

Equidade

Apontamentos de aula

1.—Esta palavra tem, em direito, varias accepções (1), sendo as principaes :

1.^a) a pratica da justiça, já nos casos obscuros ou duvidosos, já nos deixados ao prudente arbitrio do juiz, já, finalmente, nos omissos, de accôrdo com os principios fundamentaes do direito — *honeste vivere, neminem lædere, suum cuique tribuere*.

A palavra, nesta accepção, é synonyma de direito natural ou ideal (2);

(1) Vide Corrêa Telles, *Discurso sobre a Equidade*, apud *Auxiliar Juridico de Candido Mendes* pag. 479; Black, *Law Dictionary*, verb. *Equity*, n. 1.^o, pags. 427 e 428; *American and English Encyclopædia of law*, verb. *Equity*, vol. 11, pag. 148; Lafayette, *Dir. Int.* vol. 2.^o, § 285, letra a, pag. 23.

(2) «*Aequitas est habitus mentis vel doctrina, ubi secundum æquitatis regulas ex rationis ratiotiniis haustas, hoc vel illud interpretando, sive juri supplendo, sive demendo, ad imbecilitatem generis humani rescipiendo, benigne, dijudicamus*» Hress, *Dissertatio de æquitate*, apud Glück, *Pandectas*, traducção de Serafine e Cogliolo, nota 61 ao § 26 do liv. 1.^o, pag. 152.

«*Aequum*, diz Servio (*Ad senei. 2.426*) *juxta naturam accipiunt*»; «*Aequitas*, ensina Cicero, *est quod naturalis ratio persuasit*. (*Ad. Top.*, 5, 28, pag. 321), apud Glück, *op. cit.*, appendice dos traductores ao § 26, pag. 159. E', aliás, a theoria de Paulo: «*Id quod semper æquum et bonum est, jus dicitur, ut est jus naturale*» (*Dig. liv. 1.^o, tit. 1.^o, fr. 11*). Vide Black, *op. cit.*, n. 1, pag. 427; Porchat, *Direito Romano*, vol. 1.^o, n. 237, pag. 194; Windscheid, *Pandectas*, traducção de Fadda e Benza, vol. 1.^o, § 28, pags. 82 e 83, onde diz que: «*l'equità segna l'ideale che il diritto d'ogni popolo deve adoperar-se a realizzare*».

«*Devesi anche notaré che, quantunque il legislatore, nel crear e la legge, abbia in animo di estenderla a tutti i casi, pure è assai difficile poterle comprendere tutti, e, in questa ipotesi, è misterioso invocare l'autorità della ragione. Se il fundamento d'ogni legge è il codice di natura, non si può conoscere che, quando manca la sanzione positiva, il diritto di natura, acquista tutta la sua efficacia. E sapientemente, a Roma, i giureconsulti riconocerono— l'æquitas præter legem— e stabilirono questa massima: «æquitas suggerit et si jure deficiamus.»* V. Lilla, *Filosofia del Diritto*, pag. 21).

Na famosa causa de Curio, os juizes proferiam a sentença, baseados na equidade. Com effeito, Coponio dispozera, em seu testamento, que institua

2.^a) a applicação da lei, de modo a satisfazer ás novas necessidades sociaes :

a) ampliando-lhe o dispositivo aos casos não previstos pelo legislador, desde que se dê identidade de razão— *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio* ;

b) deixando de observal-o, logo que tal razão tenha desaparecido — *cessante ratione legis cessat lex*.

Dá-se, em ambos esses casos, o que os interpretes chamam — supremacia do espirito sobre a letra da lei (3) ;

seu herdeiro o filho que sua mulher dêsse á luz nos dez mezes seguintes á morte d'elle, e que, si esse filho morresse dentro da idade pupillar lhe substituiria Curio. A mulher do testador não teve filho algum e os herdeiros intestados de Coponio, tendo como advogado Scevola, pediram a herança, allegando que, não se tendo verificado a condição imposta pelo testador, não podia ter logar a substituição, e, por conseguinte, o acervo lhes pertencia. Crasso, como advogado de Curio, arguiu que era patente a vontade do testador—só pospor o dito Curio a algum filho que tivesse, e, desde que nenhum tivera, a herança lhe pertencia ; pois, conforme a equidade, deve-se attender mais á mente do testador do que ás suas palavras. (*Vide Digesto Italiano*, vol. 10, letra *d*, pag. 501). E assim o decidiram os centumviro (Corrêa Telles cit., pag. 480). *Vide* outros casos duvidosos no Dig., liv. 28, tit. 4.^o, fr. 3.^o, pr. e liv. 50, tit. 17, frg. 9 e 85.

Diz Savigny que é a esta hypothese de um caso duvidoso, isto é, quando a lei apresenta dois sentidos, que se applica a lei 8 do Cod., liv. 3.^o, tit. 1.^o : «*Placuit, in omnibus rebus, precipuam esse justitiæ æquitatisque quam stricti juris rationem*», preferindo-se o sentido que estiver conforme a equidade ao que estiver com o rigor do direito (*Systema*, vol. 1.^o, nota f ao § 36, pag. 220).

E a razão dão-n'a as *Pandectas Belgas*— é que se deve presumir que o pensamento do legislador, tendo ficado indeciso na fôrma que elle lhe deu, é, comtudo, conforme á justiça. (Tomo 37, verb. *équité*, n. 14, pag. 441.)

«*L'équité, c'est ce que d'autres ont appelé le droit naturel ; c'est ce fonds d'idées cosmopolites, qui est l'apanage commun de l'humanité : c'est ce droit, non écrit, mais inné, que Dieu a gravé dans nos cœurs en caracteres si profonds, qu'il survit à toutes les altérations par lesquelles l'ignorance de l'homme peut le corrompre*» (Troplong, *Influence du Christianisme sur le Droit Romain*, cap. 3.^o, pags. 17 e 18).

(3) Black, *op. cit.*, n. 3, pag. 428 ; Cogliolo, *Filosofia del Diritto*, § 11, pag. 118 ; Huber, *apud Glück, op. cit.*, appendice ao § 26, pags. 154, *verbis* : «*Æquitas nihil quam benigna et humana juris scripti interpretatio est, pro diversitate singularium, non ex-verbis, sed ex mente legislatoris facta*».

«*E' il dualismo indicato in quel passo delle Partitions: fra «æquitas», che indica lo impero limitato e relativo della lettera e «justitia» che ne indica l'assoluta signoria : fra la supremazia dello spirito e quella della parola. E ciò non solo nelle leggi, ma benanco né testamenti e né contratti*» (Ibidem, pag. 155).

«*Vi sono due metodi d'interpretazione, diz Dernburg, dei quale, secundo i diversi tempi e pei diversi popoli, predomina ora l'uno, ora l'altro. L'uno prende, per unica base, la parola ; esso é quello dello stretto diritto, dello jus strictum. L'altro tenãe con ogni forza a ricavare il senso della legge ; esso appartienne al tempo del equo trattamento del diritto, dell'æquitas*». *Pandectas*, traducção de Cicala, § 34, pag. 85).

3.^a) um temperamento ou abrandamento ao rigor do direito positivo, fazendo o juiz, como o *bon judge*, a justiça de cada caso particular—*æquitas, paribus in casibus, paria jura desiderat* (4).

2.—Assim, na primeira accepção :

a) dada a egualdade de provas por parte do auctor e do reu, o juiz em vez de proferir a decisão a favor deste, como lhe ordena a lei (5), proferir-a-á a favor do auctor, por ser, ao contrario do reu, de reconhecida probidade ;

b) ao fixar os alimentos, fal-o-á não proporcionalmente ás necessidades do reclamante e aos recursos da pessoa obrigada (6), mas, dado o estado celibatario desta e a grande familia sustentada por aquelle, só terá em vista as necessidades do mesmo.

E, quando o reu cumprir em parte a obrigação, reduzirá o menos possivel a pena estipulada para o caso de móra ou de inadimplemento (7), attentas a sua riqueza e a grande pobreza do auctor;

c) dada a inexistencia de uma regra juridica applicavel á especie, procurará decidir o feito, de modo a não offender a moral, a não lesar qualquer das partes e, ao contrario, a dar a cada uma o que lhe pertença, procedendo como si fosse legislador.

Foi o que fez, em Roma, o pretor Paulo, ao introduzir a acção Pauliana, para evitar o enriquecimento injusto do devedor ou de um terceiro em detrimento do credor.

3.—Tambem procederam de accordo com a equidade, tomada a palavra na segunda accepção, os pretores, quando :

a) ampliaram o dispositivo da *injuriarum actio*, que só abrangia o caso de offensas physicas em alguém e o da respectiva accusação por algum delicto, a todo e qualquer acto ou palavra que fosse lesivo á boa reputação da pessoa, isto é, a seu *illesæ existimationis status* ;

b) incluíram, nas tres expressões da lei Aquilia *fregerit, jusserit, ruperit*, todo e qualquer damno extra contractual, embora se não podesse absolutamente enquadrar na accepção natural ou translata das mesmas palavras ; e

(4) De accordo com a origem grega da palavra, a equidade, abstractamente, é a norma que se adapta perfeitamente a uma relação e corresponde á sua intima natureza (*Pandectas* de Windscheid, nota dos traductores ao § 28, pag. 136). Eis porque Aristoteles a define : «uma mitigação da lei escripta para circumstancias que occorrem em relação ás pessoas, ás cousas, ao logar, ao tempo» (Paula Baptista, *Hermeneutica Juridica*, nota 2 ao § 16, pag. 20).

Segundo Cicero, a equidade dá um direito igual a todas : «*Par, quod in omnes æquabile est*». (*De Inventione*, livro 2.^o, ns 22 e 54).

(5) *Consolidação das leis do processo civil*, approvada pela resolução da consulta de 28 de dezembro de 1876, art. 338. § 8.^o.

(6) *Cod. Civ.*, art. 400.

(7) *Ibidem*, art. 924.

c) destenderam a noção do vocabulo *vis* do interdicto *unde vi*, de modo a nelle comprehenderem todo e qualquer modo injusto pelo qual fosse alguém esbulhado de sua posse, embora nenhuma *vis* ou violencia houvesse.

Era o que se dava, quando o possuidor, *por medo* abandonava o immovel, bem como quando o colono, sem violencia alguma, se recusava a entregal-o ao respectivo comprador (8).

4.—E, na terceira accepção, para que, no dizer de Cicero, *sumnum jus* se não convertesse em *summa injuria* :

a) procuraram os jurisconsultos romanos interpretar a lei de modo a evitar a iniquidade que resultaria de sua applicação rigorosa (9); e

b) em innumeradas hypotheses, fazendo a justiça de cada caso particular, os pretores introduziram as *fictiones*, como a do *postliminium* e a da lei Cornelia (10); as *præscriptiones*, como as *longi* e *longissimi temporis*;

(8) Vide Ihering, *Espirito do Direito Romano*, vol. 3, § 44, pag. 31 e seguintes e *Fundamento dos Interdictos Possessorios*, cap. VI, pags. 93 e seguintes.

(9) Modestino, no fr. 13, § 2.º — *de excusat* (27-1), diz o dr. Porchat, nos offerece frisante exemplo de um caso em que a *æquitas* efficazmente influe na applicação da lei. Tratando o jurisconsulto, nesse texto, de indicar os prazos concedidos, pela Constituição de Marco Aurelio, ás pessoas que quizessem apresentar razões de excusa da tutela, faz ver que a disposição legal é exigente e defectuosa, dando um resultado em virtude do qual, muitas vezes, as pessoas que se acham mais distantes do centro da cidade, podem ter um prazo menor do que as ahi residentes. Si é verdade que esta intelligencia está contida nas palavras da lei, diz Modestino, entretanto é evidente que outra cousa é que estava na mente do legislador; por isto Servidio Scevola, Julio Paulo e Domicio Ulpiano, os *corypheus da jurisprudence*, ensinam que todas essas particularidades relativas aos prazos, devem ser interpretadas conforme o espirito da lei, de modo que ao ausente seja sempre concedido um prazo pelo menos igual ao presente na cidade. E', como se vê, a *æquitas*, quebranta do origor da letra da lei, para que a sua applicação seja feita de modo mais benigno, attendendo á vontade do legislador. (Porchat, *op. cit.*, pag. 187).

(10) E' dahi que se origina a maxima — *in fictione juris subsistit æquitas*.

«*Sic ex ea æquitate naturali dicuntur nepotes in filiorum locum succedere. Et ea introductum post-liminium*» Vicat, *Vocabularium juris*, verb. *æquitas*, pag. 37). «*Perhaps the most helpfull conception of equity is that so skilfully elaborated by Sir Henri Maine. Equity, in his view, is the second of a series of «agencies» by wich law is brought into harmony with society. It is one of three factors wich operate successively in juridical evolution, beginning with Legal Fictions and ending with Legislation*» *American and English Encyclopedia of law*, vol. 11, verb. *Equity*, pags. 148 e 149.

Assim, por ficção, os pretores :

a) para annullarem um testamento (valido de accordo com o antigo direito, mas em opposição com os novos costumes), em que o pae desherdava os filhos, declaravam-n'o louco, embora estivesse provada e patente sua plena sanidade mental; e,

b) para permittirem a uma criança de peito receber a successão que lhe era deixada, faziam-n'a quebrar um raminho de algum arbusto do respectivo bosque, por não ser ainda permittida a representação nos actos juridicos. (Jean Cruet, *La Vie du Droit*, liv. 1.º; cap. 1.º, n. 3.º; pags. 31 e 32). Vide *ibidem* outros exemplos.

as *exceptiones*, como a *metus causa*; a *in rem propriam procuratio*, a *in integrum restitutio* e muitas outras (11).

5.—Justificam-se plenamente, nas sociedades novas ou em formação, como era então a romana, todas essas tres funcções da *æquitas*, mormente as duas ultimas.

Com effeito, em taes sociedades, as regras juridicas têm, muitas vezes, em seu primeiro apparecimento ou origem, um aspecto por demais limitado, estreito e concreto, que não corresponde ao verdadeiro fim que devem ter em vista—*quod omnibus aut pluribus, iniquaque civitate, utile est*, como o diz Paulo (12).

A razão é que, ao formulal-as, o legislador só tem em mira o caso concreto que se lhe apresenta (13).

Assim, nos exemplos já figurados, o pretor concedeu:

a) a *actio injuriarum* ás duas primeiras pessoas que se lhe apresentaram, queixando se, uma de lesões corporaes, outra de accusação injusta de algum crime;

b) a *actio legis Aquiliæ* para a reparação dos tres primeiros casos de damno que ante elle surgiram e praticados pelos modos de que fala a lei—*fregerit, jusserit, ruperit*;

c) o interdicto *recuperandæ possessionis* aos dois primeiros possuidores que lhe pediram um remedio contra o esbulho violento e contra o clandestino (14).

A jurisprudencia, porém, norteadá pela *æquitas*, foi, aos poucos, alargando o ambito dessas regras, de modo a fazel-as abranger todos os casos em que se dava a mesma razão pela qual foram introduzidas.

E' esse um phenomeno geral e que se observa, não só na historia do direito romano, como na de qualquer outro: é a lei que Ihering chama—ponto de irrupção historica das idéas abstractas (15).

(11) Vide *Digesto Italiano*, vol. 10, verb. *Equità*, pag. 501, e, principalmente, Troplong, *op. cit.*, cap. 3.^o, nota 2 a pag. 34; pag. 39 e notas 1 e 2 e pags. 95 a 108.

(12) *Dig.*, liv. 1.^o, tit. 1.^o, fr. 11.

(13) Cogliolo, *Filosophia del Diritto*, § 11, pag. 118; *Digesto Italo-romano*, vol. 10, verb. *Equità*, pag. 499.

(14) Vide Ihering cit em a nota 8 *supra et retro*.

(15) «L'esprit humain, diz Ihering, découvre plus tôt le côté concret des connaissances intellectuelles, qu'il ne perçoit leur caractère abstrait. C'est ainsi qu'en droit l'histoire nous montre les parties concrètes, c'est-à-dire, les règles du droit s'appliquant aux diverses relations juridiques, développes infiniment plus tôt que les parties abstraites. Avant que la législation et la science reconnussent ces dernières, et les revêtissent de leur forme véritable, c'est-à-dire, générale, elles ont souvent dû parcourir une longue période historique et traverser bien des phases diverses. L'histoire de ce développement est un des phenomenes les plus intéressants de l'histoire même du droit: sa connaissance nous est d'autant plus nécessaire, qu'il s'y révèle une des taches et une des operations les plus importantes de la technique juridique. Le phénomène dont il s'agit ici, et dont nous pourrions trouver une série d'exemples, non seulement dans l'histoire du droit romain, mais

E, ao inverso, regras que, a principio, correspondiam a uma necessidade geral, deixaram, depois, de o fazer, tornando-se, assim, um obice á ordem e ao progresso sociaes.

Dá-se, então, um verdadeiro desequilibrio entre as velhas normas, muitas vezes codificadas, formando o *s'riatum jus*, e as novas necessidades que se impõem sob a fôrma da *æquitas* (16).

Assim é que :

a) no periodo de expansão de Roma, quando a republica se achava rodeada de inimigos, foi-lhe preciso adoptar a regra juridica, consagrada na lei das doze taboas, que aos peregrinos prohibia a aquisição da propriedade, mesmo pela *usucapio* — *adversus hostem æterna auctoritas esto* ;

b) Dada a organização religiosa da familia romana, a herança intestada só se deferia aos agnados e aos gentis com prejuizo dos cognados : «*Si intestato moritur, dispunha a taboa quinta, cui suus haeres nec sit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus necescit, gentilis familiam nancitor*».

Pois bem : os pretores, de accordo com a *æquitas*, mitigaram o rigor desse direito, introduzindo :

a) a favor dos peregrinos, a propriedade bonitaria ;

b) a favor dos cognados, a *bonorum possessio*.

Como estes, muitos outros exemplos poderiam ser citados ; pois, como bem observa Cogliolo, Roma nos offerece, a respeito, um exemplo classico : do sexto ao oitavo seculo de sua existencia, o direito das Doze

dans celle d'un droit quelconque, consiste en ce qu'une idée abstraite, au moment ou elle se produit pour la première fois ne se montre qu'en un point isolé, que l'on pourrait nommer son POINT D'IRRUPTION HISTORIQUE, qu'elle conserve longtemps un sens étroit et n'acquiert que lentement l'importance qui lui appartient d'après sa nature speciale. Les idées aussi doivent lutter pour leur existence et il n'est pas rare de les voir conquérir péniblement chaque pouce de terrain.

On ne les comprendrait point et on les repousserait, si elles apparaissaient tout d'abord avec le caractère de généralité qui a fini par s'y attacher.

Aussi ne prennent elles tout d'abord pied dans la réalité, que timides, discrètes, se contentant d'un domaine restreint, jusqu'à ce qu'elles se soient insensiblement concilié les esprits et qu'elles se soient fixées et fortifiées, de manière à pouvoir prendre l'essor et se développer librement (Esprit du Droit Romain, vol 3.^o, pags. 30 a 32).

Em seguida, elle apresenta varios exemplos, que comprovam essa verdade no Direito Romano. V, de ainda, no mesmo sentido, a *Vontade na Posse*, pag. 84).

(16) «*Il diritto esistente diventa dannoso e si presenta come strictum jus ; le nuove aspirazione premono e si fanno strada con le vesti dell'ÆQUITAS*» (Cogliolo, § 11, pag. 118). «*L'équité se rapproche donc beaucoup du droit naturel, si elle ne se confond pas avec lui. Elle existe dans toutes les bonnes consciences. Mais cette perception ne suffirait pas pour permettre de juger un procès ; non pas comme le disent quelques auteurs, parce que cette notion puissant du juste et de l'injuste serait insuffisante pour inspirer une sentence équitable : MAIS BIEN PARCE QUE LE DROIT POSITIF AUTORISE DES ACTIONS CONTRAIRES A' L'E'QUITE' ET QUE JUGER D'APRE'S L'E'QUITE' SERAIT SOUVENT VIOLER UNE RÈGLE FORMELLEMENT ÉCRITE DANS LE CORPS DU DROIT*» (Boujean, INSTITUTES, v. 1.^o, n. 5, pag. 8).

Taboas soffreu uma transformação extraordinária, visto que os pretores e os juriconsultos, com o passaporte do *aequum est*, introduziram, em todos os institutos jurídicos, innumeras normas novas.

Foi então a equidade, nas tres accepções mencionadas, verdadeira fonte do direito romano, donde o preceito que nelle impera — *in omnibus quidem, maxime tamen in jure, aequitas spectanda sit*. (17).

VI *Quid*, porém, no direito moderno ?

Não ha duvida que, na primeira accepção, ella ainda hoje desempenha função importante no direito dos povos cultos. (18).

Assim é que :

a) nos casos deixados ao prudente arbitrio do juiz, deve este nella inspirar-se attendendo ás condições peculiares das partes litigantes ; pois *prudente arbitrio* é o arbitrio do *bom varão* e bom varão é o que procede de accordo com a *aequitas*. (19) ;

«Tuttavia l'esperienza storica e l'osservazione realistica dimostrano che possono sorgere — e si sono effettivamente verificati — parziali conflitti fra il diritto e la morale. Questi conflitti possono sorgere in due modi. Qualche volta avviene e può avvenire che si formino nella coscienza sociale del più alti ideali di moralità, e quindi la moral progredisca in confronto del diritto, che intanto rimane irrigidito nelle sue vecchia forme ; e di qui la possibilità di divergenze fra questo e quella.

Qualche altra volta poi è accaduto e può accadere che si elevino a norme giuridiche dei precetti, che non solo non trovano risonanza, ma contraddicono invece coi risultati della coscienza morale ; quindi la possibilità di altri conflitti» (Cicilio Vanni, *Filosofia del Diritto*, parte 3.^a, cap. 3.^o, pag. 98) *Vide*, a respeito, Ruy Barbosa, *O Acre Septentrional*, vol. 1.^o, n. 176, pag. 382 ; Scialoja e Bonfante, *Dizionario Pratico del Diritto Privato* v. 2.^o *verb equità* § 1.^o pag. 851 e § 2.^o, pag. 852 ; Pacifici-Mazzoni, *Int. di Dir. Civile Ital.*, v. 1.^o, liv. 1.^o, tit. 2.^o, nota 1.^a, pag. 3.

(17) Dig. liv. 50, tit. 17, frg. 90 ; Cogliolo, *op. cit.*, § 11, pag. 118. «Par un singulier paradoxe, diz Jean Cruet, cette action profonde de la jurisprudence sur le développement du droit romain, bien loin d'impliquer le mépris de la tradition législative, a eu pour cause la vénération même professée par les romains à l'égard des premiers monuments de leur droit écrit ; comme les vieux textes, dans leur pensée devaient avoir tout dit, et tout prévu, c'est en eux qu'ils allaient toujours chercher l'inspiration juridique. Mais cette vitalité indéfinie, attribuée avec obstination a un ensemble d'institutions juridiques élaborés, avec des concepts rudimentaires, par une société encore barbare, était apparente et illusoire : la vérité est que de l'antique loi des XII Tables les interprètes savaient deduire des solutions pratiques et élégantes qui n'y étaient certainement pas contenues même d'une manière virtuelle et lorsque, tout au contraire, se heurtaient à une prescription positive, devenue pour les relations sociales, par l'écoulement même du temps, une gêne croissante, ils cessaient progressivement de le voir, par une sorte d'aveuglement utilitaire» (*La Vie du Droit*, liv 1.^o, cap. 1.^o, n. 1, pags. 26 e 27). *Vide ibidem*, os ns. 2 e 3. pags. 28 a 32 *Vide* a série de normas jurídicas introduzidas pelos Pretores em Troplong, *op. cit.*, pags. 95 a 108, donde, segundo Arthur. Duck : «*Praetoris edicti verba Spiritum Sanctum in os Praetoris immisisse Baldus existimavit*» (*Ibidem*, pag. 11).

(18) *Vide* Lozzi, Diena, Mazzoni, Scialoja e Piola, *apud Dizionario Pratico del Diritto Privato* cit., vol. 2.^o, pags. 853 a 855. *Vide* a opinião contraria de Demolombe, Laurent e Deodati, *ibidem*, pag. 854.

(19) Pereira de Carvalho, *Primeiras Linhas Orphanologicas*, v. 1.^o, § 104 e nota 190, pags. 266 e 267.

«In jure interpretando et applicando aequitas intelligitur, cum dicitur aequitas arbitrii Vicati Vocabularium juris, verb. aequitas, pag. 37).

b) o mesmo deve elle sempre fazer nos casos duvidosos (20), pois são resultantes da equidade as conhecidas regras—*in dubio pro libertate, in dubio pro validitate actus, in dubio pro possessore, in dubio pro reo, etc.*; (21)

c) e, nos casos omissos, todas as legislações lhes ordenam procedam de accordo com ella, applicando á especie uma regra que formulariam, si, a respeito, tivessem de legislar. (22)

Nas duas outras accepções, porém, ella não póde mais funcção no direito moderno.

Eis, de facto, o dispositivo das Ords. do liv. 3.º, tit. 78, § 2.º: «Os quaes homens bons vejam si a partição e avaliação é justa e feita como deve, ou si é a parte em ella aggravada, e emendem o aggravado, que acharem feito, e ponham tudo em tal egualdade, que as partes não recebam damno». Vide exemplos de casos deixados ao prudente arbitrio do juiz em Pereira de Carvalho supra citado, bem como na lei n. 2 681, de 7 de dezembro de 1912, art. 22: «No caso de morte, a estrada de ferro responderá por todas as despesas e indemnizará, a arbitrio do juiz, todos aquelles aos quaes a morte do viajante privar de alimentos, auxilio ou educação» Vide Código Civil art. 1.456.

(20) Assim, por exemplo, quando os limites antigos não podem ser conhecidos e é obscura a posse dos confrontantes, deve o juiz dividir o terreno em litigio em tantas partes eguaes quantos forem os confrontantes (Vide Corrêa Telles, *Digesto Portuguez*, v. 2.º, art. 1.192, pag. 202, e Macedo Soares, *Terras*, n. 253, pag. 210).

«En los casos a que no pudieren applicar-se las reglas de interpretacion precedentes, se interpretaran los *passagés oscuros* o contraditorios del modo que mas conforme parezca al espiritu general de la legislacion *i á la equidad natural*». (Cod. Civil do Chile, art. 24).

«Si una cuestion civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espiritu de la ley, se attenderá á los principios de ley analogos; y si aún la cuestion fuere dudosa, se resolverá *por los principios generales del derecho*, teniendo en consideracion las circunstancias del caso» (Cod. Civ. Argentino, art. 16).

(21) «*Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi quo res de qua agitur in tuto sit*» (Dig., liv. 50, tit. 17, fr. 80).

Esta regra se funda na equidade; porque, si as partes celebraram o acto juridico, é porque lhe quizeram dar efficacia. E' intuitiva a razão por que igualmente se baseiam na equidade os outros brocardos que citamos no texto (*vide a nota 2 supra, in-fine*). «E' molto disoutato si e quanta parte debba concedersi all'equità né giudizi; per risolvere tale questione, bisognerebbe intendersi bene nel significato di *equità*. Si per tale s'intende un sentimento affatto soggettivo nel modo, con cui debbe regolarsi un dato rapporto, *non v'ha dubbio che bisogna escluderla assolutamente di fronte alla chiara lettera del diritto positivo*; se, invece, se intende quella sana considerazione dell'individualità concreta d'uno rapporto giuridico, che tenendo conto degli elementi diversi, che lo compongono, *sa applicare e temperare norme diverse—tale equità non solo non deve escludersi della applicazione del diritto, ma é anzi il modo dovuto di applicazione*» (Glück, *op. cit.*, nota a do traductor ao § 23, pag. 153)

(22) «Applicam se aos casos omissos as disposições concernentes aos casos analogos, e, não as havendo, *os principios geraes de direito*» (Cod. Civ., art. 7.º).

«Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações juridicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos da *common law* e EQUITY serão tambem subsidiarios da jurisprudencia e processo federal» (Dec. n. 848, de 11 de outubro de 1890, art. 387, 2.ª alinea).

Com effeito :

a) ampliar a lei a casos não compreendidos em seu dispositivo e que nelle se não podem incluir pela interpretação analogica ou pela extensiva, como, nos exemplos supra expostos, o fizeram os pretores romanos, é, incontestavelmente, legislar.

Elles o podiam, porque a lei Cornelia lhes reconheceu essa faculdade. (23)

«La loi régit toutes les matières aux quelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence» (*Cod. Civ. Suisse*, art. 1.^o). A equidade «é norma suppletiva di diritto per la facoltà o il precetto fatto al giudice di applicare i principii di equità» (Pacifi-ci-Mazzoni, *op. cit.*, n. 1, pag. 3).

«Equity Suffers No Wrong Without a Remedy. This is usually classed by text writers among the equitable maxims, though it is recognized as an application of the larger principle—*ubi jus, ibi remedium*. The principle of the maxim is not infrequently invoked by the courts, especially in dealing with newly created rights and duties. (6) It is under this late phase of the principle that injunctions were granted by the federal courts to prevent railroad employees from refusing to perform their usual duties. (7)

(6) *Jay v. St. Louis*, 138, U. S. 1; *Smith etc., Mfg. Co. v. Mellon*, 58 Fed. Rep., 705; *Gibson v. Trinity County*, 80 Col. 363; *Innes v. Loring*, 7 Paige (N. Y.) 583, where Chancellor Walworth observed: «I regrette that I am obliged to extend the jurisdiction of this court to this new class of cases. But whenever the legislature creates new rights in parties, for the protection and enforcement of which rightsthe common law affords no effectual remedy, and the statute itself does not prescribe the mode in wich such rights are to be protected, this court, in the exercise of its acknowledged jurisdiction, is bound to give to a party the relief to wich he is equitably entitled under the statute.

(7) *Injunctions Against Railway Employees - Southern California R. Co. v. Rutherford*, 62, Fed. Rep. 796, where the court said: «It is manifest that for this state of affairs the law neither civil nor criminal affords an adequated remedy. But the proud boast of equity is—*ubi jus, ibi remedium*. It is the maxim which forms the root of all equitable decisions. Why should not men who remain in the employment of another perform the duties they contract and engage to perform? It is certainly just and right that they should do so, or else quit the employment. And where the direct result of such refusal works irreparable damage to the employer and at the same time inteerferes with the transmission of the mail and with commerce between the states, equity, I think, will compel them to perform the duties pertaining to the employment so long as they continue in it. If I unlawfully obstruct by a dam, a stream of flowing water, equity, at the suit of the part injured, will compel me by injunction, mandatory in character, to remove the dam, and, prohibitory in character, from further interfering with the flow of the stream; and if I unlawfully, erect a wall shutting out the light from another, equity will compell me to tear it down and to refrain from further interference with the other's rights. It is true that such cases are note precisely like the present one, yet the principle upon which the court proceeds in such cases is not substantially different» (*American and English Encyclopaedy of Law*, v. cit., pags. 179 e 180).

(23) «Lex Cornelia, diz Ausonio, sauxit ut praetores, ex edictis suis petuis, jus dicerent; quae res tum gratiam ambitiosis praetoribus, qui varie-jus dicere assueverant, sustulit» (*Vide Maynz, Dir. Rom.*, v. 1.^o, n. 120 nota 5, pag. 220). «Gli editti dei pretori erano destinati anzitutto all'ulteriore sviluppo del diritto civile. Ma gli editti stabilivano anche delle integrazioni, quando il diritto civile aveva delle lacune o non era sufficiente.

Mas nos Estados modernos, como o nos.º, a attribuição de legislar é *privativa* de outro poder — o legislativo (24), cumprindo ao juiz applicar a lei ao caso occorrente, sem indagar si o seu dispositivo é ou não estreito e limitado — *judex es, non ut de lege judices*, como o diz d'Aguesseau, *set ut secundum legem judices*. (25)

Si, apes.r disso, o juiz deixar de applicar a lei existente e introduzir uma nova regra juridica, commetterá um crime — o de usurpar uma função publica. (26)

Do mesmo modo não póde elle, como *bon juge*, para fazer a justiça de cada caso particular, deixar de applicar a lei, por ser ou lhe parecer muito rigorosa; pois isso importaria em revogal-a para a especie, attribuição que é tambem *privativa* do poder legislativo. (27)

Essi passarono infine alla correzione delle norme del diritto civile, quando queste contradicessero alla *æquitas*, cioè non fossero acconcie ai rapporti del tempo» (Dernburg, *Pandectas*, traducção de Cicala, § 2.º, pag. 47).

Vide ainda Windscheid, *op. cit.*, nota 4 ao § 28, *verbis*: «ma la posizione dei giuristi romani era anche molto piú libera che quella dei giuristi e giudici attuali». (Pag. 83)

(24) Const. Fed., art. 34, n. 23.

(25) Il giudice non deve avere altra norma che il diritto positivo. Eppero, sia pure che questo contraddica alla coscienza popolare, egli deve tenersi estraneo alla questione: egli è giudice per la legge e secondo la legge, non della legge. Certo talora questa è manchevole e difetosa come ogni opera umana: ma il remedio è solo nella correzione *per opera del potere competente*, non già nella sua violazione per parte del giudice.» (Windscheid, *op. cit.*, nota dos traductores ao § 28, pag. 137.)

(26) Cod. Penal, art. 224.

(27) *Ejus est tolere, cujus est condere legem*.

«L'equità, diz Glück, non deve contenere alcuna deviazione da una norma obbligatoria» (*Op. cit.*, § 26, pag. 153); pois «il giudice, nell'interpretare ed applicare il diritto non può seguire l'equità *che in quanto e per quanto è insita in esso*. Se il diritto è di sua natura stretto, il giudice non ha il potere d'introdurri l'equità, per temperarne il rigore, *perchè ciò apporterebbe modificazione sostanziale al diritto medesimo*. A maggior ragione il giudice non può giammai posporre il diritto all'equità, non avendo il potere di precorrere l'azione del legislatore, al quale solo spetta di elevare a diritto l'equità» (Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, n. 1, pag. 4).

Accresce que, segundo bem observa este eminente civilista, «nell diritto moderno, in generale, il giusto è equo: perchè esso è storicamente derivato dal giure romano, *reso equo dal pretore, dagl'imperatore christiani e dai pontefici*, ed è informato dallo spirito della tradizionale equità romana e canonica» (*Ibidem*, nota 1 ao n. 1, pag. 3).

Mais ainda:

«Ricordisi, infatti che il legislatore ha indubitamente la facoltà di decretare, per ragione de Stato, disposizioni contrarie all'equità. Disposizioni non meno efficaci ed obbligatorie di quelle che dichiarano principii di equità. E poichè *scire leges non est verba earum tenere, sed vim atque potestatem*, pero la volontà del legislatore è da ricercare diligentemente anche in queste disposizioni e tutti rigorosamente osservare» (Giorgi, *Obblig.*, v. 1.º, n. 23, pag. 26).

Para o juiz a regra invariavel e sem excepção é que — *dura lex sed lex* (28) ; é que «*inter æquitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis (id est, legum latori soli) et oportet et licet inspicere.*» (29)

7. Casos ha, certo, em que nos parece injusta a applicação da lei.

Esta, effectivamente, estabelece a época da puberdade e a da maioridade ; e pôde acontecer que, muito antes daquellas edades, a pessoa se torne apta para gerar ou conceber e revele o senso necessario para reger perfeitamente sua pessoa e bens.

E, ao inverso, bem pôde ser que uma pessoa de 20 annos não seja ainda pubere e outra de 30 não tenha ainda juizo sufficiente para se libertar do patrío poder ou da tutela.

(28) «*Quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est*» (Dig., liv. 40, tit. 19, fr. 12, § 1.º).

(29) Cod., liv. 1.º, tit. 14, const. 1.ª «Qui se trattava di un'equità contradicente alla legge, che una parte adduceva in suo favore, mentre l'altra aveva per se il manifesto diritto, come ha osservato il Neller nella citata Dissert., § XX. In un tal caso, non può il giudice avere benigno favore d'una parte, perchè la sua benignità verso l'una sarebbe ingiustizia verso l'altra. Se la parte in causa non vogliono esperire f a loro la benignità e se il giudice trova difficoltà a riconoscere a favore d'una quanto statuisce il diritto manifesto, deve lasciarne la decisione al legislatore». (Glück, *op. cit.*, nota 65, pag. 153) «Che gli elementi di fatto possono e debbano impedire l'applicazione di un certo precetto legislativo, è cosa evidente, *ma che non a nulla a vedere con ciò.* La questione è questa : dato che il fatto presente tutte le condizioni espresse nella legge e non ne abbia alcuna contraria ad essa, può non applicarsi la volontà del legislatore per riguardo a considerazioni sentimentali di equità? *Rispondere che si, è rispondere non da giurista.*» (Cogliolo, *op. cit.*, nota 72 á pag. 119).

Le tribunal de l'équité (dans le débat des droits d'autrui), diz Kant, est une véritable contradiction. *Seulement, lorsqu'il s'agit des droits propres du juge et qu'il peut agir dans sa propre affaire, il peut et doit même écouter l'équité.* Par exemple, si la couronne prend pour son compte les pertes que d'autres ont éprouvées à son service, quoique suivant le droit strict, elle pût ne pas faire droit à cette réclamation, puisqu'elle pourrait alléguer que ces fonctionnaires avaient accepté leurs charges à leurs risques et périls. La devise de l'équité est donc : «Le droit très strict est une très grande injustice» (*summum jus, summa injuria*). *Mais on ne peut remédier à ce mal pas le moyen du droit, quoiqu'il se rapporte à une question de droit, parce que la réclamation fondée sur l'équité ne ressortit qu'au tribunal de la conscience (forum cœli), tandis que la question de droit ressortit au tribunal (forum soli seu civile)* *Principes Metaphysiques du Droit, appendice à l'introduction au droit, I, pages. 49 e 50, da traducção de Tissot).*

Como bem o diz Merlin, para a maioria dos homens a equidade é alguma cousa demasiado arbitraria : o que parece justo a um, parece injusto a outro. O unico criterio, pois, para se conhecer onde está a razão, é a lei, que se deve considerar como fructo da sabedoria e da reflexão do legislador, que se presume nunca nos induzir em erro. (*Repert., verb. équité, vol. 6.º, pag. 222*).

«Le président Fabre, diz Laurent, tonne contre cette usurpation. Rien de plus dangereux, dit-il, que cette prétendue équité ; chaque juge s'en forme une à sa guise et selon son caprice ; il y a autant de lois que de juges ; c'est-à-dire qu'il n'y a plus de droit. N'est-ce pas se moquer du législateur que d'é luder ainsi sa volonté, et cette prétendue équité ne merite-t-elle pas

Não será injusto, nas duas primeiras hypotheses, prohibir o casamento e a maioridade e, nas duas ultimas, permittil-os ?

Não. A lei é uma norma de conducta social tão importante, tão indispensavel á ordem e ao progresso, que o Estado, não julgando sufficientes outras sancções com que a moral e a religião a protegem, a garante, de modo mais energico, com uma pena — a coacção : é que a observação e, ás vezes, a experimentação, já demonstraram que essa norma é, não só util, mas necessaria *na maioria dos casos*, formando o que os juristas chamam o — *minimo ethico*. (30)

d'être appellée *cérebriane* ? » (*Cours de Dr. Civ.*, v. 1.º, § 5.º, pag. 55) *Cerebrina*, exactamente, é como lhe chamavam os Estatutos da Universidade de Coimbra, promulgados a 28 de agosto de 1772, quando, no liv. 2.º, tit. 5.º, cap. 3.º, doutrinavam : « Distinguirão os mesmos professores o *direito escripto do consuetudinario* : o *civil do pretorio* ; e o *rigor de direito*, da *Equidade*, dando a conhecer a *Equidade Pretoria* e *escripta* e *desmascarando a Equidade Cerebrina*, que tem servido de *pretexto para se commetterem muitos erros em direito e para os perniciosos abusos de se erigirem os Juizes em Legisladores, de se fazerem arbitros da execução das leis e de illudirem as disposições mais claras e expressas do direito*. » (*Vide* andido de Oliveira, *Legislação Comparada*, terceira lição, pag. 27). « Alcuni fanno dell'equità solo un'applicazione del principio morale ; e per questi, naturalmente, la legge positiva ha da cedere e di fronte all'equità. *Ma, o si parla di una morale astratta, e allora ognuno se la conforma a suo talento, e la prevalenza della morale sulla legge rappresenterebbe la più strana anarchia, poichè la giustizia sarebbe in piena balia di capricci individuali ; o si parla di morale sociale, positiva, e allora fra essa e il diritto non vi può essere opposizione, poichè se tratta di due esplicazioni della stessa coscienza popolare. E via sia pure quest'opposizione, non è però certo al giudice che può lasciarsi il decidere della moralità o meno del precetto giurico senza annullare l'essenza di questo*. » (*Windscheid, op. cit.*, nota dos traductores ao § 28, pag. 136 e 137).

« Il diritto è norma di garanzia, diz Icilio Vanni : esso garantisce le condizioni fondamentali della vita in comuni e non può fare di più, perchè la sua funzione no lo comporta. Tutto ciò che rimane da regolare nella condotta umana, il diritto lo abandona alle altre norme, destinate a compiere una funzione educatrice, moralizzatrice, perfettiva. Questo non è, como dicono alcuni, un destino amaro a cui bisogna rassegnarsi, una necessaria imperfezione del diritto ; ma la consequenza di una complessa ed organica divisione del lavoro.

Le varie forze sociali debbono integrarsi reciprocamente. Il diritto per compiere la sua funzione di garanzia, arma bensì il braccio del creditore crudele, ma conta su altere forze regolatrice della condotta e specialmente sulla morale, perchè intervengano a disarmallo. » (*Icilio Vanni, Filosofia del Diritto*, parte 2.ª, cap. 3.º, pag. 100 e 101).

(30) « Si può dunque ammettere che in altri periodi storici il diritto non abbia avuto un contenuto suo proprio ; ma bisogna riconoscere che il diritto si é venuto a poco a poco ritirando in um campo suo proprio, nel campo delimitatogli dalla sua speciale funzione di tutela e di garanzia ; si é ristretto a poco a poco a quello che i giuristi tedeschi hanno chiamato il *minimo etico*, cioè, si é limitato a garantire, del campo etico, qualche più strettamente é necessario al mantenimento della vita in commune, lasciando ad altre forze il compito di regolare quello che c'é di più individuale nella

Embora, pois, essa utilidade e necessidade, excepcionalmente, se não apresentem em um caso dado, como nos exemplos supra figurados, não se pôde deixar de lhe applicar a regra geral; porque, muitissimo acima desse caso isolado, dessa utilidade individual, está a utilidade publica, a necessidade collectiva—de que o direito se conserve direito, isto é, uma norma *geral e coactiva*; mil vezes superior á *iniquidade* feita a uma pessoa está a *verdadeira equidade*, que, por meio da lei, o legislador faz á totalidade ou á grande maioria das outras pessoas.

Esta é que é a verdadeira *aequitas* (31), não passando a outra—a que consiste na infracção da lei—de arma perigosa, de que se servem os advogados, como diz Quintilia no, para subtrahirem seus clientes ao imperio da lei e do direito, entregando -os ao arbitrio do juiz, com grande escandalo da maioria de seus concidadãos. (32)

E como bem o diz Bentham, *optima lex est quae minimum relinquit arbitrio judicis*.

Na verdade, o grito geral na Europa, o qual se tornou adagio banal era:—Deus nos livre da *equidade* dos parlamentos. (33)

E, quanto á dos juizes, conta-se que, quando Francisco 1.^o, da França, conquistou a Saboia, os novos vassallos foram incorporados supplicar-lhe, como graça especial, prohibisse aos juizes proferirem suas decisões de accôrdo com a *Equidade*, pois a ella preferiam os termos precisos e rigorosos da lei. (34)

vita, secondo il principio già posto della divisione di lavoro, che é avvenuta fra le varie specie di norma della condotta" (Icilio Vanni, *op cit.*, parte 2., cap. 3.^o, pag. 104 e 105).

"Le but essentiel des lois positives, diz muito bem Demolombe, est précisément de prévenir, à cet égard, l'incertitude et l'arbitraire, en déterminant, parmi les règles si nombreuses et quelquefois même si controversées du droit naturel (synonimo de equidade, como já vimos) celles que deviendront *lois!* celles qui seront *légalment obligatoires*". (*Code Napoléon*, v. 1.^o, n. 10, pag. 9).

(31) Eis, de facto, o que diz Cicero: «*Ex aequo et bono jus constat, quod ad veritatem et utilitatem COMMUNEM videtur pertinere*». (*Ad Herennium*, liv. 2.^o, n. 13), isto é, «o direito se origina da equidade, quando parece baseado sobre a verdade e a utilidade *communis*»; «*Jus civile est aequitas constituta is qui ejusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas*» (*Topica* n. 2, alinea 3.^o), *id est* «o direito civil é a equidade, reduzida a leis, para dirigir os membros de um mesmo Estado no exercicio de seus direitos» (*Vide* a traducção de Nisard, *Oeuvres*, v. 1.^o, pag. 20 e 490).

(32) «*Ut, si, in jure, minus fiduciae erit, aequitatem indicem praeparemus*» (*Inst. Orat.*, liv. VII, cap. 1.^o, n. 63).

(33) Laurent, *op. cit.*, vol. 1.^o, § 5.^o, pag 55, e *Pandectas Belgas*, tomo 37, *verb. équité*, n. 10, pag. 440.

(34) Corrêa Telles, *Discurso sobre a Equidade*, *apud Auxiliar Juridico* citado, pag. 480.

8.— Apesar, porém, de tudo que acabamos de expôr, a verdade é que em todos os paizes, os juizes, com o pretexto da equidade, se têm tornado *verdadeiros legisladores*, transformando, completamente, o direito, ao applical-o ás especies. (35)

Bello Horizonte, 1.º de outubro de 1916.

Edmundo Lins.

Lente Cathedratico de Direito Romano.

(35) *Vide* Jean Cruet, *op. cit*, *passim*, *et, signanter*, liv. 1.º, pags. 21 a 84: é o imperio de uma lei da evolução jurídica — a lei da tradição. (Marnôco e Souza, *Direito Romano*, n. 3, pag. 2).

Como os pretores romanos, os juizes inglezes, applicando a equidade, têm legislado em todos os ramos do direito, como o mostram Lewis Sutherland (*Statutory Construction*, v. 2.º, ns. 587 e 588, pag. 1.077 a 1.075) e Endiick (*On the interpretation of Statutes*, § 110, pags. 144 a 146). *Vide*, igualmente, ns. 320 a 328, pags. 437 a 451, em que este escriptor mostra a grande funcção que a equidade desempenha no direito inglez e no Americano.