

O INFRUTÍFERO DISSENSO SOBRE A RECEPÇÃO DO MODELO DE CONCESSÃO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA

Víctor Marinho Fernandes de Freitas

Acadêmico do 5º período do Curso de Direito da UFRN

Membro do Projeto Cine Legis

Paulo Renato Guedes Bezerra

Professor-orientador

RESUMO

Enquanto o art. 4º da Lei 1.060/50 dispõe que a parte gozará da gratuidade judiciária mediante a simples afirmação da condição de necessitado, o art. 5º, LXXIV, da Carta Magna de 1988 aduz que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. A aparente dissonância entre os dispositivos fez com que vozes jurisprudenciais ecoassem após a promulgação da Lei Maior no sentido de alijar a aplicação do modelo de concessão da justiça gratuita, por derogado, e condicionar o seu gozo à comprovação explícita da condição de hipossuficiência econômica, influenciando ainda hoje na prática de alguns poucos magistrados e tribunais. Esta interpretação arrepia a evolução engajada pelo legislador durante trinta e oito anos com arrimo no amplo e irrestrito acesso à justiça. Por isso, o presente trabalho pretende analisar a questão em tela por um prisma até então pouco utilizado pela doutrina: a eficácia contida da norma constitucional do inciso LXXIV do art. 5º. Nesse mister, a sistemática da Lei 1.060/50 regulamenta

e amplia o direito fundamental à gratuidade de justiça em âmbito infraconstitucional, sendo recepcionada pela Lei Ápice.

Palavras-chave: Carta Magna. Assistência jurídica. Dissonância. Modelo de concessão. Justiça gratuita. Lei 1.060/50. Recepcionada.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O instituto da gratuidade judiciária ou justiça gratuita, como é mais conhecido, pode ser genericamente definido como a isenção temporária¹, total ou parcial, de qualquer parte da relação processual, desde que necessitada para os fins legais, no que tange ao pagamento da taxa referente às custas judiciais e das despesas imprescindíveis à realização dos atos do processo nos planos judicial ou extrajudicial².

Tendo em mira sua importância singular na seara processual brasileira como uma verdadeira “enzima” concretizadora de direitos materiais dos hipossuficientes, e a premente necessidade de regulamentação geral de seu trâmite de concessão à época, o legislador ordinário, cumprindo esta missão, tratou de editar a Lei 1.060/50 (Lei de Assistência Judiciária – LAJ), a qual, há sessenta e dois anos e através de várias reformas, em que pese a ação implacável do tempo, vem desempenhando maestricamente o papel de alicerce do direito à gratuidade judiciária em âmbito infraconstitucional, contribuindo tanto para a sua ereção a direito público subjetivo pela Carta Magna de 1988, quanto para a sua atuação como um dos baluartes do acesso à justiça material e da isonomia substancial entre os litigantes.

Nesse pórtico, a partir de um infeliz dissenso jurisprudencial e malgrado as opiniões em contrário, este ensaio, através do exame de

¹ O beneficiário fica obrigado a pagar as despesas das quais ficou isento pelo prazo de cinco anos, a contar da sentença final, desde que possa fazê-lo, sob pena de prescrição da obrigação (art. 12 da Lei 1.060/50).

² O art. 3º e seus respectivos incisos da Lei 1.060/50 definem, de forma mais específica, porém *numerus apertus*, a abrangência da isenção a que faz jus o necessitado beneficiário da gratuidade judiciária.



dispositivos legais e da utilização de critérios hermenêuticos idôneos, possui como alvo a demonstração da compatibilidade entre os requisitos material e formal indispensáveis à concessão da gratuidade de justiça no processo brasileiro e a ordem constitucional vigente, sendo por esta recepcionados.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

De uma breve investigação histórica, repara-se que o Estado brasileiro, quando o fez, isentou do pagamento das custas judiciais e despesas processuais (*lato sensu*) tão somente os necessitados que comprovassem seu estado de pobreza. A hipossuficiência financeira da parte litigante sempre foi o requisito material à concessão da benesse. O modo de comprovação dessa condição, requisito formal para tanto, é que vem evoluindo com o passar do tempo.

Sob a vigência do CPC/39³, a concessão da gratuidade judiciária se dava após requerimento ao juiz competente, devendo a parte interessada informar, na petição em que pleiteava o benefício⁴, seus rendimentos ou vencimentos e os encargos pessoais e de sua família (art. 72). Deveria acompanhar a solicitação do atestado de pobreza expedido pelo serviço de assistência social, onde houvesse, ou pela autoridade policial do distrito ou circunscrição em que residisse o solicitante, independentemente de selos ou emolumentos (art. 74). Esse mecanismo praticamente permaneceu inalterado com a entrada em vigor da Lei 1.060/50⁵. A única modificação, *a priori*, foi que o atestado de pobreza não mais seria emitido pelo serviço de assistência social, ficando disso incumbido, para além da autoridade policial, o prefeito

³ Andou bem o legislador de 1939 em traçar as primeiras linhas do trâmite de concessão da gratuidade judiciária, uma vez que a Constituição autoritária de 1937 não renovou o mandamento contido na Carta Magna de 1934, cujo art. 113, nº 32, preconizava: “A União e os Estados concederão aos necessitados a assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”.

⁴ Segundo Rogério Nunes de Oliveira (2006, p. 124), em face da jurisprudência da época e, por incrível que pareça, esta petição era autuada em apartado e deflagrava um processo incidente e autônomo em relação ao qual a gratuidade judiciária era postulada, com o intuito irrisório de apurar as condições financeiras do interessado.

⁵ Elaborada sob o auspício da Carta Magna de 1946, cujo art. 141, § 35, dispunha: “O poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”.



do município (art. 4º, § 1º)⁶.

Num primeiro passo à frente, a Lei 6.654/79, acrescentando o § 3º ao art. 4º da LAJ, dispôs que para fins de concessão da justiça gratuita, a apresentação da carteira de trabalho e previdência social da parte interessada substituiu os atestados de que tratava o § 1º suso mencionados. Num segundo, a Lei 6.707/79, reformando o § 1º do art. 4º, previu que seria dispensado o atestado de pobreza emitido pelas autoridades legais quando o postulante acostasse à petição cópia de contrato de trabalho comprobatório de que recebia salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal regional. Num terceiro, a Lei 7.115/83, orientada pelos ideais progressistas do Programa Nacional de Desburocratização, passou a revestir de veracidade relativa qualquer declaração destinada a atestar estado de pobreza feita pelo reclamante da justiça gratuita ou por seu procurador bastante, sob pena de sua responsabilidade civil, administrativa e criminal se comprovadamente falsa (arts. 1º, 2º e 3º).

Finalmente, consolidando a propensão evolucionista do legislador, a Lei 7.510/86 instituiu o modelo hodierno de concessão da gratuidade judiciária no *caput* do art. 4º da LAJ. Doravante, o benefício seria concedido aos necessitados (autor ou réu) que afirmassem, a qualquer tempo, sua condição de hipossuficiência econômica nos próprios autos do processo⁷.

3 JUSTIÇA GRATUITA, ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Embora os institutos da justiça gratuita, assistência judiciária e assistência jurídica possuam nomenclaturas semelhantes, não raro causando confusão no momento de seus empregos por parte do próprio legislador⁸,

⁶ Note, leitor, que em flagrante desrespeito à sua dignidade, o necessitado carregava consigo o fardo do extremo constrangimento, evidenciado pelo contratempo que tinha de procurar a autoridade competente, para que esta, muitas vezes por uma troca de favores ou sob condições humilhantes, declarasse-o miserável.

⁷ Com vistas no Anteprojeto do Novo CPC, importante registrar em paralelo que o estatuto processual vindouro provavelmente disporá no seu art. 85 e respectivos parágrafos sobre o direito à gratuidade de justiça, remetendo o seu gozo aos insuficientes de recursos “na forma da lei”, de modo a suprir a omissão do CPC/73 e a preservar o sistema atual com a continuidade de atuação da Lei 1.060/50.

⁸ É o caso dos arts. 3º e 4º da Lei 1.060/50, cujos *caputs*, embora enunciem tratar da assistência judiciária, cuidam na verdade da gratuidade judiciária. No mesmo passo mostra-se a própria



não há de se estabelecer uma sinonímia entre eles.

Consubstancia-se a justiça gratuita numa postura concomitantemente passiva e ativa do Estado, na medida em que, deixando de recolher do hipossuficiente as custas judiciais e conferindo gratuidade às despesas dos atos processuais indispensáveis à defesa de seus direitos, arca com seu ônus. A assistência judiciária, por sua vez, é o patrocínio gratuito de demanda judicial por patrono público, como no caso do defensor, ou particular, *v.g.*, advogados militantes e núcleos de prática jurídica das universidades. Já a assistência jurídica compreende, para além da gratuidade e assistência judiciárias, todo e qualquer serviço jurídico que não atrelado diretamente ao Poder Judiciário no curso do processo, podendo assim ser entendida, por exemplo, a consultoria jurídica.

Neste diapasão, esclarecedora é a cátedra de Rogério Nunes de Oliveira (2006, p. 74) ao estabelecer uma taxionomia entre os referidos institutos. Para ele, e é verdade, “assistência jurídica gratuita é gênero, que tem como espécies derivadas a consultoria jurídica, a assistência judiciária e a gratuidade de justiça”. Consequentemente, embora compartilhem o mesmo gênero, sendo institutos distintos, o deferimento de um independe do deferimento do outro. Esta distinção, somada com a evolução do sistema da assistência judiciária no Brasil para a prestação autônoma com as Defensorias Públicas, são as razões primordiais de não mais se conceber a representação por advogado particular como prova da suficiência de recursos a ser utilizada contra o postulante da gratuidade judiciária, sobrepujando-se à estéril interpretação literal do *caput* do art. 4º da LAJ, que aparentemente denota que a parte gozará do benefício se declarar não estar em condições de arcar com as custas do processo e, simultaneamente, com os honorários advocatícios. Inobstante, sendo a assistência jurídica integral e gratuita um direito constitucional disponível que engloba tanto a gratuidade quanto a assistência judiciárias, nada impede que o reclamante, desprovido de incongruências, pugne por apenas um destes benefícios. Até mesmo porque, diria Barbosa Moreira (1994, p. 58), é antijurídico impormos “o dilema tudo ou nada” a um direito disponível⁹.

nomenclatura da Lei 1.060/50, que deveria se chamar Lei da Gratuidade Judiciária ao invés de Lei da Assistência Judiciária.

⁹Poderíamos discorrer mais sobre o assunto, mas para não se desviar do cerne de nossa proposta, por ora basta sabermos que, felizmente, a maioria de nossos juízes e tribunais tem sabido



4 A JUSTIÇA GRATUITA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como não poderia ser de outra forma, a justiça gratuita está intimamente ligada à Constituição de 1988. Sendo espécie da assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV), ostenta o status de direito fundamental. Não obstante, essa relação ainda vai além. Parte de sua essência consiste numa “conexão principiológica ativa”. É dizer, ao passo em que atua como um dos sustentáculos do acesso à justiça e da isonomia em suas acepções substanciais, destes retira sua *ratio essendi*. Mas o que viriam a ser as acepções substanciais destes princípios? Que papel teria a justiça gratuita nesta nuance? Em suma, vejamos.

4.1 Acesso à justiça

Encartado no art. 5º, XXXV, da CF está o famigerado princípio da inafastabilidade de jurisdição ou do acesso à justiça formal, *ipsis verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Sua redação mendicante descreve uma postura estatal típica do Estado de Direito do séc. XVIII, incutindo como suficiente à apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito sua simples omissão ao não legislar em sentido contrário. Todavia, há de se convir que existem muitos obstáculos sociais¹⁰ que obstam a efetividade do direito fundamental de ação com a simples passividade do Estado. Nesse mister, a inércia do Poder Público passa longe, à guisa de necessitar de uma postura ativa, pois há um abismo inexpugnável entre o “não excluirá” e o “propiciará”.

Dito isto, devemos entender o princípio em comento consoante o Estado Democrático de Direito de nosso tempo, sob a ótica do cidadão, não do Estado, o que nos conduziria a uma abrangente interpretação do dispositivo constitucional para chegarmos ao verdadeiro acesso à justiça, de cunho material, marcado por uma busca estatal em propiciar aos cidadãos a provocação do Poder Judiciário à tutela de seus direitos através de uma

repelir a tese da incompatibilidade entre o benefício da justiça gratuita e a escolha pessoal de advogado pelo beneficiário.

¹⁰ Por exemplo: deficiência de instrução e baixo índice de politização da população, estado de miserabilidade absoluta ou hipossuficiência econômica grave de parte dela, reduzido poder de mobilização e organização sociais, a duração do processo, as formas de tutela jurisdicional, a descrença e o medo do Poder Judiciário etc.



ordem jurídica justa e igualitária (GIANNAKOS, 2008, p. 16-17). Assim, visto que as despesas de um processo chegam a selecionar aqueles que têm recursos financeiros para com elas arcar, impedindo a recorrência de boa parte da população brasileira ao amparo jurisdicional por razões meramente econômicas¹¹, sendo “o mais óbvio obstáculo para um efetivo acesso à justiça” na dicção de Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 186), a gratuidade judiciária identifica-se, grosso modo, como uma “mola propulsora” do acesso à justiça material.

4.2 Isonomia

Também regulamenta formalmente a CF o princípio da isonomia, quando preconiza que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*). O preceito exaure o mandamento abstrato de que a lei tratará a todos igualmente, independentemente de suas discrepâncias. Então, logicamente, ela também deve tratar os litigantes de uma relação processual de modo isonômico, certo? Em tese, sim. Mas sucede que esse é mais um caso em que se aplica o velho e sempre atual adágio de que “toda regra tem sua exceção”. Ora, se é comum as partes de um processo ostentarem condições financeiras deveras díspares e se a prática nos mostra que a parte que goza de maior privilégio econômico está predisposta a triunfar no resultado da lide, seria idôneo a lei processual permanecer inerte diante desse quadro? Lógico que não.

Este é mais um motivo que reforça a tese de que a lei processual deve estar atenta à igualdade em sua amplitude material. Porém, o que viria a ser a materialidade da isonomia aplicada ao processo a partir das condições financeiras díspares das partes? Simples: seria a lei processual tratar igualmente tão somente aqueles que se mostrem numa relação de paridade socioeconômica. Aos que não, os trataria desigualmente, na exata medida de suas desigualdades, com o escopo de se estabelecer uma igualdade substancial. Nesta senda é que atua a justiça gratuita, pois, ao afastar do ônus das despesas processuais os economicamente hipossuficientes, tratando-os desigualmente, a eles propicia a paridade de armas na participação do processo

¹¹ Barbosa Moreira (1994, p. 57) nos indaga: “a que ficará reduzido o direito da pessoa que, sentindo-se lesada ou ameaçada, queira reclamar da Justiça a correspondente proteção, mas não pode arcar com a franquia financeira da máquina judiciária?” Fica a reflexão.



de convencimento do magistrado, consignando uma genuína relação de igualdade entre os litigantes e ensejando um provimento jurisdicional mais justo¹².

5 REQUISITOS DA CONCESSÃO

5.1 Requisito Material

O requisito material à concessão da justiça gratuita nasce da interpretação conjunta de dois conceitos jurídicos indeterminados. O primeiro deles trata-se da “insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV, CF), e o segundo consubstancia-se na expressão “sem prejuízo do sustento próprio ou da família” (art. 2º, parágrafo único, Lei 1.060/50).

A nosso siso, a expressão “insuficiência de recursos” pretende remeter o intérprete constitucional ao carente de recursos financeiros para arcar com as custas de uma assistência jurídica. Sucede que a interpretação daquela dicção esbarra em outra: a carência de recursos financeiros, que à primeira vista pode nos reportar, grosso modo, àquele que se encontra em estado de miserabilidade ou ao pobre. Mas será que pretendeu o constituinte de 1988 restringir a esse ponto o direito à gratuidade judiciária? Acreditamos que não. Diante dessa indefinição, instaria uma regulamentação infraconstitucional com o fito de melhor esclarecer quem seriam os carentes de recursos financeiros se já não estivesse isto delineado justamente na LAJ, através da figura do “necessitado” (art. 2º, parágrafo único).

Considera-se necessitado aquele que possui uma situação econômica que não lhe permita pagar as despesas do processo sem prejuízo do seu sustento ou de sua família. Trata-se de critério subjetivo formulado intencionalmente pelo legislador para propiciar a avaliação casuística da condição financeira de cada postulante e alcançar, assim, (in)deferimentos mais circunspectos dos pedidos de justiça gratuita, já que a adoção de um critério tarifário fixo poderia ensejar injustiças àqueles que possuem gastos elevados

¹² Por isso, não é à toa que perfilha Francisco Glauber Pessoa Alves (apud DOMINGUES FILHO, 2009, p. 381) que “se existe um diploma normativo infraconstitucional no nosso direito que por excelência materializa a busca da igualdade entre os litigantes judiciais, sem dúvida é a Lei n.º 1.060/50”.



apesar de remunerações razoáveis. Todavia, não nos furtamos de denunciar que esse critério cuidadosamente escolhido pelo legislador infelizmente vem se submetendo às imprudências de alguns poucos magistrados tanto no momento de seu reconhecimento, quanto da valoração da expressão “sem prejuízo do sustento próprio ou da família”¹³. Por isso, subscrevemos a pertinente interpretação de Rogério Nunes de Oliveira (2006, p. 108), digna de transcrição:

Como prejuízo do sustento próprio ou da própria família deve-se compreender a situação fática em que a pessoa se vê na contingência de privar a si ou à sua família dos recursos necessários à sua manutenção digna, a fim de direcioná-los para o pagamento das despesas exigidas para a proteção ou satisfação de um direito.

Desta sorte, nota-se que o conceito de necessitado independe dos rendimentos ou vencimentos que percebam o indivíduo, pois deve ser examinado em ponderação às despesas a que este está obrigado, aplicando-se o princípio da proporcionalidade. Para que se amolde àquela figura, basta uma situação financeira de dificuldade ou de limite, de modo que o desvio de recurso para o pagamento das despesas processuais prejudicaria a sobrevivência digna de sua família ou de si próprio dentro dos padrões comuns, excluindo-se qualquer forma de luxúria. Logo, será necessitado nos termos da Lei 1.060/50 e, portanto, fará jus à gratuidade judiciária, aquele que não dispor de recursos extras para financiar as despesas processuais, não precisando ser indigente ou miserável para ser merecedor do benefício.

5.2 Requisito Formal

Mais simples, sendo instituto processual de natureza probatória,

¹³ Permissa venia, a prática desaprovada de alguns poucos magistrados de fixarem critérios objetivos rígidos para efeitos de concessão da justiça gratuita em seus próprios gabinetes cinge-se num comportamento manifestamente contra legem, pois desconsidera levemente o critério subjetivo pensado e fixado pelo legislador. Não obstante, vale pontuar também que outros, num desfavor à causa do acesso à justiça, não têm se mostrado capazes de se transportarem para a realidade fática do postulante do benefício com a devida lisura e cuidado para avaliar se realmente as despesas do processo irão afetar o seu sustento ou de sua família, acarretando muitas vezes o indeferimento despótico do pedido.



o requisito formal para o gozo da justiça gratuita está encartado no *caput* do art. 4º da Lei 1.060/50, consistindo na simples afirmação, nos próprios autos processuais, de que não está em condições de arcar com as despesas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família¹⁴.

6 O DISSENSO

A Carta Magna de 1988, inovando em relação às disposições da Constituição de 1967 e da Emenda nº 1 de 1969¹⁵, apregoeou em seu art. 5º, LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”¹⁶. À primeira vista, pela literalidade do texto, pode o intérprete reputar o art. 4º da Lei 1.060/50, que condiciona o deferimento da justiça gratuita à simples afirmação da condição de necessitado, não recepcionado pela Lei Ápice, de vez que só gozariam do benefício aqueles que comprovassem expressamente sua situação de insuficiência de recursos. Assim, depois da promulgação da Carta Política, algumas vozes jurisprudenciais¹⁷ nesse sentido ecoaram, influenciando na

¹⁴ Perceba, leitor, que o regramento atual para o gozo da gratuidade judiciária prescinde de pedido em petição avulsa, de declaração de hipossuficiência econômica em apartado e, mormente, de sua comprovação explícita.

¹⁵ Arts. 150, § 32 e 153, § 32, respectivamente: “Será concedida assistência aos necessitados, na forma da lei”.

¹⁶ Decepciona-nos o descaso da doutrina constitucionalista positiva brasileira em não tratar do tema com o cuidado que merece. Quando ainda o faz, remete a questão da assistência jurídica integral e gratuita à competência da Defensoria Pública, marginalizando a da gratuidade de justiça. Fica a crítica.

¹⁷ A título de exemplo, podemos citar o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por meio da Súmula 39: “É facultado ao Juiz exigir que a parte comprove a insuficiência de recursos, para obter concessão do benefício da gratuidade de Justiça (art. 5º, LXXIV, da CF)”; do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Assistência Judiciária. Requisitos. Não comprovação da necessidade do benefício. Insuficiente simples afirmação de que não tem condições de arcar com as despesas do processo. Benefício indeferido.” (TJ/SP. Agravo de Instrumento nº 1.184.672-9. Rel. Des. Virgílio de Oliveira Júnior. Julgamento em 15/04/2003. 9ª Câmara); e até mesmo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Assistência Judiciária Gratuita. Benefício postulado na petição do recurso. Ausentes, nos autos, elementos que autorizem o deferimento do benefício. Cabe a conversão do julgamento em diligência para oportunizar o preparo” (TJ/RS. Apelação Cível nº 70008649410. Rel. Des. Helena Ruppenthal Cunha. Julgamento em 19/05/2004. 16ª Câmara Cível).



concepção e prática de certos magistrados e tribunais até hoje¹⁸.

Nos antecipamos para advertir que essa interpretação não deve prosperar. Nada faz crer que o constituinte originário, ao pensar uma Carta voltada sobretudo para o lado social, “haja querido dar marcha à ré” no processo evolutivo propugnado pelo legislador durante trinta e oito anos, incorrendo em absurdo retrocesso (MOREIRA, 1994, p. 60). Incompatível com a Constituição seria se a lei negasse a gratuidade de justiça mesmo com a comprovação da insuficiência de recursos. Mas se ela termina por dilatar um direito fundamental garantido pela própria Lei Maior com arrimo no amplo acesso à justiça, nisto há algum problema? Não vemos. Por essa razão, acertadamente se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

A garantia do art. 5º, LXXIV - assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos - não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a Juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro no espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça (C.F., art. 5º, XXXV).¹⁹

A nosso juízo, os requisitos para o gozo da gratuidade judiciária encontram-se de acordo com o art. 5º, LXXIV, da CF. A seguir, as razões principais do nosso entendimento.

¹⁸Veja-se, claramente: “No tocante à assistência judiciária, consoante tenho me posicionado, o art. 4º da Lei nº. 1.060/50, que cuida da assistência judiciária, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, que, a teor do disposto no art. 5º, LXXIV da Magna Carta exige a comprovação da hipossuficiência, a fim de que o indivíduo possa gozar dos benefícios da assistência judiciária gratuita e integral” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA/MG. Apelação Cível. Acórdão nº 0169013-73.2010. Voto do Rel. Des. Alberto Henrique. Julgamento em 09/05/2011. 13ª Câmara Cível).

¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 205.746/RS. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento em 26/11/1996. 2ª Turma. DJ 28/02/1997.



7 A RECEPÇÃO DO MODELO DA LEI 1.060/50 PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

7.1 A natureza do inciso LXXIV do art. 5º e a necessidade de sua regulamentação

A compreensão da compatibilidade entre o art. 4º da Lei 1.060/50 e a CF/88 perpassa, *a priori*, pela análise da natureza da norma constitucional do art. 5º, LXXIV.

Pois bem. Ao atentarmos para a sua redação, verificamos, num primeiro momento, ser ela clara, ao menos na teoria. Num segundo, porém, percebemos sua obscuridade para a prática. E explicamos: ao passo em que aduz que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, não explicita a amplitude da assistência jurídica, a situação fática da insuficiência de recursos, nem muito menos o modo de comprovação desta condição, talvez pela própria técnica legislativa geralmente utilizada nas normas constitucionais de direitos fundamentais.

Diante desse quadro, a doutrina logo tratou de dissecar a assistência jurídica. Quanto à insuficiência de recursos, apesar das tentativas de se estabelecer um conceito único, se fez necessário lançar mão da figura do necessitado, indicado na Lei 1.060/50 antes mesmo da própria CF. Mas em relação ao modo de comprovação deste estado, malgrado não aduza o preceito de maneira expressa como se constata nas Constituições de 1946 e 1967 (e na EC de 1969)²⁰, mister seria a atuação legiferante para esclarecer o seu trâmite, porquanto, nesse particular, a atuação doutrinária não atenderia à necessária segurança jurídica processual.

Do exposto, adotando-se a tradicional classificação de José Afonso da Silva (1998, p. 104), não resta alternativa senão classificar a norma constitucional em autópsia como de eficácia contida, uma vez que dotada de aplicabilidade direta e imediata, por prescindir de operação legislativa à sua exequibilidade, mas não integral, sendo necessária a atuação do legislador

²⁰ Parece-nos ter sido negligente o constituinte de 1988 nesse ponto. Melhor seria o inciso LXXIV do art. 5º ter continuado a remeter o gozo do direito fundamental à assistência jurídica “na forma da lei”, de modo a garantir inequivocamente a aplicação da Lei 1.060/50 e a evitar a polêmica em torno de sua recepção pela CF.



na regulamentação do modo de comprovação da insuficiência de recursos²¹.

Nesse ínterim são as lúcidas lições de José Marcelo Menezes Vigliar (1995, p. 65):

O Constituinte, ao estabelecer que a Assistência Jurídica integral e gratuita será prestada “aos que comprovarem insuficiência de recursos” e considerando que não estabeleceu como se daria a comprovação da referida insuficiência de recursos, deixou, ainda que não o mencione expressamente, ao talante do legislador ordinário estabelecer os parâmetros que julgar necessários para a concessão do benefício. (...) Daí, lícito afirmar que a Tutela Constitucional da Assistência Jurídica Integral e Gratuita classifica-se como norma constitucional de eficácia contida.

Ocorre que, se já há uma lei infraconstitucional em vigor assim dispondo (Lei 1.060/50, art. 4º), e esta, através de uma evolução histórica a duras penas, está de acordo com o espírito garantidor da Constituição, não vemos empecilhos nela cumprir tal papel, operando em seu favor o fenômeno da recepção constitucional²².

7.2 A validade da afirmação de necessitado para comprovar a insuficiência de recursos

Já sabemos que o art. 4º da Lei 1.060/50 não só permaneceu em vigor com o advento da Lei Maior, como veio a servir de norma regulamentadora de seu art. 5º, LXXIV. Destarte, o art. 4º da LAJ fixa o método de comprovação da insuficiência de recursos de que trata a CF, decorrendo da leitura do *caput*

²¹ Não seria o inciso LXXIV do art. 5º da CF uma norma constitucional de eficácia limitada, porque ele, mesmo necessitando de regulamentação infraconstitucional para operar integralmente seus efeitos, possui eficácia direta e imediata e ainda autoaplicabilidade, em contrapartida àquela espécie normativa, que possui aplicabilidade indireta e mediata, operando seus efeitos e sendo aplicada tão somente após a atuação legiferante.

²² Assim corrobora a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o qual numa de suas decisões apregoa: “A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXIV, obriga o Estado a prestar assistência judiciária integral e gratuita àqueles que comprovarem a insuficiência de recursos. Isto já havia sido regulado pela Lei nº 1.060/50”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. 704197/ SP. Rel. Min. Jorge Scartezzini. Julgamento em 16/08/2005. 4ª Turma. DJ 05/09/2005, p. 430)



à luz de seu § 1º: na medida em que aquele estipula que a parte gozará da justiça gratuita mediante simples afirmação da condição de necessitado, este erige em favor desta declaração presunção *juris tantum* de veracidade. Neste momento, pode se indagar o leitor: mas como uma simples afirmação pode ter o condão de provar algo?

Na verdade, a presunção de que ela se reveste é um meio legal hábil de se provar o alegado, aludido tanto pelo CC/2002 como pelo CPC/73²³. A presunção *juris tantum* (relativa) diferencia-se da presunção *jure et de jure* (absoluta) pelo fato de admitir comprovação em sentido contrário. Nesse esteio, a presunção *juris tantum* funciona na redistribuição do ônus da prova entre os litigantes de uma relação processual, invertendo a dinâmica habitual do sistema e dispensando alguma das partes da produção de prova daquilo que alegou, presumindo como verídico o fato exposto e atribuindo à outra parte o ônus de provar o contrário. É como se considerássemos existente, mesmo que temporariamente, pois suscetível de prova em contrário, o fato constitutivo de determinado direito, cabendo à outra parte provar a existência de um fato deste impeditivo, modificativo ou extintivo (art. 333, CPC).

Noutro turno, a presunção também é um meio idôneo de se embasar uma pretensão, haja vista consistir numa técnica legislativa que visa mormente evitar a ocorrência de injustiças, admitindo-se como verdadeiro, a partir da experiência comum subministrada pela observação do que ordinariamente acontece (art. 335, CPC), aquilo que provavelmente o é.

Em sendo assim, partindo-se da legalidade e idoneidade da presunção relativa como meio probatório, e sem perder de vista a abertura deixada ao alvitre do legislador ordinário suso inferida, não restam dúvidas acerca do apoio constitucional quanto à validade da afirmação de insuficiência econômica como vetor bastante à concessão da justiça gratuita. Aliás, não de hoje tem decidido incessantemente o Superior Tribunal de Justiça que:

Nos termos dos arts. 2º, parágrafo único, e 4º, § 1º, da Lei 1.060/50, a assistência judiciária gratuita pode ser pleiteada a qualquer tempo, desde que o requerente comprove sua condição de hipossuficiente, bastando-lhe, para obtenção do benefício, sua simples afirmação

²³ Senão, respectivamente vejamos: "Art. 212 – Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: (...) IV – presunção;"; "Art. 334 – Não dependem de prova os fatos: (...) IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade".



de que não está em condições de arcar com as custas do processo e com os honorários advocatícios, sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família.²⁴

A declaração prestada na forma da lei firma em favor do requerente a presunção *juris tantum* de necessidade que somente será elidida diante de prova em contrário.²⁵

7.3 A Lei 1.060/50 frente aos abusos: conformação de um sistema dinâmico e seguro

Como sói acontecer no Brasil, o sistema da Lei 1.060/50 tornou-se fonte de abusos por parte de alguns que recorrem ao Poder Judiciário. Muitos litigantes, em desrespeito à lealdade e à boa-fé na produção da prova processual, passaram a pugnar pelo deferimento da gratuidade de justiça sem fazer jus ao beneplácito, acarretando enorme ônus à máquina estatal. Certo que a LAJ deixa tênue brecha para que tais abusos ocorram, mas ao mesmo tempo também é verdade, e poucos sabem, que ela dispõe dos meios preventivos e repressivos hábeis a evitá-los. Porém, para se concretizar a dinamicidade do sistema com segurança, urge o cumprimento moderado de seus dispositivos, uma vez que a praxe forense nos revela de duas uma: ou o deferimento desenfreado ou o indeferimento arbitrário dos pedidos.

O art. 5º, em seu *caput*, de modo preventivo aduz que o juiz, tendo fundadas razões para indeferir o pedido de justiça gratuita, poderá fazê-lo de plano, motivando sua decisão no prazo de setenta e duas horas. Ou seja, a partir de elementos contidos nos autos, o juiz poderá afastar a presunção relativa de veracidade que goza a afirmação de necessitado e indeferir o pedido de plano. Sem dúvida, trata-se de preceito importante na “peneira” do direito à gratuidade judiciária, mas que a partir das considerações empenhadas por Fredie Didier Jr. e Rafael Oliveira (2008, p. 47-48), merece uma ressalva: tendo fundadas razões para indeferir o pedido, melhor será o magistrado, motivando sua decisão, conceder prazo razoável (10 dias, p. ex.) para que a parte comprove fazer jus ao benefício agora sim de forma explícita, uma vez que o indeferimento de plano do pleito, mesmo com fulcro em indícios que

²⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 539476. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgamento em 05/10/2006. 5ª Turma. DJ 23/10/2006, p. 348. (trecho do original)

²⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 379549. Rel. Min. Castro Meira. Julgamento em 18/10/2005. 2ª Turma. DJ 07/11/2005, p. 178. (trecho do original)



saltam aos olhos, infringe a presunção relativa que a lei reveste a declaração de hipossuficiência do reclamante.

Já o *caput* do art. 7º, também de forma precavida estabelece à parte contrária a possibilidade de impugnação ao pedido, a fim de vê-lo indeferido, ou à decisão que já o deferiu, visando sua reforma a qualquer tempo, devendo ela provar de plano a inexistência ou desaparecimento dos requisitos essenciais à concessão da gratuidade judiciária.

Inobstante, de feição repressiva reza a segunda parte do § 1º do art. 4º que, se demonstrada falsa a declaração de necessitado de que trata o *caput* pela comprovação da notória condição de arcar com as despesas processuais do beneficiário, este deverá ser penalizado com multa de até o décuplo das custas judiciais²⁶.

7.4 A adequação do modelo à luz da hermenêutica jurídico-constitucional

Da proposta idealizada, cumpre-nos finalmente analisar a adequação do modelo da Lei 1.060/50 à luz da hermenêutica constitucional. Optamos, com efeito, pelos dois critérios que melhor realçam as peculiaridades do caso e pelo princípio exponencial da interpretação das leis sob a ótica da Constituição. Sem mais delongas, vejamos.

²⁶ Desse comando nos trazem à tona Fredie Didier Jr. e Rafael Oliveira (2008, p. 57-58) dois pontos controversos: a) a base do cálculo da multa funda-se nas despesas dos atos processuais dos quais fora dispensada a parte a adiantar, não propriamente no valor das custas judiciais como trata a redação do dispositivo; b) embora se trate o caso de manifesta litigância de má-fé, e o CPC em vigor direcione a multa desta decorrente à parte contrária, especificamente no gozo da gratuidade judiciária sem merecimento, a multa correspondente deveria ser destinada ao Estado, porquanto, nesse caso, é a máquina estatal a mais prejudicada, já que responsável por arcar com o ônus das despesas processuais a partir de um desrespeito à dignidade da justiça. Quanto ao primeiro ponto, nos parece vir a jurisprudência acolhendo pacificamente, tanto que os tribunais, nos Acórdãos condenatórios, sempre têm mencionado como base do cálculo da multa as “custas processuais” (a propósito, vide: TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. Apelação Cível nº 70033894684. Rel. Des. Nilton Carpes da Silva. Julgamento em 06/07/2011. 15ª Câmara Cível). Quanto ao segundo, entretanto, vem sendo ela omissa, aplicando, sem maiores discussões, a regra geral do CPC e destinando a multa resultante da litigância de má-fé à parte contrária. É provável que esta questão ainda não esteja sub judice. Mas certamente estará num futuro próximo, com as devidas provocações.



7.4.1 Interpretação Histórico-Teleológica

Para Paulo Bonavides (2010, p. 446), o método histórico-teleológico remete o intérprete da Constituição à época de sua propositura legislativa para investigar o ambiente em que se realizou a Assembleia Constituinte e compreender os “fatores políticos, econômicos e sociais, configurativos da *occasio legis*”, sem olvidar da indagação de qual seria a finalidade da norma, resposta que seria alcançada através de uma perscrutação à “alma do legislador”. Destarte, teria o constituinte originário o afã de retroceder após um longo processo evolutivo objetivado pelo legislador infraconstitucional? À nossa humilde opinião, evidente que não. Ora, que razoabilidade teria aquele em desfacer uma árdua evolução engajada por este durante trinta e oito anos, com notório avanço em prol do cidadão, por intermédio de uma Carta eminentemente voltada para o lado social? Nenhuma. A reflexão fala de *per si*, tornando óbvia a conclusão de que cai por terra a interpretação nesta oportunidade combatida.

7.4.2 Interpretação Científico-Espiritual

Idealizado por Rudolf Smend, foi o primeiro método de cunho sociológico que dotou a interpretação constitucional de um sentido valorativo, fazendo o intérprete compreender que toda Norma Maior deve ser lida precipuamente à luz dos valores intrínsecos à sociedade. J. J. Gomes Canotilho (2011, p. 1212-1213) caracteriza perfeitamente o método Científico-Espiritual, sendo, em sua dicção, aquele que pretende compreender o sentido da norma constitucional a partir de sua articulação com “a integração espiritual real da comunidade”.

Então, nos resta indagar: o constituinte de 1988 lograria afastar os anseios sociais ao amplo acesso à justiça da época para voltar ao regramento burocrático anterior? Também acreditamos que não. E por motivo óbvio: o constituinte tem a função precípua de atender os interesses da sociedade, não de servir como carrasco desta. Ora, se ao tempo da Assembleia Constituinte as aspirações estavam voltadas para a ampliação dos pórticos ao irrestrito acesso à justiça, qualquer interpretação que não as albergue colide com a ordem de valores sedimentada no seio social tanto antes quanto agora e, por isso, carece de legitimidade.



7.4.3 Interpretação conforme a Constituição

Com arrimo nas palavras de Marcia Zollinger (2006, p. 159), o princípio da interpretação conforme a Constituição, quando aplicado à lei processual, “significa que o juiz não pode se furtar de extrair das técnicas processuais a interpretação que confira eficácia ótima ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”. Logo, cabendo as duas interpretações, abordadas alhures, ao art. 4º da Lei 1.060/50 (derrogação ou recepção constitucionais), torna-se fácil a conclusão de que a melhor opção é a de se entender pela recepção do modelo contemporâneo de concessão da gratuidade judiciária. Se este abre as portas do Poder Judiciário na medida de suas disponibilidades e com as devidas cautelas, logicamente confere maior efetividade ao direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita e, por essa razão, deve prevalecer.

8 CONCLUSÃO

Das considerações traçadas, infere-se que o modelo hodierno de concessão da justiça gratuita (Lei 1.060/50), consistente na simples afirmação da parte, nos próprios autos do processo, de que não está em condições de arcar com suas despesas sem prejuízo do sustento próprio ou familiar, definitivamente não foi derogado pelo inciso LXXIV do art. 5º da Constituição, que incumbe ao Estado o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Muito pelo contrário. Em sendo esta norma de eficácia contida, entre a CF e a LAJ se estabeleceu uma correlação de complementaridade, pois ao passo em que esta labora desde 1988 regulamentando as disposições do art. 5º, LXXIV, aquela erigiu a gratuidade judiciária a patamar de direito fundamental.

Corroborando, outrossim, nosso entendimento a validade do método de comprovação da insuficiência de recursos de que trata a LAJ, uma vez que a presunção relativa da qual é revestida a afirmação da condição de necessitado, além de possuir o intento precípua de arredar injustiças, é lembrada como meio de prova competente tanto pelo CC/2002 quanto pelo CPC/73. Desconstituindo de *per si* um dos principais argumentos daqueles que rebatem a proposta neste ensaio esposada, a Lei 1.060/50, ao apresentar medidas preventivas e repressivas aos eventuais abusos da gratuidade judiciária, estatui um sistema célere e seguro.



Malgrado alguns poucos magistrados e tribunais ainda condicionem o gozo da gratuidade de justiça à comprovação explícita da carência de recursos, é nossa missão denunciar que esta postura é *contra legem* e contra o espírito constitucional, pois além de desconsiderar imprudentemente o critério subjetivo e a presunção relativa de veracidade da declaração de necessitado fixados na Lei 1.060/50, colide com os próprios ideais do acesso à justiça almejados pela sociedade e engajados pelo legislador durante trinta e oito anos.

Devemos interpretar a norma do art. 5º, LXXIV, da CF máxime histórica, social e teleologicamente. Neste diapasão, não poderíamos semear outra coisa senão que aquela longa evolução, em nome do amplo acesso à justiça tão ansiado pela população mais carente, não poderia ser esquecida abruptamente, ainda mais por uma Carta qualificada pelos historiadores e juristas como “cidadã”. Ora, seria paradoxal, e, por isso, inaceitável. O enfoque da questão há de ser diverso daquele que pretendem outros. É estéril a pretensão de cotejar a Constituição e a Lei 1.060/50 em pólos antagônicos. Elas devem caminhar juntas, em prol do indivíduo. A Lei Maior, nesse processo evolutivo, não assinala o esquecimento do labor legislativo de trinta e oito anos. Assinala sim sua glória, de modo a direcionar nosso esforço para a íngreme missão de efetivar a assistência jurídica integral e gratuita em favor do cidadão.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª edição, atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. 8ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo: Teoria e Casos Práticos**. 2ª edição. São Paulo: Madras, 2005.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Benefício da Justiça Gratuita**. 3ª edição. Salvador: Juspodivm, 2008. (Coleção Temas de Processo Civil)



DOMINGUES FILHO, José. **Das Despesas, Honorários Advocatícios e Justiça Gratuita no Processo Civil**. 1ª edição. Campo Grande/MS: Contemplan, 2009.

DONASSOLO, Thiago. **Acesso e Decesso à Justiça Mediante Concessão de Assistência Judiciária Gratuita no Brasil**. Disponível em: <www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Thiago%20Donassolo%20%20versão%20final.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2012.

GIANNAKOS, Angelo Maraninchi. **Assistência Judiciária no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Vol. 1. (Curso de Processo Civil)

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. In: _____. **Temas de Direito Processual**: Quinta Série. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Rogério Nunes de. **Assistência Jurídica Gratuita**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PIERRI, J. C. C. Diferenças Entre Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita. **Saber Digital: Revista Eletrônica do CESVA**, Valença, v. 1, n. 1, p. 7-17, mar./ago. 2008. ISSN: 1982-8373.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Assistência Jurídica Integral e Gratuita. Tutela Constitucional e Concessão do Benefício. **Revista Jurídica Justitia**, São Paulo, n. 171, p. 60-72, jul./set. 1995.



ZOLLINGER, Marcia Brandão. **Proteção Processual aos Direitos Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006. (Coleção Temas de Processo Civil)

THE USELESS CONTROVERSY ABOUT THE VALIDITY OF THE MODEL OF CONCESSION OF THE FREE JUSTICE

ABSTRACT

While the art. 4 of Law 1.060/50 provides that the part shall enjoy the judicial gratuity by the simple statement of condition needy, the art. 5, LXXIV, the Federal Constitution of 1988 exposes that the State shall provide full and free legal assistance to those who prove insufficiency of funds. The apparent discrepancy between the precepts caused the emergence of currents jurisprudential after the promulgation of the Supreme Law with intent to removing the application of the model of concession of the free justice, because derogated, and condition its enjoyment to the proof explicit of circumstance of needy, still influencing currently in the practice of few some judges and courts. This interpretation conflicts with the evolution proposed by legislature for thirty-eight years on behalf of the broad and unrestricted access to justice. Therefore, the present work pretends to examine the question mentioned by a prism so far little used by the doctrine: the contained effectiveness of the constitutional rule of art. 5, LXXIV. In this way, the model of Law 1.060/50 regulates and extends the fundamental right to judicial gratuity in the context below of the constitution, being approved by the Supreme Law.

Keywords: Federal Constitution. Legal assistance. Discrepancy. Model of concession. Free justice. Law 1.060/50. Approved.

