

## **A EQUIDADE COMO FONTE DO DIREITO**

**Carlos Augusto de Almeida Troncon**

Professor FAI/ FADAP

**Luane Marin Latin**

Bacharelanda no Curso de Direito da FAI

### **Resumo**

A equidade é um importante instrumento colocado à disposição do magistrado para a solução dos casos concretos e para a efetivação da Justiça, constituindo um dos mais interessantes temas do Direito. Inexiste consenso entre os doutrinadores ao determinar a sua natureza jurídica, pois alguns consideram a equidade como sendo fonte do Direito, ao passo que outros a consideram um método de integração. O presente trabalho almeja, através da revisão bibliográfica, a realização de um estudo sobre as fontes do Direito, os métodos de integração e a equidade, com o objetivo de se posicionar sobre essa questão.

**Palavras-chave:** Equidade. Fontes do Direito. Métodos de Integração. Justiça

### **Abstract**

Equity is an important tool available to the magistrate for the solution of specific cases and for the realization of justice, constituting one of the most interesting issues of law. Nonexistent consensus among scholars to determine its legal status because some consider equity as a source of law, while others consider it an integration method. This study aims, through literature review, conducting a study on the sources of law, methods of integration and equity in order to position on this issue.

**Keywords:** Equity. Sources of law. Integration methods. Justice.

## **1. Introdução**

A equidade é um dos mais belos temas da Ciência do Direito, em virtude de sua ligação com o conceito de Justiça e, desde as épocas mais remotas até a contemporaneidade, pensadores estudaram e continuam estudando a sua essência. Aristóteles foi quem a conceituou da forma mais sucinta e precisa, como sendo “Justiça do caso concreto”, sendo inquestionável o seu poder criativo. O ponto que torna mais interessante a temática da equidade é o fato de que os juristas ainda se questionam se ela é ou não fonte do Direito.

## **2. Revisão Bibliográfica**

Miguel Reale (2010, p.123) preleciona que, para Aristóteles, a equidade é uma modalidade de Justiça ou, em outras palavras, a equidade é a Justiça no momento crucial de sua aplicação ao caso concreto. Complementa esclarecendo que, enquanto a Justiça é uma medida abstrata a ser aplicada a todas as hipóteses, a equidade é a Justiça em seu aspecto dinâmico, pois é ela ajustada ao caso concreto.

A equidade é a Justiça em movimento ou, em outras palavras, é aplicação da Justiça genérica e abstrata a um determinado caso concreto, vencendo os rigores da norma jurídica, criada para uma situação genérica e distante da realidade colocada diante do juiz de Direito. Equidade é processo criativo. Se a Justiça é uma ideia abstrata de dar a cada um aquilo que é seu, a equidade é a efetivação da Justiça, é o dar a cada um o que é seu em cada caso concreto. Se o ideal de Justiça no Direito Penal é a atribuição da sanção, a equidade seria a medida dessa sanção.

Miguel Reale (2010, p. 123) ensina que Aristóteles comparava a equidade à Régua de Lesbos e que esta era uma régua utilizada pelos operários para medir certos blocos de granito porque era feita de um metal flexível e se ajustava às irregularidades de qualquer objeto. Explica que a Justiça é uma medida abstrata e genérica, diferente da equidade, que é concreta e específica.

Assim, a equidade é a aplicação da norma a determinado caso. A norma não consegue abarcar todas as situações sociais porque há uma infinita gama de comportamentos humanos. A norma se preocupa com o genérico. A equidade é o específico. Dentro do genérico há particularidades, situações não contempladas pelo

legislador. A equidade se preocupa com estas circunstâncias, para que a norma seja aplicada da melhor forma possível. A equidade “não mede apenas aquilo que é normal, mas, também, as variações e curvaturas inevitáveis da experiência humana.” (REALE, 2010, p. 123).

Uma lide somente será resolvida de forma justa se não ficar adstrita ao plano abstrato. Uma norma contém em si os ideais de Justiça, contudo, ela foi elaborada de forma ampla, regulando minimamente determinado fenômeno social. Existirão fatos que não se amoldarão ao que está escrito na letra da lei, ou então se amoldarão, mas não de maneira plena, porque haverá algo que não foi contemplado. Nesse sentido, a aplicação de um comando genérico a uma peculiaridade constitui uma injustiça, porque não se está levando em conta a realidade da vida. Chega-se a um ponto em que sempre é necessário analisar as peculiaridades do caso concreto, devendo o magistrado agir com extrema prudência e sensibilidade.

Os romanos já sabiam que “a estrita aplicação do Direito traz consequências danosas à justiça: *summum jus, summa injuria*. Não raro, pratica injustiça o magistrado que, com insensibilidade formalística, segue rigorosamente o mandamento do texto legal” (REALE, 2010, p. 299).

Por vezes a norma jurídica é demasiadamente rigorosa, sendo necessário o seu abrandamento. A equidade é a noção de Justiça que busca o magistrado para que aquela lide tenha um desfecho mais justo e coerente. Assim, a equidade é um meio de lapidar e humanizar a norma, quando esta é demasiadamente rigorosa ou inadaptada ao contexto fático.

Silvio de Salvo Venosa, sobre o vocábulo equidade, menciona que ele “provém de *aequitas, aequitatis*, derivado, por sua vez, de *aequus*, justo. O termo, em linguagem da nossa ciência e mesmo vulgar, vem sendo utilizado para significar igualdade e justiça, ou então, em significado mais restrito, justiça aplicável a um caso concreto” (2010, p. 140).

Indiscutivelmente, para o entendimento da essência da equidade, é imperioso compreender o significado de Justiça. Paulo Nader (2011, p. 105) alega que o conceito de Justiça foi uma elaboração da cultura greco-romana, tanto que Ulpiano, embasado nas ideias de Platão e Aristóteles, a definiu como sendo “a constante e firme vontade

de dar a cada um o que é seu” (*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*).

Antes da divagação sobre o que consiste o “dar a cada um o que é seu”, é essencial realizar um breve estudo sobre os ideais de Platão e Aristóteles porque, notoriamente, o primeiro em muito influenciou o segundo. Nada mais natural, tendo em vista que Aristóteles foi aluno da Academia de Platão e os ensinamentos de seu mestre contribuíram para a formulação de sua própria linha de pensamento.

Paulo Nader (2011, p. 109) mencionou que Platão, convencido das desigualdades humanas, mas sem defender um determinismo social, construiu seu raciocínio sobre o conceito de Justiça a partir da premissa de que cada indivíduo é dotado de uma aptidão própria e é por essa razão que alguns nascem para governar, ao passo que outros, para serem auxiliares, agricultores, militares, artistas e comerciantes, dentre outras profissões. Aduziu que, em decorrência desse pensamento, para o filósofo, por uma questão de Justiça, todo indivíduo deveria se dedicar somente à atividade para a qual possui qualidades.

É cediço que Platão formulou uma curiosa comparação entre o Estado utópico e o corpo humano, tendo sido bem explanada na obra intitulada *O Mundo de Sofia*. Jostein Gaarder (2005, p. 106) elucida que, segundo o filósofo, o corpo humano era constituído basicamente em cabeça, peito e baixo-ventre, sendo que cada uma dessas partes correspondia a determinada característica: a razão pertencia a cabeça, a vontade ao peito e o prazer ou o desejo ao baixo-ventre. Por sua vez, cada uma das características apontadas possuía um ideal ou uma qualidade: a razão almejava à sabedoria, a vontade deveria mostrar coragem e, por fim, os desejos deveriam ser controlados para que o ser humano alcançasse a temperança. O Estado era constituído igual aos seres humanos, possuindo “cabeça”, “peito” e “baixo-ventre” e, por esse motivo, possuía governantes, sentinelas e trabalhadores.

Paulo Nader (2011, p. 109) alega que a Justiça alcançou o seu lineamento mais rigoroso e preciso com Aristóteles, que a dividiu em geral e particular. Esclarece que a geral corresponde à virtude da pessoa, ao passo que a particular foi subdividida em distributiva e corretiva (igualadora ou sinalagmática). Aduz que Justiça distributiva se resumia na repartição dos bens e das honras entre os indivíduos, levando em conta, como critério, o mérito de cada um e o princípio da proporcionalidade (chamada de

proporção geométrica), cabendo ao legislador a fixação desses critérios. Alega que a Justiça corretiva era aplicada às relações recíprocas e atingia as transações voluntárias, criadas pelos contratos, bem como as involuntárias, oriundas dos delitos. Por fim, apresenta as lições de Del Vecchio (2011, p. 110), que subdividia Justiça corretiva de Aristóteles em comutativa e judiciária: a primeira era aplicada nas relações de troca e a segunda, nas esferas cível e criminal, visando corrigir desequilíbrios.

Diante do exposto, conclui-se que o conceito embrionário de Justiça foi criado por Platão, tendo Aristóteles o expandido para o âmbito jurídico. Com efeito, para Platão a Justiça se resumia em conceder a cada membro de uma sociedade a ocupação em consonância com suas aptidões. Em última análise, consiste em dar a cada um o que é seu. Aristóteles foi além e aplicou esse conceito de Justiça ao universo das trocas e das sanções penais. Contudo, se ficou silente quanto os deveres da sociedade em relação a cada um de seus membros e quanto às obrigações de cada indivíduo perante a sociedade. “São dois aspectos distintos e complementares. De um lado, há que se verificar o que cada um deve ao todo, e, concomitantemente, o que o todo deve a cada um” (REALE, 2010, p. 124).

A concepção de Justiça como o ideal de dar a cada um o que é seu jamais se tornará inócua, dada à ampla margem de adaptação às diferentes realidades. A definição é formal (dar a cada um o que é seu), mas o conteúdo (o que é seu) não é delineado, limitado. Pelo contrário: aquilo que pertence a cada um varia em consonância com cada sociedade e contexto histórico.

Assim, essa ideia de Justiça não abrange somente o Direito, mas também o extrapola, estando presente em todos os âmbitos da vida de cada ser humano como, por exemplo, nas relações sociais e no âmbito religioso. Se porventura uma pessoa não possui uma conduta compatível com a exigida pelo meio social, receberá em troca a indiferença e o menosprezo. Por sua vez, na vida religiosa, há um constante estímulo à prática de condutas relacionadas aos mais elevados valores morais porque, em razão disso, existe a expectativa de receber algo positivo (um perdão, uma vida espiritual melhor do que a terrena, etc.). Os seres humanos sempre estão procurando estabelecer o que é de cada um.

Nesse sentido, Paulo Nader aduz que “o seu representa algo que deve ser entendido como próprio da pessoa. Configura-se por diferentes hipóteses: salário equivalente ao

trabalho, penalidade proporcional ao crime.” (2011, p. 105). O conceito de Justiça não é exclusivo ao Direito, mas, pelo contrário, ele o extrapola porque abrange a moral, as regras de trato social e a religião, tanto que “o seu de cada pessoa é também o respeito moral; um elogio; um perdão” (2011, p.105).

Cuida-se de uma divagação sobre o conceito material da Justiça e, quiçá, da própria equidade porque, se a equidade é a “Justiça do caso concreto”, e a Justiça consiste em “dar a cada um o que é seu”, quando se procura dentro de um contexto fático aquilo que é seu, está se falando de equidade, e não mais da Justiça em seu aspecto meramente formal. Quando se individualiza o ideal da Justiça está se tratando de equidade porque se sai de uma esfera conceitual e passa-se a aplicá-la na prática.

O supracitado autor mencionou como exemplos no Direito a relação empregatícia e a sanção proporcional ao delito. Pois bem. É sabido que o salário consiste na prestação pecuniária devida ao empregado em razão da prestação de serviços. Sabendo-se o que é devido, é necessário estipular o quanto é devido. Ora. Esse *quantum* é variado em razão de inúmeras atividades existentes, sendo que algumas são consideradas mais complexas do que outras, ou com maior responsabilidade, prestígio etc. Assim, o que será devido consiste na aplicação da equidade. Dar o salário é Justiça, dar determinada quantia de dinheiro em razão das circunstâncias laborais é equidade, dentro dessa concepção apresentada. No âmbito do Direito Penal, a Justiça consiste na reprimenda feita ao transgressor, ao passo que a equidade é a intensidade da reprimenda, pois, o desvalor da conduta não deve ser confundido com o desvalor do resultado. Matar alguém possui sempre o mesmo resultado lesivo (morte), contudo não se pode dizer que todo homicida terá a sua conduta valorada da mesma forma (matar por motivo de relevante valor social é diferente de matar por motivo torpe, embora sejam iguais os resultados).

Na esfera religiosa o “dar a cada um o que é seu” também está presente nas mais variadas formas. Existem credos que pregam a existência de um Deus como sendo um ser que julga e determina as penalidades e recompensas. Há a figura do inferno, para onde vão aqueles detentores de uma conduta reprovável, e a do céu, reservado àqueles que agiram com bondade e generosidade. A Doutrina Espírita, por sua vez, determina que o Universo é regido por diversas leis divinas, como a de Amor e a de Causa e Efeito. Esta última determina que todas as ações praticadas por uma pessoa repercutem na sua vida atual e nas porvindouras. Nesse caso, Justiça é sofrer as

consequências das ações praticadas, ao passo que a equidade é sofrer as consequências necessárias à evolução de cada um. O conceito de Justiça é sempre ligado à ideia de uma retribuição devida, contudo, a forma que se dará essa retribuição é relacionada à equidade.

Mas o ponto que torna mais interessante a temática da equidade é quanto ao estudo de sua natureza jurídica, porquanto alguns juristas a consideram um método de preenchimento de lacunas, ao passo que outros a consideram um instrumento de auxílio do magistrado na interpretação das normas. Há ainda, aqueles que a confundem com os Princípios Gerais do Direito e outros que a consideram como sendo o próprio Direito Natural. Por fim, há quem a considere como sendo fonte do Direito.

A lacuna consiste em um “vazio” existente no ordenamento jurídico. É a inexistência de uma norma a regular determinada situação, problemática essa que deve ser sanada, dada a vedação do *non liquet*. O juiz sempre deve dar uma solução às lides que lhe forem apresentadas.

Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 173) ensina que, inevitavelmente, o ordenamento jurídico é lacunoso, porquanto o legislador não é detentor do poder de prever todas as situações que se multiplicam na sociedade, mormente em razão do célere avanço tecnológico. Aduz que, pode ainda o legislador achar conveniente e oportuno deixar em branco determinado fenômeno social e relegar aos Tribunais, com sua atividade integrativa, a solução desses fatos sociais.

Antonio Bento Betiolli complementa afirmando que “há casos que, de modo involuntário, escapam à previsão do legislador, surgindo então lacunas involuntárias que devem ser preenchidas pela analogia, costumes e princípios gerais do direito e também recorrendo à equidade.” (2013, p. 477).

A lei, na maioria dos casos, procurar regular satisfatoriamente as relações sociais, e as lacunas que porventura surgirem serão consideradas involuntárias, porque não era a intenção do legislador o aparecimento delas. Contudo, há casos em que a norma, propositadamente, permite que o magistrado, com seu prudente arbítrio, solucione determinada questão. Trata-se de uma lacuna voluntária.

Sobre o tema, Antonio Bento Betiolli (2013, p. 478), menciona que as lacunas voluntárias são situações em que a própria norma incumbiu ao órgão julgante a tarefa de solucionar o caso pela equidade. Como exemplo, o autor cita o artigo 1456 do Código Civil de 1916 que dispunha que, o magistrado, ao aplicar a penalidade do artigo 1454 (perda do Direito de seguro), deveria se utilizar da equidade, levando em conta as circunstâncias reais, e não a probabilidade de agravação dos riscos. Outro exemplo elucidativo fornecido pelo autor são os casos em que as normas possuem um grau de indefinição e maleabilidade, pela utilização de conceitos não determinados como “bons costumes”; “boa-fé”, “bons costumes” e “diligência de um bom pai de família”.

Nesses casos a própria lei delega ao magistrado a tarefa de encontrar determinados conceitos durante a análise do caso concreto. Não é recomendável que a lei defina certos conceitos como “bons costumes”, “mulher honesta” e “boa fé”, dada à grande possibilidade de alteração de seu sentido, fator que causaria inúmeras injustiças no meio social.

Antonio Bento Betiolli (2013, p. 478) afirma que é função da equidade a adaptação da norma ao caso concreto, realizando um papel corretivo ao sanar os defeitos provenientes da generalidade das leis. Menciona que Aristóteles, na obra *Ética de Nicômaco*, considerou a equidade como um modo de corrigir a lei, quando, em razão da sua generalidade, ela é deficiente.

A generalidade da lei é que pode levar ao injusto, pois uma norma, quando elaborada, é destinada a pessoas indeterminadas, justamente para abranger o maior número de relações jurídicas possíveis. É lógico que surgirão inúmeras peculiaridades entre os casos enquadrados em determinada norma, fator que demanda a sua individualização. É por esse motivo que lides da mesma natureza apresentam desfechos diferentes, embora sejam submetidas ao mesmo texto de lei.

Antonio Bento Betiolli (2013, p. 479) lembra o brocardo romano que dizia *dura lex, sede lex* (a lei é dura, mas é a lei), explicando que a lei deve ser justa, e não dura. Menciona a importância da equidade na efetivação da Justiça, porque o aplicador da lei possui o dever de arredondar as arestas da norma, adaptando a rigidez de seu preceito às particularidades do caso concreto.



Maria Helena Diniz (2009, p. 478) ensina que diante de uma lacuna, o juiz deverá verificar se existe, na legislação vigente, semelhança entre fatos diferentes, realizando juízo de valor de que as semelhanças devem se sobrepor às diferenças e, uma vez não encontrando casos análogos, deverá recorrer ao costume e ao princípio geral do direito e, não havendo essas alternativas, ainda poderá se socorrer da equidade.

O processo de preenchimento de lacunas é, em última análise, processo de criação do Direito, pois “dinamicamente considerado o direito auto-integra-se, ele mesmo supre seus espaços vazios, através do processo de aplicação e criação de normas” (DINIZ, 2009, p. 459). Ademais, o “ordenamento jurídico prevê meios legislativos e judiciais para estender a esfera do disciplinado para a do não regulado” (DINIZ, 2009, p. 459).

Alípio Silveira, por sua vez, define o conceito de equidade pelas acepções latíssima, lata e estrita. Na primeira, a equidade seria “o princípio universal da ordem normativa, a razão prática extensível a toda conduta humana (religiosa, moral, social, jurídica) configurando-se como uma suprema regra de justiça a que os homens devem obedecer”. Na segunda, a equidade “confundir-se-ia com a ideia de justiça absoluta ou ideal, com os princípios de direito, com a ideia do direito, com o direito natural em todas as significações”. Por fim, na terceira, a equidade seria “esse mesmo ideal de justiça enquanto aplicado, ou seja, na interpretação, integração, individualização judiciária, adaptação etc. sendo, nessa acepção empírica, a justiça no caso concreto.” (DINIZ, 2009, p. 479).

A equidade, por essa classificação, pode ser significar todo o conceito de Justiça que rege a conduta humana em todas as esferas da vida (jurídica, social, moral, religiosa etc.), como também pode ser concebida como o Direito Natural, resumindo-se em princípios que antecederam qualquer codificação e devem ser seguidos por todos. E ainda, pode ser a aplicação da Justiça na solução de uma lide, a individualização do conceito daquilo que é justo.

Ao tomar esses conceitos acima mencionados sobre a equidade, pode-se concluir que ela participa do processo legislativo, na elaboração de leis. Nesse sentido é a colocação de Maria Helena Diniz afirma que “a equidade exerce influência na elaboração legislativa” (2009, p. 481) e que essa função da equidade, segundo Calamandrei, se relaciona ao significado lato que lhe é dado, no sentido de que o legislador, ao formular leis, deve se ater à equidade, como sendo conjunto de fatores

econômicos e morais, tendências e aspirações vivas em uma sociedade determinada, que o legislador deveria ter em conta. Também menciona que a equidade é utilizada quando o juiz, diante de uma norma flexível, é autorizado expressamente ou implicitamente, a utilizar poderes de acordo com a equidade. Como exemplo, pode-se citar a investigação da boa-fé (artigo 309 do Código Civil) e da vontade das partes nos contratos.

Referida autora ainda menciona que “a equidade é passível de classificação. Agostinho Alvim dividiu-a em legal e judicial.” (2009, p. 479).

Nas lições de Agostinho Alvim (DINIZ, 2009, p. 479), a equidade legal, como o nome sugere, está prevista no texto legal e é passível de várias interpretações e soluções para cada caso concreto. Como exemplo Agostinho Alvim cita o Código Civil que, em seu artigo 1584, parágrafo único, determina que a guarda dos filhos seja atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Ora. O conceito de “melhores condições para exercê-la” será obtido mediante uma análise fática. O juiz irá analisar as condições sociais, psicológicas e morais, bem como a quantidade de tempo disponível de cada litigante, para solucionar a lide. Nesse caso, a lei apresenta um conceito a ser delineado pela equidade.

Por sua vez, Agostinho Alvim (DINIZ, 2009, p. 479), explica que a equidade judicial é aquela na qual a lei permite, de forma expressa ou tácita, que o aplicador do Direito julgue a lide por equidade. Ensina o autor que o caso expresso está no artigo 127 do Código de Processo Civil, preceituando que “o juiz só poderá decidir por equidade nos casos previstos em lei” e que, por sua vez, o caso implícito está consubstanciado no artigo 1.586 do Código Civil, determinando que “havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais”.

Maria Helena Diniz (2009, p. 481) menciona que a equidade desempenha uma função de grande importância na atividade interpretativa, podendo significar o predomínio da finalidade da lei sobre a sua letra ou a preferência, dentre várias interpretações possíveis, da mais humana e benéfica. Interpretar “é estabelecer uma norma individual, logo interpretação é um ato normativo.” (DINIZ, 2009, p.433).

Por este ângulo, a equidade auxilia na tarefa de dar um sentido à norma. Quando uma lei não exprime em seu texto o seu objetivo, é pela equidade que ele é alcançado. Quando, porém, uma norma é passível de várias interpretações, é através da equidade que se obtém a mais adequada a determinado caso concreto. Interpretar significa delinear qual é o sentido e o alcance de determinada norma. Ou, em outras palavras: qual o conteúdo de determinada regra e a quem ele é direcionado. É pacificado o entendimento no sentido de que sempre haverá a interpretação, que precederá a aplicação do Direito, não havendo mais que se falar no brocardo *in claris cessat interpretatio* (diante da clareza da lei, cessa toda e qualquer interpretação). Interpretar “é estabelecer uma norma individual, logo interpretação é um ato normativo.” (DINIZ, 2009, p.433).

Quanto a esse tema, Antonio Bento Betiolli (2013, p. 458) recorda que, em outros tempos, a equidade já foi aceita expressamente como um método de integração de lacunas. Isso ocorreu no artigo 113, n. 37, da Constituição Federal de 1934, que determinava a impossibilidade de uma lide ficar sem solução pela ausência de dispositivo legal regulando-a. Nesses casos, “o juiz deverá decidir por analogia, os costumes, os princípios gerais de direito ou por equidade. Assim, os meios de integração do direito seriam a analogia, os princípios gerais do direito e a equidade” (2013, p. 458).

Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 117), por sua vez, menciona que a equidade - juntamente com doutrina, a jurisprudência, a analogia, os Princípios Gerais do Direito - é uma das fontes do Direito mediatas ou secundárias, explanando que elas esclarecem o espírito dos aplicadores da lei, sendo um valioso substrato à aplicação do Direito, não possuindo, contudo, o mesmo vigor criativo das fontes imediatas.

### **3. Material e Métodos**

O recurso metodológico utilizado na pesquisa foi revisão bibliográfica.

### **4. Discussão dos Resultados**

Ao se realizar uma somatória de todos os conceitos atribuídos à equidade, é possível concluir que ela pode ser considerada fonte do Direito, dado à sua infinita capacidade de criar normas jurídicas para os casos concretos.

O vocábulo “Fonte”, no dicionário, significa “manancial de água que brota do solo; nascente”. Também apresenta os sentidos “origem, proveniência, procedência, princípio”, “razão, motivo, causa, motivação”. Tal vocábulo, no âmbito jurídico, é utilizado em sentido metafórico, significando o local de onde o Direito provém, as causas das normas jurídicas.

Nesse sentido, é inegável o poder de criação da equidade. Miguel Reale, a esse respeito, afirmou que “mediante juízos de equidade, se ameniza as conclusões esquemáticas da regra genérica, tendo em vista a necessidade de ajustá-las às particularidades que cercam certas hipóteses da vida social” (2010, p. 298).

A equidade, entendida como a “Justiça do caso concreto”, consiste na aplicação do ideal de Justiça à determinada realidade fática. Não se confunde com a Justiça, mas, pelo contrário, a engloba, por ser a sua individualização diante de cada caso concreto. Trata-se de uma ferramenta utilizada pelo magistrado para aparar as arestas da lei, tornando-a mais justa e humana, criando a solução mais adequada.

Os que consideram a equidade como sendo sinônimo de Princípios Gerais do Direito também admitem o seu poder criativo. Com efeito, “princípio vem do latim *principium*, *principipi*, com o significado de origem, começo, base.” (MARTINS, 2014, p. 64). “Num contexto vulgar, quer dizer o começo da vida ou o primeiro instante. Na linguagem leiga, é o começo, o ponto de partida, a origem, a base. São normas elementares, requisitos primordiais, proposições básicas” (MARTINS, 2014, p. 64).

Os Princípios Gerais do Direito, por vezes, “são cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico” (DINIZ, 2009, p. 471).

Maria Helena Diniz (2009, p.475) menciona uma corrente que apregoa serem os princípios derivados das ideias políticas e sociais vigentes, devendo corresponder ao subconjunto axiológico e fático norteadores do sistema jurídico, constituindo um ponto de conversão entre o consenso social, valores predominantes, aspirações de uma sociedade como sistema de Direito, possuindo certa conexão com a filosofia política ou ideologia imperante, de tal sorte que a relação entre a norma e o princípio é lógico-valorativa.

Por esse conceito, é possível afirmar que os princípios se confundiriam com a norma hipotética fundamental, que embasa as Constituições e, portanto, podem ser considerados fontes de Direito, pois consistem nos ideais daqueles que criam o Estado.

Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 141), recordando as lições de Ricardo Yaguez, menciona que embasamento para a existência dos Princípios Gerais do Direito é o sentimento de “horror ao vazio”, mormente na contemporaneidade, devendo assim, os princípios, bem como as outras fontes, serem utilizado como fontes subsidiárias, para que determinada questão não fique sem solução.

Isso posto, os Princípios Gerais do Direito são fonte do direito formal subsidiária porque serão utilizados na ausência de lei regulamentadora de determinado caso concreto. Nesse caso, são classificados como fonte formal subsidiária porque eles são perceptíveis aos indivíduos, no sentido de exteriorização do Direito. “O Código Civil de 2002 consagrou dois importantes princípios de direito contratual, cuja influência, contudo, não deve limitar-se aos negócios jurídicos: o interesse social do contrato e a boa fé objetiva (...)” (VENOSA, 2010, p.139). “Todos esses princípios são base estruturadora do raciocínio jurídico e atuam, inelutavelmente, como fontes” (VENOSA, 2010, p.139).

Quando se fala que a equidade é uma ferramenta à disposição do magistrado em suas atividades de interpretação e integração da norma, está se admitindo formas de criação do Direito, porquanto na interpretação busca-se qual, dentre os sentidos existentes, é o mais adequado a determinado caso, ao passo que, na integração, regula-se um fato social não previamente regulamentado na lei. Indiscutível que tanto a interpretação como a integração criam direitos. Ainda, a interpretação e a integração fazem parte da atividade jurisdicional, atrelada a uma estrutura de poder, estando intimamente relacionadas com o poder normativo dos magistrados.

Carnelutti “atribuiu à jurisdição a função de justa composição da lide”. Diante dessa definição, o termo composição está associado à ideia de uma solução justa. Ocorre que o Direito, por vezes, não apresenta a solução mais justa, pelo simples fato de regular genericamente as relações do cotidiano. Ou pior, pode ser que determinado fato nem tenha sido regulamentado, sendo necessário recorrer aos métodos de integração. Nesse sentido, a “fórmula da “composição da lide” também pode se

analisada a partir da ideia, que está presente no sistema de Carnelutti, de que a lei é por si só, insuficiente para compor a lide, sendo necessária para tanto a atividade do juiz” (MARINONI, 2012, p. 35, 36).

A atividade do juiz é de suma importância porque é ele quem se depara com o caso concreto e todas as suas particularidades, para então confrontá-lo com a lei e verificar o quanto esta se amolda àquele. Nesse sentido, a sentença “integra o ordenamento jurídico, tendo a missão de fazer concreta a norma abstrata, isto é, a lei. A sentença, ao tornar a lei particular para as partes, comporia a lide” (MARINONI, 2012, p. 36). Realmente a sentença faz lei entre as partes, quando acobertada pela coisa julgada material, sendo, assim, um modo de individualizar o Direito.

Maria Helena Diniz (2009, p. 309), sobre o poder normativo dos juízes, afirma que o legislador, ao elaborar uma norma jurídica geral, estabelece um tipo legal apartado da realidade imediata da vida que lhe deu origem, porque se concentra em aspectos genéricos. Aduz que o magistrado, ao sentenciar, nunca generaliza, mas, pelo contrário, cria uma norma jurídica individual, incidente sobre um determinado caso concreto.

A tarefa do magistrado não é a mesma do legislador. Este cuida de aspectos genéricos, ao passo que aquele, de particularidades. A lei deve conter aspectos genéricos, regular de forma mínima determinada situação, para abranger o maior número de pessoas, porque os seres humanos são diferentes e agem de forma diferente em situações idênticas. Pessoas não são como átomos, não são como, por exemplo, as moléculas de água que entram em ebulição em determinada temperatura.

Já ao magistrado, cabe individualizar a aplicação da norma, com a sua sensibilidade e prudência, diante de cada caso concreto que lhe é apresentado. Por isso que demandas reguladas pelo mesmo dispositivo legal nem sempre tem o mesmo desfecho. As normas criadas pelo juiz são individuais e “portanto, são válidas apenas para um caso particular e podem ser obedecidas e aplicadas somente uma vez” (DINIZ, 2009, p. 309).

Maria Helena Diniz ensina que se uma norma geral possui diversas significações possíveis e apenas uma delas for aplicada, isso ocorre devido a um ato volitivo, pois é uma decisão da vontade que se leva a optar por uma delas. A norma individual é “uma

das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral, como já apontamos oportunamente” (DINIZ, 2009, p. 310).

Por fim, quanto ao poder de criação dos magistrados, Maria Helena Diniz (2009, p. 311) afirma que a função jurisdicional é ativa, contendo uma dimensão nitidamente criadora, porquanto os magistrados, caso seja necessário, não aplicam os textos legais ao pé da letra, mas, pelo contrário, despendem tesouros de engenhosidade para elaborar uma justificação aceitável de uma situação existente, atendo-se, com sensibilidade e prudência, às suas finalidades, condicionando e inspirando as decisões às balizas presentes no ordenamento jurídico, sem ultrapassar os limites de sua jurisdição.

A atividade jurisdicional gera obrigatoriedade por estar vinculada a uma estrutura de poder. Uma vez considerando que a equidade compõe as atividades de interpretação e integração, está se admitindo que ela integra a atividade jurisdicional que, em última análise, é fonte do Direito.

Miguel Reale, nesse sentido, conceitua fonte do direito como “os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa” (2010, p.140), fornecendo “ao termo “fonte do direito” uma única acepção, restrita ao campo da ciência do direito, como sendo apenas os meios de expressão do direito, produzindo normas jurídicas vigentes e eficazes” (BETIOLLI, 2013, p. 167).

Antonio Bento Betiolli aduz que “só quatro são as fontes, porque quatro são as formas de poder de decidir na experiência social: a fonte legal, a fonte jurisdicional (fontes estatais), a fonte costumeira e a fonte negocial (fontes não estatais)” (2013, p.170).

## **5. Conclusão**

Diante do exposto, equidade é fonte do Direito. A uma porque ela é a Justiça do caso concreto e um instrumento a disposição do magistrado na interpretação e integração das normas, participando da atividade jurisdicional, que é uma estrutura de poder. A duas porque sua finalidade é aparar as arestas e humanizar a letra fria da lei diante dos casos concretos, criando a norma mais adequada para cada lide que é apresentada aos operadores do Direito.

## Referências

Disponível em

<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=fonte>. Acesso em 05/08/2015 às 10h30min.

Disponível em <http://www.sinonimos.com.br/fonte/>. Acesso em 05/08/2015 às 10h40min

BETIOLLI, A. B. **Introdução ao Direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, M. H. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAARDER, J. **O Mundo de Sofia: Romance da história da Filosofia**. São Paulo: Cia. Das Letras, 2005. 12.

MARINONI, L. G. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, S. P. **Direito do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NADER, P. **Introdução ao Estudo do Direito**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, S. S. **Introdução ao Estudo do Direito: Primeiras Linhas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.