossa razão. A esta fonte, que uma tradição muitas vezes milenária chama direito natural teve o legislador italiano a intenção de se referir, entendendo por princípios gerais de direito os meios cujo emprego permitiria suprir as deficiências inevitáveis das suas prescrições positivas.”

6.2 - A posição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior

Tércio Sampaio Ferraz Júnior admite a existência de lacunas no direito, mas não considera a *equidade* fonte formal do direito. No que se refere às espécies de lacunas classifica-as, como Aristóteles, em voluntárias e involuntárias:

“O legislador ao elaborar as leis, pode incorrer em duas espécies de lacunas: ou um fato lhe passa despercebido e a lacuna se dá *contra sua vontade*, ou, não podendo prever tudo, estatui ele princípios gerais, e a lacuna será por sua vontade”.³⁷

Nos últimos anos a Escola de Frankfurt, a ética dialógica e as diversas teorias da argumentação foram responsáveis pelo processo reabilitador do pensamento prático. Esta influência, no pensamento jurídico contemporâneo, tem sido profunda e extensa, sendo Tércio Sampaio Ferraz Júnior um dos seus expoentes em nosso país.

Sua concepção de ordenamento jurídico compreende três elementos: o conjunto de normas; os elementos não normativos e a estrutura³⁸. Esta última representa o conjunto de regras que determinam as relações entre os elementos não normativos, normativos e a própria ordem. Assim, o ordenamento jurídico só adquire a perspectiva sistêmica quando é

³⁶ DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*, cit., v. 2, p. 110.

³⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, São Paulo, Atlas, 2001, p. 203.

³⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, cit., p. 172.

analisado como “*um conjunto de elementos (repertório) e um conjunto de relações (estrutura)*”.

Nesta perspectiva, as fontes *stricto sensu* são consideradas elementos do repertório (lei, costume, atos negociais, etc.); as *regras estruturais* (doutrina, princípios gerais do direito, *equidade*, analogia) não são propriamente fontes no sentido utilizado pela dogmática.³⁹ Conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

“As regras estruturais, não são assim, propriamente fontes no sentido da dogmática, mas respondem pela coesão global do sistema, ao qual conferem sentido geral de imperatividade e são assim uma espécie de ‘fonte’ de segundo grau”.⁴⁰

Com relação à função da equidade, afirma o autor: “*da mesma forma que os princípios gerais a equidade tem no sistema dinâmico uma função metalinguística*”.⁴¹

Em conclusão, a *equidade*, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior é uma fonte de segundo grau que confere coesão ao sistema.⁴²

6.3 - A posição de Vicente Ráo

Vicente Ráo define a equidade “como uma particular aplicação do princípio de igualdade as 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 e implícitos, sem exclusão, sejam tratados igualmente com humanidade, ou benignidade, corrigindo-se, para este fim, a rigidez das fórmulas gerais usadas pelas normas jurídicas, ou seus erros, ou omissões.”⁴³

Esta regra decorre do princípio de igualdade, mas entre as soluções possíveis deve-se preferir a mais humana e a mais benigna. Aqui a ideia de justiça social se afasta do padrão da igualdade proporcional para trabalhar o princípio da dignidade humana e do amor cristão, concluindo o autor que:

“Quando muito, pois, poderíamos dizer, que tais decisões, nos sistemas

³⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, cit., p. 245.

⁴⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, cit. p. 245.

⁴¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, cit. p. 244.

⁴² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *O conceito de sistema no direito*. São Paulo: RT, 1976.

⁴³ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 5ª ed., ampliada, 1999, p. 95.

jurídicos de direito escrito, incorporando-se à jurisprudência, formam com esta e pela força desta, pelo menos em doutrina, uma fonte interpretativa do direito que é, ao mesmo tempo poderoso elemento de influência na elaboração, transformação e progresso das disciplinas jurídicas.⁴⁴

6.4 - A posição de José de Oliveira Ascensão

O Direito Português adota posição interessante, pois apesar de o Código Civil vigente considerar expressamente, no artigo 4º, que a equidade é fonte do direito, muitos autores negam esta possibilidade⁴⁵. Entre eles, Oliveira Ascensão entende que a equidade não pode ser considerada fonte do direito, por ser ela tipicamente um critério formal de decisão dos casos singulares e não um critério normativo que se eleva à formulação de regras. Ainda que o Código situe a equidade no capítulo das fontes, Ascensão afirma “*Não é de se acolher a qualificação jurídica da equidade como fonte do direito*”.⁴⁶

6.5 - O plano internacional e a posição de Guido Soares

Guido Soares apresenta forte crítica à falta de atualização do Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Haia, pois este adota o mesmo texto do Estatuto do Tribunal Internacional elaborado no final da Primeira Guerra Mundial⁴⁷. As fontes enumeradas no artigo 38 são as seguintes:

“1.....

- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo direito
- c) os princípios gerais do direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d) sob reserva da disposição do artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para determinadas regras de direito;

⁴⁴ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, cit., p. 92.

⁴⁵ O Código Civil Português, capítulo, I Fontes do Direito, art. 4º prescreve: (valor da equidade) Os tribunais só podem resolver segundo a equidade: a) quando haja disposição legal que o permita; b) quando haja acordo das partes e a relação jurídica não seja indisponível; c) quando as partes tenham previamente convencionado o recurso à equidade, nos termos aplicáveis à cláusula compromissória.

⁴⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*, Lisboa, Almedina, 1991, p. 228.

⁴⁷ SOARES, Guido Fernando da Silva. *Direito Internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*, São Paulo, Atlas, 2001, p. 171.

2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isso concordarem.”

A estas fontes, Guido Soares acrescenta outras duas: as declarações unilaterais dos Estados com efeitos jurídicos no Direito Internacional, reconhecidas como fontes formais pela doutrina dominante na época, e as decisões tomadas pelas organizações intergovernamentais. Cita como exemplo a *Organização Internacional do Trabalho*, primeira organização internacional com personalidade de Direito Internacional definida, com poderes de editar normas internacionais dirigidas aos Estados⁴⁸.

Nessa obra o autor analisa profundamente as fontes mencionadas no item 1, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Haia, mas não se refere à *equidade* mencionada no item 2 do mesmo artigo. A conclusão só pode ser uma: o autor não considera a equidade uma fonte do Direito Internacional.

6.6 - O plano internacional e a posição de Celso D. de Albuquerque Mello

Celso D. de Albuquerque Mello⁴⁹ afirma que a equidade não é fonte formal do Direito Internacional. Como estabelece o item 2 do artigo 38, acima referido, o juiz internacional somente pode decidir com base na equidade quando as partes litigantes lhe outorgarem poderes para tal. Ainda que a moderna doutrina refira-se, cada vez mais, à equidade, ela não é uma fonte, mas um meio de interpretação. Segundo o autor, a Corte Internacional de Justiça nunca proferiu uma decisão baseada exclusivamente na equidade, apesar de buscar sempre “soluções equitativas”⁵⁰.

Em conclusão, no plano internacional a equidade permite interpretar o direito mais pelo conteúdo do que pela forma, permite corrigir e ajustar o direito positivo, para alguns permite suprir as lacunas⁵¹; mas não é possível considerá-la fonte do direito.

A equidade não é uma fonte do direito, mas um sistema de referência de uma

⁴⁸ SOARES, Guido Fernando da Silva. *Direito Internacional e meio ambiente*, cit., p. 169.

⁴⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, vol. 1, p. 314.

⁵⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, cit., v. 1, p. 315.

⁵¹ A existência ou não de lacunas no Direito Internacional é questão controvertida, como demonstra Jean J. A. SALMON, “Quelques observations sur les lacunes en Droit International Public”, in *Le problème des lacunes en droit*, Études publiées par Chaïm PERELMAN, Bruxelles : Émile Bruylant, 1968, p. 313-337.

resolução jurisdicional dos conflitos internacionais⁵². Ela é uma qualidade do direito que só pode afastar uma regra jurídica mediante autorização expressa.

7. Conflitos entre ordens jurídicas sucessivas: o caso das sentinelas do muro de Berlim

Analisando o *positivismo jurídico*, Norberto Bobbio afirma:⁵³

“Chamam-se ‘juízos de equidade’ aqueles em que o juiz está autorizado a resolver uma controvérsia sem recorrer a uma norma legal preestabelecida. O *juízo de equidade* pode ser definido como autorização, ao juiz, de produzir direito fora de cada *limite material*. Os limites materiais ao poder normativo do juiz não derivam da lei escrita, derivam de outras superiores, como pode ser o costume ou o precedente judiciário”. (grifos nossos)

A importância do problema das fontes do direito encontra-se no fato de que delas depende o estabelecimento da pertinência das normas a um ordenamento jurídico. No “juízo de equidade” o juiz não aplica normas positivas, ele decide segundo a sua consciência ou com base nos próprios critérios de justiça.

Bobbio enumera três tipos de equidade⁵⁴: a *substitutiva* (na qual o juiz supre a falta de norma), a *integrativa* (que corrige a generalidade ao definir com precisão os elementos da *fatti speciei*) e a *interpretativa* (quando o juiz define, com base em critérios equitativos, o conteúdo da norma que existe e é completa). Esclarece Bobbio que a doutrina juspositivista considera esta última modalidade expediente para prolatar uma sentença que derroge a lei. Além disso, as regras hermenêuticas referem-se aos princípios gerais do direito, não à equidade.

Segundo os princípios do positivismo acolhidos pelo ordenamento jurídico nos Estados modernos, a lei é a fonte direta e imediata do direito. Não pode o juiz ab-rogar a lei, assim como não o pode o costume. O juiz só pode decidir por equidade se houver autorização legal; portanto, não há que se falar em conflito.

Na *doutrina jusnaturalista*, autores modernos como Radbruch preconizam a não

⁵² DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003, p. 363.

⁵³ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora Unb, 1989, p. 56.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, São Paulo, Ícone, 1995, p. 173.

aplicação da lei injusta. O direito extremamente injusto, para ele, não é direito. Portanto, a proposta de Radbruch é oposta a de Bobbio: uma *decisão por equidade* pode prevalecer sobre a lei, suspendendo a sua eficácia.

Na Alemanha, o Tribunal Supremo Federal, órgão principal da elaboração jurisprudencial, adota a fórmula de Radbruch, concretizada através dos direitos humanos, que é a expressão não positivista do direito⁵⁵. A fórmula de Radbruch distancia-se do positivismo e do jusnaturalismo clássico, pois ela postula uma *conexão necessária entre direito e moral* sem pretender uma identificação entre ambos⁵⁶.

Por razões de segurança jurídica, o direito positivado e eficaz não deixa de ser direito, ainda que os seus conteúdos sejam desproporcionalmente injustos. O direito positivo só perde sua validade quando:

“La contradicción de la ley positiva con la justicia alcanza una medida de tal modo insoportable, que la ley, en tanto que ‘derecho injusto’ (unrichtiges Recht), ha de ceder ante la justicia”⁵⁷

A posição do Judiciário alemão é analisada por Robert Alexy⁵⁸ num artigo sobre o julgamento das sentinelas do Muro de Berlim. Essas sentinelas tentaram impedir a fuga de um homem, na noite de 14 de fevereiro de 1972 para a Alemanha ocidental e acertaram-no com disparos mortais. Ainda que não tivessem feito pontaria, ainda que não se pudesse determinar qual das duas dera o tiro fatal, o caso foi levado a julgamento. Num primeiro momento, as sentinelas foram homenageadas pelo cumprimento do dever; num segundo momento foram levadas a julgamento por homicídio.

O caso envolve inúmeras questões que ultrapassam ao âmbito do presente estudo: a violação do princípio da irretroatividade, a aplicação da lei mais favorável e a causa de justificação, entre outras. Examinaremos, a motivação adotada nas diversas instâncias.

A primeira Instância e o Tribunal Territorial de Berlim, em 1992, proferiram as primeiras decisões sobre as sentinelas do Muro de Berlim. O Tribunal interpretou a Lei de

⁵⁵ ALEXY, Robert. “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín” in *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, DOXA 23, 2000, p. 204.

⁵⁶ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra, Arménio Amado, 1979, p. 98-113.

⁵⁷ ALEXY, Robert. “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. [...]”, cit., p. 205.

⁵⁸ ALEXY, Robert. “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. [...]”, cit., p. 197-230.

Fronteiras da República Democrática Alemã de acordo com os “princípios do Estado de Direito” e vinculou a sua decisão ao *princípio da proporcionalidade*.

O fundamento da decisão foi a superioridade da vida como um bem supremo sobre os interesses e valores como a *segurança* da fronteira ou a *razão de Estado*. Em consequência, o fato praticado pelas sentinelas, mesmo em obediência às ordens, era antijurídico, não só perante o Direito da República Federal, mas também frente ao Direito da República Democrática Alemã. As sentinelas foram condenadas a uma pena de um ano e dez meses.

Em 26 de julho de 1994, o Tribunal Supremo Federal manteve a decisão do Tribunal Territorial de Berlim, mas alterou a sua fundamentação, afirmando que o direito positivo depende não só da positividade formalmente válida, mas também do que é eficaz socialmente, pois o socialmente eficaz pode influir nos critérios da positividade.⁵⁹ O Tribunal concluiu que a justificação da morte de um fugitivo, autorizada pelo Direito da República democrática alemã, pode ser declarada ineficaz, em virtude da agressão aberta e insuportável contra os mandamentos elementares de justiça e contra os direitos humanos protegidos internacionalmente.

8. A tradição romanística e a *common law*

Na *tradição romanística*, a questão de sabermos se o caso é de correção da lei no sentido clássico, ou se é de integração, revela importância prática. Nesses sistemas, se o caso for regulado em lei, embora de forma injusta ou inepta, o juiz não poderá tomar outra atitude senão aplicar a lei.

A equidade só poderá ser utilizada quando houver autorização expressa em lei, ou funcionará apenas como regra hermenêutica para a sua aplicação. No entanto, se o caso se enquadrar na falta de regulamentação, o juiz poderá preencher a lacuna utilizando-se de critérios equivalentes, tais como princípios gerais do direito, analogia e equidade.

A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro estabelece no artigo 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso concreto de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. E o Código de Processo Civil estabelece no artigo 127: “O Juiz só decidirá *por equidade* nos casos previstos em lei”.

⁵⁹ ALEXY, Robert. “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, cit., p. 204.

A tradição romanística privilegia uma concepção positivista do direito, fundada no dogma da soberania interna e externa do Estado e no monopólio estatal para legislar. Assim, as decisões dos juízes não criam o direito, uma vez que eles só podem interpretar e aplicar a lei. Essa posição decorre do modelo francês, que teve em Montesquieu o seu mais autorizado teórico.

A teoria das fontes nestes sistemas reconhece a lei, os regulamentos e os costumes como fontes principais do direito. A enumeração não é exclusiva, mas em regra é expressa em ordem decrescente de autoridade, o que leva a constantes equívocos sobre a hierarquia das fontes e a hierarquia das normas.

A experiência mostrou que a possibilidade de abuso do legislativo ampliou-se muito com o crescimento da legislação no estado moderno: a tirania do legislativo é tão opressiva quanto a tirania do executivo. O excesso de legislação não resolve as controvérsias sociais; ao contrário, tudo depende de uma interpretação, seja na esfera administrativa ou na esfera judicial.

Na *tradição anglo-saxônica* distinguem-se duas jurisdições: *common law* e *equity*⁶⁰. A *equity* era o conjunto de soluções que foram, principalmente nos séculos XV e XVI, outorgadas pela jurisdição do Chanceler, para completar e eventualmente rever o sistema da *common law*, então bastante insuficiente e defeituoso. Durante vários séculos existiram na Inglaterra *tribunais de direito comum* e *tribunais de equidade*.

Até 1066, ano da conquista normanda, vigorou na Inglaterra o chamado direito anglo-saxônico, um direito territorial: não havia um direito comum a toda a Inglaterra antes da conquista normanda. Depois o direito anglo-saxônico em vigor consolidou-se em oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra: a *common law*. A elaboração deste direito era de competência dos Tribunais Reais de Justiça, conhecidos como Tribunais de Westminster, local onde foram estabelecer-se, a partir do século XIII.

Até 1875, submeter um caso aos Tribunais Reais não era um direito dos particulares, mas um privilégio. O problema primordial era fazer admitir pelos Tribunais Reais a sua competência, daí nascendo a regra: *remedies precede rights* (em primeiro lugar o processo). A *common law*, nas suas origens, não continha regras de direito substantivo, somente um certo número de processos, ao final dos quais seria proferida uma sentença,

⁶⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 315; _____ *O direito inglês*, São Paulo, Martins Fontes, 1997.

incerta quanto à sua substância.

Os obstáculos existentes na administração da justiça pelos Tribunais de Westminster fez surgir um recurso direto ao Rei, o qual passava pelo Chanceler, sendo suas decisões tomadas “pela equidade do caso particular”, em *equity*.

Em 1616 registrou-se um compromisso entre *common law* e *equity*: a jurisdição do Chanceler permaneceu, mas não podia realizar novas intervenções em detrimento dos tribunais de *common law*. Esta é a razão do direito inglês possuir até hoje uma estrutura dualista, com regras de *equity* e de *common law*. Esta dualidade é respeitada pelos juízes, apesar de as razões históricas não mais existirem, e eles não colocarem em discussão as regras de direito estabelecidas pela equidade⁶¹.

Neste sistema são consideradas fontes do direito: a lei e o acervo de estatutos não sistêmicos, decisões judiciais, práticas costumeiras. Não há uma teoria sistêmica ou hierárquica sobre as fontes. A legislação é uma fonte tanto quanto as decisões judiciais.

Com o tempo o sistema dual de tribunais transformou-se, consideravelmente, e as jurisdições e princípios fundiram-se num sistema único. As relações entre *common law* e *equity* foram modificadas a partir do momento que os juízes foram chamados a administrar, ao mesmo tempo ambos os sistemas.⁶²

Sobre essa unificação, as opiniões dos juízes encontram-se divididas: alguns desenvolvem princípios de equidade (a *new equity*), que são vistos com uma certa reserva pela maioria dos juristas, segundo os quais esta tarefa é hoje do parlamento e não deve ser realizada pelos juízes. Entretanto, a faculdade de decidir por equidade não é considerada uma ameaça à certeza da lei, pois o efeito da certeza deve realizar-se através da doutrina do *stare decisis*, que é em si mesma uma doutrina judicial⁶³.

9. Conclusão

A adequação entre casos e regras e entre casos e princípios exige uma particular disposição de espírito dos que têm a função de julgar. Trata-se de adotar soluções que

⁶¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, cit., p. 283-300.

⁶² Ressalte-se que a *equity* é efetivamente reconhecida, em certa medida, como um ramo de direito autônomo, como afirma Henry Burin des Rozières, “A distinção entre o direito civil e o direito comercial no direito inglês” (tradução de “La distinction du droit civil et du droit commercial et le droit anglais” por Fábio Konder Comparato, sem outras notas bibliográficas).

⁶³ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*, México: Fondo de Cultura Económica, 1969, p. 88-101.

satisfaçam a todos no maior grau, e direcionadas para o *bem comum*. São soluções que procuram atender os requisitos objetivos do direito e não os subjetivos do julgador. Entretanto, os casos que são pensados em função dos princípios e das regras requerem um juízo de razoabilidade na aplicação da lei.

A função unificadora da jurisprudência não se afasta das exigências de justiça material, pois ela deve reconhecer o *caráter razoável* e não *arbitrário da lei*. Assim, a tensão entre *caso* e *regra* introduz um elemento de *equidade* na vida do direito.

O fato é que a equidade surge em formas originais, nos mais diversos campos do direito, como consequência da constitucionalização dos direitos e os princípios de justiça.

Ao julgar o caso, o juiz não pode aplicar o seu código de valores ele tem que se referir ao conteúdo objetivo da norma vigente na época. Mas é possível que, ao deliberar sobre valores e proferir um julgamento ético ele ultrapasse o critério objetivo da norma. A referência aos valores morais deve ser motivada, indicando-se o fundamento legal, pois o sistema moral preserva valores que se tornam invariantes axiológicas dentro da ordem normativa. Desta forma, é possível falar em objetividade⁶⁴ da moral, como forma de argumentação, como um ideal a ser alcançado, ainda que só possa ser atendido de forma variável. Ela não oferece uma solução única e ótima para todos os casos, mas é um recurso racional argumentativo que pode dar conteúdo as convenções em torno de valores.

Finalmente, esclareço que o tema da equidade é muito relevante na vida do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, enquanto *mestre*. Esta sabedoria que encanta os seus alunos desde a graduação à pós-graduação, contagiando-os com sua energia durante as aulas, decorre da equidade de tratamento que dispensa aos alunos e orientandos. Conheço o professor Tércio desde 1979, quando fui sua aluna pela primeira vez. Posteriormente, fui sua orientanda no doutorado em filosofia do direito. Finalmente tive a honra de ser sua assistente na Faculdade de Direito da USP, desde 1986 até a presente data, na graduação e na pós-graduação.

Tempo suficiente para afirmar que entre as várias virtudes citadas neste livro de homenagem, o Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior é um ser humano “*equitativo*” na

⁶⁴ MARMOR, Andrei. *Três conceitos de objetividade* in *Direito e interpretação*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 266-302.

expressão de Aristóteles, o que faz com que os seus alunos sintam-se iguais e tratados com humanidade.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução por Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmahouse Alberto e Alberto Nascimento Pena, Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2005.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*, tradução de Mario da Gama Kury, Brasília: Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª ed., 2001

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo, Editor Victor Civita, 1973

ARISTÓTELES, *Rhétorique*. Texte établi et traduit par Médéric Dufour. Paris, Societé D'Édition "Les Belles lettres", 1960.

BOBBIO, Norberto. "La Ciencia del derecho y el papel del jurista", in *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Editorial Debate, 1990.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Sobre os princípios gerais do direito*, Tradução de Clovis Bevilaqua, Rio de Janeiro, Jornal do Commercio, 1937.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução por Vitor Marques Coelho, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*, México: Fondo de Cultura Económica, 1969.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução e prefácios de L. Cabral de Moncada, Coimbra: Armênio Amado, 1979.