

REVISTA DE **PROCESSO** RePro

ANO 42 • 269 • JULHO • 2017

COORDENAÇÃO:
TERESA ARRUDA ALVIM

PUBLICAÇÃO OFICIAL



THOMSON REUTERS

REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN 0100-1981

REVISTA DE PROCESSO

Ano 42 • vol. 269 • julho/2017

Coordenação

TERESA ARRUDA ALVIM

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e dos conceitos emitidos em seus trabalhos.



© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Editorial

MARISA HARMS

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 h às 17 h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais
aval.artigo@thomsonreuters.com

Visite nosso site
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [07-2017]
Profissional
Fechamento desta edição: [01.06.2017]



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
TEORIA GERAL DO PROCESSO	
Jurisdição civil: reflexões sobre novos paradigmas para a sua compreensão <i>Jurisdicción civil: reflexiones sobre nuevos paradigmas para su comprensión</i> ANTÔNIO PEREIRA GAIO JÚNIOR.....	19
Imparcialidade do juiz – Uma leitura constitucional de sua concepção dogmática <i>Impartiality of judge – A constitutional reading of his dogmatic conception</i> ARTUR CÉSAR DE SOUZA.....	59
A equidade no direito administrativo italiano <i>The fairness in the Italian administrative law</i> CRISTIANO CELONE	89
Riscos da ponderação à brasileira <i>Risk of ponderation to Brazilian</i> GEORGES ABBOUD e JÚLIO CÉSAR ROSSI	109
Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo <i>Studies on the limits of the contractualization of the procedure and the litigation itself</i> MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONIZZI.....	139
A coisa julgada no direito processual civil brasileiro <i>Res judicata under Brazilian civil procedural law</i> RENNAN THAMAY	151
Uma breve interpretação da breve interpretação judicial do artigo 489 do CPC/2015 <i>A brief interpretation of the brief judicial interpretation of article 489 of the 2015 Brazilian Civil Procedure Code</i> RONALDO KOCHER	197
TUTELA EXECUTIVA	
Possibilidade de penhora de dinheiro na execução de crédito garantido por hipoteca <i>On the possibility of garnishment of money in the collection of debt guaranteed by mortgage</i> EDUARDO HENRIQUE DE OLIVEIRA YOSHIKAWA.....	225

TUTELA PROVISÓRIA

A tutela provisória de urgência do CPC de 2015 na perspectiva dos diferentes tipos de *periculum in mora* de Calamandrei

The provisional injunction of the Brazilian Civil Procedure Code of 2015 under the different types of periculum in mora in the doctrine of Calamandrei

CASSIO SCARPINELLA BUENO..... 271

Tutela satisfativa: uma espécie do gênero tutela de urgência. Pontos de convergência com a técnica assecuratória (cautelar): algumas peculiaridades de seu procedimento

Preliminary satisfaction of judgment: a type of provisional remedy. Shares common aspects of preliminary injunctions: some features of proceedings

MÁRCIO BELLOCCHI 291

MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Agravo interno. Análise das modificações legais e de sua recepção no Superior Tribunal de Justiça

Agravo interno. Legal changes analysis and its reception by the Superior Tribunal de Justiça

LUCAS BURIL DE MACÊDO..... 311

TÉCNICAS ADEQUADAS À LITIGIOSIDADE COLETIVA E REPETITIVA

Atuação das associações no processo coletivo e tentativa de desfazimento de um grave mal-entendido na jurisprudência do STF e STJ: ainda o tema dos limites subjetivos da coisa julgada

Attuazione delle associazioni civile nel processo collettivo e tentativo di sciogliere un grave malinteso nella giurisprudenza del STF e STJ: ancora il tema dei limiti soggettivi del giudicato

CAMILO ZUFELATO..... 347

TUTELA DIFERENCIADA

Avaria grossa: teoria e prática

General average: theory and practice

DANTE OLAVO FRAZON CARBONAR..... 389

Coisa julgada e revisão de benefício previdenciário concedido por decisão judicial

Res judicata and social security benefit review granted by judicial decision

GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA..... 401

DIREITO JURISPRUDENCIAL

Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do Direito
The justification of judicial decisions and the body of legal precedents as a capital stock under the New Brazilian Code of Civil Procedure – An economic analysis

LUIZ FUX e BRUNO BODART 421

Aportes à desmistificação do art. 927 do novo Código de Processo Civil
Contributions to the demystification of art. 927 of the New Code of Civil Procedure

MURILO STRÄTZ..... 433

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL – Empregados não sindicalizados – Obrigatoriedade – É inconstitucional a instituição, por acordo, convenção coletiva ou sentença normativa desta contribuição indistintamente a todos aqueles que participem da categoria..... 467

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Adjudicação de bem ante a indisponibilidade do mesmo – Medida cautelar típica derivada do poder de cautela do juiz que impõe restrição a todo patrimônio do devedor, sem privá-lo do domínio.... 489

CITAÇÃO – Sede da pessoa jurídica recebida por porteiro do edifício – Teoria da aparência – Pessoa estranha aos quadros da pessoa jurídica. 499

HONORÁRIOS – Majoração em sede recursal – Aos recursos interpostos antes da vigência do novo CPC consideram-se inexistentes quando apresentados por advogado sem procuração..... 508

HOMENAGENS

Relendo Ovídio Baptista da Silva: as virtudes hermenêuticas de um processualista e o novo Código de Processo Civil

Revisiting Ovídio Baptista da Silva's work: the hermeneutical virtues of a civil procedure scholar and the new Brazilian Code of Civil Procedure

ADALBERTO NARCISO HOMMERDING e FRANCISCO JOSÉ BORGES MOTTA 521

ÍNDICE ALFABÉTICO–REMISSIVO 549

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 557

À EQUIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO ITALIANO

THE FAIRNESS IN THE ITALIAN ADMINISTRATIVE LAW

CRISTIANO CELONE

Professor associado de Direito Administrativo do Departamento de Direito da Universidade de Palermo e sócio fundador da Associação Ítalo-brasileira dos Professores de Direito Administrativo e Constitucional (AIBDAC).
cristiano.celone@unipa.it

Recebido em: 16.01.2017
Aprovado em: 27.03.2017

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMO: A observância do cânone da equidade nas decisões e nas ações da administração pública constitui, hoje, um princípio geral do direito europeu e interno e, em particular, é objeto de uma pretensão individual considerada um direito humano fundamental. O art. 41 da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, de fato, proclama, pela primeira vez, o direito à boa administração e o define como o direito de cada pessoa a ser tratada, pela autoridade pública, de modo imparcial e equânime dentro de um prazo razoável. O escopo deste texto será aquele de precisar o significado jurídico da equidade da administração pública à luz das teorizações doutrinárias e das aplicações jurisprudenciais.

PALAVRAS-CHAVE: Equidade - Administração Pública - Juiz - Lei - Princípio geral - Direito fundamental - Justiça social.

ABSTRACT: Fairness in the decisions and actions of the Public Administrations is, today, a general principle of the European Union Law and of National Law and, in particular, the object of a fundamental human right. The art. 41st of the Charter of Fundamental Rights of the European Union proclaims, for the first time, the right to good administration and defines it as every persons' right to have his or her affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time. The aim of this work is to specify the legal meaning of a Public Administrations' fairness, in light of both theories and case-law enforcements.

KEYWORDS: Fairness - Public Administration - Judge - Law - General principle - Fundamental right - Social justice.

SUMÁRIO: 1. A equidade na Administração Pública: princípio geral do direito administrativo e direito fundamental de cada pessoa. 2. A equidade no direito: critério hermenêutico, legal e extralegal, de integração da lei, fundado sobre os valores da justiça social. 3. Equidade, ordem jurídica social e reconhecimento pleno e igualitário dos direitos e das liberdades fundamentais e invioláveis da pessoa. 4. A equidade como parâmetro de legitimidade dos

procedimentos e dos atos administrativos: justiça do caso singular e menor sacrifício possível dos interesses dos destinatários. 5. Avaliações equitativas da administração e do juiz na legislação. 6. A equidade na jurisprudência administrativa. 7. Referências.

1. A EQUIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PRINCÍPIO GERAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO FUNDAMENTAL DE CADA PESSOA

A¹ equidade, hoje, pode ser considerada um princípio geral escrito do direito administrativo italiano, dado que a Carta dos direitos fundamentais da União Europeia de 2000 – que, por força do Tratado de Lisboa de 2009, tornou-se juridicamente vinculante, com o mesmo valor jurídico de fonte primária que os Tratados europeus² – no artigo 41, proclama “o direito de todas as pessoas a um tratamento equitativo dos seus assuntos por parte da autoridade pública”. Um direito que, em razão de ter sido incluído entre os direitos fundamentais da pessoa, faz parte dos princípios gerais do direito europeu³, como afirma a jurisprudência a partir do fim dos anos 1960⁴, e de acordo com o Tratado de Maastricht de 1992 (hoje, art. 6º, Tratado da União Europeia).⁵

1. O artigo retoma, com modificações e aprofundamentos, o tema das palestras proferidas nos dias 19 e 21 de agosto de 2014, no Brasil, em Curitiba, na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) e na Universidade Federal do Paraná (UFPR), nas conferências internacionais sobre “Direito Administrativo e Justiça” e “Direito, Felicidade e Justiça”, coordenados pelos professores Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem. Agradeço a professora Angela Cassia Costaldello pelas observações sobre o texto e a revisão linguística.
2. Ver o artigo 6º do Tratado da União Europeia (TUE) e a Declaração sobre a Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, anexa ao ato final da Conferência intergovernativa que adotou o Tratado de Lisboa. O impacto jurídico sobre o sistema da União Europeia da força vinculante da Carta dos direitos fundamentais é analisado, entre os outros, por DI FEDERICO, G. (coord.). *Fundamental Rights in the EU: legal pluralism and multi-level protection after the Lisbon Treaty. The EU Charter of Fundamental Rights: from declaration to binding instrument*. AA. VV., Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer, 2011. in part. p. 38 ss.
3. DE PRETIS, D. I principi del diritto amministrativo europeo. In: RENNA, M.; SAITTA, F. (coord.). *Studi sui principi del diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 55 ss.
4. Na sentença da Corte de Justiça UE 12.11.1969 (C-29/69) há a afirmação que os direitos fundamentais da pessoa fazem parte dos princípios gerais do direito comunitário, de que a Corte garante o respeito.
5. O artigo 6º, TUE, estabelece, ao § 1º, c. 1º, que “A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (...), que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados”; ao § 3º, que “Do

CAONE, Cristiano. A equidade no direito administrativo italiano. *Revista de Processo*, vol. 269, ano 42, p. 89-108. São Paulo: Ed. RT, julho 2017.

O direito a u
um princípio d
to comunitário,
– em virtude de
os princípios e
1º, de fato, afir
que devem nor
princípios do o

Há, além di
rem à equidade

A equidade
significado, sei
tema administ
e da sua aplica
os demais Esta

direito da l
como os gi
Liberdade
aos Estad

6. Nesse sen
Princípio e
Giappiche

7. Artigos 6º
dades fun

8. Sobre o p
direito a
sofridos p
Administ
a parte si
favor da
modo nã

9. A dimens
histórica
morale e
ss., que i
lidades d

10. Os efeito
por GAL
M. (coor

11. A União
que ent

O direito a um tratamento equitativo por parte da administração pública é um princípio do ordenamento interno não apenas devido à aplicação do direito comunitário, como ocorria antes de 2005, mas também – e esta é a novidade – em virtude do próprio direito nacional.⁶ A Lei italiana 241 de 1990, que dita os princípios e as regras gerais dos procedimentos administrativos, no artigo 1º, de fato, afirma, após a modificação de 2005, que dentre os princípios gerais que devem nortear as atividades das administrações públicas são os mesmos princípios do ordenamento comunitário.

Há, além disso, normas internacionais⁷ e outras leis nacionais⁸ que se referem à equidade.

A equidade é, porém, um conceito jurídico indeterminado⁹ que deve ter seu significado, seu valor, seu conteúdo específico e sua função entendidos no sistema administrativo italiano e no direito europeu, em virtude do seu primado e da sua aplicação imediata ou diferida, direta ou indireta¹⁰, para a Itália e para os demais Estados membros da União Europeia.¹¹

direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros”.

6. Nesse sentido, a respeito dos princípios comunitários em geral, v. COGNETTI, S. *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 174.
7. Artigos 6º, 13 e 41 da Convenção para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (CEDU, 1950).
8. Sobre o plano processual, v., por exemplo: o artigo 2º da Lei 89/2001, que prevê o direito a uma equitativa reparação pelo prejuízo, patrimonial ou não patrimonial, sofridos pela insensata duração do processo. Ou, o artigo 26 do Código do Processo Administrativo (Decreto Legislativo 104/2010), que prevê que o juiz possa condenar a parte sucumbente por “razões manifestamente não fundadas” ao pagamento, em favor da parte vencedora, de uma soma equitativamente determinada, de qualquer modo não superior ao duplo das despesas liquidadas.
9. A dimensão jurídica da equidade está presente desde a cultura grega. Por uma análise histórica sobre a equidade no campo do direito, ver SOLIDORO MARUOTTI, L. *Tra morale e diritto: gli itinerari dell'equitas*. Torino: Giappichelli, 2013, p. 1 ss. e p. 30 ss., que indaga a respeito das afinidades entre as diferentes acepções e diferentes utilidades oferecidas pelo recurso ao parâmetro equitativo.
10. Os efeitos diretos ou indiretos do direito UE sobre o sistema nacional são analisados por GALETTA, D. U. *Le fonti del diritto amministrativo europeo*. In: PILADE CHITI, M. (coord.). *Diritto amministrativo europeo*. Milano: Giuffrè, 2013. esp. p. 91 ss.
11. A União Europeia foi instituída pelo Tratado de Maastricht, assinado em 1992 e que entrou em vigor em 1993, substituindo a Comunidade econômica europeia

Deve ser objeto de análise, também, se e de que modo a equidade incide sobre os processos decisórios da administração pública, responsável por cuidar e satisfazer os interesses públicos, assim como do magistrado administrativo e de contas, chamados a resolver as controvérsias (o primeiro) entre administrações públicas e sujeitos privados e (o segundo) entre os funcionários públicos e as administrações.

2. A EQUIDADE NO DIREITO: CRITÉRIO HERMENÊUTICO, LEGAL E EXTRALEGAL, DE INTEGRAÇÃO DA LEI, FUNDADO SOBRE OS VALORES DA JUSTIÇA SOCIAL

A equidade em geral – como emerge também das reflexões de Aristóteles nas suas obras como a *Ética a Nicômano* e a *Retórica* – constitui um princípio jurídico, uma regra *ad adiuvandum* dos homens chamados para governar, administrar, legislar e julgar.

Apesar das múltiplas acepções e caracterizações da equidade nas diferentes épocas históricas e nos diferentes ramos do direito, ela representa, contudo, um critério hermenêutico, legal e extralegal¹², de integração do direito escrito, assim como de criação, em domínios limitados, de um novo direito. Tem, em outros termos, uma *ratio* e uma função integrativa ou supletiva e, às vezes, corretiva da legislação.

Na época romana havia uma equidade corretiva ou substitutiva do *ius civile*, que, ao invés, pretendia alterar o *ius scriptum* em nome dos princípios, valores e ideais sociais internos ao ordenamento jurídico ou externos a ele.¹³

À equidade integrativa ou supletiva se recorre para interpretar as disposições legislativas, ou para preencher as suas lacunas em todos aqueles casos excepcionais os quais as normas não regulamentam. Por conseguinte, diante do inevitável incompletude da lei, o intérprete deve encontrar uma solução equitativa inspirada na *ratio legis* e nas presumíveis intenções do legislador.

Na função integrativa da lei retorna-se às ideias de Aristóteles¹⁴ da equidade como o direito do caso singular ou justiça no caso concreto, forma especial

(instituída pelo Tratado de Roma, assinado em 1957 e que entrou em vigor em 1958).

12. Critério legal ou extralegal segundo a avaliação equitativa do intérprete é prevista ou não é prevista pela lei.
13. SOLIDORO MARUOTTI, L. *Tra morale e diritto: gli itinerari dell'acquitat*. Torino: Giappichelli, 2013, p. 111 ss. e 178.
14. ARISTOTELE. *Ética Nicomachea*, V. 14.1137b-1138a, *Retórica*, I.13.1374a-1374b, IV sec. a.C.

de justiça, que vai além da lei escrita, porque o que é equitativo é justo também. O equitativo é correção e realização do justo legal, preenche a lacuna da lei escrita, considera as particularidades do caso individual. Trata-se de um corretivo que encontra a sua razão de ser no *ius naturale (in rerum natura)*¹⁵. Tais definições essas que põem à luz a estreita conexão entre os dois conceitos de equidade e justiça.

“Justiça como equidade” é, por outro lado, o postulado teórico introduzido sobre sólida base histórica, em 1971, por John Rawls, que há 30 anos, até sua morte, teorizou a necessidade de construir e desenvolver a categoria de “justiça” à luz dos valores da equidade social.¹⁶

Uma equidade, sendo assim, a que se atribui o significado de “justiça social”, sendo o seu conteúdo retirado dos valores e ideais sociais compartilhados na sociedade e que compõem a ordem jurídica da sociedade, onde a solução escolhida pela autoridade pública ou pelo juiz é aquela que mais respeita os direitos pessoais, sociais e civis dos cidadãos.

Pelas funções da equidade assim descritas emerge também o seu conteúdo, que é composto por este complexo de princípios, valores e ideais sociais comuns, dominantes na sociedade, que funcionam como propulsor ao refinamento, à evolução ou à mudança do direito positivo. Representa, igualmente, um parâmetro de orientação vital e essencial ao desenvolvimento do direito, à realização de um justo processo, à razoável distribuição das riquezas.

Nesse sentido, a equidade não se opõe ao direito, mas a uma rígida aplicação da lei e deve estar presente em todas as situações nas quais a lei não regula ou não regula adequadamente as particularidades do caso concreto.

No direito romano a *aequitas* não é uma noção separada e antitética ao direito, mas dentro deste, e dele é parte integrante, constituindo um princípio que modera o absolutismo das normas abstratas, para que, na sua aplicação, não ocorram injustiças concretas.¹⁷ Atinente a esse aspecto, é significativa a máxima de Cícero “*Summum ius, summa iniuria*”¹⁸, bem como a famosa definição do direito “*Ius est ars boni et aequi*”, atribuída por Ulpiano a Celso, no

15. BOTTINO, G. *Equità e discrezionalità amministrativa*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 7 ss.

16. RAWLS, J. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge: Harvard University Press, 2001; RAWLS, J. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

17. STIPO, M. Divagazioni sul tema del c.d. abuso del diritto, con particolare riferimento alle potestà delle Pubbliche Amministrazioni. *Giustizia Amministrativa*. 2009, p. 24.

18. CICERONE, M. T. *De officiis*, I, X, 33, 44 a.C.

incipit do livro primeiro dos *Digesta Iustiniani Augusti*, intitulado *De Iustitia et iure*.¹⁹

Assim reconstituída a noção de equidade, essa desenvolve uma função de mútuo socorro à interpretação da lei, eliminando o perfil de iniquidade.

Encontra-se, além disso, em uma relação de compatibilidade, e não de insuperável contraste, com os princípios como a legalidade e a reserva da lei.

O limite externo intransitável de qualquer avaliação equitativa no nosso ordenamento jurídico – por parte da doutrina²⁰ – é constituído, e vice e versa, pelas “presunções legais absolutas”, diante das quais nenhum espaço de manobra parece possuir interpretação equitativa, porque, de acordo com a posição do Código Civil italiano (artigos 2.727 e 2.728, CC), as “presunções legais absolutas” são as consequências que a lei extrai de um fato conhecido para compreender um fato desconhecido, que não admitem, porém, diferentemente das presunções legais “relativas”, prova contrária.

A ideia de um potencial contraste entre equidade e legalidade parece, então, mais suposto que real. Depende, de modo decisivo, da noção de equidade e legalidade que se venha a assumir.

Cada vez que se considera que a equidade precisa ser reconduzida a valores não jurídicos (como éticos ou religiosos), ou seja, à sensibilidade subjetiva do juiz (ou do intérprete), pode-se falar de contraposição entre equidade e legalidade, sobretudo se a legalidade é entendida de maneira limitada apenas como cumprimento da lei.

A legalidade, portanto, deve ser concebida de maneira ampla, em conformidade, não somente à lei escrita, mas ao direito no seu conjunto, isto é, um direito que se constitui para além da lei, da Constituição, do direito europeu e internacional e dos princípios elaborados pela jurisprudência nacional e comunitária.²¹ Desse modo, o contraste da equidade com o princípio de legalidade não parece existir. E isto, também, porque é o próprio direito que obriga a administração a observar a equidade no exercício dos seus poderes.

19. Dig. I.1.1.1 (ULPIANO, D. *Institutiones*, III sec. d.C.).

20. BOTTINO, G. *Equità e discrezionalità amministrativa*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 24-25.

21. Nesses termos: CASSESE, S. (coord.). *Istituzioni di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 8-10; CASSESE, S. Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1, 2002 p. 34-35; CALVALLO PERIN, R. *Potere di ordinanza e principio di legalità: le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano: Giuffrè, 1990, p. 424-431; MANGANARO, F. *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa: Profili critici e principi ricostruttivi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000. v. 1, p. 42-43.

Afirma-se, então, uma concepção de equidade que se refere às regras objetivas, historicamente reconhecíveis, que se formam na sociedade e derivam dos valores comuns às pessoas que compõem uma sociedade pluralista e que são recepcionadas pelo direito no seu complexo. São as regras sociais que dão vida a uma ordem jurídica social que, junto àquela legal, compõem o sistema jurídico. Em outras palavras, são regras sociais que se tornam elemento constitutivo do sistema jurídico, que é composto para além de uma "ordem legal" uma "ordem social" (ela também jurídica).²²

3. EQUIDADE, ORDEM JURÍDICA SOCIAL E RECONHECIMENTO PLENO E IGUALITÁRIO DOS DIREITOS E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS E INVOLÁVEIS DA PESSOA

O significado e o conteúdo da equidade devem ser retirados, assim, das regras de formação social, nas quais o sistema legal se inspira no momento em que invoca a equidade.

São regras, estas, que realmente formam-se na sociedade na qual vivemos, não são certamente criadas pela autoridade pública, mas por esta observadas, porque compreendidas no sistema jurídico. Regras sociais, porém, ao mesmo tempo jurídicas, de natureza extralegal (não extrajurídicas), que se formam no espaço das liberdades e não da autoridade.

A equidade, então, refere-se inequivocamente aos modos de ser da sociedade, às relações jurídicas entre as pessoas e às regras jurídicas externas ao sistema da lei e formadas no sistema jurídico da sociedade, fundamentada na soberania popular e no reconhecimento pleno e igualitário dos direitos e das liberdades fundamentais e invioláveis da pessoa.

E a autoridade pública tem o dever de buscar referências no sistema jurídico-social para definir o conteúdo específico do preceito legal indeterminado como é a equidade.

A administração pública deverá cumprir essa tarefa, através do exercício dos seus poderes autoritativos e imperativos, bem como consensuais, sobretudo em virtude do nosso sistema constitucional, que proclama a atribuição da soberania ao povo (não ao Estado) e funcionaliza os poderes públicos para a satisfação plena e igual dos direitos da pessoa (arts. 1º, 2º e 3º da Constituição italiana).

22. Neste sentido: PERFETTI, L. R. *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*. *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 3-4, 2010, p. 840.

Sendo assim, a disciplina dos poderes públicos, atribuídos à autoridade da lei formal, pode e deve ser determinada, não somente pelas leis e regulamentos, mas igualmente onde essas fontes do direito exigem integração, como nos casos em que remete aos princípios e cláusulas gerais como a equidade, através da ordem jurídica da sociedade.

Na ordem jurídica da sociedade, de fato, fundamenta-se a soberania ou uma parcela dela, que é a primeira e mais potente capacidade jurídica de direito público, da qual todas as demais provêm.

A soberania, como afirma a Constituição italiana de 1948, no art. 1º, pertence ao povo e situa-se na área do gozo dos direitos invioláveis e do cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social.

Uma soberania que já se exprimiu, de modo coletivo, no momento constituinte, dando vida à Constituição italiana, atribuindo os poderes ao Estado²³, mas – é necessário sublinhar – funcionalizando o exercício de tais poderes na persecução de interesses públicos estranhos à administração e reconhecíveis no pleno e igual gozo dos direitos e das liberdades dos cidadãos.

A tarefa do Estado, no nosso desenho constitucional, é, portanto, aquela de reconhecer, garantir e aperfeiçoar tais direitos e liberdades, que a República italiana “não constitui, mas reconhece” como inderrogáveis, dado que eles existem desde antes da formação do Estado e da atribuição de poderes a este.

Logo, os direitos e as liberdades são reconhecidos como uma ordem jurídica e as pretensões das pessoas a respeito do seu gozo constituem exercício da soberania popular.

A concepção de equidade ora tratada²⁴ é, seguramente, conforme a Constituição italiana vigente e supera aquelas ideias originárias de soberania contrastantes com a Constituição, porque atribuíam a soberania ao Estado em vez do povo.

O sistema jurídico social, sendo assim, deve ser valorizado como elemento constitutivo do nosso ordenamento jurídico, composto pela ordem legal e pela ordem social, também, ela mesma jurídica, embora extralegal.

23. A tese de que na base do poder não há o Estado mas o corpo social foi desenvolvida na Alemanha na segunda metade do Oitocentos por Otto von Gierke, como observa ROSSI, G. *Principi di diritto amministrativo*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 8.

24. A equidade, isto é, como princípio geral de ação dos poderes públicos fundado sobre o reconhecimento do pleno e igual gozo dos direitos invioláveis e das liberdades fundamentais das pessoas, que retoma, para a determinação do seu conteúdo, regras jurídicas que não se encontram na lei, mas na ordem jurídica da sociedade civil e que constituem uma porção de soberania pertencente ao povo italiano.

Nessa perspectiva, pode-se dizer, então, que “o direito administrativo, que foi gestado na órbita do Estado, ultrapassa esta órbita originária para estender-se a outra esfera: aquela da sociedade”.²⁵

4. A EQUIDADE COMO PARÂMETRO DE LEGITIMIDADE DOS PROCEDIMENTOS E DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: JUSTIÇA DO CASO SINGULAR E MENOR SACRIFÍCIO POSSÍVEL DOS INTERESSES DOS DESTINATÁRIOS

A equidade, sendo um princípio geral do direito administrativo, deve orientar a ação dos públicos poderes e, portanto, é aplicável a todos os procedimentos administrativos²⁶ e é utilizado com frequência pelos juízes administrativos e de contas.

Tanto a jurisprudência administrativa quanto a doutrina consideram a equidade como princípio, como cláusula ou regra geral de comportamento da administração pública, e como fonte do direito, dado que é capaz de produzir regras jurídicas que, de um lado, impõem preceitos e obrigações jurídicas às autoridades públicas, e, de outro, atribui “direitos” aos sujeitos privados destinatários das decisões administrativas.

A equidade, em particular, torna-se parâmetro de avaliação da oportunidade e da legitimidade do ato administrativo.

Mais precisamente, até os anos vinte do século XX, a equidade destinava-se apenas ao mérito, ou seja, à oportunidade do ato. Sucessivamente, passou a incidir, de igual modo, na legitimidade da decisão.

Tanto é verdade que a equidade foi invocada para controlar o eventual vício de excesso de poder²⁷, sob o perfil (antes) da injustiça manifesta, (depois) da irracionalidade, (enfim) da desproporcionalidade do ato administrativo.

25. Retoma-se aqui as palavras de ESTEVE PARDO, J. *La nueva relación entre Estado y sociedad: aproximación al trasfondo de la crisis*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 187. “El Derecho administrativo, que se había gestado en la órbita del Estado, rebasa esta órbita originaria, par estenderse a la otra esfera, de la sociedad”, recordado também por PERFETTI, L. R. *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*. *Diritto Amministrativo*, v. 21. 2013, p. 400.

26. Noticia-se que no sistema italiano a utilização do termo “procedimento” refere-se aos procedimentos que tramitam na administração pública e “processo” diz respeito aos feitos que são ajuizados perante o poder judiciário.

27. A chamada à equidade a propósito do defeito de excesso de poder está já presente em: ROMANO, S. *Principi di diritto amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè, 1912, p. 218; assim como em: CAMMEO, F. *L'equità nel diritto amministrativo*. *Annuario della Regia Università di Bologna*, 1924, p. 33.

A equidade é, igualmente, critério de avaliação da legitimidade do procedimento administrativo, ou seja, de todos os atos, atividades e comportamentos que precedem e condicionam a emissão do ato administrativo decisório que produzirá os efeitos jurídicos na esfera dos destinatários.

Com fundamento no art. 41 da Carta dos direitos fundamentais da União europeia, pode-se afirmar, de fato, que um procedimento equitativo promove a adequada, tempestiva e informada participação dos sujeitos que estão envolvidos. Em outros termos, deve oferecer idônea garantia de contraditório e defesa, o acesso aos documentos e às informações, e ainda, ter uma adequada motivação das decisões finais.

Essas afirmações sobre a equidade, considerada como princípio geral do direito administrativo, como fonte de regras jurídicas integrativas do preceito legal, como cânone de legitimidade do procedimento e do ato administrativo são, contudo, o fruto da evolução do pensamento jurídico da doutrina administrativista italiana a respeito do conceito de equidade na administração pública, porque, no passado, essas teses não eram pacíficas. Reinava certa ambiguidade e confusão conceitual em algumas teorizações²⁸, embora a conformidade à equidade fosse considerada pacificamente uma exigência substancial à ação dos órgãos administrativos.²⁹

A equidade é um princípio que não conquistou um papel central na elaboração das categorias do nosso direito administrativo.³⁰ É um princípio que

28. Ver MERUSI, F. Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, v. 24, n. 2, 1974, p. 362 ss. O autor observa como o estudioso Amorth, por exemplo, no final dos anos trinta do século passado, relegou a equidade no âmbito dos princípios que, junto com a oportunidade, contribuem para formar o "mérito" do ato administrativo (AMORTH, A. *Il merito dell'atto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1939, p. 42-43). Alessi, ao invés, alguns anos antes, compartilhou a orientação da jurisprudência do Conselho de Estado que atribuiu importância à equidade como critério de legitimidade do ato, afirmando que a equidade representa um limite à atividade discricionária da administração pública e a sua violação é configurada como excesso de poder por injustiça manifesta (ALESSI, R. *Intorno ai congegni di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*. Milano: Giuffrè, 1934. Reimpresso em ALESSI, Renato. *Scritti minori*, Milano: Giuffrè, 1981, p. 102).

29. RAGGI, L. Contributo all'apprezzamento del concetto di equità. *Il Filangieri*. 1919, p. 44 ss.

30. As razões pelas quais se pode falar de desconfiança da doutrina administrativista a respeito da equidade, em paralelo com a limitação da apreciação do juiz sobre o fato no processo administrativo, são ilustradas por COGNETTI, S. *Profili sostanziali della*

foi tratado com uma perceptível desconfiança, porque a equidade pode ser concebida como fonte de regras integrativas ou substitutivas do preceito legal.

Até os anos 1990 a equidade não pôde ser considerada como um princípio geral "escrito", ou seja, "codificado", da administração. No máximo, era um princípio geral não escrito.³¹

É verdadeiro, também, que a Constituição italiana não menciona a equidade em relação à administração pública e a sua ação. Igualmente, no passado, não havia qualquer referência expressa à equidade da administração na legislação. Na Constituição, contudo, são proclamados dois princípios estreitamente ligados à equidade – o bom andamento e a imparcialidade da administração (art. 97) – e os poderes públicos são funcionalizados para o reconhecimento e a garantia da fruição plena e igualitária dos direitos e das liberdades fundamentais dos cidadãos, com a conseqüente configuração do poder como serviente do dever, ou, em outras palavras, como valorização da dimensão do poder como dever.³²

A equidade, como regra geral de ação dos poderes públicos, é mencionada expressamente na já citada Carta dos direitos fundamentais da União europeia de 2000. O art. 41 da Carta proclama, pela primeira vez, o direito de cada pessoa a uma boa administração e precisamente o direito do indivíduo para que as questões que lhe dizem respeito sejam tratadas, pela autoridade pública, de maneira imparcial, equitativa e num prazo razoável.³³

legalità amministrativa: Indeterminatezza della norma e limiti alla discrezionalità. Milano: Giuffrè, 1993, p. 286 ss.

31. MERUSI, F. Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, v. 24, n. 2, 1974, p. 366 ss.
32. IMMORDINO, M. Risarcimento del danno e obbligo della pubblica amministrazione di annullare un proprio atto inoppugnabile su istanza del privato interessato. In: PERONGINI, S. (coord.). *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione.* Torino: Giappichelli, 2016, p. 255 ss.; BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2010, p. 71-72.
33. O art. 41 detalha, além disso, que o direito a uma boa administração compreende, nomeadamente, outros direitos fundamentais, como: o direito de qualquer pessoa a ser ouvida, antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões; o direito de todas as pessoas a reparação, por parte da Administração, dos danos causados pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros; o direito de

O alcance inovador da disposição contida no art. 41 da Carta europeia, que atribui a todas as pessoas o direito a um tratamento equitativo por parte das administrações públicas, consiste no introduzir a “equidade procedimental”, que é garantida nas previsões seguintes do mesmo artigo, quando reconhecem, ao sujeito privado, o direito de participação em contraditório no procedimento administrativo. Mas, sobretudo, ao prever a “equidade substancial”, que, por sua vez, reclama o conceito de justiça e reconhece ao cidadão o direito a ter, por parte da administração uma decisão idônea, necessária e adequada em relação às exigências de proteção e valorização do interesse público perseguido, e, ao mesmo tempo, que assegura o menor sacrifício possível do interesse privado.³⁴

A equidade substancial, assim entendida, explicita o conteúdo e identifica-se, por conseguinte, com o princípio de proporcionalidade da ação administrativa³⁵, elaborado pela jurisprudência da Corte de Justiça da União Europeia. Um princípio geral do direito europeu e do direito nacional, em virtude – como já afirmado – da recepção aos princípios comunitários contida no artigo 1º da lei do procedimento administrativo (Lei 241/1990).

Nessa perspectiva, o juízo de equidade da administração pode ser definido como uma avaliação de direito “particular”, na qual a disposição normativa é interpretada e aplicada do modo mais aderente possível ao caso concreto, de

todas as pessoas de se dirigir e de obter resposta pelas instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados. Para aprofundamentos sobre o direito à boa administração e mesmo para as referências bibliográficas, seja permitido consultar: CELONE, C. *Il diritto alla buona amministrazione tra ordinamento europeo ed italiano. Il diritto dell'economia*, n. 3, 2016.

34. A coincidência entre equidade administrativa e regra do “ato mínimo” que consiste em realizar o máximo útil da administração com o mínimo possível sacrifício dos cidadãos, já tinha sido afirmada por F. Cammeo no seu *Corso di diritto amministrativo*, publicado entre os anos 1911-1914 (Reproduzido com notas de G. MIELE. Padova: Cedam, 1960, p. 164), onde o autor retoma uma das “bases diretoras” às quais devem-se conformar a administração segundo G. D. ROMAGNOSI, no seu *Principi fondamentali di diritto amministrativo*. Milano, 1814, p. 15-16 (Reproduzido do original por ROTELLI, E. (coord.). *Romagnosi 1814: Istituzioni di diritto amministrativo*. Bologna: Il Mulino, 2014, p. 197 ss.).
35. ZITO, A. *Il “diritto ad una buona amministrazione” nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*. *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 2, 2002, p. 435, o qual afirma também que a equidade (do artigo 41) pode ser entendida também como regra que impõe à administração utilizar as potestades unilaterais atribuídas somente quando não seja possível cuidar do interesse público através de acordos, relegando desse modo o exercício do poder unilateral a um âmbito residual.

modo a atenuar ou "normalizar" os seus efeitos se a sua aplicação ao fato real traz consequências desproporcionais ou efeitos manifestamente injustificados e, portanto, intíquos. E também garante o pleno respeito dos direitos e das liberdades fundamentais, assim reconhecidos e consagrados na Constituição italiana de 1948 e na Carta dos direitos fundamentais da UE.

Em outras palavras, compartilha-se a ideia de que a equidade constitui o conteúdo essencial, qualitativo, do poder discricionário da administração, a imposição de um justo ou mínimo sacrifício ao interesse privado para a melhor realização do interesse público primário torna-se cânone de comportamento da administração em todas as hipóteses nas quais é chamada a intervir sobre a posição jurídica do destinatário.

Portanto, deve-se considerar como equitativo o ato administrativo que limita a amplitude do sacrifício imposto ao interesse privado ao estritamente necessário e que, também, realiza o interesse público sem provocar insensatas disparidades de tratamento ou manifestas injustiças.

5. AVALIAÇÕES EQUITATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO E DO JUIZ NA LEGISLAÇÃO

A demonstração da existência de um princípio de equidade no direito administrativo deve e pode ser dada a partir dos novos modelos procedimentais e processuais que o administrador e o magistrado administrativo devem hoje seguir.

Existem momentos de avaliação equitativa tanto dos institutos jurídicos de criação legislativa nova, quanto na releitura de velhos institutos devido a recentes transformações da administração e da justiça.

São avaliações equitativas no procedimento administrativo aquelas que a autoridade pública deve fazer, por exemplo, em temas como a revogação e anulação dos atos administrativos, acordos integrativos e substitutivos dos atos administrativos, e sanções administrativas.

A respeito da revogação ou da anulação dos atos administrativos, como reguladas pelos artigos 21-*quinqies* e 21-*nonies*³⁶ da Lei 241/1990, não há dúvida de que são avaliações equitativas nas quais a administração pública é chamada a efetuar no exercício dos seus poderes de autotutela, dado que, em ambos os casos, não deverá se limitar a verificar respectivamente a inoportunidade ou a ilegitimidade do ato administrativo, mas deverá verificar a existência de um interesse

36. Explica-se que é uma numeração adotada pela Lei 241/1990.

público concreto e atual que pede a revogação ou a anulação do ato.³⁷ Ou, em caso contrário, deverá verificar a existência de um interesse privado à conservação do ato inoportuno ou ilegítimo, que, por sua importância econômico-social, opõe-se e prevalece sobre o interesse público à revogação ou à anulação.

Aos "acordos públicos" entre sujeito privado e administração, regulados pelo artigo 11 da Lei 241/1990, o princípio de equidade pode ser aplicado em virtude e nos limites dos princípios do Código Civil sobre os temas de obrigações e contratos, e, nesse sentido, pode ser utilizado, por exemplo, como critério de integração ou correção das condições ou dos efeitos iníquos do acordo.³⁸

Na determinação da sanção administrativa pecuniária fixada pela lei entre um limite mínimo e um limite máximo e na aplicação das sanções acessórias facultativas, são critérios equitativos aqueles que impõem à autoridade de levar em conta a gravidade da violação, o comportamento da pessoa para a eliminação ou a atenuação das consequências prejudiciais da violação, bem como a personalidade da mesma e as suas condições econômicas (art. 11, Lei 689/1981).

São, por outro lado, manifestações de uma equidade processual os princípios para a quantificação do dano a ser ressarcido pela lesão aos interesses legítimos

37. IMMORDINO, M. I provvedimenti amministrativi di secondo grado. In: SCOCA, F. G. (coord.). *Diritto amministrativo*. Torino: Giappichelli, 2015. p. 358 ss. e p. 364 ss.

38. A relação entre autonomia privada e justiça contratual é um tema muito discutido em doutrina e jurisprudência. Diversas disposições do código civil fazem referência à equidade como critério de integração ou correção das condições ou dos efeitos do contrato. A legislação nacional também se refere ao conceito de equidade, por exemplo, o art. 7, d.lgs. n. 231/2002, que considera "nulas" as cláusulas contratuais que resultam gravemente iníquas para o credor.

No Código Civil, a equidade, como critério de integração do contrato, é regulada pelo artigo 1.374 Cód. Civ., que estabelece: "o contrato obriga as partes não somente ao que está nele escrito, mas também a todas as consequências que derivam da lei, ou, na sua falta, dos usos e da equidade".

A equidade é utilizada também como critério de correção das condições ou dos efeitos iníquos do contrato (artigos 1.384, 1.450 e 1.467, Cód. Civ.).

O art. 1.384, C.C., estabelece que a cláusula penal, determinada pelas partes contratantes no caso de incumprimento ou atraso no cumprimento da obrigação, pode ser diminuída equitativamente do Juiz, se a obrigação principal foi executada em parte ou se o montante da cláusula penal é manifestamente excessivo, considerando sempre o interesse do credor no *ad implemento* da obrigação.

A redução equitativa é uma operação, também, através da qual, para evitar a "rescisão" (art. 1.450, C.C.) ou a resolução do contrato por excessiva onerosidade superveniente (art. 1.467, C.C.), alteram-se as condições contratuais para cotemperar equitativamente os interesses dos contratantes.

dos sujeitos administrados utilizados pelo juiz administrativo³⁹, ou, o poder de quantificação e especialmente de redução do dano causado pelos agentes públicos ao tesouro público reconhecido, pela lei, aos tribunais de contas.⁴⁰

Desse modo, é possível falar de uma jurisdição administrativa e de contas como uma jurisdição de equidade, de um juiz que no caso concreto identifica princípios gerais que devem reger a atividade administrativa. É possível encontrar no ordenamento administrativo italiano o uso de “avaliações equitativas” pelas figuras do agente público e do magistrado.

A equidade, ainda que seja usada pelo juiz através de denominações diferentes, torna-se igualmente uma forma de manifestação do poder administrativo e jurisdicional. Por tal motivo a discricionariedade de um (administrador) e do outro (juiz) pode até mesmo ser definida, deste ponto de vista, como “discricionariedade equitativa”.

6. A EQUIDADE NA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA

A equidade, em virtude do papel de princípio ou cláusula geral do direito, foi utilizada pela jurisprudência com significados diferentes: como “parâmetro de avaliação da legitimidade” da atividade administrativa e como “fonte do direito”.

A jurisprudência entende e utiliza a equidade sob várias feições: com função simplesmente interpretativa da lei escrita e, mais significativamente, como fonte de comandos jurídicos extralegais, para preencher as lacunas do ordenamento legal e, nesse caso, com função supletiva da lei escrita.⁴¹ Pode utilizar a equidade

39. O juiz administrativo, quando o dano não é de fácil quantificação, determina-o equitativamente, em conformidade com os artigos 1.226 e 2.056 C.C. Sobre o ponto, v., entre muitas decisões: T.A.R. Napoli (Campania), sez. I, 13 settembre 2016, n. 4256; T.A.R. Napoli (Campania), sez. V, 9 agosto 2016, n. 4048; T.A.R. Palermo (Sicilia), sez. III, 12 aprile 2016, n. 950; Consiglio di Stato, sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5611; TAR Genova, (Liguria), sez. II, 8 gennaio 2013, n. 10; Consiglio di Stato, sez. VI, 11 marzo 2010, n. 1443; Consiglio di Stato, sez. IV, 15 febbraio 2005, n. 478.

40. Ver, por exemplo: Corte dei conti reg. (Trentino-Alto Adige), sez. giurisd., 12 febbraio 2007, n. 6; Corte conti, sez. I, 18 marzo 2003, n. 105. Para aprofundamentos sobre o ponto, BOTTINO, G. *Equità e discrezionalità amministrativa*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 209 ss. e p. 241 ss.

41. A função integrativa e supletiva da lei escrita que a equidade desempenha no agir da administração e nas sentenças do juiz é sublinhada, dentre outros, por: BOTTINO, G. *Equità e discrezionalità amministrativa*. Milano: Giuffrè, 2004. esp. p. 277 ss.; PERFETTI, L. R. *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*. *Diritto Amministrativo*, v. 21, 2013, p. 394.

secundum ou *praeter legem*, mas não *contra legem*, porque no direito administrativo não é admitida uma equidade que corrija ou mesmo contradiga a lei.⁴²

Ainda, a jurisprudência utiliza a equidade compondo-a com outras cláusulas gerais (como a justiça, a igualdade, a boa-fé, a imparcialidade, a razoabilidade, a proporcionalidade), considerando-a ora como sinônimo, ora como regra aglutinadora de outros princípios.

O juiz administrativo, em particular, aplicou a equidade em temas, por exemplo, como o silêncio da administração, revogação ou anulação do ato administrativo, poderes do comissário *ad acta* no âmbito do “giudizio de ottemperanza”, ressarcimento do dano.

Em matéria de “silêncio” ou “inércia” da administração e de pressupostos para utilizar o rito processual especial, previsto no Código do Processo Administrativo (arts. 31 e 117, Decreto legislativo 104/2010), o juiz administrativo entende que é necessário verificar a inércia da administração e a existência da obrigação de agir e de responder à pretensão do sujeito privado em todas aquelas hipóteses nas quais, independentemente da existência de uma específica disposição normativa impositiva, razões de justiça e de equidade imponham a adoção de um ato expresso. Por conseguinte, assim deve ser todas as vezes que, em relação ao dever de exatidão e de boa administração por parte do ente público, surja para o privado a legítima expectativa de conhecer o conteúdo e as razões das determinações da administração.⁴³

Igualmente, a jurisprudência administrativa, partindo do princípio geral do dever administrativo de agir⁴⁴ e completando tal preceito com as regras de razoabilidade e boa-fé, esclareceu que a obrigação da administração de responder

42. MERUSI, F. Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, v. 24, n. 2, 1974, p. 360 e 365; MERUSI, F. L'equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo: alla ricerca dei fondamenti primari della legalità sostanziale. *Quaderni fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*. Milano: Giuffrè, 1994, p. 414. O autor observa como, mesmo na doutrina passada, negava-se que em direito administrativo a equidade pudesse ser *contra legem*.

43. Nestes termos exprimiram-se: TAR Palermo (Sicilia), sez. III, 13 luglio 2016, n. 1.756; TAR Catania, sez. I, 11 aprile 2014, n. 1.121; Consiglio di Stato, sez. IV, 13 dicembre 2013, n. 5.994. No mesmo sentido, TAR Catanzaro, sez. II, 17 dicembre 2013, n. 1.171.

44. Sobre o fundamento do dever de agir da administração, POLICE, A. Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento. In: SANDULLI, M. A. (coord.). *Codice dell'azione amministrativa*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 228 ss.

às instâncias de revogação ou anulação subsiste quando, por razões de justiça e de equidade, impõe-se a adoção de um ato administrativo.⁴⁵

A doutrina⁴⁶ também apoia a tese da existência da obrigação da administração de proceder à anulação ou à revogação do seu ato, mesmo na hipótese na qual o ato passou a ser incontestável devido ao prazo processual. Fundamenta essa afirmação nos princípios constitucionais do bom andamento, imparcialidade e dever de agir administrativo, na equidade e justiça, e nas disposições legislativas do art. 2º, § 1º, p. II (introduzida da Lei anticorrupção 190/2012), da lei sobre o procedimento, e no art. 30, § 3º, p. II, do Código do Processo Administrativo. A primeira disposição, de fato, codifica a obrigação da administração de proceder e decidir, embora de forma simplificada, mesmo sobre as instâncias privadas manifestamente extemporâneas, inadmissíveis, improcedentes ou infundadas. O comando processual, ao contrário, obriga a administração, diante de uma instância de anulação ou revogação de um ato administrativo, a verificar a legitimidade, avaliando não somente o interesse público perseguido e os interesses privados, mas, também, as eventuais consequências da não retirada do ato ilegítimo ou inoportuno, porque esta inércia administrativa é avaliada, pelo juiz, para o fim da quantificação do dano a ser ressarcido.

O juiz administrativo utiliza o princípio de equidade, também, no que respeita aos poderes do comissário *ad acta* no âmbito do "giudizio de ottemperanza"⁴⁷, promovido pelo particular contra a administração pública que não se conforma com a sentença do juiz administrativo ou civil. Mais precisamente, o juiz invoca o princípio de equidade, conjuntamente com o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, para legitimar o comissário *ad acta* (que é um órgão administrativo extraordinário, auxiliar do juiz) a adotar, mesmo em derrogação às normas que regem a ação ordinária dos órgãos administrativos em geral, as medidas para a realização do julgado que garante à parte seus direitos e a obtenção efetiva do bem da vida do qual foi reconhecido titular pela sentença.⁴⁸

45. T.A.R. Lecce (Puglia), sez. II, 11 febbraio 2015, n. 544; T.A.R. Milano (Lombardia), sez. III, 22 dicembre 1990, n. 710.

46. IMMORDINO, M. Risarcimento del danno e obbligo della pubblica amministrazione di annullare un proprio atto inoppugnabile su istanza del privato interessato. In: PERONGINI, S. (coord.). *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*. Torino: Giappichelli, 2016, p. 255 ss.

47. O "giudizio de ottemperanza" é um processo de execução diante do juiz administrativo contra a administração que não respeita a sentença do juiz administrativo ou civil, promovido pelo recorrente vitorioso.

48. Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2016, n. 4.013; TAR Campobasso (Molise), sez. I, 3 ottobre 2016, n. 390; TAR Roma (Lazio), sez. III, 15 giugno 2015, n. 8.339; TAR Milano, sez. III, 6 febbraio 2014, n. 406.

Ainda, em caso de ressarcimento do dano devido à “inércia” ou “demora” da administração pública, o juiz estabelece que o *quantum* do ressarcimento deve ser proporcional ao lapso do atraso por exigências de equidade.⁴⁹ Similantemente, no julgamento de ressarcimento do dano por adjudicação ilegítima do contrato em um processo de licitação, a perda de ganhos é calculada pelo magistrado administrativo segundo a equidade.⁵⁰

O que resulta, porém, da aplicação jurisprudencial da equidade é que ela é considerada parâmetro de legitimidade da decisão e, como tal, transforma-se em elemento essencial e constitutivo da *fattispecie* legal atributiva do poder administrativo.⁵¹

Assim, pode-se afirmar que a “decisão equitativa” do juiz é perfeitamente compatível com aquela “de legitimidade”. E isto, sobretudo, se faz referência à “legalidade substancial”: àquela legalidade que sempre é fundada na lei e, especialmente, sobre a sua *ratio*, para além da sua forma.

O juízo equitativo, então, desenvolve-se quase sempre no âmago do direito positivo, embora ele impulse até o limite que pode chegar a interpretação evolutiva e a investigação de uma *ratio* normativa, que libere a administração, antes da emissão de juízo, pelo magistrado, das relações que tenham apenas caráter formalístico⁵², em nome dos valores da justiça social.

7. REFERÊNCIAS

- ALESSI, R. *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*. Milano: Giuffrè, 1934. Reimpresso em ALESSI, Renato. *Scritti minori*. Milano: Giuffrè, 1981.
- AMORTH, A. *Il merito dell'atto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1939.
- ARISTOTELE. *Etica Nicomachea*, IV sec. a.C.
- ARISTOTELE. *Retorica*, IV sec. a.C.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BOTTINO, G. *Equità e discrezionalità amministrativa*. Milano: Giuffrè, 2004.

-
49. TAR Milano, sez. III, 1 febbraio 2013, n. 313; TAR Roma, sez. I, 7 gennaio 2013, n. 81.
50. TAR Catania, sez. III, 16 gennaio 2013, n. 53.
51. PERFETTI, L. R. *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*. *Diritto Amministrativo*, v. 21, p. 394, 2013.
52. ROSSI, G. *Giudice e processo amministrativo*. *Diritto Processuale Amministrativo*, 2012, p. 1.220-1.221.

- CAMMEO, F. *Lequità nel diritto amministrativo. Annuario della Regia Università di Bologna*, 1924.
- CAMMEO, F. *Corso di diritto amministrativo*. Padova: Litograf, 1911-1914. Reproduzido com notas de G. Miele. Padova: Cedam, 1960.
- CASSESE, S. *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1, p. 27-40, 2002.
- CASSESE, S. (coord.). *Istituzioni di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2004.
- CAVALLO PERIN, R. *Potere di ordinanza e principio di legalità: le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*. Milano: Giuffrè, 1990.
- CELONE, C. *Il diritto alla buona amministrazione tra ordinamento europeo ed italiano. Il diritto dell'economia*, n. 3, 2016.
- CICERONE, M. T. *De officiis*, 44 a.C.
- COGNETTI, S. *Profili sostanziali della legalità amministrativa: indeterminatezza della norma e limiti alla discrezionalità*. Milano: Giuffrè, 1993.
- COGNETTI, S. *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*. Torino: Giappichelli, 2011.
- DE PRETIS, D. *I principi del diritto amministrativo europeo*. In: RENNA, M.; SAITTA, F. (coord.). *Studi sui principi del diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2012.
- ESTEVE PARDO, J. *La nueva relación entre Estado y sociedad: aproximación al trasfondo de la crisis*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- DI FEDERICO, G. (coord.). *The EU charter of fundamental rights: from declaration to binding instrument*. Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer, 2011.
- GALETTA, D. U. *Le fonti del diritto amministrativo europeo*. In: PILADE CHI-TI, M. (coord.). *Diritto amministrativo europeo*. Milano: Giuffrè, 2013.
- IMMORDINO, M. *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*. In: SCOCA, F. G. (coord.). *Diritto amministrativo*. Torino: Giappichelli, 2015.
- IMMORDINO, M. *Risarcimento del danno e obbligo della pubblica amministrazione di annullare un proprio atto inoppugnabile su istanza del privato interessato*. In: PERONGINI, S. (coord.). *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*. Torino: Giappichelli, 2016.
- MANGANARO, F. *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa: profili critici e principi ricostruttivi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.
- MERUSI, F. *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, v. 24, n. 2, p. 359-374, 1974.
- MERUSI, F. *Lequità nel diritto amministrativo secondo Cammeo: alla ricerca dei fondamenti primi della legalità sostanziale. Quaderni fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*. Milano: Giuffrè, 1994.

- PERFETTI, L. R. Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità. *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 3-4, p. 789-844, 2010.
- PERFETTI, L. R. Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società. *Diritto Amministrativo*, v. 21, p. 309-400, 2013.
- POLICE, A. Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempiuto. In: SANDULLI, M.A. (coord.). *Codice dell'azione amministrativa*. Milano: Giuffrè, 2011.
- RAGGI, L. Contributo all'apprezzamento del concetto di equità. *Il Filangieri*, 1919.
- RAWLS, J. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- RAWLS, J. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- ROMAGNOSI, G.D. Principi fondamentali di diritto amministrativo, Milano, 1814. Reproduzido do original por ROTELLI, E. (coord.). *Romagnosi 1814: Istituzioni di diritto amministrativo*. Bologna: Il Mulino, 2014.
- ROMANO, S. *Principi di diritto amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè, 1912.
- ROSSI, G. *Giudice e processo amministrativo*. *Diritto Processuale Amministrativo*, 2012.
- ROSSI, G. *Principi di diritto amministrativo*. Torino: Giappichelli, 2015.
- SOLIDORO MARUOTTI, L. *Tra morale e diritto: gli itinerari dell'aequitas*. Torino: Giappichelli, 2013.
- STIPO, M. Divagazioni sul tema del c.d. abuso del diritto, con particolare riferimento alle potestà delle Pubbliche Amministrazioni. *Giustizia Amministrativa*, 2009.
- ULPIANO, D. *Institutiones*, III sec. d.C. *Digesta Iustiniani Augusti*, I.1.1.1, VI d.C.
- ZITO, A. Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 2, p. 425-444, 2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Direito alternativo e equidade, de Carlos Aurélio Mota de Souza - *RDPriv* 6/9-22 e *Doutrinas Essenciais de Direito Civil* 1/117-132 (DTR\2001\179); e
- Equidade no direito brasileiro, de Carlos Aurélio Mota de Souza - *RIASP* 33/359-375 (DTR\2014\8710).