

## EQUIDADE

O estudo dos principios da equidade, diz Merlin, é o estudo por excellencia do magistrado e do jurisconsulto: é neste estudo que podem haurir as luzes e a sabedoria que os devem caracterizar. Na opinião de Dareau a lei sem equidade é nada. Os que não vêm o que é justo ou injusto senão atravez da lei, nunca a entendem tão bem como os que a fitão pelos olhos da equidade.

Ha, porém, larga e profunda controversia no modo de a encarar.

Quintiliano oppõe-n'a ao direito, quando diz que se póde combater no terreno do direito ou no da equidade—*pugnare jure aut oquo*.

Richer compilou innumeras definições, sem acceitar uma dellas, e por seu turno, a considera como uma benignidade que inclina o juiz para o partido que mais conforme parece á honestidade natural.

Segundo Aristoteles a equidade é uma mitigação da lei escripta, por causa das circumstancias que occorrem em respeito ás pessoas, ás cousas, aos lugares e aos tempos.

Grotius a encara como um meio correctivo daquillo sobre que a lei nada dispõe, em consequencia da generalidade de seus termos.

Wolf a define—um sentimento que nos inclina a dar a outrem aquillo que só imperfeitamente lhe é devido.

Heinecio pensa que é uma virtude que faz o juiz propenso ao partido mais chegado á recta razão, á benignidade ou humanidade, se acaso as palavras da lei são latas e susceptíveis de uma interpretação restrictiva.

Sustenta Corrêa Telles que a equidade em sentido amplo é o mesmo que o direito natural não escripto, isto é, não sancionado por leis positivas.

Com esta noção concorda Demangeat doutrinando que aquillo que é iniquo é sempre contrario ao direito natural, e que, conseguintemente, não ha differença entre ambos.

Pereira e Souza diz que a equidade é a disposição de animo constante e effcaz de tratar qualquer ente como elle é, e de contribuir na medida de nossas forças, sem prejudicar-nos ou a outrem, para o fazermos perfeito e feliz.

Esta definição confunde-se com a que Ulpiano dá de justiça no *Dig. de justitia et de jure* fr. 1.º e que Justiniano perfilhou no L. 1.º, T. 1.º das Institutas—*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*.

E' por isso que Pereira e Souza, consoante a theoria que espôsa, affirma que em sentido primitivo e verdadeiro, a equidade é a mesma justiça, e que estas duas palavras são synonymas.

Ferrer entende que a equidade é o exercicio dos direitos temperado pelas leis da moral.

Demangeat opina que etymologicamente equidade quer dizer igualdade; não igualdade de condição entre os homens, o que é uma chimera, mas a igualdade ante a lei, ante a justiça.

E' essa tambem a opinião de Burlamaqui. A justiça, diz elle, é invariavel, inflexivel; só conhece um caminho, pesa e mede tudo com a mais escrupulosa exactidão. Erroneamente pensaria quem suppusesse a igualdade differente da justiça; quem acreditasse que julgar conforme a equidade não era o mesmo que julgar conforme a justiça.

Os romanos chamavão *equitas* ou *naturalisratio*, o direito puro, o direito sem mescla, o *strictum jus*, em opposição ao *boni mores* e a todas as especies de *utilitas*.

Quaes, porém, os fundamentos que alicerção esta theoria?

Como diz Savigny, ha duas manifestações geraes no direito dos povos—*a da humanidade e a do individuo*.

A humanidade unica em todos os tempos e logares, porque todos os homens são dotados da mesma natureza. Mas assim não é no que concerne ao elemento *individual*: este faz com que, como em uma arvore não ha duas folhas perfeitamente identicas, não haja na humanidade um homem por completo igual a outro.

Em consequencia do elemento individual é que vemos operar-se essa separação na grande familia humana, agrupando-se um certo numero de individuos em communhão especial, constituindo as nações.

Ora se o direito é um *modus vivendi* da humanidade, ha de fatalmente soffrer o duplo influxo da

necessidade, filha do elemento geral daquella, e da necessidade, filha do elemento especial da nacionalidade.

Effectivamente, estudando-se os diversos direitos positivos dos povos, constatamos em todos elles a existencia da revelação do cunho geral da humanidade ao lado da attestação do cunho da nacionalidade.

O legislador tem, pois, de attender a estes dous elementos.

As leis derivadas do elemento geral, diz Savigny, provém da *equidade*; as resultantes do elemento especial, procedem da *justiça*.

Mas algumas vezes o legislador, promulgando uma lei, não procura sancionar um preceito de equidade ou de justiça, attende apenas a um principio de *utilidade* quer publica, quer privada.

O conjuncto das leis filhas da *equitas e do jus* Savigny denomina—*Direito Normal* e o das leis oriundas de uma *utilitas*—*Direito Anormal*.

Desta theoria decorre, que embora a equidade e a justiça sejam a origem de todo direito normal, todavia, não se confundem, mas distinguem-se por os caracteres especiaes que as revestem.

E' assim que Kant, fazendo distincção entre *forum cæli* e *forum terræ*, diz que neste falla a justiça, e naquelle a equidade.

Riegel considera a equidade como uma modificação em virtude da qual o juiz deve dar preferencia a parte que tiver por si a moralidade.

Dest'arte conceituada, ella é um elemento de moral e não juridico.

Para nós a *equidade* é um elemento de direito.

De facto — encarado o homem como um ser superior, vê-se que tem um destino para cuja realização carece de meios. Mas comprehende-se tão bem que, como elle, ha seres que têm o mesmo destino e que não podem ser contrariados em sua consecução.

Dahi deflúe o principio da igualdade humana.

Mas se pela analyse se reconhece esse principio, a analyse tão bem nos fornece a diversidade dos individuos.

Não ha um só homem que possa se confundir com outro.

Tem, pois, dois principios todas as leis destinadas a regerem a humanidade—o da igualdade humana e o da desigualdade dos individuos.

Este postulado é de todo ponto verdadeiro, tanto em frente do direito positivo, como do direito racional, porque, sendo certo que ambos tem por fim reger as relações juridicas, differençando-se apenas em que os preceitos, do primeiro são sancionados e garantidos pelo Estado, ao passo que os do segundo somente o são diante da razão, é manifesto que um e outro devem soffrer o influxo daquellas ideias.

O principio da igualdade é a—justiça—e o da desigualdade é a—equidade. O da igualdade é a justiça, porque esta consiste em reconhecer em todos a mesma natureza humana; e o da desigualdade é a equidade, porque uma vez que os membros da humanidade se distinguem por caracteres especiaes, torna-se a sua influencia indispensavel nas leis. Dahi o brocardo—*que a verdadeira igualdade consiste em tratar desigualmente os seres desiguaes.*

Dar a cada um o que é seu é o preceito juridico, mas devidamente modificado pelas circumstancias especiaes em que se acha o individuo.

Vê-se, portanto, que na theoria do direito positivo o elemento geral é a *equitas* e o especial a *justitia*; no direito philosophico a technica é outra: o elemento geral é a—justiça—e o especial a—equidade.

A equidade extrema-se em fundo do direito rigoroso em que este essencialmente, na theoria e na pratica, é exequivel pela garantia da força; entretanto, que a equidade, quando mesmo identificada com a justiça, não é na pratica realizavel pela força, e só sim por medidas moraes, pela voluntariedade. Em certos casos o principio de equidade é a mesma justiça despida do cortejo de garantias congeneres.

Nestas ideias abunda Mattiolo na sua obra de Direito Natural.

Por igual, doutrina Belime que, considerando a equidade philosophicamente, não a confunde com o direito nem mesmo com o direito natural, o que procura frizar com o exemplo do devedor, que sobrecarregado de familia, extorce-se nos horrores da miseria. ao passo que o mutuante é rico, mas o põe em prisão, O credor, diz Belime não violou um direito natural, mas evidentemente violou a equidade.

Diz Jaucourt, no *Espirito da Encyclopedia*, de Hennequin, que confunde-se algumas vezes a equidade com a justiça, mas que esta parece antes designada para recompensar ou punir, conforme algumas leis ou regras estabelecidas, que conforme as circunstancias variaveis de uma acção.

Dahi a origem do tribunal de chancellaria ou de equidade, dos Inglezes, para suavisar a severidade da letra da lei, e para encarar o negocio que a elle é affecto unicamente pela regra da equidade e da consciencia.

Em a noção que dá Aristoteles de justiça, elle a divide em distributiva e commutativa, divisão muito combatida, entre outros, por Tullier, que define a justiça—a conformidade de nossas acções e de nossa vontade á lei. E' interna ou externa; a primeira é a conformidade de nossa vontade; a segunda a conformidade de nossas acções á lei.

A justiça externa é o objecto da jurisprudencia; a interna é o objecto da moral.

A equidade confunde-se, pois, até certo ponto com a justiça interna. Abstrahi, neste caso, a ideia de coacção, e a justiça será a propria equidade.

Algumas vezes a lei positiva se oppõe á equidade natural, mas isto provêm do defeito da lei, que não póde acautelar todas as minucias, sendo certo que uma lei justa em um caso, póde não o ser em outro, o que é uma consequencia necessaria da contingencia do espirito humano. E' neste sentido que os jurisconsultos servem-se da palavra equidade em contraposição a palavra lei, querendo significar que a justiça se exerce então, não segundo o rigor da lei, mas, como diz Dalloz, com uma moderação e um adoçamento rasoaveis.

Tãobem se considera a equidade, ou como uma norma na interpretação da lei, ou operando coercetivamente nos casos que a lei prevê.

O juiz não deve tel-a em consideração quando a lei é formal, embora por um erro do legislador o principio da lei seja injusto, e a equidade reclame incessante contra a sua applicação.

Se, porém, a lei é obscura ou ambigua, se presta-se a mais de uma interpretação, deve ser preferida a que fôr mais equitativa. O que com maioria de rasão deve se observar nos casos de omissão.

Ha, finalmente, hypotheses em que o legislador, deparando com serias difficuldades para estatuir principios invariaveis, peremptoriamente ordena ao magistrado que tome por guia a equidade, como a do art. 14 do Codigo Civil Francez, com relação a accessão movel, que aquelle Codigo subordina, expressamente aos principios da equidade natural.

A equidade suppre as lacunas do direito positivo, preside sua interpretação, corrige seus defeitos, e algumas vezes impera em uma esphera de livre acção marcada pela propria lei.

A instituição dos Pretores e dos Edis, que se inspiravão mais na equidade do que nos textos, contribuiu poderosa e proficuamente para que o Direito Romano fosse se aperfeiçoando, exercendo dess'arte a equidade uma effcaz e benefica influencia sobre a legislação, de modo a escoimal-a pouco e pouco das barbarias e superstições que a saturavão.

Mas da equidade ao arbitrio não ha senão um passo.

Foi porisso que quando Francisco 1.º conquistára a Saboia, os novos vassallos lhe supplicarão que prohibisse aos juizes de julgarem conforme a equidade, preferindo serem julgados nos termos precisos das leis.

Em remate:

Não é das convenções humanas e arbitrias que depende a equidade; sua origem é eterna, é inalteravel.

Que alegria, exclama Montesquieu, que prazer para um homem, quando procede a um exame de consciencia e acha que possui um coração justo!

Sim, accrescenta o immortal autor das *Cartas Persicas*, sob o pseudonymo de *Usbeck*, sim, se eu estivesse certo de seguir inviolavelmente esta equidade que tenho diante dos olhos, eu crer-me-ia o primeiro dos homens!

S. Paulo, Outubro de 1896.

*Dr. Frederico Albranches.*