

O Conceito de Equidade

Clenício da Silva Duarte

Consultor Jurídico do DASP

SUMÁRIO: 1. A dupla função da equidade. A equidade como correção das consequências injustas das normas jurídicas e como processo de preenchimento de lacunas da lei. 2. O processo de preenchimento de lacunas no direito brasileiro. 3. A equidade como um dos princípios gerais de direito. 4. A disposição censurável do art. 114 do Código de Processo Civil. 5. O moderno conceito de equidade. 6. O poder discricionário atribuído ao intérprete nos casos de lacuna do sistema jurídico positivo. 7. Um caso judicial americano cuja solução impugna a aplicação da equidade. 8. Conclusão.

1. Coube a ARISTÓTELES, com mestria incomparável, plasmar o conceito de equidade ¹ de modo a abranger as duas ² funções principais que lhe foram atribuídas durante mais de vinte séculos de evolução do Direito, seja como corretivo das consequências injustas das normas jurídicas, individualizando a justiça **contra legem**, ³ seja como processo hermenêutico no preenchimento das lacunas da lei. ⁴

1 Ética a Nicômano, trad. francesa, Garnier-Flammarion, Livro V, Capítulo X.

2 PAUL VINOGRADOFF, *Introduction al Derecho*, trad. mexicana do original inglês, *Função de Cultura Económica*, p. 156, refere-se a três funções, que, na realidade, se reduzem às duas indicadas no texto.

3. A história do Direito anglo-americano apresenta uma evolução que o divide em dois ramos: *law* e *equidity*. Se o primeiro (*common law*) representava o direito em sentido estrito (*ius strictum*), que, no dizer de VON TUHR (*Teoria General del Derecho Civil Aleman*, trad. argentina, 1946, vol. I, p. 44), é o que possui para um fato determinado uma sequência jurídica igualmente determinada com exatidão, o segundo (*equity*) se compunha das normas que se dirigiam à solução de controvérsias civis, consoante os procedimentos criados pela história *Court of Chancery* e continuados pelos tribunais especiais, a título de direito corretor e supletório do *common law* (cf. sobre o mesmo tema, GUSTAV RADBRUCH, *El Espíritu del Derecho Inglés*, trad. espanhola, *Revista de Occidente*, Madrid, 1950, p. 67; ENNECCERUS, KIPP e WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, trad. espanhola, Tomo I, vol. I, § 26 a, VI, 2, p. 108, e § 46, I e II, ps. 189 e 190).

4. No primeiro sentido, diz ARISTÓTELES: "A natureza própria da equidade consiste em corrigir a lei, na medida em que esta se mostra insuficiente, em razão do seu caráter geral" (ob. cit., Livro V, Capítulo X, 6); no segundo, veja-se a acuidade do grande sábio: "Quando a lei se exprime para a generalidade dos casos, produzindo-se posteriormente alguma coisa que contrarie essas disposições gerais, é normal preencher a lacuna deixada pelo legislador e corrigir a omissão imputável ao próprio fato de que ele se exprimia em geral. O próprio legislador, se fosse presente, consentiria nisso e, se houvesse previsto o fato, teria introduzido precisões na lei" (ob., livro e capítulo cit., n.º 5).

Se se há de desprezar a primeira função, do momento em que a equidade **contra legem** atenta contra um dos valores essenciais do Direito,⁵ que é a segurança jurídica, não há como negar a sua função como processo de preenchimento das lacunas da ordem jurídica, por isso que ao juiz não é lícito deixar de decidir, sob pretexto de lacuna ou obscuridade da lei.⁶

2. No Direito brasileiro, o preenchimento de lacunas obedece à seguinte ordem prioritária e que exaure todo o respectivo processo:⁷ a analogia,⁸ os costumes e os princípios gerais de direito.⁹

Se assim é, onde incluir-se a equidade, desde que, como se afirmou, o processo de preenchimento de lacunas se esgota com a aplicação ou dos costumes jurídicos, ou dos princípios gerais de direito? Estaria, assim, banida do Direito pátrio a invocação à equidade, em casos de omissão legislativa, ou haveria algum em que pudesse o intérprete socorrer-se dela?

3. Embora a matéria ofereça ensejo a grandes controvérsias, situando-se a maioria dos juristas em terreno oposto pelo que se infere de suas manifestações ainda que não muito objetivas a respeito, estamos com os que entendem que a equidade se insere entre os princípios gerais de direito, sendo o mais importante, pela sua definição, que a identifica com a justiça para o caso singular, quando a aspiração do Direito é a atribuição de justiça.^{10 e 11}

5 Até mesmo no Direito inglês, onde a justiça de "equidity" apareceu como correção à excessiva rigidez do **Common Law**, essa concepção criadora do direito **ex aequo et bono**, cedeu lugar, em benefício da segurança jurídica. Cf. RADBRUCH, ob. cit., p. 67.

6 Código de Processo Civil, art. 113.

7 Cf. nosso artigo do número anterior desta Revista, ps., sob o título **A Plenitude da Ordem Jurídica**.

8 O recurso à analogia não decorre propriamente de lacuna no Direito positivo, por isso que o processo análogo corresponde à aplicação de norma jurídica implícita no **sistema**, ao passo que só há lacuna quando não há norma nem explícita nem implícita. Veja-se a definição de FERRARA (FRANCESCO FERRARA, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. I, e único, ps. 231 e 232): "L'analogia non è creazione di diritto nuovo ma scoperta di diritto esistente. Il giudice applicando delle norme per analogia, non foggia con libera attività norme guiridiche, ma sviluppa norme latenti che si trovano già nel sistema. Poiche diritto è non solo il contenuto immediato delle disposizioni espresse, ma il contenuto virtuale di norme non espresse, ma insite tuttavia nel Sistema" (os grifos são nossos).

9. A norma se acha inserta no art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, que reza: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

10 Veja-se nosso artigo, citado na nota 7, *supra*.

11 EDUARDO ESPÍNOLA (*Sistema do Direito Civil Brasileiro*), 4.ª ed., Rio de Janeiro, 1960, vol. I, pág. 211, é um dos que distinguem a equidade dos princípios gerais de direito, entendendo-se que se aplica tão-somente para atenuar o rigor da lei.

ESPÍNOLA FILHO (*Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, verbete Equidade) nem chega a considerar a equidade passível de se enquadrar como um dos princípios gerais de direito, por isso que afirma que a nossa Lei de Introdução ao Código Civil deixou "claro não ter a equidade consideração de fonte do direito, pois, enumerando os elementos de integração da ordem jurídica positiva, manda se utilize o aplicador, se omissa a lei, a analogia, ou recorra às duas únicas fontes subsidiárias — os costumes e os princípios gerais de direito (art. 4.º)".

O eminente DEL VECCHIO¹², por esta forma se manifesta ao propósito: "Adverta-se que, entendida a equidade em sentido amplo, isto é, como a exigência da adaptação da realidade às formas do direito, abrange também os "princípios gerais do direito", visto que estes se apresentam como um meio de obter precisamente aquela adaptação em determinadas ordens de relações (...) O conceito geral da equidade (que não significa mitigação, mas, como se advertiu anteriormente, apreciação exata de todos os elementos de fato enquanto possam ter interesse para o direito) se explica, pois, não só no sentido de sugerir uma norma, quando falte no ordenamento positivo, mas serve também, como subordinação às normas existentes, para procurar sua mais apropriada aplicação. Constitui, portanto, esse elemento uma fonte perene de renovação e reintegração para todo o organismo jurídico".

O nosso CLÓVIS também a identifica com os princípios gerais de direito¹³, não sendo outra a opinião de GARCIA MAYNEZ¹⁴.

Nem há como negar seja a equidade um princípio geral de direito, quando, pela sua definição de justiça para o caso singular, sobre a qual não há a menor discrepância em mais de vinte séculos em que dela se cuidou, constitui o conceito ideal de Justiça, evidentemente inatingível nas legislações de um modo definitivo, pela necessidade que têm estas de generalização. E como não se admite a equidade **contra legem**, só sendo aplicada quando se entenda que há omissão legislativa, a Justiça **in abstracto**, genericamente prevista na legislação, mui-

12 GIORGIO DEL VECCHIO, *Los Principios Generales del Derecho*, trad espanhola, Barcelona, 2.^a ed., 1948, nota 9 à p. 117.

13 CLÓVIS BEVILAQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.^a ed., Francisco Alves, 1929, n.º 33, p. 47. Diz o ilustre mestre: "As expressões: princípios gerais do direito, direito natural, espírito da lei, no sentido em que, neste caso as empregam, e equidade, pretendem significar a mesma coisa. Trata-se de indicar, como fontes supletivas do direito positivo, as regras mais gerais que constituem o fundamento mesmo da ciência e da arte do direito; não somente os princípios, que dominam o direito nacional, como ainda o conjunto dos preceitos essenciais, que servem de expressão ao fenômeno jurídico."

14 EDUARDO GARCIA MAYNEZ, *Introducción al Estudio del Derecho*, 3.^a ed., Editorial Porrúa, México, 1949, n.º 193, ps. 375 e segs. Após historiar as divergências dos que incluem a equidade como um princípio geral de direito em confronto com os que negam essa identificação, apontando, na primeira corrente, OSÍLIA e MAGGIORE, e, na segunda, GIOVANNI PACCHIONI e MÁRIO ROTONDI, assim emite a sua opinião o ilustre mestre: "Seja qual for a posição que se adote em relação ao problema, cremos que, em qualquer caso, deva a equidade ser considerada como um princípio geral de direito e, na realidade, como o primeiro deles ou o supremo, já que serve de base a todos os outros" (p. 378).

tas vezes a impede de atuar, como seria desejável, mas, nesse caso, inconveniente pelo resguardo devido à segurança jurídica.¹⁵

Se, na apreciação do caso concreto em face do sistema positivo do direito que se tenha em vista, não se verificam todos os pressupostos de fato implícitos ou explícitos na norma jurídica, está o intérprete diante de uma lacuna legislativa, cumprindo-lhe, na hipótese do Direito brasileiro¹⁶, lançar mão dos costumes¹⁷ e, se não solucionarem o caso, dos princípios gerais de direito, entre os quais, como já vimos, se insere a equidade.¹⁸

4. Acerbas críticas merece o art. 114 do nosso Código de Processo Civil, ao estatuir que, "quando **autorizado a decidir por equidade**, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador", numa contrafação pouco cuidada do art. 1.º do Código Civil Suíço. Ora a equidade é um processo de interpretação das leis, na omissão de dispositivos destas que não consideraram os pressupostos de fato e de direito do caso a decidir, não havendo costumes jurídicos que possam incidir sobre a hipótese, na invocação do princípio geral de direito de maior repercussão. Falece competência ao legislador para decidir sobre os recursos dos processos de interpretação, nos casos de inexistência de norma jurídica predeterminada para incidência

15 "A segurança jurídica exige que os juizes chamados a resolver uma controvérsia cumpram sua missão, aplicando com a maior fidelidade possível os preceitos da lei escrita. Mas, quando, em determinado caso, não há lei a ser aplicada, e se esgotaram em vão os recursos de interpretação a Justiça exige, e o direito positivo permite que o julgador se inspire em critérios de equidade, já que não está autorizado a abster-se de resolver as contendas. A segurança jurídica não sofre nada com isso, pois a harmonia que deve existir em todo sistema impede o intérprete de ditar uma resolução contrária aos textos legais" (E. GARCIA MAYNEZ, ob. cit., n.º 193, p. 379). E, mais adiante, na mesma página: "A aplicação do recurso à equidade, nos casos em que existe uma lacuna no direito legislado, permite desse modo conciliar as exigências da justiça com as da segurança jurídica e, graças à restrição que acima apontamos, torna possível a realização plena de outro dos postulados capitais da vida do direito, a saber, a coerência e unidade harmônica de cada sistema".

16 V. art. 4.º, cit., da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

17 Cf. nota 8, *supra*.

18 No Direito do Trabalho, é clara a manifestação do legislador no sentido da identificação da equidade com os princípios gerais de direito, como se vê do art. 8.º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, consoante se verifica da seguinte redação: "As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho", etc. (grifamos).

a determinado caso concreto, desde que isso é tarefa da doutrina, é trabalho reservado ao juiz e ao jurista.¹⁹

5. Ninguém melhor do que RECASENS SICHES estudou o moderno conceito de equidade, como recurso de interpretação na omissão legislativa, com base no qual construiu a sua teoria do logos do humano e do razoável²⁰, considerando consistir a natureza do equitativo "uma adaptação da lei positiva, quando a formulação desta se torna defeituosa em razão da sua universalidade".²¹

Muitas vezes verifica o intérprete que a aplicação de determinada norma jurídica, que parece à primeira vista adequada ao caso que lhe é submetido, de tal maneira causa uma distorção dos próprios princípios informadores do sistema jurídico de que se trate, pelo resultado alcançado, que se lhe impõe um maior exame, do momento em que a individualização da norma geral, tarefa precípua da hermenêutica, não pode validamente justificar essa solução.

Se o Direito se construiu como ciência reguladora do convívio humano em sociedade, de modo a lograr-se a mais completa harmonia social, visando a um fim último, que outro não é senão o da distribuição de justiça, é imprescindível que o intérprete tenha sempre presente esse objetivo. O método a

¹⁹ Veja-se, ao propósito, a lição sempre acatada de RECASENS SICHES, *Tratado General de Filosofia del Derecho*, 3.^a ed., Editorial Porrúa, México, 1955, ps. 655 e 656: "O que se costumava chamar "equidade" não é um procedimento para corrigir leis imperfeitas. É a maneira correta de interpretar todas as leis, absolutamente todas. É a maneira correta de entendê-las. É a maneira correta de tomá-las como base para elaborar as normas individualizadas. Sempre e em todos os casos. Sem exceção. A equidade não é um recurso "extraordinário" para "suavizar a aplicação de certas leis. Ao contrário, devemos reconhecer que deve ser o procedimento ordinário" para tratar com todas as leis. Se o legislador o proibiu alguma vez, isto não tem o menor alcance, nem pode tê-lo. O legislador tem poder para abrogar ou derogar uma lei e ditar novas normas. Tem, inclusive, poder para esclarecer em termos gerais o sentido e o alcance que quis dar a uma lei sua, anterior. Mas, entenda-se bem, "em termos gerais", com o que faz é ditar uma espécie de legislação complementar. Todavia, se fala de métodos de interpretação, emite palavras que se deve arremessar ao vento. Com isto não pretendo, de nenhum modo, debilitar ou cercear o dever de obediência à lei, dever que pesa sobre qualquer juiz, porque esse dever se refere à lei, isto é, a uma norma geral, porém não compreende, não pode jamais compreender a tarefa de individualização, a qual não pertence, nem pode pertencer, à função legislativa. É como se ao legislador lhe ocorresse legislar sobre as leis da natureza, ou sobre as leis da matemática. Aqui não se trata, certamente, do curso dos astros, nem tampouco dos princípios matemáticos, mas se trata de algo tão objetivo e tão respeitável: trata-se do logos da vida humana, sobre o qual o legislador não tem império algum, como não o tem sobre as leis da física ou os princípios de geometria. Certamente os princípios do logos do razoável são muito diferentes da lógica físico-matemática, mas são tão objetivamente válidos com os desta" (os grifos são do próprio autor).

²⁰ LUIS RECASENS SICHES, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Fondo de Cultura Económica do México, 1956, ps. 128 e segs., e *Tratado General de Filosofia del Derecho*, cit., ps. 645 e segs.

²¹ LUIS RECASENS SICHES, *Tratado cit.*, p. 657.

empregar não deve ser o dedutivo, mas o indutivo, isto é, não há por que partir da lei para o fenômeno, mas, sim, deste para aquela. MONROE SMITH, assim se manifesta a respeito: "Em seus esforços para dar ao sentimento social de justiça expressão articulada em regra e em princípios jurídicos, o método dos profissionais na pesquisa do direito sempre foi experimental. As regras e princípios do direito consultudinário (**case-law**) nunca foram tratados como verdades finais, mas como hipóteses de trabalho, continuamente reexaminados nesses grandes laboratórios do direito que são os tribunais de justiça. Cada caso novo é uma experiência; e se as regras aceitas, que parecem aplicáveis, conduzem a um resultado que se sente ser injusto, a regra é reconsiderada. Pode não ser modificada imediatamente, pois a tentativa de fazer absoluta justiça em cada caso concreto tornaria impossível o desenvolvimento e a manutenção de regras gerais; mas se uma regra continua a dar lugar a injustiças, ela será eventualmente reformulada. Os princípios, estes são continuamente reexaminados; pois se as regras derivadas de um princípio não estiverem dando bons resultados, ele próprio deverá, em última análise, ser reexaminado"²².

6. Não há dúvida de que, mesmo fora da teoria da livre indagação científica extremada, que não pode ser aceita pelos perigos que representa para a segurança jurídica²³, ao juiz, como ao intérprete de um modo geral, confere-se um poder discricionário, cujos limites são muito bem traçados, para que se não confunda com o árbitro²⁴. Toda vez que as lacunas legislativas se lhe ofereçam, como lhe não é dado eximir-se de

²² MONROE SMITH, *Jurisprudence*, Columbia University Press, 1909, p. 21, apud BENJAMIN CARDOSO, *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito*, trad. de Leda Boechat Rodrigues, Editora Nacional, 1943, ps. 19 e 20.

²³ JEAN POULANGER, *Principes Généraux du Droit et Droit Positif*, in *Le Droit Privé Français au Millieu du XXe Siècle*, Etudes offertes à Georges Ripert, Paris, 1950, t. I, n.º 18, p. 65, não vê qualquer perigo na escola de livre indagação científica, por isso que não acredita ele "que essa pesquisa fosse tão livre quanto se anunciava". Diz, em seguida, o eminente mestre francês, que o simples exame dos arestos proferidos, com base nesse direito livre, nada mais representaria do que a aplicação dos princípios gerais de direito.

²⁴ "Ao Poder Judiciário se reserva o exercício da discricção num âmbito quantitativa e qualitativamente muito mais limitado. Em princípio só interferindo no **processus** de realização da vontade estatal quando provocado e para solver conflitos, a margem de atividade e natureza. Somente na total omissão do direito, ou na impossibilidade de sua aplicação por exigir a relação ajuizada solução adrede construída (sentença dispositiva), cabe-lhe decidir escolhendo um critério. Sendo a discricção do legislador a mais ampla em conteúdo e a primeira a manifestar-se, cronologicamente, no **processus** da expressão da vontade do Estado, a discricção reservada ao administrador e ao juiz pode dizer-se, em certo sentido, residual. Exerce-se no que não tenha sido regulado pela lei. Onde e quando se manifeste, em toda a plenitude, a discricção do Poder Legislativo, já não haverá opções confiadas aos Poderes Executivo e Judiciário no **processus** de expressão da vontade estatal. Exaurindo a lei as possibilidades de escolha, não resta senão cumpri-la, individualizando a solução por ela determinada" (SEABRA FAGUNDES, *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*, R.D.A., vol. 23, p. 8).

sentenciar²⁵, passa a dispor de livre discricção, para preenchê-la como lhe parecer mais acertado, segundo princípios que informam a ciência jurídica. GENY assim se manifesta sobre essa livre discricção conferida ao juiz²⁶: "Aliás, esse poder discricionário, tão amplamente reconhecido em todo o domínio da execução do direito, não deve levar ao arbítrio (*die Willkür*), rigorosamente banido das constituições modernas. Trata-se, somente, de uma apreciação razoável, baseada sobre as considerações de justiça e utilidade, que servem de fundamento necessário às regras de conduta que se impõem à sociedade dos homens. Mas, porque essa apreciação se exerce livremente, fora de uma fórmula categórica preestabelecida, ela deixa todo o seu jogo à atividade individual, independentemente das restrições formais. E é por isso que ela nos parece aproximar-se da livre pesquisa científica, que reconhecemos como faculdade indispensável ao intérprete de direito positivo".

7. O insigne RECASENS SICHES, no seu monumental **Tratado General de Filosofia del Derecho**, citado, refere-se a um caso judicial, que nos parece conveniente reproduzir, ainda que um tanto extenso, pelos ensinamentos que dele podemos extrair. Ei-lo:

O Sr. Wesley Moore era um próspero homem de negócios que residia numa cidade do Estado de Nova York, quando admitiu a seu serviço, como taquígrafa, uma sobrinha de sua esposa, srta. Ida White. Esta, em seu trabalho, mostrou-se tão eficiente que não tardou a ser promovida a secretária particular do Sr. Moore e, logo em seguida, passava ela a compartilhar das principais responsabilidades, quer na gerência das empresas do chefe, quer mesmo na administração do patrimônio deste, conquistando, em pouco tempo, a admiração, o respeito e a estima de todos, não só dentro e fora do círculo familiar, como também da esfera dos negócios em que atuava. Todas as particularidades da vida privada e dos negócios do patrão eram do seu conhecimento, com exceção, apenas, do conteúdo das cláusulas do testamento que ele fizera e no qual havia instituído em favor dela um legado de todas as ações que possuía numa Companhia de Energia Elétrica, que dirigia e de que era o principal acionista.

²⁵ Cód. de Processo Civil, art. 113, cit.

²⁶ FRANÇOIS GÉNY, *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, 2.^a ed., Paris, 1932, vol. II, n.º 176 bis, p. 185.

Alguns anos mais tarde, a misteriosa desapareição de sua esposa produziu no Sr. Moore um pesar tão profundo que, em pouco tempo, foi acometido de grave enfermidade mental, acabando por ser internado num manicômio, sendo necessário interdité-lo. E a unanimidade do conselho de família resolveu que a srta. White deveria ser nomeada sua curadora, não só por força de sua extraordinária competência, como porque estava perfeitamente a par de todos os negócios do enfermo, inspirando ela, pela sua probidade demonstrada, confiança a todos os interessados.

Pouco tempo depois, em razão da grande crise econômica de 1929, as inversões do Sr. Moore deixaram de produzir dividendos. Como resultado do desemprego geral, um grande número de proprietários de imóveis, cujas propriedades estavam hipotecadas ao Sr. Moore, deixaram de pagar juros e leis de emergência outorgaram uma moratória. Assim, as receitas de Moore foram diminuindo de tal modo que foi necessário, para atender a essa crise que abalara as finanças da família, a venda de algumas ações. As únicas ações que podiam ser vendidas sem prejuízo e até com vantagem, porque outro grupo financeiro desejava avidamente possuí-las, eram as da Companhia de Energia Elétrica. Ida White aproveitou essa circunstância do grande interesse daquele grupo financeiro com tanta habilidade que alcançou preço bem elevado, vendendo-as por 220.000 dólares. Passada a crise, os negócios de Moore, sempre dirigidos por Ida White, voltaram a prosperar.

Seis meses depois, morre Wesley Moore. Aberto o testamento, dele constava uma cláusula pela qual o testador instituía um legado de todas as suas ações da Companhia de Energia Elétrica em favor de Ida White. O montante do valor da herança era muito grande, precisamente em razão da inteligente administração de Ida White, que conseguira repor, em excesso, as perdas antes verificadas, de modo que alcançava a soma de um milhão de dólares, grande parte em numerário. Observe-se que dos 220.000 dólares alcançados pela venda das ações da Companhia de Energia Elétrica, Ida White, em suas funções de curadora, gastara apenas 20.000, depositando os restantes 200.000 num banco.

Ida White, pensando razoavelmente, supôs, quando soube do legado instituído em seu favor, que do montante da herança lhe pagariam o preço pelo qual foram vendidas as ações que

Ihe haviam sido legadas, isto é, a soma de 220.000 dólares. Mas o testamenteiro lhe comunicou que o legado que fora instituído em seu favor era o que se chama em Direito legado de coisa determinada e que, segundo o Direito do Estado de Nova York, seguindo nisso a tradição do direito romano, considerava-se nulo o legado de coisa determinada quando esta havia desaparecido dos bens do testador anteriormente ao seu falecimento. O legado em favor de Ida White não era um legado de uma certa quantia em dinheiro, mas de determinadas ações, que já não figuravam no patrimônio do testador quando morreu.

Os herdeiros do Sr. Moore, aconselhados por seus advogados, negaram qualquer direito de Ida ao legado, pois, sendo este de coisa determinada, que não mais existia quando morreu o testador, era inexistente. Dada a controvérsia, as partes foram ao Judiciário.

Não havia, no caso, discussão sobre os fatos, nem sobre o sentido da cláusula testamentária. Wesley Moore havia sido o proprietário das ações da Companhia de Energia Elétrica. Mais tarde, foi incapacitado por alienação mental. Ida White foi nomeada curadora de sua pessoa e de seu patrimônio. Ida White não sabia que o Sr. Moore lhe legara, em testamento, aquelas ações. Ninguém punha em dúvida a extraordinária capacidade de administração, bem como a probidade de Ida White, havendo concordado os filhos de Wesley Moore com todos os atos praticados por ela, na gestão dos interesses do testador e de sua família. Ninguém discutia que fora necessária a venda daquelas ações, cujo preço alcançado fora objeto de felicitações de todos os membros da família e dos amigos e conhecidos desta. Era também um fato indiscutível que dos 220.000 dólares, obtidos nessa venda, Ida White gastou somente 20.000, para atender às necessidades da família Moore, e que os restantes 200.000 estavam ainda depositados num banco. A única discussão se situava no problema jurídico, sobre o efeito que deveria ter a venda das ações sobre os direitos que lhe haviam sido conferidos no testamento. O problema poderia ser dividido em três hipóteses: a) teria Ida White direito aos 200.000 dólares remanescentes do preço da venda, acrescidos de mais 20.000 dólares retirados dos bens da herança, de modo a completar-se o valor das ações que lhe foram legadas e por ela vendidas por ignorar o legado?; b) teria direito somente aos 200.000 dólares ainda disponíveis, como parte não gasta do preço obtido

do na venda das ações?, ou c) não teria ela direito a nada, por não pertencerem as ações ao patrimônio do testador por ocasião de sua morte?

O Tribunal de Primeira Instância entendeu que Ida White não tinha direito a nada, por se tratar de legado de coisa determinada, inexistente quando da morte do testador. Recorreu a legatária para o Tribunal de Apelação, que reformou a sentença, determinando ao testamenteiro que se pagasse a Ida White o valor total, em dinheiro, da venda das ações, isto é, 220.000 dólares. A decisão, tomada por maioria de votos, foi assim justificada: "Consideramos que o legado de coisa determinada não ficou nulo. O curador de um testador que foi declarado incapaz por alienação mental e que continuou nesse estado até sua morte, ao atender ao objetivo de procurar fundos para satisfazer as necessidades do testador, pode não vender o objeto de um legado de coisa determinada quando há no patrimônio suficientes disponibilidades livres, que não foram legadas especificamente a ninguém... O curador não tinha o poder de mudar o testamento do seu curatelado. A disposição que uma pessoa incapacitada fez de uma coisa de sua propriedade por um testamento válido, outorgado quando era capaz, assim como não pode ser deixada de lado por seu curador, também não pode ser desobedecida pelo seu testamenteiro. Deve-se manter o direito de um testador de dispor de sua propriedade de acordo com seu desejo pessoal, salvo quando caia em conflito com interesses alheios que tenham prioridade reconhecida".

Recorreram o testamenteiro e os herdeiros à Suprema Corte do Estado. Esta revogou a decisão do Tribunal de Apelação, pelos seguintes fundamentos:

"O legado das ações da Companhia de Energia Elétrica a Ida White foi um legado de coisa determinada. Como as ações já não existiam no patrimônio do testador quando o testamento tinha de ser executado, nem sequer no momento de sua morte, há que se considerar que se produziu uma anulação, extinção ou revogação do legado. A coisa exata que foi legada a Ida White pelo testamento não podia ser-lhe entregue materialmente. Em razão da natureza do caso e da doação, o legado ficou extinto. Na ausência de lei, os tribunais não têm o poder de transformar um legado de coisa determinada em legado de numerário, nem de mandar que se entregue ao legatário o re-

sultado do preço obtido pela venda daquela coisa, em lugar da coisa determinada, que é o que lhe foi legado. Do dinheiro obtido da venda das ações pelo curador, depois de satisfazer aos gastos necessários em benefício do incapaz, ficou intacto um remanescente de 200.000 dólares, que foi entregue ao inventariante como parte do monte da herança. Dar essa quantia a Ida White em lugar das ações que lhe foram legadas poderia parecer equitativo, mas não estaria de acordo com as disposições do testamento do Sr. Moore. Este deu a Ida White as ações, e não a quantidade de dinheiro produzida pela venda destas, e consoante jurisprudência iterativa, quando a coisa determinada que foi legada deixa de existir, desaparece o legado. E este não pode ser revivido, fazendo-o recair sobre outros bens da herança. A prudência de aderir-se a esta norma de nulidade, na ausência de uma lei que diga o contrário, é óbvia, sobretudo se refletirmos que Wesley Moore, quando outorgou seu testamento provavelmente nunca teve presente a possibilidade de que caísse no futuro em incapacidade física e mental e se lhe nomeasse um curador para administrar-lhe os negócios. Dificilmente pode imaginar-se uma intenção de conservar-se aquelas ações da Companhia de Energia Elétrica em benefício de uma pessoa estranha e ter para isso que gastar outros bens de seu patrimônio — que tocariam naturalmente a seus filhos — para pagar as faturas de médicos, enfermeiras e de manutenção de sua casa. Pelo menos, não deveria dizer um tribunal que uma pessoa, no uso de suas faculdades mentais, não haveria modificado seu testamento diante dessa nova situação. Por conseguinte, o tribunal decide que deve revogar e revoga a sentença ditada pela Corte de Apelação, e declara... que o legado das ações a Ida White ficou extinto pela venda destas ao tempo em que Wesley Moore ainda estava vivo, e que nenhum outro bem, nem dinheiro, do monte hereditário pode ser tomado em substituição daquele legado”.

Analisando o caso, após o relatório que reproduzimos quase que totalmente, assim se manifestou o grande jusfilósofo espanhol RECASENS SICHES ²⁷:

“Creio que o leitor terá reagido em relação a ele (ao caso), considerando que tanto a sentença prolatada pelo tribunal de primeira instância como a pronunciada pela Suprema Corte foram despropositadas e monstruosas. Mas não nos contentemos

²⁷ Tratado, cit., ps. 651 e segs.

com essa primeira reação de ânimo. Convém examinar cuidadosamente as razões pelas quais aquelas decisões foram **não só injustas em termos gerais, mas, além disso, notoriamente contrárias à ordem jurídica positiva.**

Qual a razão que determina a validade de um legado, assim como de qualquer outra disposição testamentária não proibida por lei? Isto é, qual a valoração em virtude da qual se considera que deve ser válido um legado, ou qualquer outra disposição testamentária lícita? Evidentemente, é a valoração pela qual se considera que se deve respeitar a vontade do testador e se deve procurar cumpri-la, dentro dos limites legais em que essa vontade seja considerada como norma válida para regular a sucessão.

Por que há normas segundo as quais deve considerar-se nulo o legado de coisa determinada, quando essa coisa desaparece do patrimônio do testador depois de outorgado o testamento e antes de sua morte? Porque o que se lega é uma coisa determinada e não o valor desta em numerário. Se a coisa desaparece depois de estabelecido o legado e antes da morte do testador, e este não faz novo testamento instituindo um novo legado em favor da mesma pessoa, interpreta-se isso como uma revogação tácita daquele legado. Com efeito, se o testador não faz nada depois da desapareição da coisa determinada que legou a uma certa pessoa, sabendo que essa coisa já não existe em seu patrimônio e que, portanto, não poderá ser entregue depois de sua morte ao legatário instituído com anterioridade, é evidente que, de modo tácito, consente na anulação do legado. Mas é claro que o raciocínio exposto pressupõe que a desapareição da coisa tenha sido conhecida do testador.

Ora, esse pressuposto não ocorreu no caso analisado. Ao contrário, o testador que havia caído em estado de total demência e se achava internado num manicômio, não sabia nem podia saber que a coisa determinada que havia legado a Ida White havia deixado de pertencer a seu patrimônio.

Quais são as valorações e qual é o sentido da norma que estamos analisando de que o legado de coisa determinada deve ser tido por nulo, quando essa coisa determinada deixou de pertencer ao patrimônio do testador, depois de outorgado seu testamento e antes de sua morte?

Em primeiro lugar, essa norma contém um juízo axiológico: é bom, é justo que se cumpra a vontade do testador dentro do âmbito declarado como lícito pela lei.

A norma que estamos examinando contém, além disso, uma apreciação dos meios eficazes para obter a consecução daquela finalidade: a apreciação de que há que considerar não só a vontade formulada expressamente no testamento, mas também uma vontade tácita, porém indubitável e inequívoca, para que de fato resulte efetivamente respeitada a vontade do testador.

Que fez o tribunal inferior e que fez a Suprema Corte? Tomaram a regra como se fosse um princípio absoluto, com validade universal e necessária, desligada do contexto situacional concreto. Tomou-se essa forma como se seu conteúdo tivesse uma validade absoluta, uma validade incondicionada, por si só e em si mesma, e como se não respondesse a nenhuma consideração axiológica, nem a nenhuma estimação de finalidade, nem a nenhuma apreciação sobre a bondade e eficácia dos meios a serviço de uma determinada finalidade.

O acórdão aqui criticado incorreu, além disso, em outro disparate superlativamente grave: considerou que a situação era como se o testador soubesse que a coisa havia desaparecido de seu patrimônio, porque fora alienada pelo representante legal do testador, entendendo-se que a pessoa do representante legal equivale, para todos os efeitos jurídicos, à mesma pessoa por ele representada.

Vê-se claramente que o que sucedeu aqui foi que um preceito, que tem somente um sentido funcional limitado, isto é, que tem um sentido dentro das situações previstas pela norma, foi indevidamente tornado absoluto até converter-se num pseudo princípio abstrato, com suposta validade necessária, independentemente de quais sejam os casos a que se aplique.

Não tem sentido tratar as normas do Direito positivo, desligando-as das situações em que se originaram e das situações para as quais foram destinadas.

Resulta, pois, bem claro que a validade das normas jurídico-positivas está necessariamente condicionada pelo **contexto situacional** em que se produziram e para o qual se produziram.

O pecado original, fonte de todos os demais erros e de todos os demais desaguisados que se cometeram em razão da mania logicista, pelas jurisprudências conceptualistas, foi converter o que é tão só um produto humano, com uma validade e alcance meramente limitados a certas situações históricas, em princípios supostamente ideais de validade absoluta.

O que o juiz devia ter feito, no caso de Ida White, era dar-se conta de que a norma que declara nulo ou inexistente o legado de coisa concreta quando essa coisa desaparece do patrimônio do testador depois de outorgado o testamento e antes da morte do testador, **não era aplicável** a esse problema. Não era aplicável a esse caso, porque não cai ele, como é notório, no âmbito de previsão daquela norma. Não cai no âmbito de previsão de tal norma, e portanto, tampouco sob seu império, porque se ocorresse o contrário, isto é, se essa norma fosse aplicável, produziria os efeitos precisamente opostos aos que se tentava produzir com aquela regra, destinada a cumprir a vontade expressa ou tácita do testador. Portanto, o juiz não devia ter-se deixado levar, torpemente, pela inércia verbal das palavras, pelas aparências superficiais, por uma mera etiqueta: trata-se de um caso de legado de coisa determinada, pois vejamos quais são as normas catalogadas sob essa etiqueta. O que devia ter feito o juiz era precaver-se de que uma norma que produzia efeitos contraditórios a que essa norma evidentemente se propunha, não podia de maneira alguma ser a norma pertinente para resolver o litígio. E, então, o juiz devia ter averiguado se dentro do corpo mesmo do Direito positivo vigente havia alguma norma segundo a qual se pudesse resolver o caso. E, certamente, ele a teria encontrado no princípio do respeito à vontade do testador dentro dos limites lícitos e das restrições por interesse social (impostos). Ou, em todo caso, tê-la-ia encontrado tomando como critério as valorações em que o legislador se havia inspirado, ao invés de deixar-se levar, tolamente, pelas meras palavras. E quando em algum caso análogo não achasse o juiz nenhuma norma no Direito formulado vigente, então se encontraria diante de uma lacuna ou omissão legislativa".

Depois ainda de outras considerações para reforçar o seu ponto-de-vista, conclui RECASENS SICHES pela aplicação da equidade, no seu conceito moderno, àquele caso.

É evidente a conclusão, na hipótese concreta, tão argutamente examinada e dissecada pelo ilustre professor da Facul-

dade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México sobre a existência de lacuna na lei, pois que o princípio jurídico indevidamente aplicado da nulidade do legado na espécie não poderia ter, efetivamente, incidência ao litígio, quando por ele se pressupõe a revogação tácita da manifestação de vontade, o que implica, como **conditio sine qua non**, no conhecimento, por parte do testador, do desaparecimento da coisa objeto do legado. Se, na imensa maioria dos casos, a vontade do curador substituir a do curatelado, não ocorre essa substituição nas manifestações de última vontade. E tanto isso é verdade que, em hipótese alguma, poderia o curador substituir, em nome do incapaz sob sua responsabilidade, o testamento por ele feito, antes de incapacitado. Se é certo que a interpretação do testamento será tanto melhor quanto mais se aproxima da efetiva vontade do testador, como pretender que o ato, **que não foi seu**, de alienação da coisa determinada objeto do legado produziria o efeito de anular a disposição testamentária, quando só razões teria, em face dos acontecimentos posteriores, de reforçá-lo? A quem assistiria a dúvida de que, se voltasse a razão ao incapaz após ciência de todas as gestões que fizera Ida White para salvar-lhe o patrimônio, logrando êxito absoluto, porque recuperou-o todo com vantagem, não substituiria a coisa determinada, convertida em numerário, ou por este ou por outra equivalente ou de maior valor, como prêmio a que fizera ela jus?

8. Nenhuma solução que violente a consciência jurídica e vulnere o bom senso tem guarida no Direito. Para isso é que o intérprete deve estar culturalmente preparado para a sua difícil missão de individualizar a norma, tendo sempre presente que o Direito é uma ciência social e que a justiça, no seu sentido abstrato, só se realiza quando, também, preserva as situações individuais, para que o **summum jus** não leve à **summa injuria**.

Entre a correta aplicação da equidade, na omissão da lei em face do caso concreto e a interpretação ditada pela escola da livre pesquisa científica extremada, em que o intérprete se substitui ao legislador, decidindo **contra legem** explícita ou implícita, vai a mesma distância que há entre o exercício da competência discricionária e o arbítrio.

Se os pressupostos de fato e de direito da norma jurídica guardam perfeita adequação ao caso concreto, ainda que, **in abstracto, de lege ferenda**, seja injusta a incidência, não pode o intérprete deixar de efetivá-la, porque lhe não assiste compe-

tência de corrigir a norma jurídica que integra o Direito positivo de que se trata. Inexistindo, todavia, essa perfeita adequação, está o hermeneuta diante de uma omissão legislativa e pode ou aplicar os costumes²⁸, se existirem, ou os princípios gerais de direito, entre os quais, como já vimos, se destaca a equidade, no sentido de verdadeira justiça para o caso singular.

A Justiça, *in abstracto*, é o ideal do Direito, sendo tanto mais perfeito o sistema jurídico quanto mais se aproxima desse ideal, pela adequada individualização da norma, na sua incidência sobre os casos concretos.

28. Sobre a omissão da analogia, veja-se *supra*, nota 8.