



## CONSTITUIÇÃO, LEGALIDADE E EQUIDADE NA APLICAÇÃO DO DIREITO

### CONSTITUTION, LEGALITY AND EQUITY AT LAW

Nagib Slaibi Filho<sup>50</sup>

#### Resumo

O presente trabalho aborda a questão da aplicação do Direito na Constituição e no Código de Processo Civil, de 2015.<sup>51</sup>

Para melhor compreender o Direito atual, necessário entender sua origem.

Herdamos muitos princípios do governo de Justiniano, há mil e quinhentos anos, do Código de Hamurabi, dentre outros, bem como do Código Civil Frances de 1804. Justiniano nos legou o sistema jurídico conhecido como *Civil Law*, que tem o texto escrito como grande fonte do Direito, e que predomina na Europa Continental e nos países que colonizaram, e o *Common Law*, no qual do costume exsurge o Direito, com predomínio na Inglaterra e nos países que ela influenciou.

As constituições dos séculos XIX e XX, este na sua primeira metade, tinham a eficácia de suas normas dependendo do legislador, pois a sua aplicabilidade somente decorriam de leis votadas pelo Parlamento, mormente no que diz respeito aos direitos individuais nelas declarados.

Já as constituições, a partir de meados do século XX, também declaram os direitos e garantias fundamentais, mas desde logo lhes impõe a eficácia, como se vê na Constituição brasileira, no texto promulgado em 5 de outubro de 1988:

<sup>50</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense, Doutor em Direito Público pela Universidade Gama Filho, Pós-doutorando em Direito, pela Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA), Buenos Aires (Argentina). Magistrado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Professor da Universidade Salgado de Oliveira e da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro.

<sup>51</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. *Constituição, Legalidade e Equidade, Jurisdição Contenciosa e Jurisdição Voluntária*, 2018.



*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

....

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Então os direitos e garantias individuais, também denominados direitos humanos ou direitos fundamentais, ganham supremacia e perenidade sobre as maiorias legislativas temporárias.

Em decorrência de tal eficácia das normas constitucionais de direitos e garantias fundamentais, aqui serão abordados temas como legalidade estrita e equidade na aplicação do Direito, em sistema jurídico românico-germânico, como o Direito brasileiro.

**Palavras-chave:** Civil Law; Common Law; Constituição; Direitos e Garantias Fundamentais; Equidade; Juiz; Jurisdição contenciosa e/ou voluntária e Legalidade estrita.

### **Abstract**

This paper deals with the application of Law in the Constitution and in the Code of Civil Procedure, 2015.

To better understand the current law, it is necessary to understand its origin.

We inherited many principles of Justinian's government, one thousand five hundred years ago, from the Code of Hammurabi, among others, as well as the French Civil Code of 1804. Justinian left us the legal system known as *Civil Law*, which has written text as a great source



which predominates in Continental Europe and in the countries which it colonized, and the *Common Law*, in which the Law exsurges, with a predominance in England and in the countries which it has influenced.

The constitutions of the nineteenth and twentieth centuries, in its first half, had the efficacy of their norms depending on the legislator, since their applicability only arose from laws passed by Parliament, especially with regard to the individual rights declared in them.

On the other hand, since the mid-twentieth century, the constitutions have also declared the fundamental rights and guarantees, but they have already imposed on them the effectiveness, as seen in the Brazilian Constitution, of the text promulgated on October 5, 1988:



*Art. 5º. Everyone is equal before the law, without distinction of any kind, guaranteeing to Brazilians and foreigners residing in Brazil the inviolability of the right to life, liberty, equality, security and property, as follows:*

*§ 1º. The norms that define fundamental rights and guarantees have immediate application.*

*§2º. The rights and guarantees expressed in this Constitution do not exclude others arising from the regime and the principles adopted by it, or from international treaties to which the Federative Republic of Brazil is a party.*

So individual rights and guarantees, also called human rights or fundamental rights, gain supremacy and perennality over temporary legislative majorities.

As a result of the effectiveness of the constitutional rules of fundamental rights and guarantees, we will deal here with topics such as strict legality and fairness in the application of Law, in a Romanesque-German legal system, such as Brazilian law.



**Key-words:** Civil Law; Common Law; Constitution; Fundamental Rights and Guarantees; Equity; Judge; Contentious and/or voluntary jurisdiction and Strict legality.





O Direito é muito mais do que está no texto escrito das leis. Sua aplicação, em cada caso, transborda do mero critério da interpretação literal ou semiológica para alcançar aspectos que o legislador não poderia nunca suspeitar, mesmo porque sua capacidade de profecia é muito restrita.

Exemplo que já se torna clássico dos limites impostos ao legislador pela incapacidade de prever o avanço social, pode-se ver sobre o acesso aos Tribunais pelos hipossuficientes economicamente, desde a orientação da velha Lei nº 1.060, de 1950, vigente ainda que em parte, bem como do disposto no art. 98 do Novo Código de Processo Civil, ambos incorrendo em graves equívocos, mas que são perfeitamente remediados em cada caso pelo aplicador do Direito.

Dispunha o art. 3º da Lei nº 1.060/50, de rol que denominou de *isenções à assistência judiciária*, que teve a redação alterada algumas vezes nos seus mais de sessenta anos de vigência, por força, até mesmo, de inovações tecnológicas que não poderiam ser suspeitadas nos meados do século XX, quando foi redigida a Lei da Assistência Judiciária.

Tal ato, aliás, decorreu de notável esforço legislativo para permitir o acesso à Justiça de milhões de pessoas que não podiam pagar as custas devidas aos cartórios judiciais, então todos em regime desoficializado, isto é, servidores que não recebiam retribuição remuneratória do Poder Público mas somente das próprias partes que se socorriam de providências judiciais.

Exemplo clássico de decorrência de inovação tecnológica é o inciso VI do mencionado art. 3º, incluído pela Lei nº 10.317, de 2001, isentando o assistido do pagamento *das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade*.

Vem agora o § 1º do art. 98 do Código de Processo Civil, de 2015, e em nove incisos, aferrando-se na esperança de aplicação somente pelo critério da legalidade estrita, tenta na verdade limitar o conteúdo das providências em favor do assistido e, o que é pior, sem uma prudente norma de encerramento, aquela que, no clássico ensinamento do mestre italiano Giuseppe Chiovenda, estipula que os casos não previstos explicitamente nas disposições legais, sejam também compreendidos em hipóteses similares.



Antes se justificava ao legislador a previsão de cada isenção, pois estávamos nos meados do século XX e a ordem jurídica considerava que a lei deveria regulamentar os direitos e garantias da Lei Maior, pois ela os declarava na defesa do indivíduo em face do Poder Público, como era a essência do antigo regime liberal herdado do século XIX. Até então, a Constituição tinha a sua autoridade dependente do legislador, salvo raras exceções, pois vivíamos em épocas de pretensa ascendência do Parlamento e da lei que expressava a vontade das maiorias legislativas.

Mas agora estamos no século XXI, na plena vigência de Constituição que se espera perene e suficientemente aberta para as exigências da sociedade, que no seu art. 5º, §§ 1º e 2º, impõe que os direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata, dispensando a elaboração de leis para a sua eficácia, e que os direitos e garantias não são somente aqueles expressos ou escritos no texto constitucional, mas também todos aqueles que decorrem dos princípios da Constituição, do regime democrático de Poder e dos atos internacionais ratificados por nosso país.

Antes a transitoriedade das leis postas pelas eventuais maiorias parlamentares, o que se espera agora é a supremacia e a perenidade da norma constitucional que abrange quase todos os setores da vida social e impõe comandos suficientemente abertos para guiar diversas gerações.

Se não mais os direitos e garantias fundamentais têm taxatividade expressa na Constituição, certamente o legislador ordinário, justamente em tema tão importante como o acesso à Justiça, não pode aspirar que tenha força de enumerá-los de forma precisa e inexorável...

Antes estava em vigor art. 4º da então Lei de Introdução ao Código Civil, hoje Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e o art. 126 do Código de Processo Civil de 1973, a dispor:

*O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973).*



Então naquela época a regra era o princípio da legalidade estrita, pois incumbia ao juiz aplicar as regras de conduta decorrentes da lei; não as havendo, aplicava subsidiariamente a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.

Mas com o NCPC a orientação é bem diversa, pois muita coisa mudou tanto na Constituição quanto na própria lei!

Dispõe o seu art. 1º:

*O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais<sup>52</sup> estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.*

E sobre o processo diz ainda o art. 7º:

*É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.*

No plano da aplicação das normas regentes do processo, havendo-se este como a relação entre partes e órgão jurisdicional, o juiz aplicará as normas e valores constitucionais, quase todos eles a introduzir normas de conceito indeterminado, normas em branco ou normas que não são mais fechadas, que tentavam esgotar, nunca com sucesso, as possibilidades fáticas. Somente supletivamente vai aplicar no caso concreto as normas decorrentes de dispositivos do Código de Processo Civil.

Nem a mais descabelada interpretação poderá extrair do disposto no art. 7º do novo CPC a ideia de que o mesmo somente visa proteger o princípio da igualdade formal: a paridade de

---

<sup>52</sup> Sobre texto ou dispositivo, norma e valor, ver, entre outros, SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*, 3ª. ed., notadamente o capítulo III, sobre a norma constitucional, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais certamente só pode ser vista em cada situação concreta, em cada caso, nunca em tese!, em olímpica aplicação do Direito que abstrai dos fatos em julgamento.

Em cada processo, deve o juiz atentar para as condições das partes para lhes assegurar a igualdade de tratamento material.

Não mais é o juiz o frio e olímpico árbitro que esperava o resultado para proclamar o vencedor dos embates como se fossem aqueles entre os cavaleiros medievais, contratados para lutarem pelas partes nas ordálias ou nos juízos de Deus...

Mais à frente, dispõe o NCPC sobre os poderes, os deveres e a responsabilidade do Juiz, todos levando em conta o que denominou de *tutela do direito material*<sup>53</sup>, principalmente o que se contém nos incisos I, II, IV e VI:

*Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:*

*I - assegurar às partes igualdade de tratamento;*

*II - velar pela duração razoável do processo;*

*III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;*

*IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;*

*V - promover, a qualquer tempo, a auto composição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;*

*VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;*

*VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;*

<sup>53</sup> Sobre as relações de direito material e direito processual, ver GUTIERREZ, Cristina. *Dever judicial do julgamento do mérito*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.



*VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;*

*IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;*

*X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5o da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.*

*Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.*

*Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.*

*Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.*

Não existe mais a essencialidade da norma infraconstitucional na realização do Direito, pois o processo civil é ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas da Constituição, em atenção prioritária, e, secundariamente, conforme as disposições constantes do Código de Processo Civil.

É o comando que se vê no art. 1º quanto à aplicação das normas processuais.

E quanto à aplicação das normas materiais, de direito material, na resolução dos conflitos de interesse, não há dispositivo no Código de Processo Civil de 2015 similar ao do princípio da legalidade do anterior art. 126 da revogada Lei de Ritos, pois agora comanda de forma mais abrangente:

*Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade*



*da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.*

Compare-se tal dispositivo com os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

*Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*

*Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*

A legalidade estrita é a aplicação da norma que resulta do processo de interpretação literal ou gramatical ou semiológica, critério hermenêutico que predominou até os meados do século passado a prestigiar o legislador.

Claro que se inexistir lei que disponha sobre o caso, deve o juiz, mesmo assim, julgar a causa, como decorre do disposto no art. 140 do Código de Processo Civil:

*Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.*

*Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.*

A aplicação do critério da legalidade é objetivo, limitando o juiz a resolver o caso de acordo com a previsão do legislador.

Certamente o legislador não consegue prever a multidão dos casos ocorrentes, razão pela qual o ordenamento legal da família do *Civil Law* é obrigado a prever o que está no *caput* do art. 140, como válvula de escape de garantia do denominado Estado de Direito.

Já a aplicação de norma que resulta de processo de interpretação histórica, atualizando o sentido do texto legal, de conceitos jurídicos indeterminados, que dependem do caso para se



concretizar, ou da interpretação axiológica, decorrente do interesse ou do valor, da objetividade jurídica da elaboração do texto, resultam, todos esses critérios de interpretação, no julgamento por equidade, isto é, dar ao caso a solução mais adequada.

Pode tomar o conceito de equidade do disposto no art. 723 do Código de Processo Civil de 2015, parágrafo único, em disposição nos mesmos termos do art. 1109 do Código de Processo Civil de 1973: *O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna.*

Repita-se: equidade é adotar o juiz, em cada caso, a solução que considerar mais conveniente ou oportuna, desde que, evidentemente, o faça fundamentadamente, como lhe exige as normas decorrentes do disposto no art. 93, IX, da Constituição.

O art. 127 do Código anterior foi repetido no parágrafo único do art. 140 do NCPC, pois *o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.*

Note-se que a lei autoriza o juiz a julgar por equidade tanto expressamente, como no art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil, e art. 944, parágrafo único do Código Civil, ou implicitamente, como está na cabeça do citado art. 944:

*Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.*

*Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.*

Herdamos o julgamento pelo critério da legalidade estrita da Europa Continental e o julgamento por equidade da Grã-Bretanha.

Justiniano (482-565) tornou-se o Imperador do Sacro Império Romano-Germânico em 527 d. C. e pretendia governar centenas de povos em uma grande extensão do mundo então conhecido. Aliás, o título de imperador designa, justamente, o governante de vários povos, enquanto o título de rei é dado ao governante de um povo determinado.

Contudo, o governo de Justiniano dependia de meios rudimentares e lentos de comunicação como navios e cavalos e o seu vasto império compreendia reis, povos e costumes das mais diversas culturas, embora todos pudessem ser considerados como cidadãos iguais em direitos



civis, como decorria do Édito de Caracala de 212 d.C, concedendo a condição de cidadãos romanos, buscando aumentar a receita fiscal, a todos os estrangeiros (peregrinos) livres.

Decorreu aí a necessidade de tentar impor uma legislação comum, que afastasse os direitos vigentes em cada região, garantisse o governo central, evitasse a dispersão do império e conferisse tanto quanto possível uma identidade comum em tanta diversidade cultural.

Daí o *Corpus Juris Civilis* (Corpo de Direito Civil) que Justiniano mandou organizar, composto por quatro partes: o *Codex*, que continha toda a legislação romana revisada desde o século II; o *Digesto* ou *Pandectas*, composto pelo ensinamento dos doutrinadores romanos; as *Institutas*, de conteúdo pedagógico com os princípios fundamentais do Direito, e as Novelas ou as Autênticas, as leis formuladas por Justiniano.

As leis escritas, postas pelas divindades ou pelos governantes em nome destas, e porque geralmente as pessoas eram iletradas, eram relativamente raras até então, como se vê em documentos esparsos como o Código de Hamurabi (1700 a.C), o Código de Manu (de 1200 a.C), a legislação atribuída a Moisés (900 a.C), as leis de Sólon (594 a.C), a Lei das XII Tábuas (451 a.C) etc.

Evidentemente os textos legais antes citados, quase todos atribuídos à divindade, somente eram conhecidos por raros letrados, geralmente funcionários, inclusive clérigos, que podiam entender os símbolos gráficos e que mesmo assim nem sempre poderiam apreender o seu significado, o que dependeria de sua capacidade individual.

Por isso o *Corpus Iuris Civilis* foi divulgado em Latim, a língua que foi usada como padrão universal até os séculos XV e XVI, depois substituída nessa função pelo francês e, desde os meados do século XIX, pelo inglês.

A criação dos grandes Estados nacionais, dos quais Portugal foi o primeiro no século XV, e a conseqüente institucionalização de línguas nacionais como o português, o espanhol, o inglês e o francês, ao lado da criação da imprensa no século XVI, permitiu a divulgação das leis escritas, de forma a chegar ao que o Código Civil francês de 1804 colocou como presunção adotada até hoje pelo nossa antiga Lei de Introdução ao Código Civil, e atual Lei de Introdução às normas



do Direito Brasileiro, no art. 3º, de que *Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.*

Justiniano nos legou o sistema jurídico denominado de Direito Românico-Germânico, ou a família jurídica do *Civil Law*, sistema jurídico da Europa Continental, em que a fonte primeira da norma jurídica é o texto legislado, posto pelo poder, como ainda estava no art. 126 do anterior Código de Processo Civil: *o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.*

No sistema do *Civil Law* a grande fonte do Direito é o texto escrito, de onde se extrai a norma que regula a conduta em cada caso.

A norma decorre do símbolo gráfico, do artigo, do dispositivo, com fonte em poder acima da sociedade.

Inexistente a lei, aplica-se a analogia, isto é, a situação prevista em outro dispositivo legal como solução mais próxima para o caso em julgamento. Ainda se não couber a analogia, adota-se a norma decorrente do costume, ou seja, a regra de conduta adotada pelo grupo social e, finalmente, subsidiariamente, os princípios gerais do Direito.

O outro grande sistema jurídico é o *Common Law*, também denominado sistema anglo-americano, em que a grande fonte do Direito é o costume, buscando o juiz a conduta social como paradigma para o julgamento do caso concreto, ficando vinculado ao precedente não só o do próprio tribunal como os dos tribunais superiores.

No terreno constitucional os norte-americanos optaram pela Constituição escrita, embora tenham interpretado e atualizado os textos da Constituição, e de suas Emendas, pela hermenêutica dada pelos Juízes, principalmente os da Corte Suprema, que trouxeram para si o poder de controlar a constitucionalidade das leis desde o célebre caso *Marbury vs Madison*, de 1803.

A *Common Law* tem no precedente judicial (*case law*) a sua fonte principal. Caracteriza-se por reservar à lei papel secundário, provocada por situações excepcionais ou para



solucionar conflito insuperável entre direitos jurisprudenciais, regionais ou estaduais (*statute Law*). Por isso, nesse sistema é comum ser a lei interpretada restritivamente.

Esse sistema de Direito jurisprudencial surgiu na Inglaterra, no século XII, com a criação, por Henrique II, em 1154, de juízes visitantes do rei, cujas decisões, revistas pelas Cortes Reais, deram origem a um corpo de julgados uniformes (precedentes), que, a partir de 1800, tornaram-se obrigatórios para todos os juízes. Esse sistema domina na Inglaterra, no País de Gales, na Irlanda, no Canadá (menos Quebec), na Nova Zelândia, na Austrália e nos Estados Unidos (menos em alguns Estados, de colonização francesa ou espanhola).

Mas a diferença entre o Sistema Continental e o do *Common Law* é mais de forma, pois, enquanto no primeiro predominam a lei e o código, no segundo dominam o precedente judicial, os repertórios de jurisprudência e o costume; ambos os sistemas, no entanto, estão inspirados pelas instituições jurídicas desenvolvidas na Roma antiga.

Desde logo, destaque-se que os procedimentos de concessão ou de cassação ou de revogação da gratuidade de Justiça têm evidente conteúdo de procedimento de jurisdição voluntária ou jurisdição graciosa e não de jurisdição contenciosa.<sup>54</sup>

A jurisdição contenciosa, no ensinamento de Giuseppe Chiovenda, é a atividade jurisdicional que se caracteriza pela substituição da vontade da parte, como se vê, por exemplo, na ação consignatória quando a sentença substitui o recibo negado pela parte, na ação condenatória em que a sentença substitui o título de crédito negado pelo devedor etc.

Já a jurisdição voluntária, também chamada de jurisdição graciosa, é a atividade em que o juiz complementa o que a vontade do interessado não pode por si mesma alcançar, como se vê, por exemplo, no alvará que se requer ao juiz para autorizar a venda de bem de pessoa incapaz, que não pode juridicamente manifestar a sua vontade.

Na jurisdição contenciosa, aplica-se, de regra, a legalidade estrita e somente se aplica a equidade quando esta for autorizada pela lei ao Juiz.

---

<sup>54</sup> Sobre jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária, ver, entre outros, SLAIBI FILHO, Nagib. *Sentença Cível – Fundamentos e Técnica*. 9ª edição, Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2017.

Já na jurisdição voluntária a regra é a equidade, como decorre dos antes transcritos arts. 1.109 do Código de Processo Civil de 1973 e art. 723 do Código de 2015:

*Art. 1.109. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.*

*Art. 723. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias.*

*Parágrafo único. O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna.*

Daí se vê que se mostram inglórias as tentativas do Código de Processo Civil de 2015 em regular, como se aplicável somente o princípio da legalidade estrita, a gratuidade dos serviços judiciários, a qual é apreciada e julgada, em todos os casos, pelo critério da equidade, a depender a solução de cada caso, mediante, é claro, a suficiente e densa fundamentação que exige a norma decorrente do disposto no art. 93, IX, da Constituição.

Em épocas anteriores, embora alguns o façam até hoje..., utilizavam os juízes, em decorrência de disposições da Lei nº 1060/50, o critério de somente conceder a gratuidade dos serviços judiciários se o requerente dispusesse de renda até 2 salários mínimos (aproximadamente, dois mil reais), o que hoje estaria impossibilitado porque as despesas iniciais do processo geralmente chegam, em muitos Estados da Federação, a mais de mil reais.

Qualquer tabela para a concessão da gratuidade dos serviços judiciários se mostra, desde logo, injusta e inviável para o exercício do impostergável direito de acesso à jurisdição: ao juiz, e ao advogado, cabe, desde logo, apreciar a situação concreta da parte, inclusive as circunstâncias que podem, eventualmente, representar ônus financeiro sobre o salário que percebe.

Concluindo, os símbolos gráficos que nos são dados pelo legislador são instrumentos de realização de Justiça, a qual, no entanto, somente se manifesta se o juiz cumpre o seu papel de ir além do texto legal para realizar em cada caso a Justiça.

**Bibliografia**

GUTIERREZ, Cristina. *Dever judicial do julgamento do mérito*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

SLABI FILHO, Nagib. *Constituição, legalidade e equidade, jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária*. Disponível em: <<http://www.nagib.net>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. *Sentença cível – fundamentos e técnica*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

