

A EQUIDADE (OU A “JUSTIÇA COM CORAÇÃO”)

A propósito da decisão arbitral segundo a equidade(*)

*Pelo Prof. Doutor Manuel Carneiro da Frada(**)*

SUMÁRIO:

1. Introdução: o objectivo do presente estudo. **2.** Sobre o conceito de equidade. **3.** A situação actual: o seu enquadramento histórico próximo. **4.** O espaço da equidade perante o entendimento moderno do sistema jurídico e da metodologia. **5.** Conclusão; a tendência contemporânea dominante acerca da equidade. **6.** A equidade hoje: em busca de um sentido. **7.** Equidade, Justiça, Direito. **8.** Exemplos de “remédios” de equidade. **9.** Sobre a equidade, o sistema e as suas limitações. **10.** Acerca da metodologia da decisão segundo a equidade e o seu processo. **11.** (*cont.*) Notas soltas sobre o processo. **12.** Características do modelo metódico da decisão segundo a equidade. **13.** (*cont.*) A justificação da decisão segundo a equidade. **14.** Conclusão.

(*) O texto, dedicado a Jorge Miranda, teve origem na comunicação do Autor, em 16 de Julho de 2010, ao IV Congresso da Arbitragem Voluntária promovido pelo Centro de Arbitragem da Associação Comercial de Lisboa.

Como decorre da sua circunstância, as referências doutrinárias são esparsas. Actualizaram-se todavia as referências legais, tendo em conta a entrada em vigor da nova Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro).

(**) Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito do Porto e na Universidade Católica Portuguesa. Advogado.

1. Introdução: o objectivo do presente estudo

Propomo-nos tecer algumas considerações sobre a decisão segundo a equidade. O nosso *leitmotiv* constitui-o a grande relevância da decisão segundo a equidade em processos arbitrais.

De facto, nas arbitragens internacionais estabelece-se com frequência o recurso ao critério da equidade para a resolução dos litígios.

Por outro lado, para a Lei (portuguesa) da Arbitragem Voluntária (LAV)⁽¹⁾, a equidade é também um critério de decisão, embora se requeira para o efeito, segundo dispõe o art. 39, n.º 1, que “as partes determinem, por acordo, que os árbitros julguem segundo a equidade”. A opção das partes pela equidade envolve, segundo a nossa lei, a renúncia a recurso para o tribunal estadual competente. E, nas arbitragens onde se jogam interesses do comércio internacional, essa sua opção pela equidade preclude-lhes então a escolha do direito a aplicar pelos árbitros (cf. os arts. 39, n.º 4, e 52, n.º 1 da LAV).

A equidade tem assim o estatuto de um tema prático-forense relevante. Não se limita a convocar um plano que se diria, sobretudo, da teoria do Direito, muito embora esse plano interpele seguramente todos os juristas. Na realidade, só a constante e persistente consideração dos temas jurídicos de fundo habilita os profissionais do foro a estarem à altura da sua indeclinável missão de servidores do Direito. E é certamente o seu frequente esquecimento ou desprezo pelos (autodesignados) “práticos do Direito” um dos mais fortes responsáveis pela crise de que, aos olhos de todos, a Justiça hoje padece.

Para uma reflexão sobre a equidade, a teoria do Direito apresenta-se, não só imprescindível, como de apreciável alcance prático. É que, como lembramos, a decisão segundo esse critério (da equidade) está longe de constituir um dado de importância despidianda ou residual; ao menos tendo em conta o relevo que assume ou pode assumir nos processos arbitrais, sobretudo internacionais.

As considerações seguintes procurarão ilustrá-lo.

Mas importa prevenir já de que a equidade é um tema eterno, que desafia o pensamento jurídico desde a Antiguidade. Seria, por-

(¹) Reportamo-nos à já referida Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro.

tanto, vã a pretensão de, aqui e agora, aspirar a esclarecê-lo através de um diálogo vasto e profundo com os múltiplos autores que a ela dedicaram, ao longo de séculos, a sua atenção.

O nosso objectivo é, na realidade, mais circunscrito: expressar a nossa convicção de que, porventura ao arrepio da impressão dominante que a actual doutrina portuguesa parece comunicar, a equidade tem, na verdade, uma individualidade própria; de que a equidade apresenta, portanto, apesar do carácter difuso do seu conceito, uma identidade mais marcada do que aquela que lhe é comumente assinalada; de que talvez se justifique, por isso, uma mudança de perspectiva: em vez de a tomar por um critério de decisão marginal face às possibilidades abertas pelos modernos conceitos de sistema jurídico e pela metodologia contemporânea, importará considerá-la de facto, tal qual diz a lei e a prática arbitral confirma, como susceptível de constituir, em diversos casos, uma alternativa ao pensamento sistemático e à metodologia comum da realização do Direito.

A finalidade do presente estudo é, neste sentido, deixar consignadas algumas considerações — necessariamente esparsas e incompletas — que, no fundo, convergem todas no sentido de uma certa reabilitação do sentido e do papel da equidade na resolução dos litígios. Sem, evidentemente, empolar a sua autonomia face às virtualidades do direito positivo e da metodologia comum da realização do Direito, importa-nos portanto sublinhar o *aliud* que ela constitui ou permite nestes campos.

2. Sobre o conceito de equidade

A determinação do que seja a decisão segundo a equidade é — o que facilmente se intui — difícilima. De facto, não há resposta fácil nem unívoca para a questão de saber o que significa, afinal, a equidade.

A equidade corresponde como que a uma noção vagabunda no discurso jurídico, sem paradeiro certo na história do pensamento⁽²⁾.

(2) Expressões deste tipo em J. GERNHUBER, «Die integrierte Billigkeit/Eine Skizze zur Billigkeit als Tatbestandselement von Normen», in *Tradition und Fortschritt im Recht*, Tübingen, 1977, 192.

Em geral tem-se em alto preço. Diz-se dela que é um conceito cintilante (*schillernder Begriff*)⁽³⁾.

Glosando a expressão, poderíamos dizer que o seu fulgor, tal qual o do sol ou o de outra estrela de primeira grandeza observada de perto, ofusca, encandeia a vista, e torna difícil a percepção precisa dos seus contornos. Por isso os autores se contentam, com frequência, com algumas afirmações, vagas ou belas, a seu respeito: forma superior de resolução dos litígios, aspiração do Direito, “medida das medidas” sem a qual o jurídico não é concebível⁽⁴⁾.

Referencia-se, portanto, o Direito, não só à Justiça, como à equidade. O que cria uma trilogia em que é difícil determinar a posição destas noções. Gera-se uma espécie de triângulo das Bermudas onde naufraga facilmente o jurista mais experiente.

Se, procurando amparo no sempre sólido ensinamento dos clássicos, o Direito constitui o objecto da (virtude da) Justiça (do *suum quique tribuere*), e se, deste modo, o Direito corresponde a uma ordenação justa da vida social — referindo-se, portanto, constitutivamente, à Justiça (sem a qual se não entende) —, a equidade vem intrometer-se e atrapalhar a linearidade (ao menos relativa) desta co-implicação recíproca do Direito e da Justiça (uma co-implicação posta, aliás, em causa por positivismos de tonalidades diversas, mas até hoje não desbaratada nem vencida por eles).

Será a equidade uma forma mais perfeita da Justiça? Ou representará antes uma forma mais sublime do Direito? Contrapõe-se à Justiça ou ao Direito, ou integra-se neles?

Talvez por isso, pela dificuldade destas interrogações e atenta a imprecisão de todas estas noções, importe a lição da História. Na origem está a distinção aristotélica entre o direito “da lei” e a equidade. As proposições, considerando as suas abstracção e generalidade, tenderiam para o típico ou geral, mas nem sempre levariam na devida conta as especificidades do caso, de resto muitas vezes insusceptíveis de antecipação pelo legislador: aqui interviria a

(3) Cf., v.g., FRANZ BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2.ª edição, Wien, 1991, 363.

(4) Cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Ius — quod iustum?*, BFDUC, LXXII, 1996, 10.

equidade, corrigindo a justiça legal⁽⁵⁾. Em contraste com a lei, a equidade representaria uma medida flexível, semelhante à régua que os arquitectos de Lesbos usavam e que tinha a propriedade de se adaptar aos contornos das pedras⁽⁶⁾. Esta a matriz primordial da reflexão sobre a equidade.

Sem ignorar a génese, interessa-nos, em todo o caso, o papel, hoje, da equidade. O que é que distingue, para o jurista do século XXI, a decisão segundo a equidade de uma decisão segundo o direito constituído?

A pergunta ganha relevo atendendo aos avanços da metodologia jurídica e perante concepções modernas do sistema jurídico. E é movediça, pois convoca uma realidade simbólico-cultural complexa.

3. A situação actual: o seu enquadramento histórico próximo

Importa, portanto, procurar as coordenadas históricas mais próximas de nós para abrir caminho a uma reflexão útil sobre a decisão segundo a equidade, e o seu papel, na actualidade.

Aludiu-se já à lição primeira da História, cunhada pelo Estagirita.

A equidade conheceu depois muitas vicissitudes, algumas das quais perduraram. Por exemplo: ainda hoje, no espaço jurídico anglo-saxónico, se distingue a *equity*. Esta reporta-se à origem de certos complexos de normas, que se sobrepuseram a camadas de

⁽⁵⁾ Cf., em especial, a *Ética a Nicómaco*, V, 1137 a,b. Sobre este trecho, pode confrontar-se, entre outros, JÖRG NEUNER, *Die Rechtsfindung contra legem*, München, 1992, 162 ss, sublinhando também, muito pertinentemente, a necessidade de uma justiça individualizadora como exigência do Estado democrático actual, centrado na dignidade da pessoa humana.

⁽⁶⁾ Cf., por todos, também, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito/Introdução e Teoria Geral*, 13.^a edição, Coimbra, 2005, 425, assim como, mais desenvolvidamente, BIGOTTE CHORÃO, «Memória de uma experiência pedagógica», em *Direito e Justiça/Verdade, Pessoa Humana e Ordem Político-Jurídica (Colóquio internacional em homenagem a Mário Emilio Forte Bigotte Chorão)*, Lisboa, 2008, 278 ss.

regras (à época) já existentes, mas consideradas demasiado formais ou excessivamente severas e rígidas; normas aquelas aplicadas por especiais categorias de tribunais (replicando, de resto, em ironia sábia da História, modos de desenvolvimento do direito romano).

Recentemente, entretanto — e em pinceladas muito gerais e simplificadoras — a *aequitas* viu-se ensombrada pelo positivismo legalista oitocentista e pelas poderosas reformulações da pandectística germânica. A importância da lei, reforçada decisivamente pela sua ligação ao princípio democrático, assim como a força assombrosa das construções jurídicas e das “reelaboraões” que os pandectistas propulsionaram conquistaram espaço à equidade.

De facto, a (pretensa, mas ilusória) identificação (perfeita) do Direito com a lei, o exacerbar do princípio democrático que tende (embora à custa de um enorme irrealismo) a conferir a totalidade do poder de determinação do Direito ao legislador, (supostamente) representante do povo e por ele livremente escolhido, ambas aliadas às capacidades de uma ciência jurídica crescentemente analítica e precisa, convergiram em pretender transformar o juiz, suficientemente, num mero executor de comandos legais (alheios), e ocasionaram um quadro em que a equidade dificilmente podia singrar.

Não espanta que a equidade tenha adquirido o estatuto de realidade menor, ou a custo tolerada, por certas codificações — confronte-se por exemplo a exiguidade com que a apresenta o art. 4.º do Código Civil português —, e se encontre hoje quase erradicada do discurso jurídico⁽⁷⁾.

É certo que se travou concomitantemente, com maior ou menor intensidade e até aos nossos dias, um combate contra este reducionismo positivista-legalista. Mas as correntes metodológicas e justeoréticas que manifestaram, à vista de todos, os limites e as insuficiências do positivismo, e determinaram, mesmo, um seu ocaso muito generalizado entre os expoentes da cultura jurídica moderna, lograram-no graças a um enorme aperfeiçoamento da ciência jurídica e dos seus métodos. Deram assim causa, também

(7) Cf. o diagnóstico de A. DIAS PEREIRA, *Da Equidade (Fragmentos)*, sep. do BFDUC LXXX, Coimbra, 2004, 361.

eles, a um esquecimento e a uma desvalorização da equidade. Ela tornou-se aparentemente desnecessária e, como tal, desprezável.

A equidade experimentou, nesse sentido, em tempos recentes, um duplo desafio, apertada a tenaz entre o positivismo jurídico legalista e o refinamento do pensamento jurídico contemporâneo (não positivista).

Apesar disso, teima em não desaparecer. A prática não a ignora, sobretudo no campo do juízo arbitral. Resta saber se com razão.

4. O espaço da equidade perante o entendimento moderno do sistema jurídico e da metodologia

Mesmo sem poder visitar aqui as diversas concepções do sistema jurídico que hoje se afirmam, parece poder dizer-se que singra actualmente um entendimento a seu respeito que sublinha o seu fundamento axiológico-valorativo, o seu carácter aberto, a sua adaptabilidade e a sua mobilidade às realidades e à evolução social, bem como a sua sensibilidade ao problema concreto, com as particularidades de que este se revista.

O facto de o “sistema” se encontrar dotado de meios de superação ou de amortecimento da tensão entre a tendência generalizadora da lei e a necessidade daquela justiça individualizadora que já preocupava Aristóteles (e, com ele, muitos autores que se lhe seguiram) retira, sem dúvida, espaço à equidade.

Parece quase que o sistema já compreende ou contém em si elementos de equidade. (Recorde-se, *v.g.*, a distinção de Baptista Machado entre *ius strictum* e *ius aequum*, este último introduzido eloquentemente por técnicas legislativas como as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados)⁽⁸⁾.

Claro que semelhante entendimento do sistema jurídico se não poderia afirmar desligado de afinamentos e progressos muito relevantes da própria metodologia da realização do Direito.

(8) Cf. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1983, 113 ss.

Abandonou-se a crença ingénua na subsunção, aliada frequente da exegese da lei — na miragem de assim respeitar a vontade do legislador —, e aceita-se a inseparabilidade entre a questão-de-facto e a questão-de-direito. O silogismo judiciário assume hoje, mesmo quando perdura na linguagem, uma feição muito mais desprendida de uma “lógica formal-autoritarista”, por isso que se rejeitam concomitantemente os dogmas positivistas que durante muito tempo comandaram a aplicação das leis: reconduz-se à etapa final de um raciocínio que se quer sempre problemático e normativo-jurídico. Os recursos, hoje, do intérprete-aplicador são numerosos, tanto no campo da interpretação como no da integração, e permitem em larga escala a realização da justiça do caso concreto⁽⁹⁾.

Do arsenal da actual metodologia consta hoje, por exemplo, a comparação de tipos⁽¹⁰⁾, a substituição de conceitos “cardinais” por conceitos “ordenadores”, um cânone móvel da relação entre os critérios da interpretação ou da integração (que não se apresentam rigidamente hierarquizados), o reconhecimento do papel da analogia como chave de todo o processo de realização do Direito⁽¹¹⁾, etc.

Dir-se-á no fundo que, com uma teoria das fontes idónea, liberta dos pressupostos do positivismo e capaz de fundamentar e expressar correctamente todos estes recursos, ao mesmo tempo que usando a metodologia correcta que vai implicada por semelhante modo-de-pensar, é possível em larga escala fazer a justiça do caso concreto.

O que deverá convir-se ser muito bom, e merecer ser saudado⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ Cf., eloquentemente, entre nós, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica/Problemas fundamentais*, Coimbra, 1993, *passim*.

⁽¹⁰⁾ Pode ver-se nomeadamente, na doutrina lusa actual, P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2.^a edição, Coimbra, 2009, 87 ss, e *passim*.

⁽¹¹⁾ Entre nós, cf. PINTO BRONZE, *A Metodologia entre a Semelhança e a Diferença/Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico*, Coimbra, 1994, *passim*.

⁽¹²⁾ A afirmação deve ser tomada aqui *brevitatis causa*: não é possível debater aqui aprofundadamente o positivismo justeorético ou jusmetodológico, nem, especialmente, apreciar algumas notáveis construções e contributos do quadrante do pensamento jurídico a que o texto se refere.

Mas a equidade perde, inelutavelmente, relevo.

Talvez só a atenção que, no espaço luso, lhe dispensa Oliveira Ascensão destoe do conseqüente desinteresse comum das obras de Teoria Geral por ela⁽¹³⁾.

5. Conclusão; a tendência contemporânea dominante acerca da equidade

O estado actual da doutrina dominante parece que reflecte isto mesmo.

Para Castanheira Neves, por exemplo, a equidade parece ser tão-só um momento da concreta realização do direito⁽¹⁴⁾.

O ocaso da equidade transluz, como que em louvor póstumo, no certo diagnóstico de Esser: “a grande transformação do pensamento da equidade não se consumou através de uma luta aberta, mas pela sua influência sobre o método da interpretação e elaboração do Direito. Com o abandono de uma esquemática lógica jurídica, com a inclusão dos valores jurídicos materiais na interpretação, desaparece a inflexibilidade ou rigidez jurídicas, expressas tantas vezes pelo brocardo *summum ius, summa iniuria*. Por isso, através de uma interpretação melhorada e de um aperfeiçoamento da forma de integrar as lacunas, bem como através da consideração do direito jurisprudencial e dos casos concretos, chegou-se hoje a um estádio em que a solução com base na norma e a resolução do caso segundo a equidade se equivalem amplamente”⁽¹⁵⁾.

Em idêntico sentido se pronuncia Engisch, para quem os conceitos indeterminados, as cláusulas gerais, os conceitos normativos, entre outros, mostram o *ius aequum* através do qual o

⁽¹³⁾ Cf. *O Direito/Introdução e Teoria Geral*, 13.^a edição, Coimbra, 2005, 245 ss.

⁽¹⁴⁾ Cf. *Introdução ao Direito*, Coimbra, 1971-1972 (polic.), 245. Próximo, SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.^a edição, Coimbra, 2011, 69 ss.

⁽¹⁵⁾ Seguimos de perto a formulação de ESSER, «Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht», in *Summum ius, summa iniuria*, Tübingen, s/data, 37, 40, tal como no-la dá CASTANHEIRA NEVES, *Introdução ao Direito*, cit., 245.

órgão aplicador do Direito é chamado a descobrir o Direito do caso concreto⁽¹⁶⁾.

Nessa linha, também o recente ensaio que A. Dias Pereira dedicou à equidade se detém de modo particular na metodologia da interpretação e da integração das leis; tratando, pois, de indagar o espaço da equidade, fundamentalmente, como padrão de justiça *secundum, praeter* ou mesmo *contra legem*⁽¹⁷⁾.

A tónica manifesta-se também em Menezes Cordeiro. Na sequência de um importante aprofundamento do estudo da equidade — para a demarcar do campo da boa fé — conclui que, em princípio, o ordenamento jurídico é adequado (na medida em que devidamente estruturado, ético, consensual, conforme com as aspirações do seu tempo, etc.), e que a equidade é absorvida pela elaboração juscientífica⁽¹⁸⁾.

Intui-se que para estes autores a equidade é, sobretudo, encarrada na perspectiva da relação dialéctica entre a generalidade e a abstracção da norma jurídico-legal, por um lado, e a necessidade de uma justiça individualizadora, atenta às particularidades do caso concreto, por outro.

Entende-se que os recursos da actual metodologia são amplamente capazes de, postulado um correcto entendimento do sistema, realizar a justiça do caso concreto, e pretende-se, assim, que a equidade pode ser absorvida pela metodologia actual. O que torna a necessidade do recurso à equidade residual e o tema da equidade um assunto menor.

Até certo ponto, dir-se-ia que os autores se movem ainda e sempre no cerne das preocupações de Aristóteles, impressionados pelo dilema entre a justiça generalizadora e individualizadora. No entanto, parece que contrariam (objectivamente) o legado de Aristóteles no que toca ao papel que este atribuiu à equidade, negado face às possibilidades do actual pensamento sistemático e metodológico.

⁽¹⁶⁾ Cf. K. ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.ª edição, Lisboa, s/data, 248.

⁽¹⁷⁾ Cf. *Da Equidade (Fragmentos)*, cit., esp. 373 ss.

⁽¹⁸⁾ Cf. *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, 1985, II, 1197 ss, 1208.

Ora, achamos estes pontos de vista, que hoje fazem curso, demasiado optimistas: quer no que toca às virtualidades e ao apuro técnico de muitos sistemas jurídicos (entre os quais o nosso), quer no que respeita às capacidades da moderna metodologia (sem que, por suposto, se deva negar essas potencialidades nem se conteste *in totum* a pertinência das aludidas opiniões).

O que parece todavia é que, cercada por todos os lados, a equidade, como a célebre aldeia gaulesa, resiste: mostra-o — de novo se recorda —, a lei e a prática das arbitragens voluntárias.

Vale, por isso, a pena ver se ela merece ajuda.

Como se poderá, porém, manter que o papel da equidade não é só residual, confinado ao espaço dos elementos mais rígidos do sistema (por exemplo, às regras sobre forma, formalidades e prazos), nem que ela é absorvível, na totalidade ao menos, pela metodologia comum?

6. A equidade hoje: em busca de um sentido

O relevo da equidade só logrará afirmar-se caso se possa individualizar, em simultâneo e incindivelmente, nos planos substantivo e metodológico. Isto é: 1) se se encontrar hoje um sentido para a decisão de equidade distinguível de uma decisão segundo o sistema; 2) se se comprovarem insuficiências da metodologia comum da realização do Direito para obter o respectivo resultado (o que implica aceitar que a decisão segundo a equidade apresenta também exigências e postulados particulares, autonomizáveis relativamente a essa metodologia).

Consideremos a primeira condição. Como já se aludiu, é inviável uma determinação exacta de um conceito evanescente como o da equidade. Nesta medida, só pode importar-nos um apontar do “sentido” da decisão de equidade.

Também este se nos apresenta ineliminavelmente indefinido.

Contudo, colhendo o constante ensinamento da História, pode concordar-se em que a equidade é certamente uma forma de fazer justiça para além, ou com independência, dos limites do sistema

jurídico-positivo. Muito embora sabendo-se que a compreensão deste último variou ao longo dos tempos, a ideia da equidade manteve-se sempre em contraponto à ideia de sistema.

Assim, a equidade, como decisão extra-sistemática, postula um não aprisionamento da Justiça pelo conjunto (articulado) de normas e princípios historicamente vigentes. A tendência para ordenar a equidade na problemática da tensão entre a realização individualizadora da justiça e a dimensão generalizadora que ela também possui não é suficiente para o explicar; pois a referida polaridade é ainda, para a generalidade dos autores actuais, uma polaridade intra-sistemática, que coloca um desafio ao sistema, desafio a que este pretende (poder) responder.

No entanto, a história da equidade persiste em entendê-la saltando para fora do parapeito do sistema (como forma extra-sistemática de decisão).

Não se trata, esta última, de resto, de uma concepção que possa dizer-se aprioristicamente situada à margem ou em contraste com a nossa arquitectura normativa. Muito embora se deva reconhecer que as normas legais (mesmo constitucionais) não têm, por si, força alguma para “determinar” o que é a equidade ou qual haja de ser o seu papel, importa reparar que o direito português constituído assinala aos tribunais a missão de administrar a justiça (cf. o art. 202 da Constituição). Ora, a equidade aplicada pelos tribunais pode perfeitamente compreender-se, como ainda se verá, enquanto parte integrante da justiça, embora não condicionada, como se disse, pelas fronteiras do sistema: sistema e justiça não se identificam, o que é, de facto uma asserção muito relevante para a individualização da equidade.

À luz do exposto e prosseguindo na busca do sentido da equidade, podem afastar-se desde já certos entendimentos.

Assim, a equidade não é, por exemplo, uma cláusula geral, sequer remissiva, do direito positivo. Não corresponde a uma técnica legislativa, como não sugere nenhum critério concreto de solução; nem aponta para uma regra ou norma do sistema capaz de resolver um dado litígio.

Não é certamente também um princípio material de conteúdo minimamente individualizado.

Não constitui, por tudo isto, uma fonte de Direito.

Mas também não se reduz a uma simples norma de delegação que habilita o juiz para uma qualquer decisão (em branco).

Na realidade, a decisão segundo a equidade convoca uma “modo de decidir”, um “decidir de certa maneira”, em que substância e forma, matéria e processo se fundem.

7. Equidade, Justiça, Direito

A especificidade da equidade alcança-se provavelmente melhor a partir da consideração de que ela corresponde a uma “forma superior de justiça”, situada acima da lei e do direito constituído.

De facto, o pensamento filosófico e jurídico — com excepção do legalismo de base oitocentista — alcandorou sempre a equidade a um alto grau de consideração, elevando-a mesmo à condição de ideal. Essas características da equidade são também espontaneamente confirmadas pelo eco de adesão espontânea que ela encontra no cidadão comum, pois a equidade conota-se, segundo a percepção vulgar, com a satisfação das aspirações mais profundas da pessoa em matéria de justiça.

Talvez que a melhor forma de o compreender consista, por isso, em voltar a beber na fonte fresca do entendimento da justiça como virtude, que os clássicos encontraram.

Na realidade, a justiça é, certamente, um hábito moral: há pessoas que têm a qualidade de serem justas, enquanto outras o não são (tanto). Por isso mesmo, a justiça requer uma aprendizagem: o que, afinal, a (nossa) comum experiência de julgadores facilmente reconhece. Pode, portanto, aspirar-se pertinentemente a juizes e advogados (nesse ponto) virtuosos; e propor-se uma ética judicial ou forense como requisito essencial para a realização da justiça, até enquanto (o) antídoto derradeiramente eficaz contra a crise que assola a justiça⁽¹⁹⁾.

(19) Veja-se só AMALIA AMAYA, «Virtudes judiciales y argumentación/Una aproximación a la ética jurídica», in *Temas Selectos de Derecho Electoral*, México, 2009, 7 ss.

Nesta perspectiva, será perenemente actual conferir à justiça, a exemplo de S. Tomás, uma grande amplitude e dignidade: compreendendo-a como virtude geral que dirige o acto de todas as (outras) qualidades do sujeito ao bem comum, que ordena a acção humana naquilo em que ela se relaciona com os outros⁽²⁰⁾.

Dentro deste entendimento, a justiça permite convocar outras dimensões além daquele “dar a cada um aquilo que é seu” determinado pelo direito constituído. E pode contrapor-se (se for o caso), com a máxima eficácia, à ditadura da *dura lex, sed lex* e ao descrédito subversivo do *summum ius, summa iniuria*.

Compreendida com este alcance e relevância, adiantamos agora nós que a justiça é capaz de concitar e ser sensível a outros referentes além do direito constituído, v.g., a ética, a tradição e a cultura. Valores como a compaixão, a pedagogia (incluindo aqui a educação na exigência), a solidariedade, a moderação, numa palavra, a “humanidade” no seu sentido mais pleno, encontram nela eco ou lugar.

Expressa-o a seu modo a fórmula “*aequitas est iustitia dulcore misericordiae temperata*”. Por isso, a *aequitas* se conota facilmente com a *benignitas*, a *pietas*, a *caritas*, e a *miserecordia*⁽²¹⁾.

Mas importa sublinhar que a equidade pertence ainda ao mundo da Justiça, não se situando, por isso, num plano extrajurídico: por exemplo, meramente ético ou moral.

Aliás, também o Lord Chancellor concedia, segundo a *equity, equitable remedies* «ad misericordiam». Na tradição do pensamento da equidade parece que avulta, portanto, predominantemente, a dulcificação das exigências da lei.

De todo o modo, ligada ao hábito moral da justiça (na acepção ampla já referida), a equidade é também uma “arte”, por isso que a perfeição humana implica uma aptidão, ou uma sabedoria, que se cultiva com esmero e segundo o estilo (pessoal) de cada um (para J. Hervada, trata-se da arte de harmonizar a justiça com outras virtudes que regulam as relações humanas)⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ Cf. *Summa Theologica*, III, II/II, a), c. 57 a.1, e c. 58, a. 6.

⁽²¹⁾ Para uma recordação dessas fórmulas, cf. BIGOTTE CHORÃO, «Memória», cit., 279, assim como o estudo de A. DIAS PEREIRA, *Da equidade*, cit., esp. 347, 355, 356.

⁽²²⁾ Cf. *Lecciones Propedeuticas de Filosofia del Derecho*, Pamplona, 1992, 248.

Nas relações humanas, nem tudo é, portanto, direito (estrito), ainda que a equidade suponha sempre que se deve dar a cada um aquilo que é seu. A justiça, na equidade e através dela, entrelaça a lei e o direito constituído⁽²³⁾ com as demais dimensões da excelência humana.

Pelas suas características, a equidade tenderá, nomeadamente, a dar mais valor aos sentimentos, aos afectos pessoais e às emoções das partes. É capaz de orientar e respeitar melhor o sujeito na sua integralidade.

Nesse sentido, se quando falamos do coração humano nos referimos a um “Inbegriff”, ao resumo, à fonte e à expressão da íntima densidade das acções, intenções e julgamentos humanos, pode dizer-se que a equidade é, no fundo, a “justiça do coração”.

A equidade encontrará, assim, o seu lugar na área de intersecção entre o Direito — aquilo que é “objectivamente” justo —, e uma ética de virtude, de perfeição do humano integral.

Na senda do legado aristotélico, diz S. Tomás que ela constitui um hábito operativo que se situa no âmbito mais geral da prudência e do recto juízo, na qual se unem a razão prática e a *ratio boni*⁽²⁴⁾. Situada entre dois extremos que importa evitar, com ela se vence a rigidez legal e o laxismo ou o abuso de uma lógica de excepção.

A equidade relaciona-se assim, de modo particular, com a sabedoria. No contexto da referida ética de virtude, a sabedoria corresponderá a um conhecimento especial, mais profundo, mais pleno e mais verdadeiro, acerca do homem e das coisas (de diferenciar da ciência jurídico-dogmática enquanto saber moralmente asséptico e neutro relativamente ao sujeito que a cultiva ou a quem é por ela atingido, mas a aproximar da “jurisprudência”, que já

⁽²³⁾ Lei, direito constituído e sistema não são sinónimos, mas são tomados em sentido próximo neste texto.

⁽²⁴⁾ Desenvolvidamente, cf. ANGEL RODRIGUEZ LUÑO, «La virtù dell’ epicheia. Teoria, storia e applicazione (I)/Dalla Grecia classica fino a F. Suárez (1997)», in <http://www.eticaepolitica.net/eticafondamentale/arl_epicheia1%5Bit%5D.htm>, 15-16, e «La virtù dell’ epicheia. Teoria, storia e applicazione (II)/Dal Cursus Theologicus dei salmaticenses fino ai nostri giorni (1998)», in <http://www.eticaepolitica.net/eticafondamentale/arl_epicheia1%5Bit%5D.htm>, 9.

envolve a consideração de qualidades pessoais): um conhecimento que é expressão da particular dignidade do homem. Em especial daquela pelo qual ele é convidado a ouvir e a ser sensível à voz da verdade íntima das coisas, a aprender a discernir o melhor e o mais perfeito e a escolher livremente um agir em conformidade com a recta consciência assim formada (o uso da liberdade será tanto mais digno quanto se orienta pela sabedoria); julgando depois em conformidade.

Pelo menos é para tal que aponta um dos mais conhecidos textos acerca da sabedoria: *“Brilhante é a sabedoria, e a sua beleza é inalterável [...]. Eu a preferi aos ceptros e aos tronos, e considerei a riqueza um nada em comparação com ela [...]. Todo o ouro ao seu lado é apenas um pouco de areia, e a prata diante dela é como lama [...]. Com ela vieram-me todos os bens [...] porque é a sabedoria que os traz [...]. [...] Há nela um espírito inteligente [...], único, múltiplo, subtil, ágil, penetrante, puro, claro, amigo do bem, livre, benéfico, benévolo, estável, [...] para administrar a justiça com rectidão de coração. [...] E se alguém ama a justiça, os frutos da sabedoria são as virtudes. Ela ensina a temperança e a prudência, a justiça e a fortaleza, que são as virtudes mais úteis para os homens na vida. [...] Graças a ela reconhecerão a minha penetração nos julgamentos”* (25).

Por essa razão, pela sua ligação à sabedoria, a equidade melhora a justiça do direito constituído, permite uma composição mais integral dos interesses e conduz a uma solução mais plena ou harmónica de um conflito. Representa, neste sentido, uma sublimação da justiça, uma *superiustitia*.

É que os vários sistemas que ordenam e nos quais se desenvolve a dimensão social do sujeito — e, entre eles, a par de outros, o sistema jurídico — são, cada um *per se*, de eficácia muito limitada. A equidade, transcendendo o direito constituído, pode aproveitar-se de todos eles; consegue o que o direito constituído não pode nem sabe (como) dar. Na realidade, a paz social depende muito da interligação harmónica entre eles. Por isso a equidade é tão relevante para a tranquilidade, na ordem, de todos.

(25) Cf. o *Livro da Sabedoria*, em especial os capítulos 7, 8 e 9.

Tudo isto parece poder corresponder ao sentido da equidade hoje.

Mas será que a decisão de equidade é, então, uma decisão extrajurídica, estranha ao Direito embora reconhecida por ele?

Deduz-se do exposto que não. De todo o modo, a resposta depende da relação que se estabeleça entre Direito e sistema jurídico. Como a equidade constitui um modo extra-sistemático de decisão (incorporando dimensões que estão para lá dos confins do sistema das normas e princípios jurídicos em dado momento vigentes), a sua articulação com o Direito é função da maior ou menor simbiose que este último apresenta com o sistema jurídico.

Caso o Direito se identificasse com o sistema, ela distinguir-se-ia mais facilmente dele. Configuraria então uma decisão extrajurídica, a que o Direito poderia certamente, ainda assim, aceitar conferir força vinculativa.

Mas o Direito transcende certamente o conjunto de normas e princípios historicamente vigentes. Não se confunde com ele: embora “habite” no sistema, é simultaneamente uma aspiração do sistema, uma instância crítica permanente do sistema, qual realidade imersa na História que sempre a quer suplantar e continuamente dela emerge.

Assim, a equidade, não só supera o sistema, como confere, no fundo, a máxima expansibilidade e valor ao Direito. Embora este se nos apresente desacoplado do sistema, é inegável a sua articulação com ele. Ora, a equidade como que liberta o Direito dos constrangimentos que essa articulação lhe impõe, enquanto súmula daquilo a que ele idealmente deve aspirar na integração com outros referentes da existência humana (e a que a virtude da justiça, na acepção acima assinalada, atende). Sendo, desta forma, uma realidade jurídica, poderá, nessa medida, falar-se de um direito à equidade.

Não se trata de nada que estranhe para quem não opere um corte radical entre o Direito e, *v.g.*, a ética, a tradição, a psicologia, a cultura, a imperiosa necessidade do momento histórico (como é próprio dos não positivismos).

Há, de resto, boas razões para dizer que o cerne do jurídico é, principalmente, moral. Assim, o não cumprimento de um contrato

ou a lesão da propriedade ou do bom nome alheio, por exemplo, são, desde logo, problemas morais. No actual cenário de “inundação” dos tribunais por processos judiciais pode perguntar-se por isso, pertinentemente, quantas acções não se evitariam se a conduta dos sujeitos fosse eticamente correcta, e se a cultura e a educação socialmente prestigiada se referisse mais fortemente à virtude.

Na realidade, a fronteira do Direito é porosa: não só recebe por osmose a influência de espaços circundantes, como pode comunicar com eles, e por isso, até certo ponto, com eles se confundir.

A equidade expressa precisamente essa abertura do Direito para lá de si próprio.

Noutras palavras, a equidade procura a concordância entre a postura (sumamente) sábia e a realização dos valores no Direito⁽²⁶⁾. Nesse sentido, repete-se, não é estranha nem contraponível ao Direito.

Constituindo o Direito uma objectivização da Justiça (enquanto hábito moral, do *suum cuique tribuere*), a equidade assinala a amplificação e a perfeição a que o Direito tende, em ordem à Justiça. Corresponde pois a uma pulsão do Direito, harmónica com a sabedoria (e a inerente ética da virtude). Sem deixar de satisfazer as exigências da razão — ou talvez precisamente por causa dela —, abre-se também ao “transracional”, entrelaça-se com o conhecimento e a sensibilidade que advêm — volte-se à expressão — “do coração”⁽²⁷⁾.

E expressa, desse modo, as exigências mais elevadas da Justiça. Dado que esta requer, sem dúvida, o Direito, pode dizer-se que a equidade é outra coluna que a sustenta. Uma justiça sem coração é, de resto, uma justiça mutilada.

A equidade entrelaça-se assim com outros referentes que a plenitude do “humano” convoca. Aponta aquele Direito e aquela

⁽²⁶⁾ Próximo, J. GERNHUBER, «Die integrierte billigkeit», cit., 195.

⁽²⁷⁾ Toca-se a crucial questão de saber o que devemos os juristas entender por racionalidade, e quais os modelos de racionalidade que são relevantes para este efeito (já noutro contexto nos deparámos com este problema: cf. o nosso *Relativismo, Valores, Direito*, ROA 68, II/III (Setembro/Dezembro 2008), 651 ss (por exemplo, 681).

Justiça reclamados pela perfeição da humanidade que interpela todos e cada um⁽²⁸⁾.

Será este tipo de entendimento que explica o disposto no art. 39, n.º 4, da LAV: que não haja recurso da decisão de equidade. Esta decisão, pela ambição que envolve, expressa, segundo o actual figurino português, uma “cartada” única, irrepetível e final no jogo das partes⁽²⁹⁾. Requer um esforço do julgador que não pode ser mais questionado porque tange uma esfera de esforço supremo do Direito e da Justiça que as partes cometem às aptidões de certos julgadores (que escolhem ou aceitam), insusceptível por isso de sindicância mediante os processos metodológicos comuns.

De qualquer modo, ao submeterem o litígio à equidade, as partes confiam nos árbitros, não na lei. Apelando às suas virtudes, a decisão deles leva a melhor sobre o critério da lei. A equidade é chamada a prevalecer sobre ele, substitui-o. A resolução segundo a equidade não é *infra legem*, nem a equidade se apresenta nela tão-só complementar do sistema⁽³⁰⁾: corresponde a um “justo diferente”, distinto do “justo legal” (que em nada tolhe, de resto, a pertinência ou a bondade deste justo legal).

⁽²⁸⁾ A racionalidade a que apela esta perfeição da humanidade será, no presente contexto da decisão segundo a equidade, fundamentalmente, uma racionalidade prática, a entender, como resulta do texto, de modo compreensivo. A incorporação dos afectos e da sensibilidade no modelo de racionalidade requerido não os pode exacerbar: se está longe da indiferença estóica que, tal como a ética kantiana do dever, deles desconfia e como que os abafa ou suprime, também se quer afastada do sentimentalismo fácil, balofo ou vão, que debilita o recto juízo e o torna ineficaz. Esconjurados estes desvios, claro que apenas um entendimento da racionalidade que incorpore a dimensão das afeições humanas replica devidamente a unidade da pessoa (completa).

Para rematar, uma evidência: dentro deste entendimento, a decisão segundo a equidade terá um sentido distinto — bem mais limitado e pobre — estando em causa pessoas colectivas.

⁽²⁹⁾ Distinto é o problema de saber se são recorríveis as decisões que versam sobre a eficácia de uma convenção de arbitragem segundo a equidade: cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, «A recorribilidade das decisões arbitrais», sep. de *O Direito*, 120, 1988, 573 e 578.

⁽³⁰⁾ Cf. aqui, percuientemente, M. GALVÃO TELES, «Arbitragem comercial internacional *ex aequo et bono* e determinação da lei de mérito», in *Revista de Arbitragem e Mediação*, anos 5-19 (Outubro/Dezembro de 2008), esp. 102.

Por isso, não há também sujeição da decisão de equidade a um controlo de mérito à luz de normas constitucionais⁽³¹⁾. Na realidade — e ao contrário do que correntemente se assume ou pressupõe — a função jurisdicional não é, por natureza, necessariamente estadual; a irrecorribilidade *de lege lata* da decisão segundo a equidade acaba por o mostrar.

Não se nega, com o exposto, que a decisão de equidade não seja (em abstracto) passível de recurso, nem que a disciplina portuguesa da arbitragem voluntária não pudesse ter estabelecido essa possibilidade. Só que esse recurso, a admitir-se, não poderia nunca ser para o sistema, nem para as suas leis, mas sempre, e só, um recurso para, e em nome, da equidade.

Conclui-se do exposto que pode, de facto, assinalar-se um sentido autónomo à decisão segundo a equidade; mesmo se esse sentido escapa a uma compreensão integral e se confunde com as superiores aspirações da Justiça e do Direito.

É caso para perguntar se a tríade Justiça-Direito-Equidade não corresponderá a uma espécie de dogma da Santíssima Trindade do jurista: a verdade suprema de uma diversidade indivisível; o Direito emanação da Justiça, e a Equidade a expressar a aspiração e a atracção, recíproca e ontologizada, de ambos.

Com este apontamento acerca de uma relação derradeiramente inextricável concentremo-nos sobre o espaço que efectivamente tem a decisão segundo a equidade.

⁽³¹⁾ As normas constitucionais são, de resto, normas do sistema. E não podem ter a pretensão de determinar ou impor o que é o Direito, a Justiça ou a Equidade. Avisadamente, a Constituição também não o faz. Veja-se, por exemplo, nesta linha, a doutrina que entende estarem os tribunais, pelo art. 203, vinculados ao Direito (e não apenas ao direito criado por acto legal): cf. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, Coimbra, 2007, 38 ss (muito embora, para nós, o texto constitucional permita logo, de modo imediato, a ilação de que os tribunais se encontram ao serviço da justiça, considerando o disposto no art. 202).

8. Exemplos de “remédios” de equidade

Com vista a mostrar o relevo da decisão segundo a equidade, nada melhor do que colocar algumas perguntas susceptíveis de o deixar entrever.

Questionemo-nos, pois.

Pode alguém ser condenado a pagar os estudos de uma criança ou de um adolescente numa acção de responsabilidade civil por facto que a incapacitou fisicamente?

Pode o autor de um dano moral — por exemplo, ligado a uma lesão física provocada por um atropelamento negligente — compensar a vítima levando-a a ver, em Madrid, o Cristiano Ronaldo jogar, treinado por Mourinho?

Pode um sujeito ser condenado a reconhecer o erro ou a maldade do seu acto perante outrem, ou a pedir-lhe desculpa por isso? (O que, no campo específico dos ilícitos de imprensa, ultrapassa o dever de retractação ou de rectificação da comunicação.)

Pode um agente poluidor recalcitrante ser obrigado a promover uma reserva natural ou a entregar a uma autarquia certa quantia para o efeito?

Pode ele ser condenado pedagogicamente a uma “indemnização punitiva”, superior ao valor do prejuízo causado às vítimas, atribuindo-se a diferença a uma associação de protecção da natureza?

E pode um sujeito a quem competiu a prossecução fiduciária dos interesses de outrem — por exemplo, o administrador de uma fundação —, ser intimado a realizar a expensas suas uma actividade substitutiva daquela a título de reparação dos deveres de lealdade que infringiu e cujo desrespeito prejudicou irremediavelmente o escopo que devia ter prosseguido (por exemplo, porque a fundação foi extinta na sequência das irregularidades cometidas)?

Todas estas interrogações se prendem com problemas relevantes do direito da responsabilidade civil.

Vejamos, por isso, outros exemplos.

Na actual época de crise, têm os devedores um direito à “reestruturação” das suas dívidas? Mesmo não tendo ocorrido uma alteração “anormal” das circunstâncias?

E os países cronicamente pobres, podem reclamar o perdão das suas dívidas?

Pode o credor ser sujeito à concessão de moratórias ao devedor⁽³²⁾?

E pode também, inversamente, o devedor ser constringido a arcar com juros superiores aos devidos, ou a pagar antes do tempo aprazado, em nome de interesses atendíveis do credor?

Mais: não será um importante âmbito da equidade o dos “acordos informais”, consabidamente não formalizados pelas partes quando deveriam ou poderiam sê-lo? Ou, em matéria sucessória, as expectativas informais consentidas, porventura ainda em vida do autor da sucessão, por este ou pelos demais herdeiros a um deles; ou a necessidade de compensar algum herdeiro pelo que fez gratuitamente em prol do autor da sucessão ou dos demais herdeiros (além daquilo que o sistema prevê, por exemplo majorando o seu quinhão na proporção dos dispêndios ou sacrifícios que fez para a manutenção ou o aumento do património do *de cuius*)?

Ainda: a transformação de uma obrigação natural numa obrigação exigível pode derivar de uma decisão de equidade (caso do empregado que se inutilizou por uma vida longa de apoio ao patrão opulento e insensível que lhe nega a assistência no final dos seus dias)⁽³³⁾?

⁽³²⁾ Discutimos recentemente o problema, no contexto da crise provocada pela insolvência do BPP, à luz da alteração das circunstâncias e do art. 437, n.º 1, do Código Civil (que efectivamente apela a um juízo de equidade): cf. o nosso «*Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras*», ROA, ano 69, III/IV (Julho/Setembro e Outubro/Dezembro 2009), 633 ss, e em especial, 691 ss.

⁽³³⁾ Outros exemplos, agora relativos à interpretação dos contratos e à sua adaptação a modificações de circunstâncias — todos de grande interesse dogmático —, foram também apresentados M. GALVÃO TELES, *op. cit.*, *passim*, para manifestar a autonomia da decisão segundo a equidade.

Não é aqui lugar para apreciar até que ponto as questões ilustrativamente enunciadas são susceptíveis de receber resposta adequada à luz do nosso sistema jurídico. Mas afigura-se que, apesar da sua natureza elástica, o sistema não responde plenamente a muitas delas. Como quer que seja, a decisão segundo a equidade dispensa o julgador de averiguar se ela se contém nas fronteiras do sistema e liberta as partes interessadas do correspondente ónus da argumentação.

Dos exemplos dados retira-se logo que a decisão de equidade é susceptível de ser inteiramente favorável a uma das partes em litígio.

A equidade não reclama certamente uma decisão que reconheça só parcialmente a razão a um sujeito. Sem prejuízo da sua flexibilidade, não se trata, portanto, como por vezes se pensa, de, sob a sua capa, distribuir (acriticamente) “o mal pelas aldeias”, impondo uma repartição de sacrifícios a quem não a merece.

Por último e de um modo geral: parece que a equidade permite dar aos afectos e sentimentos humanos, positivos ou negativos, um relevo para a decisão do caso que o sistema ordinariamente não comporta, ou a que, como ocorrerá no direito civil, não é sensível senão em termos limitados.

9. Sobre a equidade, o sistema e as suas limitações

As perguntas postas não têm certamente resposta linear. Mas elas permitirão intuir, ao menos, não só a complexidade da relação entre equidade e direito constituído, como que a redução da equidade a uma forma residual de resolução dos conflitos face aos bons resultados propiciáveis pelo sistema — considerado a partida capaz de uma decisão oportuna, adequada ou justa — hipostasia (indevidamente) as possibilidades da justiça do direito constituído.

Parece claro que o campo da equidade não é apenas o da possibilidade de ignorar regras técnicas, como as referentes a prazos, deveres instrumentais e formalidades⁽³⁴⁾.

A justiça segundo o direito constituído é apenas uma forma de justiça, precisamente porque não transcende as limitações do sistema historicamente vigente e este, por muito aberto, flexível e móvel que se considere, tem também confins e limitações (que, às vezes, a aceleração e as convulsões da História põem cruamente de manifesto).

⁽³⁴⁾ Em sentido diverso, se bem vemos, MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé*, cit., II, 1204.

Compreende-se que o juiz não possa, dentro da organização jurídica das nossas sociedades, procurar uma justiça fora do sistema sem uma especial habilitação para tal. De outro modo, a segurança jurídica e a necessidade de “normalização dos padrões de relação” sofreriam um rude e insuportável golpe. O juiz só pode, portanto, ordinariamente, procurar e realizar a justiça que o sistema indica, comporta ou permite. Embora, sobretudo ou ao menos no direito privado, as partes hajam, por princípio, de poder acordar entre elas uma decisão segundo a equidade (como muito bem aponta o art. 4, *b*) e *c*) do Código Civil).

Mas a justiça e a equidade não se deixam aprisionar pelo sistema.

Assim, não só a interpretação das leis, como mesmo a integração das lacunas legais — o desenvolvimento do direito *praeter legem* — têm necessariamente por referente o sistema (ainda que impliquem o recurso a elementos extra-sistemáticos). O desenvolvimento congruente de um sistema é sempre isso mesmo — desenvolvimento de um sistema —, não a elaboração ou a consideração de um outro sistema. Recorda-o o art. 10, n.º 3, do Código Civil, ao remeter o intérprete, onde a analogia não seja possível, para o espírito do sistema.

Ora, a decisão segundo a equidade não conhece nenhuma destas limitações.

Certamente que são possíveis decisões *contra legem*, nomeadamente quando a solução do sistema contraria frontalmente exigências indeclináveis de justiça. (Por isso se trata ainda aqui de decisões *secundum ius*.) Mas tudo se passa ainda num quadro que tem o sistema como referente principal, pelo que serão particularmente exigentes as condições em que o intérprete-aplicador se pode furtar às exigências desse mesmo sistema.

Na decisão segundo a equidade, ao invés, a preterição do critério legal (presumivelmente acertado segundo o art. 9, n.º 3, do Código Civil) justifica-se com a simples razoabilidade da solução propugnada para certo caso concreto. Aquela preterição não requer nenhum argumento dotado de uma força especial, susceptível de desbaratar o comando legal: basta a persuasividade intrínseca do critério invocado para resolver (bem) a situação singular *sub iudice*.

Traga-se o ponto para o plano da teoria da argumentação. A argumentação jurídica pode ser vista, com Alexy, como um caso especial ou particular do discurso prático geral; um discurso condicionado por um sistema (com as suas fontes próprias) que confere à partida uma especial força e uma preponderância decisiva a certas razões sobre outras⁽³⁵⁾.

Ora, a decisão segundo a equidade, precisamente porque se quer situada sem os constrangimentos do sistema jurídico e das fontes que este reconhece, pode conferir peso a quaisquer argumentos sem se preocupar com a sua autoridade e relevância face às aludidas fontes (do sistema). É campo ilimitado do “material”, do “razoável”, do “justo”, do “natural”.

Assim, o discurso conducente à decisão segundo a equidade não apresenta linhas nítidas de divisória face ao discurso prático geral. Corresponde à plena potenciação deste último no campo do Direito e da Justiça.

Apesar disso, a decisão segundo a equidade necessita do sistema.

Desde logo porque dele depende a justiciabilidade ou a exequibilidade da decisão de equidade: é o sistema que assegura a respectiva coercibilidade, necessária à sua eficácia.

Mas também porque, visando o sistema tornar historicamente operativa a justiça, as soluções de equidade convergirão amplamente — assim se deseja — com as do sistema (*rectius*, na medida em que o sistema logre realmente proporcionar a justiça que pretende implantar). Os critérios do sistema poderão ser, portanto, ao menos em grande medida, um precioso auxílio para a descoberta da solução equitativa. Todos os que julgaram já segundo a equidade o sabem: o pensamento sistemático é, ou costuma ser, um arrimo importantíssimo para a decisão segundo a equidade.

⁽³⁵⁾ Cf. *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1989 (tradução do original alemão *Theorie der juristischen Argumentation*), 203 ss, 272 ss, 311 ss.

10. Acerca da metodologia da decisão segundo a equidade e o seu processo

Mas a equidade não coloca apenas um problema de critério substancial, autonomizável, de solução. Envolve e permite também uma certa metodologia, habilita a um processo próprio, mais flexível, de decisão.

Embora este ponto costume passar despercebido, ele aflora, bem vistas as coisas, na tradição cultural da equidade.

É conhecida a lenda que se conta para ilustrar a sabedoria de Salomão, a sua sensibilidade de julgador: como se lhe apresentaram duas mães quando o filho de uma delas morrera e ambas disputavam o bebé sobrevivivo. Salomão, depois de, de balde, ter procurado o entendimento dessas mães, confrontado com a impossibilidade de saber qual delas era, afinal, a mãe da criança, mandou chamar um soldado a quem ordenou que cortasse a criança ao meio com a sua espada por forma a entregar a cada uma delas a sua metade. Então uma delas lançou-se desesperada aos pés do rei e pediu-lhe que o não fizesse, concedendo, em lágrimas, que a outra levasse e ficasse com o bebé. Salomão descobriu, assim, qual das duas mulheres era a mãe do menino.

Aqui observa-se logo que a equidade é também procedimental, envolve uma especial liberdade de meios para obter a verdade, consente um espaço adequado para a actuação da sabedoria que é conveniente a uma plena realização da Justiça.

O modelo metódico e o processo da decisão segundo a equidade são, portanto, também eles, dotados de uma certa especificidade relativamente às comuns decisões jurídicas.

Mas não se trata, evidentemente, de reivindicar para a equidade a ideia de uma legitimidade pelo processo. (Certamente que para uma concepção, como a de Luhmann, do direito enquanto factor de redução da complexidade social entendido em termos basicamente sistémico-funcionalistas, a equidade é um corpo completamente estranho.)

11. (cont.) Notas soltas sobre o processo

Fixemo-nos, antes de mais, na dimensão formal-procedimental da decisão segundo a equidade para deixar algumas notas, muito breves e avulsas, sobre as regras processuais aplicáveis.

A decisão segundo a equidade pede, supomos, um não constrangimento do tribunal resultante de estreitezas na formulação do pedido ou da causa de pedir concretamente invocada, na medida em que a superação dessas estreitezas seja requerida pelo respeito da vontade manifestada do pedido de uma decisão segundo a equidade. A concreta descrição do litígio que é feita pelas partes ou aquilo que elas disseram pretender do tribunal não afasta *per se* a possibilidade do seu alargamento com vista à decisão segundo a equidade que é solicitada.

O que principalmente está subordinado ao princípio do pedido é a decisão segundo a equidade. Na matéria a julgar e no conteúdo da decisão cabe portanto ao tribunal uma certa liberdade.

Interessam portanto considerações substanciais: as partes descrevem o litígio, pedem o que julgam corresponder à equidade, mas o tribunal, uma vez que elas reclamam uma decisão de equidade, não está formalisticamente vinculado pela configuração que elas deram dele ou por aquilo que idealizam como forma de realizar a equidade. O velho brocardo «ne eat iudex ultra vel extra petita partium» (cf. os arts. 661, n.º 1, e 668, n.º 1 e) do Código de Processo Civil) recebe, na equidade, uma acomodação.

Por outro lado, a equidade deve considerar-se aberta à composição por acordo dos interesses em confronto, permitindo explorar melhor as possibilidades de mediação como forma de resolver o conflito.

Para dar um exemplo: admitindo que a mediação e a composição amigável dos interesses são procedimentos que se compreendem dentro do sentido da decisão por equidade — ao procurar-se nesta uma decisão que seja, pela sua bondade intrínseca, susceptível de voluntário e espontâneo acatamento pelas partes, e ao respeitar, tanto quanto possível, aquilo em que as partes convergem ser justo ou adequado para elas —, a escolha, pelas partes, da equidade deve, nalguns casos ao menos, habilitar o tribunal a promover

essa mediação e composição, ainda que as partes as não tenham previsto previamente.

Aquilo que explica a solução supletiva (mas só geral) aparentemente contrária do art. 39, n.º 3, da LAV será, antes de mais, o dado — indiscutível — da experiência de que, num processo a decidir segundo a equidade, a tentativa de concertação das partes terá já sido ensaiada, sem êxito, antes do processo arbitral, resultando este, precisamente, da respectiva frustração.

Por outro lado, a composição das partes (na base do equilíbrio dos seus interesses) distingue-se da equidade: ela não implica, ao contrário desta, a justiça “substancial” da solução a que as partes chegaram, antes constitui essencialmente uma via procedimental (por estas empreendida com êxito) de pôr termo ao conflito. Daí que a composição das partes possa ser feita por negociação, disposição recíproca ou troca dos seus interesses, sem que importe saber (salvos alguns limites extremos) que interesses seria justo ou equo as partes reconhecerem. Por isso ainda, a composição de interesses também não implica o reconhecimento da existência prévia das posições jurídicas alheias correspondentes.

Contudo, dentro da interpretação proposta de que a equidade comporta uma dimensão procedimental, esta poderá nalguns casos impor aos árbitros o dever de tentar uma composição de interesses; sobretudo se alguma das partes se dispuser a ela no decurso do processo sobre bases ainda não testadas previamente.

A equidade, portanto, intersecciona-se com a composição amigável, sem que, todavia, nenhuma delas absorva a outra⁽³⁶⁾.

Passando a outro aspecto, parece que a decisão segundo a equidade implicará uma especial liberdade do tribunal na fase da instrução (como manifesta a história de Salomão).

O princípio do ónus da alegação e prova poderá ser matizado em função das circunstâncias e das capacidades das partes.

Aliás, no julgamento da matéria de facto e no apuramento do critério de solução, o juiz não estará vinculado de forma tão estrita

(36) Para uma discussão da relação entre a decisão segundo a equidade e a composição amigável, cf. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional/A determinação do estatuto da arbitragem*, Coimbra, 2005, 157 ss.

às regras de distribuição do ónus da prova ou da argumentação que se aplicam em hipóteses de *non liquet* em questões que hajam de ser decididas segundo o direito constituído. “Decisões de tudo ou nada” podem substituir-se por “decisões de mais e de menos”.

Na equidade, a dimensão mais acentuadamente formalística do processo esbater-se-á. É sabido que os processos arbitrais consentem ou prevêm com frequência uma certa flexibilização das regras do processo comum. Mas também os regulamentos de arbitragem têm, neste aspecto, limites susceptíveis de constringer; limites que o pedido de uma decisão segundo a equidade pode ultrapassar quando a equidade o justifique. Tal não significa, naturalmente, ignorar a necessidade de institucionalização e do acatamento de certas regras processuais (mínimas).

Nada do anteriormente exposto contende ainda com o respeito do tribunal pela dimensão e fronteiras do conflito que lhe é trazido.

Mas, como já se disse, uma decisão de equidade não pode ser ameaçada, também ela, por um entendimento demasiado restritivo da não condenação para além ou em pedido diverso do formulado pelas partes: nem sempre o que elas prefiguram como a solução de equidade corresponde ao que esta impõe.

De todo o modo, a decisão segundo a equidade não dispensa a necessidade de fundamentação. Se não será sempre viável apontar inequivocamente uma única solução de equidade — não parecendo, por conseguinte, poder valer aqui a pretensão que Dworkin ergueu de encontrar uma única (a única) solução correcta segundo certo direito positivo, mesmo para os *hard cases* —, continua a ser necessária uma justificação intersubjectiva da solução encontrada, ou seja, a demonstração da razoabilidade e da persuasividade da solução de equidade encontrada. Mesmo a decisão segundo a equidade não é reduto da consciência puramente subjectiva do juiz: carece de ser objectivada no seu fundamento (e o seu critério, poderá, por isso, ser generalizável).

12. Características do modelo metódico da decisão segundo a equidade

Com isto chegamos ao último ponto que podemos abordar: aquilo que comumente se dirá ser a metodologia da decisão segundo a equidade.

Esta parece reclamar ou envolver uma reforçada estrutura dialógica do processo. O que corresponde ao reconhecimento de que na equidade a justiça apresenta uma acentuada vertente procedimental; pois só o diálogo aberto e profundo entre as partes permite alcançar a persuasão e a pacificação que a equidade almeja.

Esse diálogo, como quer que se organize processualmente, tem a possibilidade de prescindir de considerações generalizadoras, já que através da equidade se procura obter uma decisão maximamente individualizada e adaptada às particularidades do caso concreto.

Não interessa tanto que a decisão de equidade corresponda à perspectiva do jurista ou do prático do Direito, quanto — mudando de paradigma da decisão — que ela espelhe aquele horizonte de compreensão da justiça que é comum ou comunitariamente aceite; melhor: importa sobremaneira o entendimento que as partes em conflito têm da justiça do caso (ainda naquelas hipóteses em que se mostre diferir ele daquilo que é normalmente reconhecido).

Tudo isto se reflecte em certos cânones metodológicos. As clássicas operações da interpretação e integração das leis, de principais, passam a ser secundárias e meramente instrumentais: o critério da decisão não é a lei, mas a equidade, que substitui aquela.

Por isso, também as preocupações com as condições e os requisitos do desenvolvimento do Direito *praeter legem* se tornam despiciendas (pois se trata neste ainda de obter um desenvolvimento de um certo sistema jurídico, do qual a equidade está liberta). O chamado silogismo judiciário que culmina todas estas operações — o que é susceptível de aproveitar-se hoje dessa expressão na comum metodologia da interpretação, integração e aplicação das leis — perde sentido: reduz-se a serviçal da equidade, pois só pode aspirar a mostrar uma solução possível do caso,

a adoptar ou a rejeitar segundo outros critérios: no reino da equidade manda a equidade.

Em compensação, aquando da obtenção da decisão de equidade assistir-se-á facilmente a uma erupção viva da tópica. A tópica irrompe num espaço (pressuposto) de liberdade argumentativa total. Deste modo, ela é basicamente incompatível com um sistema de fontes do Direito. Alicerça-se, sem peias nem mediações ou instâncias intermédias, nessa liberdade discursiva. Apela, em último termo, ao senso comum, e, para além deste, talvez melhor, ao sentido do razoável e ao “bom senso”, como critérios de decisão. Ora, estes são extremamente importantes numa decisão segundo a equidade.

Na tópica, todos os elementos que pretendem concorrer para a decisão são à partida admitidos; nenhum pode ser excluído *a priori*. A sua relevância final mede-se pela razoabilidade da decisão que concretamente possibilitam. Não é possível ordenar à partida os (tipos de) argumentos nem hierarquizá-los com base em regras de prioridade abstracta.

Neste cenário, a tópica constituirá um caminho típico, embora patentemente insuficiente, para uma decisão segundo a equidade (a tópica não é um critério de solução, apenas uma via). Mesmo a comum desenvolvimento de uma decisão segundo a equidade a partir dos dados do sistema jurídico — justificada pelo aperfeiçoamento da compreensão deste último, assim como da metodologia comum da realização do Direito — se defrontará com uma comprovação, ainda que final, à luz de uma abordagem de estrutura tópica. Essa comprovação é que é susceptível de dar o *nihil obstat* a, ou de recusar, uma decisão alcançada por aquela via. (Embora se deva reconhecer que também no processo comum de realização do Direito, a solução do caso prefigurada seja sempre objecto de um “teste de qualidade”, isto é, de um exame de razoabilidade final, chamado a confirmar a sua pertinência. Só que os critérios desse teste são diferentes consoante a decisão seja ou não segundo a equidade.)

A importância da tópica potencia a eficácia da retórica, para o bem e para o mal. Cabe ao julgador estar atento. Lembre-se, de

todo o modo, que o carácter maximamente aberto da discussão não dispensa a sua disciplina através das regras do processo.

Por outro lado, os critérios do “razoável”, do “bom senso”, do “naturalmente justo” ou da “ordem natural das coisas” colhem na equidade uma importância primordial na selecção e apreciação dos argumentos. A argumentação a partir da “natureza das coisas” — essa velha e rica fórmula que, não obstante as suas limitações, persiste em constituir um conceito de referência do Direito e da sua realização — é chamada a primeiro plano. Tais critérios são invocados, no fundo, para solucionar a indiferenciação e a aleatoriedade da tópica.

Também o papel das concretas consequências da decisão é potenciado na equidade. De facto, uma decisão segundo a equidade não deve prescindir do pensamento da oportunidade e da conveniência concretas, considerando o seu impacto específico no caso a decidir. A pertinência da solução de equidade não deriva somente da adequação de critérios ou de *rationes decidendi* gerais: há que ver que consequências têm elas no litígio *sub iudice*.

Não existem, na equidade, quanto a este ponto, as limitações que as regras de direito constituído implicam para o intérprete-aplicador (porque as valorações da lei não podem ser contrariadas ou minadas no caso concreto). Por isso, a distribuição do ónus da argumentação quanto à atendibilidade das consequências da decisão maleabiliza-se.

Na equidade, a maior ou menor praticabilidade da solução releva também de modo especial. A equidade pode implicar optar-se por uma solução mais facilmente exequível do que a do direito constituído (que se contenta, normalmente, com uma praticabilidade abstracta, aferida pela disponibilidade dos mecanismos institucionais destinados a permitir, funcionalmente, a observância das decisões judiciais).

Mas a praticabilidade pode funcionar também em sentido diverso: uma decisão equitativa não pode ser afastada apenas por ser (mais) difícil de levar à prática.

Uma última nota: na equidade não fica banido o pensamento analógico. Uma solução individualizadora que assuma todas as circunstâncias do caso não pode achar-se sem a comparação de hipóteses e variantes. O que ocorre é que as analogias de que o julgador

inevitavelmente se socorre se encontram, na equidade, desvinculadas da autoridade do sistema. O recurso à analogia na equidade mostra, portanto, a susceptibilidade de generalização do critério de decisão que também possui a sentença de equidade.

13. (cont.) A justificação da decisão segundo a equidade

Apesar de a decisão segundo a equidade escapar a um aprisionamento por diversas regras processuais comuns, assim como pelas soluções do direito constituído e pelas operações metodológicas que este tipicamente reclama, ela deve ser convenientemente justificada. Só assim logra cumprir aquela função de persuasão e pacificação social que lhe inere de modo particular enquanto forma superior ou mais acabada da Justiça.

O mais das vezes, a lei e a dogmática do sistema contribuirão amplamente para este efeito. Se um sistema jurídico se orienta para a Justiça, o que dele resulta não pode ser negligenciado. Assim se previnem erros e subjectivismos grosseiros, os principais perigos da equidade.

Por outra via: a justificação da decisão de equidade aconselha a submissão do seu conteúdo a um teste de esforço (um *stress test*) à luz do sistema jurídico. Caso este corresponda satisfatoriamente às exigências da justiça sentidas por uma certa comunidade, haverá, normalmente, uma certa plausibilidade de acerto da solução de equidade quando a decisão manifestar concordância com o que resulta do direito constituído.

Só que tal não basta para fundamentar a decisão segundo a equidade. Esta, ou tem de louvar-se em factores que mostram ou reforçam o sentido da solução do direito positivo, ou, não havendo essa correspondência, implicará via de regra uma especial fundamentação da razão do afastamento relativamente ao que resulta do direito constituído (ónus de justificação especial).

O direito constituído será, portanto, um padrão de referência. Por causa, desde logo, da necessidade de atender à confiança e à

previsibilidade das partes. O que é adequado, porque as partes geralmente pautam as suas relações por esse direito ou, ao menos, não podem ignorá-lo.

Temos em mente, desde logo, o direito nacional de um certo país, relativamente aos litígios a ele internos. Quanto às arbitragens internacionais, na senda do que já foi apontado entre nós por M. Galvão Teles, é de aceitar, em nome desse mesmo pensamento, que a decisão de equidade adopte como lei de referência aquela que apresenta, substancialmente, a conexão mais estreita com o caso, sem os constrangimentos do direito de conflitos e de outras normas de direito internacional privado⁽³⁷⁾.

Claro que o papel do direito constituído na descoberta da solução de equidade não deve ser hipostasiado: muitas questões são complexas e não têm, perante ele, solução fácil.

A equidade pode vencer essas dificuldades, mas importa que as ultrapasse bem e sem precipitações.

Assim, retomando aspectos já aflorados, se o grau de adequação e capacidade do sistema de direito constituído em ordem à realização do Direito e da Justiça no caso concreto for elevado, poderá esboçar-se a decisão segundo a equidade começando por ver como é que aquele sistema resolve o litígio. Caso, pelo contrário, este se (pres)entir à partida desadaptado, poderá delinear-se sem mediação, directamente, um projecto de decisão segundo a equidade e depois confrontá-lo então com o direito constituído para comprovação e/ou acerto final dessa decisão.

Qualquer que seja a ordem por que se proceda, reclama-se uma solução metódica integrada: há que evitar pré-compreensões que poderiam advir da consideração primeira do litígio à luz do direito constituído, mas importa também não esquecer que o direito constituído traz em si uma pretensão de justiça que a ciência jurídica operacionaliza — e está em condições de operacionalizar com grande eficácia —, sendo por isso que esses dados não podem ser levemente esquecidos numa decisão de equidade.

⁽³⁷⁾ Cf. «Arbitragem comercial internacional *ex aequo et bono* e determinação da lei de mérito», cit., 81 ss. Mas hipóteses existem em que, nas situações plurilocalizadas, não é fácil individualizar uma lei muito mais conexionada com o caso do que outras.

O espírito do julgador deambulará entre esses pólos.

Em qualquer caso, a decisão segundo a equidade não pode invocar a autoridade da lei. Mesmo quando siga o sentido que esta aponta, tem de se explicar. O arrimo da razoabilidade do direito constituído (tomando-se este, portanto, na sua pertinência simplesmente material, despojado da sua autoridade formal), assim como o do acervo mais perene e sedimentado da doutrina ou da ciência jurídica — cuja autoridade advém essencialmente da sua racionalidade e comprovação duradoura das soluções — são, para este efeito, imprescindíveis.

Mas não bastam.

Até porque, como se sabe, a equidade permite também soluções não viabilizadas (naquele momento histórico, ao menos) por um ou por outro, nem conhecidas de um ou outro, como ocorre ao incorporar outros referentes para a resolução de litígios (v.g., a ética, a tradição ou a psicologia). A justificação será então mais exigente.

Requer-se, todavia, sempre. Sobretudo quando não há recurso da decisão arbitral segundo a equidade (o que acentua, por outro lado, a importância da probidade de quem decide). Tem então de requerer-se da fundamentação o que se torna legítimo esperar de uma última e derradeira instância.

A fundamentação visa sobretudo as partes, enquanto a decisão segundo o direito constituído deve ser igualmente justificável para a inteira comunidade jurídica.

Do exposto conclui-se que a equidade não remete, de forma alguma, para o simples entendimento pessoal do juiz ou para a sua íntima convicção. Ela não é campo irrestrito de uma justiça de sentimento (*Gefühlsjurisprudenz*) nem consente arrogâncias «paternalistas». Reclama-se sempre uma fundamentação intersubjectiva. Não está em causa, também nela, uma apreciação intuitiva e puramente individual, mas racional e objectivável. Por isso, as pré-compreensões, abertas ou camufladas, têm de ser cuidadosamente evitadas. Como nas decisões segundo o direito constituído.

Insista-se: tudo o que se diz não é posto em crise pelo facto de a equidade ser expressão de uma justiça individualizadora. É certo que a decisão de equidade permite ao juiz desinquietar-se do disposto no art. 8, n.º 3, do Código Civil. De facto, a equidade não

recorre a regras jurídicas gerais e abstractas; o julgador não tem por isso de se preocupar com a uniformidade das decisões ao abrigo dessas regras. Mas, embora os critérios concretos da decisão equitativa não precisem de ser sujeitos, com esse propósito, a um esforço positivo de universalização na mente do juiz, eles reclamam aquela validade intersubjectiva que é susceptível de convencer as partes no litígio.

Nessa medida, um determinado critério decisório de equidade pode ser aplicado a casos análogos; embora sem que haja para o tribunal o constrangimento da obediência ao princípio da igualdade e a necessidade, certamente subsidiária, de levar em conta, em questões duvidosas, precedentes que eventualmente existam.

O que poderá, em todo o caso, afirmar-se é que o julgamento segundo a equidade, dada a sua intenção particular e individualizadora, diz mais respeito às relações interpessoais do que às relações gerais de todos com todos: que o seu campo, portanto, tende a ser o da justiça comutativa e correctiva, e menos o da justiça distributiva ou o da justiça legal (campo onde prepondera o *ius legale*), este último, de resto, o campo por excelência das normas imperativas e do interesse público.

14. Conclusão

Verifica-se que a equidade não deverá, tanto quanto por vezes se presume ou se poderia ser levado a pensar, conceber-se assimilada ou assimilável pelo sistema, pelos seus procedimentos e pela metodologia comum da realização do Direito; mesmo tendo em conta que estes possibilitam hoje, em larga escala, uma justiça atenta às circunstâncias e particularidades do caso concreto.

Daí o relevo, a autonomia e a importância do apelo a uma decisão segundo a equidade na prática arbitral, sobretudo internacional.

A equidade aponta uma dimensão ideal da Justiça e do Direito reclamada pela plenitude e perfeição do “humano”. Liga-se, dessa forma, de modo particular, à sabedoria e a uma “ética de virtude”.

Transcende o sistema jurídico historicamente vigente. Permite soluções que este não alcança, autoriza a flexibilização de regras processuais, convoca uma metodologia mais versátil.

O sistema, compreendendo embora valores e princípios, é historicamente situado e sofre das correspondentes limitações. Suporta, por isso — excepto em casos-limite —, a tensão entre o que é e o que poderia ou deveria ser (no plano da perfeição). A equidade, porém, elimina essa tensão porque liberta do sistema e daquilo que historicamente o pode fazer (mesmo se marginalmente) imperfeito.

Não se resume, portanto, a equidade, à função de compatibilizar o critério geral e abstracto da lei em dado momento vigente com a necessidade de uma justiça individualizadora.

A decisão segundo a equidade converte-se, assim, num desafio supremo para o julgador. No fulgor da sua beleza intangível, ela representa, para ele, uma “arte do humano pleno”. Nesse sentido, ambiciona realizar uma “justiça com coração”.

