

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
PRINCÍPIOS GERAIS DO PROCESSO CIVIL

ASSISTÊNCIA JURÍDICA AOS NECESSITADOS:
CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA E ANÁLISE DE EFETIVIDADE

Dissertação de Mestrado

Orientador:

Prof. Dr. Walter Piva Rodrigues

Hamilton Kenji Kuniuchi

São Paulo

2013

HAMILTON KENJI KUNIOCHI

ASSISTÊNCIA JURÍDICA AOS NECESSITADOS:
CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA E ANÁLISE DE EFETIVIDADE

Dissertação de Mestrado

Programa de Pós-Graduação em Processo Civil

Professor Orientador: Doutor Walter Piva Rodrigues

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo

2013

HAMILTON KENJI KUNIOCHI

ASSISTÊNCIA JURÍDICA AOS NECESSITADOS:
CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA E ANÁLISE DE EFETIVIDADE

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo como
requisito parcial para a obtenção do grau de
Mestre em Processo Civil.

Aprovado em ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Walter Piva Rodrigues (Orientador)
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Prof. Dr.
Instituição:

Prof. Dr.
Instituição:

Agradeço ao professor Walter Piva Rodrigues, incansável defensor da causa do acesso à Justiça, por sua confiança, conhecimento e por todo o ensinamento transmitido. Agradecimento que se estende à sua dedicada e companheira equipe de trabalho. Aos professores Carlos Alberto de Salles e Rodolfo de Camargo Mancuso, pelas sugestões, questionamentos e críticas valiosas.

Ao Departamento Jurídico XI de Agosto, por ter despertado o interesse quanto ao tema do acesso à justiça.

À família, base de tudo. E a todos os incentivadores.

RESUMO

Assistência Jurídica aos Necessitados: Concepção Contemporânea e Análise de Efetividade. Dissertação de Mestrado. Aborda os conceitos de justiça gratuita, assistência judiciária e assistência jurídica. Verifica o tratamento atual quanto ao atendimento das pessoas físicas e jurídicas pela Defensoria Pública, entidades não governamentais, universitárias e pelos advogados liberais. Apresenta parâmetros para atendimento do interessado. Analisa o entendimento dos tribunais quanto à comprovação da pobreza em juízo e a questão do abuso do direito.

Palavras chave: Acesso à Justiça. Assistência jurídica. Assistência judiciária. Justiça Gratuita. Necessitado. Comprovação. Efetividade. Defensoria Pública.

ABSTRACT

Legal Aid to the needy: Contemporary Study and Analysis of Effectiveness. Thesis. The study focuses the concepts of free justice, legal aid and legal assistance. It takes into consideration the current treatment about the care of individuals and corporations by the Public Defender Office, the non-governmental entities, universities and the liberal lawyers. Presents parameters for the service concerned. Analyzes the understanding of the courts as to prove poverty in legal proceedings and the issue of abuse of rights.

Key words: Access to Justice. Legal aid. Poverty. Recognition. Public Defender Office. Effectiveness.

SUMÁRIO

1.	Introdução	10
2.	Obstáculos do processo.....	14
2.1.	Obstáculo organizacional.....	15
2.2.	Obstáculo processual	15
2.3.	Obstáculo econômico.....	17
2.4.	Demora, tempo e dano	18
2.5.	Respostas do Estado aos obstáculos do processo	20
2.5.1.	Conselho Nacional de Justiça	21
2.5.2.	Investimentos em gestão, tecnologia e em recursos humanos.....	23
2.5.3.	Incentivo aos métodos alternativos de solução de controvérsias.....	24
3.	Assistência Jurídica: Breve Aspecto Histórico	27
3.1.	A Matéria no Direito Brasileiro	28
3.1.1.	Código Civil de 1917.....	30
3.1.2.	Constituições Federais de 1934 e 1937.....	31
3.1.3.	Código de Processo Civil de 1939.....	32
3.1.4.	Constituição Federal de 1946	35
3.1.5.	O Regime da Lei nº 1.060/50.....	35
3.1.6.	Constituição Federal de 1967 e Emenda Constitucional de 1969	38
3.1.7.	Regime da Lei de Alimentos de 1968.....	38
3.1.8.	Código de Processo Civil de 1973.....	39
3.1.9.	Alterações no Processo Civil: 1979, 1983 e 1986	39
3.1.10.	Constituição Federal de 1988	41
3.1.11.	Em São Paulo, a Lei Complementar Estadual nº 668/06.....	42
4.	Fundamentos Constitucionais	43
4.1.	Igualdade.....	43
4.1.1.	Posicionamento Constitucional.....	44
4.2.	Direito de acesso à Ordem Jurídica Justa	45
4.3.	Direito à assistência jurídica integral e gratuita.....	46
4.4.	Assistência jurídica integral e gratuita como direito fundamental individual	48
4.5.	Assistência jurídica integral e gratuita como direito social	49

5.	Conceitos	53
5.1.	Justiça Gratuita	54
5.1.1.	Perícia	55
5.1.2.	Prerrogativas	61
5.2.	Assistência Judiciária.....	63
5.3.	Assistência Jurídica.....	63
6.	Modelos de prestação de assistência jurídica no Brasil.....	66
6.1.	Defensoria Pública.....	66
6.2.	Advogado particular	68
6.2.1.	Conveniado à Defensoria Pública.....	69
6.2.2.	Não conveniado à Defensoria Pública	73
6.3.	Entidades prestadoras de assistência jurídica ou Assessoria Jurídica Popular	77
6.4.	Serviços legais universitários.....	79
6.4.1.	O modelo do Departamento Jurídico XI de Agosto	81
6.4.1.1.	Histórico.....	81
6.4.1.2.	Funcionamento.....	82
7.	Os necessitados de assistência jurídica.....	85
7.1.	Indicadores sociais a serem considerados.....	85
7.2.	Conceito e Definição de Pobreza.....	90
7.3.	Evolução da terminologia: de pobre a necessitado	92
7.4.	Hipossuficiência.....	94
7.5.	Vulnerabilidade Econômica.....	95
7.6.	A pobreza da Pessoa Jurídica.....	96
7.6.1.	Concessão a pessoas jurídicas sem fins lucrativos	99
7.6.2.	Concessão a todas as pessoas jurídicas.....	102
8.	Verificação da pobreza	104
8.1.	Tratamento após a Constituição de 1988.....	105
8.2.	Definição estabelecida por critério legal	108
8.3.	Patrocínio da causa por advogado particular	116
9.	Comprovação processual da pobreza.....	119
9.1.	Exigência de declaração de pobreza subscrita pelo interessado	119
9.2.	Exigência de comprovação de pobreza.....	120
9.3.	Pedido feito no curso do processo	122
9.4.	Impugnação pelo adversário processual	127
9.5.	Indeferimento de ofício.....	129

10.	Assistência jurídica gratuita e dever de lealdade	130
11.	Conclusões	136
	Bibliografia	142

1. Introdução

Todo cidadão tem o direito assegurado constitucionalmente de acessar a Justiça e dela obter uma resposta. É um direito ao julgamento estatal, que, segundo JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, se trata de um direito à obtenção de um julgamento puro e simples, independentemente do resultado da decisão, sendo pressuposto ao direito de ação. Nomeou-o direito à administração da Justiça, consagrado pelo art. 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹.

Este direito à obtenção de uma resposta do Estado, porém, em que pese ser assegurado a todos, é obstaculizado por inúmeras barreiras que, em sua grande maioria, afastam do Poder Judiciário as pessoas mais vulneráveis, pobres e menos informadas de seus direitos.

Problema fundamental de acesso à Justiça é o da necessidade de recursos financeiros disponíveis, que serão consumidos, inevitavelmente, no decorrer do litígio, seja ele judicial ou extrajudicial. Os métodos alternativos de solução de controvérsias, embora se tratem de saídas mais céleres e menos gravosas, se mostram incapazes de atingir a uma elevada gama de interessados por ainda estarem pouco difundidos e em razão de seu alto custo. MAURO CAPELLETTI e BRYANT GARTH, a propósito, destacam²:

“Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio”.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, impôs-se como cláusula pétrea a “assistência jurídica, integral e gratuita” aos carentes de recursos (art. 5º, inciso LXXIV), sendo a primeira Lei Maior brasileira a tomar tal posicionamento, prevendo,

¹ “O direito à administração da justiça, portanto, inclui no seu objeto não apenas o dever estatal de decidir, mas o de decidir de um modo que assegure a realização do fim a que o julgamento se destina, ou seja, a eliminação da incerteza sobre o seu dever de prestar a atividade jurisdicional” (J. I. B. de MESQUITA, *Direito de Ação in Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*, v. I. São Paulo, RT, 2005, p. 101).

Para JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, o Estado não está obrigado a prestar sua atividade jurisdicional apenas por alguém ter-lhe requerido afirmando-se titular de direito de ação. Antes, o Estado tem o poder de assegurar-se da certeza da existência do seu dever de prestação jurisdicional. Daí falar-se em um direito ao julgamento estatal como um pressuposto do direito de ação, o qual denominou direito à administração da justiça.

² M. CAPELLETTI e B. GARTH, *Acesso à Justiça*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. Trad. Ellen Gracie Northfleet, p. 21.

desde logo, a assistência jurídica e estabelecendo um organismo público específico para efetivá-la.

Com efeito, não se trata da assistência jurídica um benefício concedido pelo Estado aos cidadãos que lhe pleiteiam, mas um direito público subjetivo, líquido e certo.

A assistência jurídica gratuita em nosso sistema passou a ser regulamentada por dispositivos diversos, de direito material e processual, espalhados pelo ordenamento, exigindo obrigações positivas do Estado.

CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, quando se aproximava da virada para o Século XXI, equiparando, de certo modo, o direito de acesso à justiça com os direitos sociais, expôs que *“a jurisdição é direito de todos e dever do Estado, à maneira de outros serviços públicos que neste final de século se tornaram obrigação positiva de prestação afirmativa necessária da pessoa estatal.”*³ Acrescentou, ainda: *“reconhecendo-se ser a prestação jurisdicional estatal um serviço público essencial, parece exato reconhecer que dos recursos estatais é que devem nascer o ônus deste desempenho, como ocorre com a educação, a saúde e a segurança pública”*⁴..

Entretanto, apesar de a Constituição Federal de 1988 ter estabelecido as atribuições para fornecimento da assistência jurídica integral e gratuita, pelo artigo 134, *caput* e parágrafo único, ao cargo das defensorias públicas, o desempenho desta atividade não é suficiente, recaindo para a classe dos advogados e para as entidades não-governamentais.

Os movimentos de assessoria jurídica popular devem ser compreendidos quer revestidos na forma estatal de uma Defensoria Pública, quer desempenhados por entes da sociedade civil organizada, dando-lhes visibilidade e viabilizando sua atuação perante os órgãos judiciais, permitindo que aqueles que utilizam-se de seus serviços possam gratuitamente demandarem e serem demandados.

O texto constitucional de 1934 já previa a concessão da assistência judiciária pelo poder público. A Ordem dos Advogados do Brasil assumiu a prestação de assistência judiciária como um dever supletivo nas unidades da federação em que não houvesse serviço estatal à disposição, conforme dispunha o art. 91 do Estatuto da OAB (Lei 4.215/63), posição que se fazia necessária em razão da ausência de regulamentação para implementação dos órgãos estatais de assistência jurídica.

³ C.L.A.ROCHA, *O Direito Constitucional à Jurisdição* in S.F.TEIXEIRA (coord.) *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 34.

⁴ ROCHA, *Op. Cit.*, p. 36.

Paulatinamente, incute-se nos operadores do direito o entendimento de que a garantia do acesso à Justiça deve ser encarada como direito social. Ao mesmo tempo, intensificaram-se e organizaram-se os movimentos populares, foram introduzidas importantes inovações nas esferas do direito coletivo e para atendimento de demandas reprimidas.

A sociedade brasileira também experimenta mudanças na configuração de seu tecido social, com a elevação do salário mínimo, o aquecimento da economia e o aumento do acesso ao crédito.

No Estado de São Paulo, tramita na Assembléia Legislativa projeto de lei nº 217/2009, visando a estabelecer os critérios para determinar as pessoas que devam ser atendidos pela Defensoria Pública estadual. Este projeto de lei tem o escopo de estabelecer formalmente os critérios para determinação de quem deve ser considerado necessitado e, conseqüentemente, possa ser atendido pela Defensoria Pública, regulamentando a Lei Complementar Estadual nº 988/2006⁵.

Esta nova ordem de fatores exige que os institutos da assistência jurídica sejam revistos, bem como a maneira pela qual o Poder Judiciário responde ao insuficiente atendimento oferecido pelas Defensorias.

Restringir a atividade de assistência jurídica somente à atuação dos organismos estatais criados para tal fim traz equívocos de interpretação e dificuldades na atuação dos entes não governamentais⁶ organizados para desempenhar a mesma finalidade, os quais, por vezes, não são reconhecidos pelos aplicadores do Direito, daí porque necessário o reconhecimento formal das organizações colaboradoras do Estado na prestação de assistência judiciária.

Na mesma esteira, é fundamental estabelecer critérios e divisões claras no que toca ao controle jurisdicional sobre o próprio direito de acesso a justiça. Verificar se cabe ao Judiciário fiscalizar a atividade das entidades paraestatais que, vinculadas ou não por convênio às Defensorias Públicas, permitem o acesso das camadas hipossuficientes aos tribunais, da mesma forma como atuam os juízes no controle das políticas públicas.

A nova ordem jurídica introduzida em 1988 trouxe à doutrina a questão da exigência do hipossuficiente de comprovação de sua insuficiência de recursos para obter acesso aos serviços de assistência jurídica proporcionados pelo Estado. Atualmente, está

⁵ A Lei Complementar nº 988, de 9 de janeiro de 2006, não impôs critérios para definição da figura do necessitado, estabelecendo que esta matéria seria objeto de norma regulamentadora.

⁶ Cf. W. P. RODRIGUES e A. MARCACINI, *Op. Cit.*, p. 396.

pacificado que o Judiciário atende à redação do art. 5.º, LXXIV da Constituição da República aferindo as condições econômico-financeiras do litigante apenas para a concessão da gratuidade processual, não sendo de sua atribuição apurar se as entidades prestadoras de assistência jurídica estão adotando critérios adequados para verificação da hipossuficiência. Numa mudança de paradigma, é de se questionar se a atuação fiscalizadora dos magistrados poderia ser ampliada.

Para esta pesquisa, utilizamos procedimentos técnico-científicos dialético, histórico e indutivo, além de estudo interdisciplinar e, oportunamente, estudos de direito comparado.

O assunto abordado constitui-se na ordem do dia do processo civil, de modo que a pesquisa jurisprudencial faz-se inafastável.

Assim pretendeu-se alcançar a *ratio* legislativa, não só quanto os fundamentos sócio-políticos que se aplicam ao instituto da assistência jurídica integral e gratuita, mas também a identificação e caracterização das entidades prestadoras e dos necessitados, atendidos por estes órgãos. Desta forma, acreditamos possível a sistematização mais completa do tema abordado no presente projeto.

2. Obstáculos do processo

Em certas áreas do direito ou espécies de litígios, a solução da contenda por meio de intervenção judicial não é a melhor saída para a pacificação. A atuação do Poder Judiciário é o caminho natural para a vindicação dos direitos, mas pode esbarrar em inúmeros obstáculos que desestimulam as partes. JOSÉ AFONSO DA SILVA assinala que, na concepção de um processo justo, o direito de ação se torna um direito de projeção social, “o que requer a remoção dos obstáculos econômicos e sociais que impedem o efetivo acesso à jurisdição”⁷.

MAURO CAPPELLETTI estabeleceu como obstáculos básicos a serem superados, na questão do acesso à Justiça⁸:

- (i) o *obstáculo econômico* da falta de condições financeiras que afastam potenciais litigantes do Judiciário em razão de custos, mas também por falta de informação e condições de obter representação adequada perante os tribunais;
- (ii) o *obstáculo organizacional*, afeito às dificuldades de obtenção de tutela em matéria de direitos difusos e coletivos, quando a estrutura e as normas vigentes dão prevalência à atuação individual; e
- (iii) o *obstáculo processual*, afeito à inadequação de procedimentos para com o bem jurídico em jogo.

SALVADOR DA COSTA acrescenta entre os obstáculos ao acesso à justiça o de ordem psicológica, relacionada ao “inerente desgaste num quadro de litigiosidade num tribunal e, porventura, de morosidade da concernente decisão final”⁹, situação que compreende, pela classificação de Cappelletti, características dos obstáculos econômico, organizacional e processual.

⁷ J.A. da SILVA, *Acesso à Justiça e Cidadania em face da reforma do Poder Judiciário* in R.QUARESMA e M.L.de P. OLIVEIRA (coord.), *Direito Constitucional Brasileiro – Perspectivas e Controvérsias Contemporâneas*, Rio de Janeiro. Forense, 2006, p. 154.

⁸ CAPPELLETTI, *Dimensioni Della Giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp 83-85.

⁹ S. DA COSTA, *O Apoio Judiciário*. 7ª Edição Atualizada e Ampliada, Coimbra, Almedina, 2008, p. 23.

2.1. Obstáculo organizacional

Consistem os direitos difusos e coletivos mencionados por CAPPELLETTI, em reflexo da evolução da sociedade contemporânea, de suas relações interindividuais de produção e de consumo. São as conseqüências jurídicas da economia de massa que chegam até o Judiciário.

Ao mesmo tempo, emergiram os direitos sociais, mormente para agasalhar as garantias de “*amplas categorias de pessoas fracas ou anteriormente discriminadas: crianças, mulheres idosos, minorias raciais ou lingüísticas, deficientes etc.*”¹⁰.

Para que a solução dos litígios envolvendo estes grupos de pessoas possa ser efetiva deve o enfoque ser alterado de individual para coletivo, de forma a dar uniformidade e segurança às decisões, por meio da uniformidade destas. Daí, o desenvolvimento do processo coletivo, com a *class action* do direito anglo-americano, a *action collective* do direito francês, a *Verbandsklage* do direito alemão e as inovações iniciadas pelo Código de Defesa do Consumidor no ordenamento brasileiro. Estas inovações buscam solucionar o obstáculo do acesso à justiça proporcionando tutela a interesses coletivos e difusos.

2.2. Obstáculo processual

Neste ponto, discute-se a dificuldade de estabelecimento do procedimento para as espécies de litígios, sobretudo no que diz respeito à demora e à efetivação da decisão no plano pós-processual.

A questão da demora na tramitação do processo é outro dos entraves do Judiciário brasileiro. A lentidão da entrega da prestação jurisdicional traz desprestígio à Justiça, tanto no que diz respeito aos órgãos julgadores como no tocante à questão ético-social, eis que a sensação de Justiça não é satisfeita, causando descrédito no sistema e sensação de impunidade.

Justiça, antes de ser entendida como um dos poderes estatais, como conceito e idéia, reflete uma virtude moral, um sentimento instintivo; assim, não devem escapar à reflexão os dizeres de CÁRMEN LÚCIA¹¹:

¹⁰ CAPPELLETTI, *Op. Cit.*, p. 84.

“O suicídio das civilizações – já o disse antes – começa pelo descrédito da sociedade na idéia de justiça que nela predomina e na crença na possibilidade de sua prestação, conforme juridicamente previsto, pela pessoa política estatal.”

BRUNELA VIEIRA DE VICENZI esclarece que a morosidade permite a ocorrência de eventos que impedem a efetividade da tutela jurisdicional, daí prolongando a espera do titular do direito, que pode ver-se frustrado quando da demora “possam resultar prejuízos capazes de tornar inócua a tutela quando afinal prestada”¹².

Esta realidade faz com que parte da população, desacreditada no sistema judicial, resolva não acioná-lo para resguardar seus direitos, conformando-se com a situação de injustiça e entendendo que suas demandas são menores e desimportantes para o Estado, já que este não lhe possibilita resolvê-las. Tal fenômeno, como lembrou LUIZ GUILHERME MARINONI, foi denominado por CAPPELLETTI como *fuga da justiça estatal*¹³.

“O dano que é imposto pela justiça ao “pequeno litigante” tem levado boa parte da população a abrir mão dos seus direitos e a resignar-se a uma macroscópica denegação de justiça. Quando o cidadão esquece do Poder Judiciário surge a chamada “litigiosidade contida” e as suas perigosas conseqüências para a estabilidade do poder”¹⁴.

ANTONIO CARLOS MARCATO alerta para a litigiosidade contida gerada pelo descrédito generalizado das instituições judiciárias. A impossibilidade de grande camada social levar seus conflitos ao Judiciário faz com que esta fique tentada a utilizar soluções “menos ortodoxas, quando não ilícitas”¹⁵.

Convém destacar, ainda, que as taxas e despesas processuais, como custas, porte de remessa e retorno de autos, preparo de recursos e juntada de procurações e contribuição à carteira de previdência dos advogados não possuem valores uniformizados entre os tribunais. Muitas vezes, a própria forma de recolhimento é diversa e pode acarretar vício formal irreparável para recebimento de recursos. Os bancos oficiais, que arrecadam estas despesas, e seus horários de funcionamento também variam, podendo gerar reais prejuízos quando impossibilitam o cumprimento de prazos.

¹¹ C.L.A. ROCHA. *O Direito Constitucional à Jurisdição* in S. de F. TEIXEIRA (Coord.), *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 35.

¹² B.V. de VICENZI. *A Boa-Fé no Processo Civil*. São Paulo, Atlas, 2003, p. 110.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado*. 5ª Ed., São Paulo, RT, 2002, p. 220.

¹⁴ MARINONI, *op. Cit.*, p. 214.

¹⁵ MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da Justiça e influência dos precedentes judiciais no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo, 2008, pp. 12-13.

2.3. Obstáculo econômico

A necessidade de recursos financeiros disponíveis para serem consumidos no decorrer do litígio obstaculiza o acesso aos meios judiciais, como observaram MAURO CAPELLETTI e BRYANT GARTH¹⁶:

“Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio”.

A questão financeira afeta diretamente a paridade de armas entre os litigantes. Custos e despesas geradas para propor e manter um processo judicial atingem expressiva parcela dos demandantes, afastando-os do Judiciário, enquanto trazem pouco ou nenhum peso a outra parcela, especialmente quando se trata de litigante freqüente, conhecedor da estrutura da instituição e dos riscos aos quais se submete¹⁷.

Sendo este o objeto de nossa abordagem, trataremos a fundo a questão nos capítulos seguintes.

Por ora, verifica-se que, independentemente da condição de pobreza, como lembra MARINONI¹⁸, dispensa-se o pagamento de custas processuais e dos ônus sucumbenciais em ação popular e ações que tutelem direitos difusos, coletivos e individuais e homogêneos, como forma de estimular o uso dessas ferramentas¹⁹.

As despesas geradas pelo processo refletem também nos danos marginal e concreto, além do chamado “custo Brasil”. A morosidade da justiça gera perda de confiança nas instituições não apenas por parte dos jurisdicionados, mas no campo político. Explica LESLIE FERRAZ²⁰ que a desconfiança e retração no mercado financeiro, o aumento

¹⁶ M. CAPELLETTI e B. GARTH, op. Cit., p. 21.

¹⁷ R. de C. MANCUSO, *Acesso à Justiça – Condicionantes Legítimas e Ilegítimas*, São Paulo, RT, 2012, p. 121.

¹⁸ L.G. MARINONI. *O Custo e o Tempo do Processo Civil Brasileiro* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 37. Curitiba, 2002, p. 38.

¹⁹ A exceção é para os casos de má-fé, ou seja, em que custas, emolumentos, honorários e demais despesas serão cobradas normalmente, justamente para combater o abuso processual, o uso temerário e malicioso do processo (art. 5º, LXXIII da Constituição Federal, e art. 18 da Lei 7.347/85).

²⁰ L. FERRAZ. *A demora do judiciário e o custo Brasil*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-18-JUNHO-2009-LESLIE-FERRAZ.pdf>>. Acesso em 20 de maio de 2011.

de *spreads* bancários, a elevação de juros e dos índices de riscos em negócios com o Brasil e a escassez de crédito a longo prazo são reflexos e conseqüências negativas que se impõem ao País em razão da ineficiência de seu sistema judicial para dar cabo de litígios que atinjam essa esfera negocial e econômica.

As incertezas institucionais desviam os investidores e instituições financeiras a meios alternativos de solução de controvérsias, notadamente as câmaras e tribunais arbitrais, mais rápidos e efetivos, quando não decidem levar seus investimentos para mercados e locais de melhor estrutura.

2.4. Demora, tempo e dano

O custo e a demora do processo atuam como fatores de pressão que compelem os litigantes a abandonar os processos ou se sujeitarem a acordos inferiores ao que seria razoável e justo, frustrando-se suas expectativas²¹.

O tempo no processo é dividido entre os tempos de espera, necessários para a organização judiciária, a fim de realizar a introdução e marcha do processo, atendendo às decisões do órgão julgador; e os tempos técnicos, reservados para suas decisões interlocutórias e finais, e assim relacionados à disciplina do processo²².

A fim de demonstrar a demora do processo, LESLIE FERRAZ relaciona o tempo social (do surgimento do conflito); o tempo legislativo (de produção da norma) e o tempo de mercado (lógica do maior lucro no menor prazo), entendendo que há descompasso entre estes e o tempo do Direito (aplicação da norma ao fato, atendendo às garantias constitucionais), o que expõe a necessidade de reforma judicial²³.

Com relação à demora do processo, o tempo recebeu de PROTO PISANI outra classificação, que relaciona o fator temporal à situação concreta²⁴. Destarte, é chamado de tempo fisiológico o que diz respeito à duração normal do processo²⁵, e de tempo patológico

²¹ MARCATO, *op. Cit.*, p. 12.

²² VIGORITI, Vincenzo. *Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália*, RePro, vol. 11, n. 43, jul.-set. 1986, p. 145.

²³ FERRAZ, *Op. Cit.*

²⁴ A. P. PISANI. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Milano, Jovene, 1999, pp. 631-633.

²⁵ O “tempo programado para que ele [o processo] produza resultados, com a observância de prazos pré-fixados, necessários ao controle judicial do curso e da maturação do processo” (MARCATO, *op. Cit.*, p. 14.)

aquele que trata da duração anormal ou excessiva²⁶. Desta maneira, o tempo patológico surge no processo por conseqüência de três ordens de fatores: endoprocessuais; extraprocessuais e estruturais²⁷. Os fatores endo ou interprocessuais dizem respeito ao processamento das demandas pelos órgãos jurisdicionais e, assim, relacionam-se diretamente às normas processuais e procedimentais. Os fatores extraprocessuais guardam relação com os fatores externos e, assim, com a cultura da comunidade na qual o Judiciário está instalado. Desse modo, fala-se no excesso de litigiosidade e na diminuta utilização de métodos alternativos de solução de controvérsias, por exemplo.

Quanto aos fatores estruturais, estes tratam da organização interna do Poder Judiciário, tanto administrativa, na disciplina do serviço dos ofícios e órgãos de apoio, quanto funcional, na distribuição de trabalho entre os julgadores. Estes fatores estão fadados a ser mais os apontados pelos operadores do direito, uma vez que se fazem refletir no seu dia-a-dia e como pauta de reivindicação dos movimentos grevistas dos funcionários dos Tribunais, que assinalam a falta de servidores, equipamentos, baixa remuneração, entre outros.

BRUNELA VIEIRA DE VICENZI afirma que o prejuízo da demora do processo atinge grau mais preocupante de suportabilidade quando se manejam os recursos, pois, no seu entendimento, “*o escopo jurídico deveria ser alcançado em primeiro grau, e, nessa fase do procedimento, é suportável o tempo fisiológico necessário para a instrução e julgamento do processo*”²⁸.

O tempo provoca, irremediavelmente, dano às partes. Somente pelo trâmite normal e ideal, ausente qualquer morosidade, a demora fisiológica provoca o chamado dano marginal. Marginal por ocorrer à margem da relação processual a ela inerente. Dessa forma, não se trata de dano causado pela demora excessiva no trâmite do processo, como entende ÍTALO ANDOLINA²⁹, mas um dano natural, como esclarece José ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE:

²⁶ “a demora perniciososa, o tempo inútil, a paralisação indevida e injustificada do trâmite processual, resultante de fatores e circunstâncias no mais das vezes exógenos” (MARCATO, *op. Cit.*, p. 14.)

²⁷ R. de B. LEONEL. *Revisitando a Teoria Geral dos Recursos: O Efeito Suspensivo* in NERY JR. e WAMBIER (coord.) *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e Assuntos Afins*, v. 9, São Paulo, RT, 2005, p. 470.

²⁸ VICENZI, *op. Cit.*, p. 107.

²⁹ ANDOLINA, Ítalo. *Cognizione e esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano, Giuffrè, s.d., p.15.

“Esse dano ínsito é aquele natural, decorrente apenas do tempo necessário a que a prestação jurisdicional possa ser fornecida, respeitadas todas as garantias do devido processo legal.”³⁰

O dano causado pelo tempo patológico, e causado por fator determinado, é o chamado dano concreto. Esse fator, a que tradicionalmente costuma-se ligar à tutela cautelar, por ameaçar tornar inútil o direito em jogo, no entender de RICARDO DE BARROS LEONEL³¹, deve ser identificado com a duração excessiva do processo ou com disfunções em seu andamento normal, que tragam prejuízo aos litigantes³².

A celeridade, porém, não é o único valor em jogo, como lembra BARBOSA MOREIRA. O legislador não se arriscaria a elevá-la acima dos demais, o que denotaria uma radicalização do sistema, tal como também configura deturpação o exagerado apego à ampla recorribilidade. Acertadamente, BARBOSA MOREIRA conclui que “o bom senso é tentar encontrar o justo ponto de equilíbrio entre as solicitações contrapostas que aí se manifestam”³³. O outro valor notadamente em jogo, e contraposto à rapidez nas decisões, é a segurança jurídica. CARNELUTTI expôs³⁴ a questão por meio da conhecida assertiva: “*o slogan da justiça rápida e segura contém uma contradictio in adjecto, pois se a justiça é segura, não é rápida, e se é rápida, não é segura*”.

2.5. Respostas do Estado aos obstáculos do processo

A fim de amenizar ou remover os obstáculos do processo acima identificados, diversas medidas foram tomadas e modificações aplicadas ao longo do tempo. Dentre elas, além das reformas processuais e procedimentais, diversas providências estruturais e a organização da assistência jurídica integral e gratuita, inserida na Constituição Federal de 1988.

³⁰ J.R. dos S. BEDAQUE. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 276.

³¹ LEONEL, op. Cit., p. 474.

³² BRUNELA VIEIRA DE VICENZI relaciona o dano concreto apenas àquele decorrente da demora causada por ato de litigância de má-fé das partes (op. Cit., p. 110.)

³³ J.C. BARBOSA MOREIRA. *Reformas do CPC em matéria de recursos* in *Revista de Direito Renovar*, 19/49, jan.-abr. 2001.

No mesmo sentido, FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER: “Assim, o processo justo não é necessariamente o que é mais célere, mas sim aquele no qual há o mais fino equilíbrio entre o tempo requerido e a segurança jurídica obtida. Em suma, na se pode confundir duração razoável do processo com rapidez a todo custo, sob pena de pôr-se em risco a segurança jurídica e a própria justiça das decisões.” (op. Cit., 29)

³⁴ F. CARNELUTTI. *Como se faz um processo*. 2. ed. Campinas: Minelli, 2004, pp. 22-23

2.5.1. Conselho Nacional de Justiça

O advento do Conselho Nacional de Justiça fez possível o levantamento de dados estatísticos e de organização judiciária até então inexistentes, que possibilitam a análise conjuntural do sistema Judiciário brasileiro e sua capacidade de absorver a demanda de trabalho que lhe é imposta, considerando as diferentes nuances e exigências de cada Estado da federação.

Análise dos dados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo apurados pelo CNJ³⁵ constatou que o Judiciário Paulista teve uma despesa total de R\$ 5,7 bilhões, equivalente a 0,41% do PIB Estadual. Os gastos com recursos humanos responderam por R\$ 5,2 bilhões, ou 90,8% do total das despesas. Na avaliação da série histórica entre 2004 e 2008, extraiu-se que a despesa total sofreu aumento de 37% no período estudado pelo CNJ, e a elevação dos gastos com recursos humanos foi inferior ao despendido com bens e serviços³⁶, ocasionada pela elevada despesa com a informatização do Tribunal.

O Conselho Nacional de Justiça apurou que houve crescimento do quadro de trabalhadores auxiliares, sobretudo os terceirizados, enquanto o quadro efetivo teve pequeno crescimento³⁷, reflexo da necessidade urgente de material humano. No entanto, verifica-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo possui número pequeno de magistrados, levando-se em conta o orçamento e a quantidade de servidores, se comparado aos demais tribunais estaduais. A despesa por magistrado também é elevada, acima da média nacional

Outro índice levantado pelo Conselho, referente à litigiosidade em segundo grau de jurisdição, revelou que a carga de trabalho no Tribunal de Justiça de São Paulo, embora seja elevada, não é maior do que as de tribunais de outros estados, mas é

³⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2012 – Justiça Estadual*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>, acesso em 2 de dezembro de 2012.

³⁶ “A despesa total do TJ de São Paulo aumentou em 37% entre os anos de 2004 a 2008, passando de R\$ 3,4 bilhões para R\$ 4,6 bilhões (Figura 2). Os gastos com Recursos Humanos tiveram um crescimento de 36,4%, enquanto que os gastos com Bens e Serviços aumentaram apenas 44,1%.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Justiça em números – série histórica 2004 a 2008*, p. 1. Disponível em <http://wwwh.cnj.jus.br/portalcnj/images/conteudo2008/pesquisas_judiciarias/tjsp.pdf>, acesso em 2 de junho de 2010.)

³⁷ “O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao final do ano de 2008, contava com 2.291 magistrados e 55.727 servidores (inclusive estagiários e terceirizados), sendo 43.994 (78,9%) pertencentes ao quadro efetivo. Pode-se observar que, durante os anos 2004 a 2008, o total da força de trabalho cresceu 32,7% ao ano, enquanto os servidores do quadro efetivo cresceram em média 8,2% ao ano. Tal cenário indica que o Tribunal de São Paulo optou, nos últimos anos, em majorar o quadro de terceirizados ao invés de efetivos.” (CNJ, *Justiça em números – série histórica 2004 a 2008*, p. 3)

prejudicada pela sobrecarga acumulada e pendente de julgamento. A taxa de congestionamento é de 50,9% no TJ-SP³⁸, que constitui o chamado acervo de processos aguardando apreciação dos magistrados. O número de casos em segunda instância cresceu 358,4% entre 2004 e 2008 e, no mesmo período, o número de casos pendentes aumentou de 116,8%³⁹.

A análise do Conselho Nacional de Justiça faz projeção de que, se elevada a produtividade do Tribunal de Justiça de São Paulo em 5% e diminuída a quantidade de casos novos em 1%, a sobrecarga de recursos pendentes desapareceria em 2013⁴⁰. A diminuição do ímpeto recursal se daria após o implemento de “ações adotadas para desonerar a máquina judiciária da excessiva demanda sobre sua estrutura”. Estas ações corresponderiam à tentativa de desestimular as partes a recorrer, reduzindo a litigiosidade, mas com a adoção de técnicas extraprocessuais e não estruturais. Há de se convir, porém, que para as imperfeições do sistema possam vir a ser corrigidas demorar-se-á mais tempo, posto que necessitam da adoção de mudanças radicais na cultura legal dos operadores de direito, o que somente viria a gerar frutos em longo prazo.

O Conselho Nacional de Justiça também recolhe dados sobre demandas atendidas pela assistência judiciária, os quais, infelizmente não permitem conclusões sobre a efetividade do funcionamento no Estado de São Paulo nem o peso dos litígios que tramitam sob gratuidade diante da quantidade total de demandas. Os levantamentos do CNJ têm foco específico nas receitas e despesas dos tribunais. Números de 2011 indicam que a despesa⁴¹ da Justiça Estadual Paulista com assistência judiciária para cada 100.000 habitantes foi de R\$ 1.627,46. O estado de Mato Grosso do Sul apresenta a maior despesa, com R\$ 373.774,93. Com relação à despesa total da Justiça, a assistência judiciária em São Paulo demanda 0,012%. O maior percentual apurado é, novamente, do Mato Grosso do Sul: 2,214%⁴².

A visão global é prejudicada, contudo, em razão da ausência de informações de onze entes federativos, dentre eles alguns dos estados mais pobres. Desta forma, não se pode verificar se efetivamente assiste razão a afirmação do jurista português SALVADOR DA

³⁸ CNJ, *Justiça em números – série histórica 2004 a 2008*, p. 5.

³⁹ CNJ, *Justiça em números – série histórica 2004 a 2008*, p. 13.

⁴⁰ CNJ, *Justiça em números – série histórica 2004 a 2008*, p. 10.

⁴¹ “As despesas com assistência judiciária gratuita efetivamente realizadas no ano base pelo Tribunal e suas respectivas unidades judiciárias, abrangendo remuneração de tradutor/intérprete e peritos” (CNJ, *Justiça em números 2012 – Justiça Estadual*, p. 453)

⁴² CNJ, *Justiça em números 2012 – Justiça Estadual*, p. 453.

COSTA, para quem “*a gratuidade da justiça facilita a jurisdicionalização das bagatelas e, por isso, dificulta, nos casos prementes, a pronta e necessária intervenção jurisdicional*”⁴³.

2.5.2. Investimentos em gestão, tecnologia e em recursos humanos

Em se tratando dos aspectos estruturais e materiais do Judiciário, a ausência de recursos para investimentos em melhoria da estrutura dos tribunais é frequentemente usada como justificativa da demora excessiva na tramitação dos processos. A Corte Européia de Direitos Humanos, na qual há ampla produção jurisprudencial acerca dos ditames da razoável duração do processo com a imposição de sanções a seu descumprimento⁴⁴, considera que as dificuldades estruturais somente podem ser consideradas como causa de atraso em situações excepcionais e imprevisíveis, tendo o Estado adotado medidas cabíveis para tentar solucioná-las.

Ou seja, o Estado, ou, em outros termos, o Poder Judiciário, deve enfrentar seus problemas estruturais. O que ocorre, no mais das vezes, é a modificação da legislação processual com fins de adaptar o processo às dificuldades do funcionamento da máquina judiciária, criando atalhos, desvios e “armadilhas” que dificultem a interposição de recursos.

Na mesma medida em que o atraso tecnológico traduz-se em prejuízo no mercado e nos negócios na esfera privada, as instituições públicas precisam de investimento estrutural em tecnologia da informação, a fim de evitar a defasagem tecnológica e implementar modernização na gestão e na tramitação dos processos, combatendo a ineficiência decorrente do excesso de demanda.

Desde a década de 1990, o Estado brasileiro iniciou uma gradativa modificação no funcionamento de sua máquina administrativa, desburocratizando-se e implementando os métodos da iniciativa privada no setor público, a partir das Emendas Constitucionais 19/98 e 20/98. Deu-se a introdução do princípio da eficiência na administração pública, pilar para o ingresso do princípio da celeridade processual em nosso ordenamento, pela Emenda Constitucional 45/04.

Almeja-se, portanto, o atendimento ao usuário dos serviços atendendo suas necessidades como se fosse consumidor final numa relação de consumo, gerando impacto

43 S. DA COSTA, *Op. Cit.*, p. 12.

44 KOEHLER, *op. Cit.*, p. 113.

positivo e criando valor agregado. A necessidade disso, sob o ponto de vista administrativo, é explicada por LUIZ CARLOS BRESSER PEREIRA:

“Os cidadãos estão-se tornando cada vez mais conscientes de que a administração pública burocrática não corresponde às demandas que a sociedade civil apresenta aos Governos, no capitalismo contemporâneo. Os cidadãos exigem do Estado muito mais do que o Estado pode fornecer”⁴⁵.

No Poder Judiciário, contudo, pela natureza da atividade que presta, não é perfeita a tradução dessas propostas. A modernização do Poder Judiciário, segundo CLÁUDIA MARIA BARBOSA, tem por escopo trazer celeridade, mas também segurança jurídica, visando a assegurar um ambiente tranqüilo aos investimentos estrangeiros, dando a certeza do cumprimento dos contratos, previsibilidade dos direitos e garantir aos investidores estrangeiros em países emergentes compatibilidade com o risco de neles se investir⁴⁶.

O Poder Judiciário, ao modernizar sua gestão, incorpora as ferramentas tecnológicas já utilizadas pela iniciativa privada. A inovação de maior visibilidade conseguida foi a implementação do processo e do diário da justiça eletrônicos. Destas novidades decorre a necessidade urgente de qualificação e capacitação de servidores, juízes e demais operadores do direito:

“O grande desafio consiste na quebra dos paradigmas tradicionais de utilização dos recursos disponíveis. Normalmente, os computadores são empregados para pouco mais que edição de textos, e a conexão internet, para consulta a repositórios de jurisprudência. As possibilidades da tecnologia da informação como meio de aceleração da tramitação processual precisam ser demonstradas para juízes, legisladores, funcionários e usuários a fim de que compreendam que é possível obter segurança e permanência nos registros sem o suporte papel”⁴⁷.

2.5.3. Incentivo aos métodos alternativos de solução de controvérsias

⁴⁵ L.C. B. PEREIRA. *Gestão do setor público: estratégia e Estrutura para um novo Estado*, p. 30. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/T_140607_08.pdf>. Acesso em 20 de junho de 2010, p. 24.

⁴⁶ C. M. BARBOSA. Poder Judiciário: reforma para quê?. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 46, 31/10/2007. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2339>. Acesso em 13 de junho de 2010.

⁴⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Relatório Anual 2006*, p.11. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/conteudo2008/relatorios_anuais/relatorio_anual_cnj_2006.pdf>. Acesso em 13 de junho de 2010.

A solução para reduzir a litigiosidade contida, sem desvio para opções ilícitas, evidentemente, não passa pela reforma legislativa e tampouco pela processual, mas pela assistência social, segundo BOTELHO DE MESQUITA. Ele entende que ao Judiciário cabe apenas “*proporcionar a certeza de que os litígios serão resolvidos segundo a lei e no tempo mais curto possível; o que só se consegue com estudo e muito trabalho em quantidade compatível com o número dos feitos*”⁴⁸.

Enquanto isso não é efetivado, aplicam-se como respostas à litigiosidade contida, os meios alternativos de solução extrajudicial de conflitos de interesses. Tratam-se de formas nas quais o litígio se resolve por ato das próprias partes, enquanto um terceiro neutro passa a agir como amigo de ambas, em lugar de atuar como órgão decisório⁴⁹. Desta forma, o Estado se abstém de definir a norma aplicável e atuá-la no caso concreto, subtraindo-se ao dever de prestar a jurisdição. Porém, a utilização de tais métodos é vista com ressalvas.

Em matéria de direitos sociais e políticas públicas, a administração de interesses e celebração de acordos e transações não pode passar ao largo do Judiciário. Diferentemente da esfera privatista, na qual os métodos alternativos ao processo judicial são largamente adotados, com amplas vantagens de possibilitar a celeridade, a economia e o aprimoramento tecnicista, no âmbito dos interesses coletivos em face da administração pública ou envolvendo direitos sociais indisponíveis, não se pode privar da participação do magistrado Estatal. Nesse sentido, afirma OSVALDO CANELA JR. ser indispensável que o conflito seja absorvido e efetivamente resolvido pelo Poder Judiciário, entendendo que não subsiste o argumento de que o Estado não dispõe de condições institucionais para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.⁵⁰

Além disso, o uso dos métodos alternativos, em especial os consensuais frustra a expectativa da parte de ter sua demanda avaliada e julgada pelo Poder Judiciário, dada a prevalência da “cultura da sentença” identificada por KAZUO WATANABE⁵¹. BOTELHO DE

⁴⁸ J.I.B. MESQUITA. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*, v. 1, São Paulo, RT, 2005, p. 296.

⁴⁹ L.L. RISKIN e J.E. WESTBROOK. *Dispute Resolution and lawyers*, Abridged edition, Second edition, Westgroup, St Paul, Minn; 1998, p. 2.

⁵⁰ “É indispensável, pois, que o conflito seja absorvido e efetivamente resolvido pelo Poder Judiciário. Não é suficiente a simples absorção do conflito, mediante manifestação de que o Poder Judiciário não dispõe de condições institucionais para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, argumento inequivocamente insubsistente” (O. CANELA JR. *A Efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição*, pp. 102-103)

⁵¹ K. WATANABE, *Cultura da Sentença e cultura de pacificação* in YARSHELL, F.L., ZANOIDE DE MORAES, M. (coord.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, DPJ, 2005, p. 685.

MESQUITA, nesse sentido, considera que a preferência estatal pela conciliação é um fator de enfraquecimento do direito na solução de conflitos, porque abala a confiança no império da lei, agregando o elevado custo institucional da transferência da responsabilidade pela solução do litígio do Estado às partes. Sem a figura do juiz, tornam-se desconfiados os humildes e mais confiantes os aventureiros, que acreditam sobre eles poderem agir em grau de superioridade. Com isto, acredita ser estimulado o nascimento de novas demandas, abalando os alicerces da coesão social⁵².

Por tal razão, a escolha por outro método diverso do processo judicial é em geral desprestigiada, como se fosse um “vagão de segunda classe”, nos dizeres de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO⁵³.

OWEN FISS adverte⁵⁴ que os métodos alternativos a ocorrência de desequilíbrios de poder ocasionados por motivos de difícil identificação, entre eles, em especial, o econômico: a parte mais abastada política ou economicamente possui condições de influir na exposição de suas pretensões e também no terceiro neutro. De acordo com FISS, o juiz estatal exerce “presença orientadora”, podendo valer-se de medidas legais para manter a isonomia e evitar abusos entre os demandantes.

⁵² J.I.B. MESQUITA. Teses, *Estudos e Pareceres de Processo Civil*, v. 1, São Paulo, RT, 2005, p. 289-290.

⁵³ MANCUSO. *Op. Cit.*, p. 58.

⁵⁴ O. FISS, *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004, pp. 123-127.

3. Assistência Jurídica: Breve Aspecto Histórico

As primeiras leis escritas da História já traziam normas sobre assistência aos pobres⁵⁵. Na Grécia Antiga, por exemplo, era prevista a nomeação anual de dez advogados para a realização da defesa dos pobres. Em Roma surgiram as imposições do ônus da sucumbência e condenação em custas judiciais à parte derrotada no processo⁵⁶. A legislação justinianéia tinha normas relativas aos pobres em juízo que encontravam fundamento no ensinamento cristão do amor ao próximo, conceitos que, segundo MAURO CAPPELLETTI⁵⁷, permaneceram durante séculos:

“A assistência aos pobres insere-se nesta concepção, na ideia de beneficência e de *gratia*. Não é uma obrigação jurídica do rico, nem tampouco do governante e do Estado, nem, portanto, um direito do pobre, senão e tão somente um dever moral e meritório do homem pio.”

Mas somente no século XVIII, no período do liberalismo, é que se pode começar a se falar nas primeiras contribuições para a criação de um instituto próprio, quando se deu o reconhecimento ao acesso à Justiça como um direito humano, assim entendido enquanto direito natural, merecedor de positivação estatal.

Sobre a positivação do acesso à justiça na época liberal, MAURO CAPPELLETTI e GARTH BRYANT escreveram:

“A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos: aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia, à igualdade, apenas formal, mas não efetiva⁵⁸”.

O princípio da igualdade jurídica fundamentou a assistência jurídica pública. A preocupação do legislador era apenas formal, dado que se considerava o acesso à justiça um direito natural, portanto, anterior ao Estado e não necessitado de proteção deste⁵⁹. Desta maneira, nos textos legislativos e principiológicos resultantes dos movimentos

⁵⁵ Costuma-se mencionar como primeiras referências ou fontes da assistência jurídica as legislações da Idade Antiga, tais como o Código de Hamurabi e a Legislação Mosaica, que mencionavam benefícios aos pobres (Conferir, por exemplo, R. P. BARBOSA, *Assistência Jurídica*, Rio de Janeiro, Forense, 1998, pp. 3-4).

⁵⁶ H. M. CAMPO, *Assistência Jurídica Gratuita, Assistência Judiciária e Gratuidade Judiciária*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002, p. 2.

⁵⁷ Digesto, I, 16, 9, 5 e Digesto, III, 1, 1, 4.

⁵⁸ Idem, p. 9.

⁵⁹ M. CAPPELLETTI, *Processo, Ideologias e Sociedade*, v. 1, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2008, p. 191. (conferir também CAPELLETTI e GARTH, *Op. Cit.*, p. 9)

revolucionários daquela época, como a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, surgida nos Estados Unidos (1776), e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, apresentada no bojo da Revolução Liberal, na França (1789), estavam contidas menções garantias ao acesso aos meios jurisdicionais a todos, ainda que apenas formalmente.

3.1. A Matéria no Direito Brasileiro

A matéria da assistência judiciária no Brasil teve seu primeiro tratamento nas Ordenações do Reino de Portugal cunhadas pelo rei Felipe II e outorgadas em 1603. Cuidava o texto legal da isenção de despesas processuais e concessão de patrocínio judiciário aos desvalidos, na forma de um beneplácito do rei em conformidade ao juramento de miserabilidade do requerente⁶⁰:

“Em sendo o agravante tão pobre que jure não ter bens móveis, nem de raiz, nem por onde pague o agravo, e dizendo na audiência uma vez o Pater Noster pela alma del Rey Don Diniz, ser-lhe-á havido, como que pagasse os novecentos réis, contanto que tire de tudo certidão dentro do tempo, em que havia de pagar o agravo”.⁶¹

As Ordenações também adotaram a prática da nomeação de advogados, de preferência, mais velhos e experientes, pelas autoridades judiciais para a defesa dos desprovidos financeiramente em processos cíveis e criminais⁶², promovendo, desta maneira, uma tentativa de promover o equilíbrio entre as partes litigantes, mesmo que meramente formal. Esta situação, baseada no dever honorífico, persiste sendo praticada em situações excepcionais e a despeito dos mecanismos e organismos criados para promoção da assistência judiciária.

Ainda na vigência das Ordenações do Reino de Portugal, houve certa evolução, já no período da Primeira República, com o advento de leis e decretos imperiais, tais como o Decreto 1.030, de 14 de novembro de 1890, cujo artigo 176 autorizava a organização de uma comissão de patrocínio judicial gratuito aos pobres, em causas cíveis e criminais.

⁶⁰ Ordenações, Livro III, Título 84, § 10.

⁶¹ Optou-se por preservar nas transcrições de textos legais a grafia original da época.

⁶² H. P. de MORAES, *A Assistência Judiciária Pública e os Mecanismos de Acesso à Justiça no Estado Moderno*, in A. P. GRINOVER, C. R. DINAMARCO e K. WATANABE (coord.), *Participação e Processo*, São Paulo, RT, 1988, p. 233.

O Decreto nº 2.457, de 8 de fevereiro de 1897, criou um serviço público estatal, a “*Assistencia Judiciaria aos pobres*” do Distrito Federal, que “*consistirá na prestação de todos os serviços necessarios para a defesa de seus direitos em Juizo, independentemente de sellos, taxa judiciaria, custas e despesas de qualquer natureza, inclusive a caução judicatum solvi*”

Com influência italiana⁶³, foi o primeiro conjunto sistêmico de regras a respeito do acesso ao sistema judiciário brasileiro, voltadas a quem não tinha condições de estar em juízo sem prejuízo à própria subsistência e de sua família. Quem realizava o serviço era o Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, tendo se tornado um dever de ofício daquela entidade⁶⁴. A Assistência Judiciária, a teor do artigo 4º do Decreto, abrange também a gratuidade na tramitação do processo.

Na Itália, o Decreto Real de 6 de dezembro de 1865, em seu artigo 9º, impôs como condição ao deferimento da gratuidade processual a probabilidade de êxito na demanda, ou, para CAPPELETTI, a condição do *fumus boni iuris*⁶⁵. O procedimento a ser seguido no Brasil era semelhante. Exigia que o requerimento e a prova documental da pobreza fossem endereçados ao juiz que, por sua vez, determinaria à comissão de assistência a elaboração de parecer não somente sobre a necessidade do postulante, como também a “*apparente justiça da causa*”, isto é, a existência de interesse de agir acrescida de um exame preliminar da possibilidade de sucesso da causa⁶⁶.

⁶³ Esta influência diz respeito à “*avvocatura dei poveri*”, instituição estatal existente na Sardenha, em Sabóia e em várias comunas, que delegavam advogados exclusivamente para a defesa dos pobres. Com a unificação da península italiana e o estabelecimento de um novo ordenamento único em 1865, estas instituições foram extintas, adotando-se o sistema de nomeação de advogados. (cf. CAPPELETTI, *Processo, Ideologias e Sociedade*, v.1, pp. 192-193, 199-200.

⁶⁴ OLIVEIRA, *Op. Cit.*, p. 7 e ss.

⁶⁵ CAPPELETTI, *Processo, Ideologias e Sociedade*, v. 1, p. 201.

⁶⁶ “**Art. 15.** A pessoa que pretender a assistencia judiciaria dirigirá ao juiz perante quem o litigio estiver ou haver de ser proposto uma petição, em papel não sellado, assignada por ella propria, ou a seu rogo (si não souber ou não puder escrever), com a declaração do motivo de não assignar. Indicará seu nome, idade, naturalidade, nacionalidade, profissão, domicilio, estado, e, finalmente, o objecto da acção, intentada ou a intentar, e juntará provas de sua pobreza, affirmando solemnemente suas declarações.

Paragrapho unico. Si residir ou estiver temporariamente fóra do Brazil, apresentará certificado de pobreza pela competente autoridade local, devidamente legalisado pelo agente diplomatico ou consular brasileiro.

Art. 16. Recebendo a petição, o juiz a despachará em mão do proprio peticionario, mandando ouvir a comissão de assistencia. Esta verificará a procedencia ou improcedencia do pedido, dando o seu parecer com a maxima brevidade e entregando os papeis em mão do peticionario, que os submeterá a despacho definitivo do juiz.

Art. 17. O parecer da comissão se occupará, explicita e distinctamente, da pobreza do supplicante e da apparente justiça da causa. A concessão do patrocínio gratuito só terá logar no caso de conclusão favoravel sobre ambos os pontos, mas o despacho de admissão pelo juiz nenhum valor terá para o julgamento final da acção quanto ao segundo ponto.”

3.1.1. Código Civil de 1917

As Ordenações Filipinas resistiram à declaração de Independência e à proclamação da República, e foram substituídas na esfera civil pelo Código de CLÓVIS BEVILAQUA em 1917. O Código Civil instituía e previa a implementação de serviços de assistência judiciária, que deveriam ter lugar, também, nos estatutos processuais de cada Estado da Federação. Desta maneira, os estados criaram suas normas, baseadas na redação do Decreto n.º 2.457/1897 do Distrito Federal, passando igualmente a exigir a “perspectiva de êxito na demanda”⁶⁷.

Enquanto isso, legislação sobre o tema, a cargo dos Estados da Federação, era tímida ou inexistente. Em 1930, a Ordem dos Advogados do Brasil é criada, em substituição ao antigo Instituto da Ordem, e torna o patrocínio gratuito da demanda por advogado uma obrigação cuja desobediência era passível de multa, deixando de ser mero encargo fundado em dever moral e nada mais.

⁶⁷ CAMPO, *Op. Cit.*, p. 7.

3.1.2. Constituições Federais de 1934 e 1937

A Constituição Federal de 1934, em resposta às críticas ao sistema adotado, que responsabilizava exclusivamente a classe dos advogados pelo acesso gratuito à justiça⁶⁸, alterou o sistema até então existente, dando a seguinte a redação do art. 113, nº 32: “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”. Foi esta a primeira aparição em um texto constitucional brasileiro da expressão “assistência judiciária”⁶⁹.

No Estado de São Paulo, visando dar cumprimento ao que dispunha a Constituição, foi criado o primeiro serviço estatal de assistência judiciária estatal do Brasil, em 1935, e realizado pelo Departamento Jurídico do Estado. Há que se destacar que os estudantes da Faculdade de Direito do Largo São Francisco já prestavam o serviço por meio da Assistência Judiciária Acadêmica, fundada em 1919, e embrião do Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto, criado em 1947⁷⁰.

Como ressalta BARBOSA MOREIRA⁷¹, a consagração da assistência judiciária em uma carta constitucional precedeu a do próprio direito genérico de acesso ao Judiciário, que somente aconteceu na Constituição de 1946.

Esta carta constitucional surgiu como fruto das circunstâncias políticas e sociais daquele período de antagonismo, marcado pela crise econômica de 1929 e a Revolução Constitucionalista de 1932. Influenciada pela Constituição de alemã de Weimar de 1919, produziu avanços na regulação da ordem econômica e social e das garantias individuais, embora viesse a ser superada em curto espaço de tempo pelo golpe de 1937.

⁶⁸ CAMPO, *Op. Cit.*, p. 7.

⁶⁹ J.C. BARBOSA MOREIRA. *O Direito à Assistência Jurídica: Evolução no Ordenamento Brasileiro de Nosso Tempo* in S. de F. TEIXEIRA (Coord.), *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 204.

⁷⁰ O Departamento Jurídico XI de Agosto será objeto de análise no capítulo destinado às entidades prestadoras de assistência jurídica.

⁷¹ “A observação parece interessante, quando se tem em vista que quaisquer medidas tendentes a remover ou atenuar os obstáculos habitualmente encontrados pelas pessoas carentes de meios para prover às despesas relacionadas com a defesa de direitos nada mais significam, a rigor, que desdobramentos necessários daquela garantia fundamental – tentativas, por assim dizer, de imprimir-lhe efetividade, em certa medida. Não deixa de ser curioso que se tenha cuidado de assegurar constitucionalmente o benefício específico antes mesmo de inscrever nesse plano a franquia genérica.” BARBOSA MOREIRA. *O Direito à Assistência Jurídica: Evolução no Ordenamento Brasileiro de Nosso Tempo* in S. de F. TEIXEIRA (Coord.), *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 204.

A Constituição de 1934 atribuía competência privativa da União legislar sobre processo judicial⁷². Dessa forma, deveria ser promulgado um Código de Processo Civil de âmbito nacional, em substituição aos códigos estaduais. A legislação federal a ser criada daria uniformidade ao tratamento do processo em todo o território nacional.

O Estado Novo de Getúlio Vargas, porém, representou retrocesso ao Estado social implantado pela ordem constitucional que derrubou. O regime autoritário que durou de 1937 a 1945 rompeu com a ordem constitucional até então vigente, extinguindo a independência dos três poderes e o autonomia dos Estados membros da federação, instaurando-se máxima autoridade na figura do Presidente da República.

O constituinte de 1937 não recepcionou o tratamento de acesso amplo à Justiça que se delineava. Ao novo regime importava pouco a garantia do acesso à Justiça, como afirma BARBOSA MOREIRA: “para as pessoas de recursos escassos nem mais, nem menos, que para as outras...”⁷³.

3.1.3. Código de Processo Civil de 1939

Em que pese a ordem autoritária implantada pelo Estado Novo⁷⁴, o Código de Processo Civil previsto desde a Constituição revogada foi promulgado trazendo, como inovação em seu artigo 68 e incisos⁷⁵, a definição legal de hipossuficiência, repetindo a

⁷² “Art 5º - Compete privativamente à União: (...)

XIX - legislar sobre:

a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais;”

⁷³ “ (BARBOSA MOREIRA. *O Direito à Assistência Jurídica: Evolução no Ordenamento Brasileiro de Nosso Tempo*, p. 208).

⁷⁴ E também por ter mantido a Constituição de 1937 a competência privativa da União para elaboração de normas processuais, o que tornava necessária a criação de um código de âmbito nacional.

⁷⁵ “Art. 68. A parte que não estiver em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, gozará do benefício de gratuidade, que compreenderá as seguintes isenções:

I – das taxas judiciárias e dos selos;

II – dos emolumentos e custas devidos aos juizes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;

III – das despesas com as publicações no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV – das indenizações devidas a testemunhas;

V – dos honorários de advogado e perito.

Parágrafo único. O advogado será escolhido pela parte; si esta não o fizer, será indicado pela assistência judiciária e, na falta desta, nomeado pelo juiz.” (Código de Processo Civil, Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939).

norma trazida pelo Decreto nº 2.457/1897, a regulamentação legal das isenções e o modo de nomeação do advogado, a exercer o encargo.

Como grande inovação⁷⁶, aquele impossibilitado de pagar as custas do processo passou a ter o direito de escolher seu defensor de sua confiança e, não o fazendo, a assistência judiciária ou o juiz deveriam indicar o patrono.

PONTES DE MIRANDA, quando comentava o Código de Processo Civil de 1939, atestava:

“A escolha do advogado pela parte marca evolução da justiça gratuita no Brasil. Antes, a parte tinha direito a advogado, porém eram as assistências jurídicas que o indicavam⁷⁷”.

Mantinha-se, porém, o aspecto do dever honorífico do trabalho desempenhado pelo advogado, que continuava atuando de forma gratuita. BARBOSA MOREIRA⁷⁸ rememora:

“Dava-se relevo, com acerto, à possibilidade de escolha do profissional pelo próprio interessado, tomando-se na devida consideração os aspectos personalíssimos em geral inerentes à relação cliente-advogado. Todavia, o funcionamento do mecanismo tinha de repousar essencialmente sobre a velha concepção do ‘dever honorífico’ a cargo dos que exercem a profissão: em princípio, com efeito, o advogado escolhido não receia a remuneração pelo serviços que prestasse”.

Todos os advogados obrigatoriamente suportavam os encargos da assistência jurídica, sendo a eles distribuídos os processos de forma igualitária, privilegiando-se, no entanto, a possibilidade de livre escolha de patrono por parte do interessado⁷⁹. Nos artigos seguintes, o Código indicava o procedimento para obtenção da gratuidade no processo e a sua extensão, além de prescrever os requisitos para sua extensão aos estrangeiros⁸⁰.

PEDRO BATISTA MARINS, comentando o Código de Processo Penal de 1939, entendia que deveria o magistrado continuar a examinar a existência de legítimo interesse econômico ou moral – condições da ação, no teor do artigo 2º –, tal como no sistema

⁷⁶ “A primeira parte deste parágrafo [art. 68 do CPC de 1939] contém uma doutrina antes desconhecida totalmente entre os brasileiros” (cf. BABO, Op. Cit., p. 76).

⁷⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, T.1, Rio de Janeiro, Forense, 1958.

⁷⁸ BARBOSA MOREIRA, *Op. Cit.*, p. 209.

⁷⁹ BABO, Op. Cit., p. 76.

⁸⁰ “a reforma estrutural do processo civil brasileiro se realizou em virtude das modificações da política nacional, bem como pelo ‘regime de autoridade’ instituído pela Constituição de 1937, tendo o novo Código um sentido social e autoritário que buscava o ideal de uma ‘Justiça rápida e barata’.” (A.M.GIANNAKOS, *Assistência Judiciária no Direito Brasileiro*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, p. 83)

antigo com influência italiana, mas que foi suprimido desde então pelo legislador brasileiro:

“Recusar de modo absoluto ao juiz a faculdade de controle da legitimidade da ação poderia estimular a parte pobre a ajuizar demandas temerárias, molestando o réu, por espírito de emulação ou de aventura”⁸¹.

O Código reafirmava a necessidade de serem criados e organizados órgãos próprios e especializados na prestação da assistência judiciária⁸².

Dessa forma, apesar de vinculado a uma Constituição Federal que regia um regime autoritário e centralizador, o Código de Processo Civil trazia aspirações de acesso amplo ao processo judicial, no espírito da carta constitucional anterior. Por tal razão, foi o pioneiro no tratamento em lei processual da questão da justiça gratuita, assunto que até aquele momento somente aparecia em leis especiais⁸³.

No período de vigência do Código de Processo Civil de 1939, o interessado em obter a gratuidade processual deveria requerê-la em petição endereçada ao juiz da causa, trazendo informações sobre seus rendimentos e seus respectivos encargos pessoais e da família, conforme estabelecia o art. 72⁸⁴. Deveria apresentar obrigatoriamente de forma conjunta um atestado de pobreza emitido pelo serviço de assistência social ou autoridade policial (art. 74).

Percebe-se, aí, que a legislação impunha ao interessado dificuldade em obter o reconhecimento de sua condição econômica. A pobreza, nos termos da lei, deveria ser reconhecida oficialmente. Há que se questionar, ainda, que critérios de análise social e financeira possuíam as autoridades legitimadas para identificar se aquele que se posta diante deles seria, de fato, pobre⁸⁵.

⁸¹ MARINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro, Forense, 1975, p. 192.

⁸² R. N. OLIVEIRA, *Assistência Jurídica Gratuita*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 10.

⁸³ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. I. Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 433.

⁸⁴ ‘Quem pretender o benefício da gratuidade deverá declarar o rendimento ou o vencimento que percebe e os encargos pessoais ou de família. Somente assim poderá o juiz deferir o pedido. Na sua falta, o requerimento devia ser indeferido.’ (ac. Ún. da Câm. Civ. Do TAES, em 13-5-1942 no Ag. 1.367 Rel. Otávio Lenfruber, “Acórdãos”, 2º Trim., 1942, p. 105)

⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, *Op. Cit.*, p. 132.

3.1.4. Constituição Federal de 1946

A Constituição Federal de 1946, retomando a ordem derrubada pela carta de 1939, trouxe, finalmente, pela primeira vez, enunciado constitucional a garantia de acesso amplo a todos os brasileiros e estrangeiros residentes em território nacional aos órgãos jurisdicionais, esculpida no artigo 141, § 4º: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. O § 35 trazia a autorização da concessão da assistência judiciária, na forma da lei⁸⁶. MAURO VASNI PAROSKI fala no “expressivo atraso” do constitucionalismo brasileiro nesta seara, em comparação aos textos sobre direitos sociais presentes na Constituição mexicana de 1917 e na da República de Weimar de 1919⁸⁷

A indicação do acesso amplo à Justiça dentre os direitos e garantias individuais era o resultado da gradual transposição da democracia liberal para a democracia social, encerrando o movimento evolutivo que surgira em 1919 na Constituição de Weimar, iniciado no Brasil em 1934 e interrompido em 1937.⁸⁸

3.1.5. O Regime da Lei nº 1.060/50

A Constituição de 1946, cujo parágrafo 35 do artigo 141 assinalou que o tratamento da concessão da assistência judiciária pelo poder público⁸⁹ seria objeto de norma de eficácia contida.

Assim sendo, a Lei Federal nº 1.060 de 5 de fevereiro de 1950 revogou os dispositivos que versavam sobre o assunto no Código de Processo Civil então vigente, estabelecendo as normas para concessão de assistência judiciária aos carentes de recursos financeiros. Em sua essência, reproduziu as previsões já contidas no Código de Processo

⁸⁶ A lei regulamentadora, nº 1.060, vigente até os dias de hoje, só seria sancionada em 5 de fevereiro de 1950.

⁸⁷ M.V. PAROSKI, *Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça na Constituição*, São Paulo, LTr, 2008, p. 177

⁸⁸ “Muitos estudiosos vêem a Constituição de 1946 como a melhor, ou, pelo menos, uma das melhores que o Brasil já teve em toda a sua história, primeiro por pretender colocar fim a um Estado autoritário que prevaleceu desde 1930, sob diversas roupagens, procurando encontrar um caminho que levasse a um regime democrático, priorizando e assegurando os direitos individuais e sociais. Trata-se de um documento tecnicamente correto e de uma perspectiva ideológica fez uma opção clara pelas liberdades civis e políticas, assegurando a independência e a harmonia dos poderes e a recuperação dos direitos sociais e de outras garantias das pessoas, perdidas com a Carta de 1937, em que pese constarem, em menor número, na Carta de 1934.” (PAROSKI, *Op. Cit.*, p.p. 179-180).

⁸⁹ No texto original consta a expressão em letras minúsculas, razão pela qual convencionou-se grafar da mesma maneira.

Civil de 1939⁹⁰ e no Regulamento da Ordem dos Advogados do Brasil. Emendado com inúmeras alterações e atualizações, é o primeiro diploma, que ainda vige, a reger o tema no direito pátrio.

Seu preâmbulo indica, *in verbis*: “*Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados*”. Como veremos à frente, o legislador utilizou a expressão “assistência judiciária” como sinônima de “justiça gratuita”, numa uma imprecisão conceitual e terminológica⁹¹, que se seguiu na Doutrina e na Jurisprudência posteriores. Ficou, por isso, conhecida como a Lei de Assistência Judiciária.

Apesar da previsão constitucional, agora regulamentada pela Lei nº 1.060/50, o serviço de assistência judiciária prestado pelo poder público estava longe de ser uma realidade para todos os que dele necessitavam. Isso porque até a regulamentação do instituto da assistência judiciária, toda a responsabilidade pela prestação de assistência jurídica aos necessitados era atribuída pela lei aos advogados, mantendo o espírito do dever de honra da profissão.

A Constituição e tampouco a lei regulamentadora não obrigavam a criação de órgãos Estatais para realização do serviço. Por tal razão, o artigo 26, inciso IV, do antigo Regulamento da Ordem dos Advogados do Brasil de 1931 impunha ao advogado o dever de “aceitar e exercer, com desvelo” esta atividade⁹².

Este sistema, no entanto, não funcionava a contento, como relata ROGÉRIO NUNES DE OLIVEIRA:

“Com efeito, a imposição da prestação de serviços de assistência judiciária aos carentes de recursos como um dever profissional causava graves problemas, mormente em razão da sobrecarga de trabalho gerada por nomeações para patrocínios que se chocavam com outros compromissos assumidos pelos advogados no desempenho de suas atividades, deixando a nu a imperfeição daquele sistema, especialmente porque, daquele jeito, o Estado se furtava do dever de implantar, sob sua responsabilidade, conta e risco, a garantia do patrocínio gratuito às

⁹⁰ GRINOVER, *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo, Bushatsky, 1975, p. 59.

⁹¹ “É o caso do artigo 3º da Lei 1.060/50, cujo *caput*, embora anuncie tratar, ali, da assistência judiciária, cuida, na verdade, das despesas processuais sujeitas a isenção de pagamento ou de adiantamento por ocasião da outorga do direito à gratuidade de justiça”. (OLIVEIRA, *Op. Cit.*, p. 74).

⁹² Decreto 20.784, de 14 de dezembro de 1931:

“Art. 26. São deveres dos advogados, provisionados e solicitadores: (...)

IV, aceitar e exercer, com desvelo, os encargos cometidos pela Ordem, pela Assistência Judiciária ou pelos juizes competentes.”

pessoas destituídas de condições financeiras para custear as despesas de um processo judicial”⁹³

A Lei nº 1.060/50 não se limitou a repetir as normas da lei processual e estendeu o direito da gratuidade processual aos nacionais e estrangeiros residentes no Brasil, afastando as exigências previstas no art. 70 do Código de Processo Civil de 1939 acerca de reciprocidade de tratamento, bem como de existência de filho brasileiro. Trouxe para si toda a disciplina antes estabelecida no Código de Processo, estabelecendo o procedimento para requerer e impugnar a gratuidade processual e a sua extensão e estabeleceu como primazia do Estado o fornecimento da assistência judiciária, vinculando os advogados de forma subsidiária. Passou a incumbir a autoridade policial ou o prefeito do município⁹⁴ da expedição do atestado de pobreza, na redação original de seu art. 4º, § 1º, mediante requerimento do interessado⁹⁵.

O Estatuto da Ordem dos Advogados de 1963⁹⁶, já diante da realidade do surgimento dos serviços organizados pelo Estado para atender aos que faziam jus à gratuidade, passou a determinar que os seus membros deveriam assumir a prestação de assistência judiciária como um dever supletivo nos Estados em que não houvesse serviço estatal à disposição.

Por se tratar da única fonte normativa a regular o instituto no direito positivo brasileiro, a Lei nº 1.060/50 sofreu diversas alterações no decorrer do tempo. O texto legal, antigo, traz dispositivos que hoje se encontram fora de contexto, ensejando reformas em sua redação ou, ainda, a sua substituição. WALTER PIVA RODRIGUES e AUGUSTO TAVARES ROSA MARCACINI explicam que “*este diploma se encontra hoje muito emendado, e algumas das alterações feitas comprometeram sua coerência, ou interna, ou com o sistema processual*”⁹⁷.

⁹³ OLIVEIRA, *Op. Cit.*, p. 8

⁹⁴ Nas capitais de Estados e no Distrito Federal, o prefeito podia designar subordinados para a tarefa.

⁹⁵ Nos arquivos do Departamento Jurídico XI de Agosto há modelos de petições endereçados a delegados de polícia solicitando a atestação de pobreza.

⁹⁶ art. 91, Lei 4.215/63.

⁹⁷ W. P. RODRIGUES e A. T. R. MARCACINI, *Proposta de Alteração da Lei de Assistência Judiciária* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 93, 1998, p. 395.

3.1.6. Constituição Federal de 1967 e Emenda Constitucional de 1969

A Constituição de 1967, outorgada sob a égide do regime militar instaurado em 31 de março de 1964, manteve⁹⁸ a previsão da concessão do direito à assistência judiciária, na forma da Lei vigente. Trazia, também, norma que franqueava amplo acesso à Justiça para a tutela de direitos individuais violados.

Embora a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 tenha mantido incólume a redação a respeito destas normas, acrescentou restrições a atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução aos quais não se aplicava a obrigatoriedade de apreciação judicial em caso de violação a direito de cidadãos brasileiros ou estrangeiros residentes.

Em que pese esta condição, tanto a Constituição de 1967 quanto a Emenda de 1969 recepcionaram o tratamento da assistência judiciária, mantendo-a regida pela Lei de 1950. A partir da década de 1970, no campo jurídico, já começou a tomar forma a atuação do Estado, organizada e estratégica, visando à democratização do Judiciário e à realização dos serviços de assistência jurídica pública, além da defesa dos direitos difusos⁹⁹.

Assim, deixava-se de se analisar o tema sob a égide da caridade, piedade e misericórdia do sentimento de amor ao próximo, como nos ordenamentos primitivos.

3.1.7. Regime da Lei de Alimentos de 1968

A Lei nº 5.478/68 estabeleceu regra específica para a concessão da gratuidade nas ações de alimentos, muito mais simplificada, como era o próprio procedimento dessas ações. Para o art. 1º, § 3º, bastava a simples afirmação da condição de hipossuficiência econômica, com presunção de veracidade.

A lei veio a atender a uma realidade social específica, que atinge as camadas de baixa renda: a falta de planejamento familiar e as dificuldades econômico-financeiras de alimentando e alimentante. O instituto da pensão alimentícia tutela a subsistência da

⁹⁸ “Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

(...)

§ 32 - Será concedida assistência Judiciária aos necessitados, na forma da lei.”

⁹⁹ GONÇALVES, *Op. Cit.*, p. 21.

pessoa, o que explica a celeridade do seu procedimento judicial. A necessidade ampliada dos mais pobres reflete no serviço de assistência jurídica, em que a matéria de Direito de Família é a mais recorrente.

3.1.8. Código de Processo Civil de 1973

O Código atualmente em vigor não cuidou da matéria da assistência jurídica, mantendo o tratamento dado pela Lei nº 1.060/50. No entendimento do legislador, a Lei nº 1.060 trazia disposições comuns aos processos Civil, Criminal, Trabalhista e Militar, de forma a não merecer uma regulamentação especial pertinente somente à parte civil.

Dizia ALFREDO BUZUID que seria necessária uma consolidação, sanando seus defeitos e omissões, e incluindo outras normas igualmente pertinentes a todos os códigos de processo existentes, sob a denominação “Disposições comuns aos Códigos de Processo Civil, de Processo Penal, de Processo Militar e de Processo do Trabalho”¹⁰⁰. Poucas questões, como a publicação de editais, foram incluídas ao longo do tempo, em decorrência de reformas na lei processual, como se verá a seguir.

3.1.9. Alterações no Processo Civil: 1979, 1983 e 1986

A Lei nº 5.584/70, que, nos dizeres de seu preâmbulo, dispõe sobre a prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, estabeleceu, no art. 14, § 1º, a concessão do direito para os que auferem “salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal”, e também aos que, independentemente do valor percebido, não possam demandar em juízo sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

No âmbito do direito processual civil, a Lei nº 6.707/79 provocou alteração na redação do art. 4º no mesmo sentido, permitindo a substituição do atestado de pobreza por cópia do contrato de trabalho, em que fique demonstrado o valor da remuneração igual ou inferior ao dobro do mínimo regional. Verifica-se, portanto, que o valor de dois salários mínimos era estabelecido como um parâmetro para aferição da pobreza.

¹⁰⁰ GRINOVER, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, p. 60.

Somente em 1983, durante as reformas de desburocratização do serviço público¹⁰¹, a declaração de pobreza firmada pelo próprio pleiteante passou a admitir presunção de veracidade, e, por conseguinte, a substituir a declaração emitida por autoridades policiais ou municipais. Era o art. 1º da Lei nº 7.115/83, *in verbis*:

“A declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, e sob as penas da Lei, presume-se verdadeira”.

A simplificação dos procedimentos ganhou ainda mais força quando, em 1986, três anos após admitir-se a presunção de veracidade da declaração de pobreza, tornou-se regra geral aquela introduzida pela lei de alimentos de 1968 e que, até então, só era válida aos seus respectivos procedimentos.

A Lei nº 7.510/86, dando nova redação ao art. 4º e §§ da Lei nº 1.060/50, tornou suficiente a simples afirmação, no corpo da petição inicial, de que o interessado não possui condições de pagar as custas processuais, sem prejuízo próprio ou à sua família, subscrita apenas pelo seu advogado constituído. Não ficava mais necessária, portando, a declaração de pobreza em instrumento próprio. Consagrou-se, portanto, a presunção de veracidade em favor de quem declarar-se pobre, ficando sujeita ao pagamento de até o décuplo das custas a pessoa que fizer afirmação falsa.

Observe-se que a nova redação pretendeu demonstrar a necessidade de fazer tal declaração na primeira oportunidade que a parte viesse aos autos, e, para tanto, tratou apenas da posição processual ativa, esquecendo-se que quem deve apresentar sua resposta à demanda também faz jus a concessão do direito, o que foi corrigido mediante construção doutrinária e jurisprudencial, por analogia.

¹⁰¹ “A via que seguiu, orientada pelos ideais de desburocratização do serviço público que adquiriram força entre nós, a Lei 7.115/83 passou a admitir a presunção de veracidade da declaração destinada, entre outros, a fazer prova de pobreza. Por conseguinte, graças a uma reforma externa, o procedimento concessivo da justiça gratuita tornou-se mais simples e dinâmico, dispensando os malsinados atestados fornecidos pelas autoridades públicas, cuja exigência muitas vezes submetia os interessados a situações vexatórias” (J.C.B. MOREIRA. *O Direito à Assistência Jurídica*, apud *Revista de Direito da Defensoria Pública*, nº 5, p. 132)

3.1.10. Constituição Federal de 1988

Restaurada a ordem democrática, a Constituição atualmente vigente traz positivado sob o artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, como evolução da norma trazida nas cartas constitucionais anteriores a respeito do amplo acesso à Justiça.

Trata-se, nos dizeres de JOSÉ AFONSO DA SILVA, do “princípio da proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos”¹⁰². A Constituição em vigor não faz restrição às lesões somente de direito individual e alarga sua abrangência também às ameaças de direito, ampliando o acesso ao Judiciário.

Seguindo esta linha, a Constituição promulgada em 1988 estabeleceu um tripé de políticas públicas, a saber: a Política Pública de Defesa dos Interesses Difusos, a Política Pública de Democratização do Judiciário e a Política Pública de Assistência Judiciária¹⁰³. Desta maneira, trouxe no art. 5º, LXXIV, como cláusula pétreia, o acesso à Justiça como direito fundamental do cidadão e o direito à “assistência jurídica integral e gratuita aos carentes de recursos”, expressão mais abrangente que “assistência judiciária”, não se tratando de mera sinonímia.

Desta maneira, o acesso à Justiça passou a ter *status* de direito fundamental do cidadão e o direito à “assistência jurídica integral e gratuita aos carentes de recursos” mostrou-se mais abrangente do que a “assistência judiciária”. A nova ordem constitucional estabeleceu que o direito ao acesso à justiça, para ser exercitado, seria agasalhado por um serviço público complexo e que exige aparelhamento estatal específico, qual seja, a Defensoria Pública, nos termos do artigo 134 da Carta Magna.

O pleno acesso à justiça aos necessitados não se resume apenas à mera isenção de custas e despesas aliada a um dever de honra que se exigia dos advogados, em descompasso com a realidade desta profissão em seu contexto socioeconômico, como alertou JOSÉ AFONSO DA SILVA ao apontar o dever honorífico como uma “*mistificação, que*

¹⁰² “A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não (...) O art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo” (J. A. da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 33ª ed., São Paulo, Malheiros, p. 431)

¹⁰³ A esse respeito, conferir C. M. C. GONÇALVES, *Assistência Jurídica Pública – Direitos Humanos e Políticas Sociais*, 2ª ed., Curitiba, 2010, Juruá, p. 22.

*não prospera numa economia de mercado na qual uma prestação não retribuída está destinada a ser de deficiente qualidade.”*¹⁰⁴

A Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, com o texto reformado pela Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009, dita as normas gerais para a organização das Defensorias da União e dos Estados e organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, estabelecendo a estrutura formal e organizacional do órgão estatal de assistência jurídica. A base legal continuou a ser dada pela Lei nº 1.060/50.

3.1.11. Em São Paulo, a Lei Complementar Estadual nº 668/06

A Constituição Estadual Paulista trazia em seu art. 103 a previsão de criação da Defensoria Pública, o que se procederia por meio de Lei Complementar. Em 2006, tal diploma, de número 668/06 foi aprovado e sancionado, criando o órgão no Estado. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo é a mais nova do País, e substituiu integralmente a atuação da Procuradoria de Assistência Judiciária que, a despeito de ter sido o primeiro órgão público estadual a prestar assistência judiciária, tinha um atendimento insuficiente. Tal é o quadro, hoje, da assistência judiciária em nosso Estado.

Apesar de todos os esforços na composição do quadro institucional, no aspecto prático, isto é, do acesso da população necessitada a esses instrumentos, ainda há muito a ser feito. CÁRMEN LÚCIA entende que “*a prestação jurisdicional não é tratada pelo Estado como a mais fundamental das obrigações estatais*¹⁰⁵”, sendo que um dos principais fatores para esta situação se dá em razão do desconhecimento por parte dos brasileiros acerca de seus direitos: “*somente o povo que conhece seus direitos – e este é um dado de educação política – pode reivindicá-los, e esta ainda não é a realidade nacional*¹⁰⁶”.

¹⁰⁴ Prossegue JOSÉ AFONSO DA SILVA, afirmando: “Embora, na concepção da Constituição (art. 133), o advogado seja um colaborador ativo e indispensável ao julgador na solução justa, e não somente formal, das controvérsias, não será justo impor-lhe um ônus, o patrocínio honorífico, que deve caber ao sistema de prestações positivas do Estado” (*Acesso à Justiça e Cidadania em face da reforma do Poder Judiciário* in R. QUARESMA e M.L.P. OLIVEIRA [coord.] *Direito Constitucional Brasileiro – Perspectivas e controvérsias contemporâneas*, p. 154)

¹⁰⁵ C. L. A. ROCHA, *O Direito Constitucional à Jurisdição* in S. de F. TEIXEIRA (Coord.), *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 32.

¹⁰⁶ *Idem*.

4. Fundamentos Constitucionais

Na Constituição estão delineados os traços fundamentais do direito processual. A organização da Justiça, a estrutura dos órgãos jurisdicionais e a declaração do direito objetivo, com o estabelecimento de alguns princípios processuais, dentre os quais o primeiro deles, o direito de acesso à justiça.

4.1. Igualdade

O jurista português CARLOS BABO, na década de 1940, assinalou que a igualdade perante a lei contém de forma implícita a igualdade de dignidade de todos os cidadãos e, conseqüentemente, o direito à assistência jurídica¹⁰⁷. Ele estabelece a situação como um dilema: o reconhecimento do direito à assistência opondo-se ao direito de mendicidade. Caso o cidadão não possa gozar do direito de ser assistido pelo Estado, exercendo uma função de previdência, não lhe pode ser negada a “liberdade sagrada de pedir esmola”¹⁰⁸.

Dessa forma, se o acesso à justiça tem como base a derrubada das barreiras que limitam o acesso pleno e efetivo do exercício do direito de ação e do direito de acesso ao Judiciário, indubitavelmente se coloca como seu maior fundamento o direito à igualdade.

Apregoa-se que a igualdade não se restringe à isonomia formal – igualdade de tratamento perante a lei –, e sim se estende à paridade de condições entre as partes, de modo a propiciar a todos os litigantes, mesmo os carentes de recursos financeiros, equivalentes oportunidades para influir e participar de processos judiciais, obter informações e movimentar a máquina judicial, sem obstáculos de fora da esfera do Direito.

Ensina ROBERT ALEXY que à assistência jurídica é *fattispecie* da aplicação do princípio da igualdade fática, “já que a não-garantia da assistência judiciária gratuita impede o necessitado, mas não o não-necessitado, de se utilizar de uma via judicial prevista pela lei, apenas porque não dispõe dos meios necessários para tanto”¹⁰⁹. A hipossuficiência de uma das partes consiste em razão suficiente para o tratamento desigual,

¹⁰⁷ C. BABO, *Assistência Judiciária*, pp. 10-11

¹⁰⁸ BABO, *Op. Cit.*, p. 11.

¹⁰⁹ ALEXY, *Op. Cit.*, p. 416.

de modo que este seja obrigatório. A teoria da igualdade fática comporta um programa para a distribuição dos bem socialmente distribuíveis.

Quer-se, destarte, a igualdade formal e material entre as partes em obediência ao “imperativo da paridade de armas entre os litigantes”, na expressão empregada por ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹¹⁰. Oportuno destacar que o objetivo é duplo: além de propiciar a garantia individual contra perseguições, almeja tolher privilégios ou, como ressalta CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, favoritismos¹¹¹. A isto ÂNGELO MARANINCHI GIANNAKOS se refere como dimensão social do princípio da igualdade, “o qual assegura a obtenção da igualdade real, mediante a supressão das distorções verificadas nos planos econômico, social e cultural”¹¹².

Nesse sentido, uma das expressões do direito à igualdade é a gratuidade nas despesas processuais concedida aos litigantes que não têm condições de com elas arcar¹¹³.

4.1.1. Posicionamento Constitucional

A Constituição Federal de 1988 se insere no rol das constituições contemporâneas que apresentam os resultados da evolução histórica das declarações de direitos fundamentais do homem, os quais, segundo ensinamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA, são compostos pelos direitos individuais, políticos, sociais e econômicos¹¹⁴. Nesse sentido, o texto constitucional expressamente declara tais direitos, dando-lhes reconhecimento positivo, possibilitando-se, assim, que assegurem sua efetividade.

A efetividade dos direitos fundamentais é possível mediante garantias assecuratórias, divididas em garantias gerais, “destinadas a assegurar a existência e a

¹¹⁰ Os autores consideram as defensorias públicas como instituições essenciais à garantia do acesso à justiça, correspondendo-lhes o princípio da igualdade em sua dimensão dinâmica. Cf. ARAUJO CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo, Malheiros, 21ª ed., 2005, p. 84..

¹¹¹ “Com efeito, a igualdade é um principio que visa a duplo objetivo, a saber: de um lado propiciar garantia individual (não é sem razão que se acha insculpido em artigo subordinado à rubrica constitucional “direitos e garantias individuais”) contra perseguições e de outro, tolher favoritismos” (C.A.B. de MELLO, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, São Paulo, RT, 1978, p. 30)

¹¹² A. M. GIANNAKOS. *Assistência Judiciária no Direito Brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 105.

¹¹³ “Ao se reconhecer a jurisdição como direito de todos, definindo-se, sistematicamente, o princípio da isonomia como um dos pilares fundamentais da construção jurídica positivada, assume o Estado o encargo irrecusável de prestá-la sem qualquer ônus” (ROCHA, *Op. Cit.*, pp. 35-36)

¹¹⁴ J.A. da SILVA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 33ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 149.

efetividade (eficácia social) daqueles direitos”¹¹⁵; e garantias constitucionais, “que consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais”¹¹⁶. Estas se subdividem em garantias constitucionais gerais, que impedem o arbítrio atuando como freios e contrapesos dos poderes em caráter geral; e garantias constitucionais especiais, as quais consistem em normas que estatuem técnicas e mecanismos limitadores da atuação dos órgãos estatais ou particulares, os quais se traduzem em instrumentos para proteção e exigibilidade dos direitos fundamentais, tomados de forma isolada ou em grupos¹¹⁷.

Somando-se a garantia geral de acesso ao Poder Judiciário à garantia constitucional especial da assistência jurídica integral e gratuita, depreende-se o direito fundamental de acesso à justiça, constitucionalmente estabelecido no ordenamento Pátrio, nos incisos XXXV e LXXVIV do artigo 5º da Magna Carta de 1988. Somente as garantias constitucionais são caracterizadas como imposições aos órgãos do Poder Público para impor ou limitar condutas, atendendo à observação dos direitos fundamentais, com vistas à efetivação do atendimento aos necessitados, na forma determinada pela Constituição.

4.2. Direito de acesso à Ordem Jurídica Justa

No inciso XXXV encontra-se o direito à não-exclusão da apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo Poder Judiciário. Trata-se, pela classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA, de um direito de igualdade:

“Significa tornar a acessibilidade à Justiça ampla e eficiente impondo ao Estado a adoção de preceitos positivos de conduta que almejem a ruptura de barreiras de cunho social, econômico e cultural que cerceiam as pessoas de realizar uma pretensão ou de exercer uma faculdade em juízo”¹¹⁸

¹¹⁵ SILVA, op. Cit., p. 188.

¹¹⁶ Idem, p. 188.

¹¹⁷ JOSÉ AFONSO DA SILVA expõe que “as garantias constitucionais especiais – e não direitos fundamentais – é que são os autênticos direitos públicos subjetivos, no sentido da doutrina clássica, porque, efetivamente, são concedidas pelas normas jurídicas constitucionais aos particulares para exigir o respeito, a observância, o cumprimento dos direitos fundamentais em concreto, importando, aí sim, imposições do Poder Público de atuações ou vedações destinadas a fazer valer os direitos garantidos” (op. Cit., p. 189)

¹¹⁸ OLIVEIRA, *Op. Cit.*, p. 61.

Desta forma, à afirmação do direito ao acesso à Justiça seguem as garantias gerais de que o Estado não imporá barreiras a quem necessitar do Judiciário para obter a defesa de direito lesionado ou ameaçado. E mais: uma vez a súplica tendo chegado até a autoridade judicial, esta tem por obrigação constitucional dar uma resposta para o demandante, não podendo ser aplicado o *non liquet* do direito romano.

Há, ainda, que se destacar a necessidade de não apenas viabilizar o acesso à Justiça enquanto uma instituição estatal, mas o acesso à uma *ordem jurídica justa*, seguindo a expressão empregada por KAZUO WATANABE¹¹⁹. Com efeito, o processo é um instrumento de efetivação da tutela jurisdicional, sendo o acesso à justiça a idéia central para a qual convergem os princípios e garantias constitucionais¹²⁰.

Deve-se levar em conta, ainda, a relação entre litigantes e seus defensores deixou de ser caracterizada pelo paternalismo e o assistencialismo, assumindo novas características no bojo dos movimentos populares, entidades não-governamentais e voluntárias, as quais foram denominadas de assessoria jurídica popular.

4.3. Direito à assistência jurídica integral e gratuita

Como expressa CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, uma vez reconhecida a jurisdição como direito de todos, “*definindo-se, sistematicamente, o princípio da isonomia como um dos pilares fundamentais da construção jurídica positivada, assume o Estado o encargo irrecusável de prestá-la sem qualquer ônus*”¹²¹. Esta organização é atribuída diretamente aos órgãos judiciais, não sendo regulada pela Constituição, mas por leis locais e regimentos e normas dos Tribunais.

Mas o direito igualitário de acesso à justiça estatuída no inciso XXXV não é suficiente. Ele imprime efetividade ao direito de defender um direito lesado ou ameaçado no Poder Judiciário, mas não agasalha toda uma série de percalços que um potencial demandante precisa enfrentar para chegar até a Justiça.

¹¹⁹ K. WATANABE, *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*, in A. P. GRINOVER, C. R. DINAMARCO e K. WATANABE (coord.), *Participação e Processo*, São Paulo, RT, 1988, p. 133.

¹²⁰ A. C. A. CINTRA, A. P. GRINOVER e C. R. DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, 21ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 35.

¹²¹ C.L.A. ROCHA, *O Direito Constitucional à Jurisdição* in TEIXEIRA, S.F. *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 36.

A propósito, GLAUCO GUMERATO RAMOS¹²²:

“Atualmente já está vencida a idéia de que a mera possibilidade de acesso aos órgãos judiciais seja a verdadeira significação da acepção jurídica de acesso à justiça. Hoje, muito mais do que o acesso aos tribunais, de fundamental importância mas não apto a esgotar todas as vias política e socialmente desejáveis de resolução de conflitos o fenômeno do acesso à justiça deve ser compreendido como a possibilidade material do ser humano em conviver em uma sociedade onde o direito é realizado de forma concreta.”

Resgatando as garantias constitucionais necessárias para efetivação de direitos, como ensinou DINAMARCO, há direitos cuja obtenção é possível pela não-intervenção do Estado e outros intimamente vinculados à atuação do Estado.

O que se quer dizer, neste ponto, é que antes de alguém acionar o Estado-juiz e mover sua demanda, é preciso que este alguém tenha consciência e tome conhecimento da existência de seus direitos, da extensão e limite destes e de que maneira pode solucionar a sua controvérsia. BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS identificou com precisão que, mesmo quando o hipossuficiente reconhece um direito a que faz jus, muitas vezes não terá como dispor da medida necessária para sua satisfação¹²³. Outros direitos, porém, se deparam com o obstáculo econômico, posto que necessitam de orientação e assistência profissional de advogado para que o cidadão possa reconhecer e, por seu custo, tornam-se inacessíveis para grande parte da população.

Como consequência lógica do princípio de igualdade jurídica, a Constituição Federal, para tutelar o efetivo exercício dessa igualdade, estabeleceu no inciso LXXIV do artigo 5º o direito à assistência jurídica integral e gratuita, que será prestada pelo Estado a todo aquele que tiver comprovada insuficiência de recursos.¹²⁴ Assistência jurídica, como se verá, traduz-se no suporte de informações jurídicas às pessoas que buscam o serviço e o conseqüente patrocínio de processos judiciais de forma gratuita.

O inciso LXXIV do art. 5º da Constituição de 1988 dispõe acerca da “assistência jurídica integral e gratuita”, no bojo das Políticas Públicas de Democratização ao Judiciário e de Assistência Judiciária¹²⁵. Trata, portanto, não apenas de direito a ser

¹²² G.G. RAMOS, *Realidade e perspectivas da assistência judiciária no Brasil* in J. LAGUARDIA et al., *Acesso à Justiça e Cidadania*, São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 38.

¹²³ B. de S. SANTOS, *O Acesso à Justiça*. In *Justiça: promessa e realidade*. Associação dos Magistrados Brasileiros (org.). Nova Fronteira, 1996, p. 410.

¹²⁴ Cf. GRINOVER, *A Garantia Constitucional do Direito de Ação e Sua Relevância no Processo Civil*, p. 126.

¹²⁵ A. T. R. MARCACINI, *Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita*, 1ª ed., 3ª tir., Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 101.

concedido aos litigantes em juízo, mas também administrativamente. O legislador constituinte pretendeu inserir a justiça gratuita no conceito de assistência jurídica, por conta, justamente, da confusão conceitual entre os institutos¹²⁶.

Com efeito, desde a promulgação da Constituição de 1988, o ordenamento jurídico Pátrio passou a prever, no artigo 5º, inciso LXXIV a prestação de assistência jurídica integral e gratuita pelo Estado aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Para prestar esse serviço público, a Constituição destacou as Defensorias Públicas, órgãos a serem organizados e implementados nos âmbitos da União e dos Estados, na forma do artigo 134. Todos os Estados da Federação, com exceção de Santa Catarina, implementaram suas defensorias estaduais. Conclui-se, destarte, que a regulação das Defensorias, na forma da Constituição, bem como o próprio inciso LXXIV do artigo 5º compõem garantias constitucionais especiais para o fim de assegurar o direito fundamental de acesso à Justiça.

4.4. Assistência jurídica integral e gratuita como direito fundamental individual

Prosseguindo na lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, todos os direitos fundamentais arrolados nos incisos do art. 5º da Constituição Federal podem ser classificados em cinco grupos:

- (i) direito à vida;
- (ii) direito à intimidade;
- (iii) direito de igualdade;
- (iv) direito de liberdade;
- (v) direito de propriedade¹²⁷.

A implementação do acesso à justiça às pessoas em desvantagem socioeconômica passa pela institucionalização da assistência jurídica integral e gratuita, direito fundamental de igualdade¹²⁸.

¹²⁶ MARCACINI, *Op. Cit.*, p. 34.

¹²⁷ SILVA, *Op. Cit.*, p. 193.

A Constituição determina o tratamento desigual aos litigantes, à medida de suas desigualdades, oferecendo-lhe as condições, na forma do art. 5º, LXXIV, para que estes possam demandar em igualdade de condições. É por tal razão que a estas providências não se deve referir como benefícios ou benesses, tampouco favorecimentos, porque se tratam de garantias constitucionais para a efetivação da isonomia. O emprego destas expressões equivocadas que, desafortunadamente, tornaram-se usuais na doutrina e jurisprudência, traduz a indevida interpretação de que a concessão da assistência jurídica ou da gratuidade na tramitação do processo produzem uma vantagem à parte dita beneficiária, o que não é verdadeiro e desvirtua o espírito dos institutos.

4.5. Assistência jurídica integral e gratuita como direito social

Embora a assistência jurídica integral e gratuita seja trazida pelo texto constitucional sob o título de direito fundamental individual, e assim tenha sido tratada neste trabalho até o momento, por sua natureza, é possível concebê-la na forma de direito social.

CARLOS BABO considerou que o direito à assistência jurídica decorre da solidariedade social, o que não significa que se trate de uma expressão de caridade ou de generosidade, mas de obrigação estrita sem qualquer contrapartida ou reconhecimento¹²⁹:

“A assistência não é caridade, porque a assistência é uma virtude social e a caridade não. A assistência não é caridade, porque a assistência não é um instituto distribuidor de esmolas, a assistência não é um alfofre de favores. Pela assistência, a sociedade, ou o Estado que a representa, presta os serviços de uma obrigação directamente correspondente a um direito inerente à própria natureza”

A Constituição Federal elencou no seu artigo 6º como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação¹³⁰, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Essa assistência está relacionada à seguridade social, expressa nos artigos 203 e 204 da

¹²⁸ SILVA, *Op. Cit.*, p. 220.

¹²⁹ BABO, *Op. Cit.*, p. 11.

¹³⁰ A alimentação foi incluída como direito social pela Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010.

Constituição, destinada aos desvalidos em geral¹³¹, independentemente de contribuição, porque financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, mediante recursos do Estado e das contribuições sociais estabelecidas por lei, conforme estabelecem os artigos 194 e 195 do texto constitucional.

De acordo com o conceito estabelecido por JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.”¹³²

Embora a assistência prevista no artigo 6º não se destine aos desamparados que necessitem de serviços jurídicos, porque existe previsão constitucional específica, sob o abrigo dos direitos e garantias constitucionais individuais, parte da doutrina sustenta que o acesso à justiça deve ser entendido também como direito social.

MAURO CAPPELLETTI sustenta que a evolução da mera igualdade formal para uma igualdade material faz com que uma nova gama de direitos sociais torne obsoleto o entendimento pela mera responsabilidade individual para defesa de seus direitos. A evolução e massificação das relações sociais teria tornado destituída de sentido a importância da titularidade de direitos, diminuindo-se a relevância da individualidade para sua reivindicação. Assim, a ação positiva do Estado que possibilite a isonomia torna-se essencial.

“O acesso [à justiça] não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da nova processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”¹³³.

A comprovação de que a assistência jurídica pública tal como estabelecida na Constituição é direito social reside no fato de que o Estado garantirá tal direito, por meio de intervenção direta e prestação de serviços públicos.

Também refletem a expressão social do acesso à Justiça as ações afirmativas de combate à discriminação de excluídos como as mulheres, as crianças, os idosos e os deficientes físicos, realizadas pela Defensoria Pública e pelas entidades conveniadas, que

¹³¹ Cf. SILVA, op. Cit., p. 311.

¹³² Op. Cit., p. 286.

¹³³ M. CAPPELLETTI. e B. GARTH. *Acesso à Justiça*, p. 13.

muitas vezes possuem ações coordenadas ou são especializadas aos direitos de classes específicas. Da mesma forma os reflexos materiais residem no estabelecimento da chamada assessoria jurídica popular, da qual trataremos em capítulo específico.

CLÁUDIA MARIA COSTA GONÇALVES atesta que a natureza constitucional da assistência jurídica é a de um direito institucionalizado como política social¹³⁴. Afirma a autora que desde a década de 1970 surgiram Políticas Públicas de Acesso aos Direitos, com atuação sistemática e organizada do Estado para democratização do Judiciário e prestação de assistência jurídica.

Reflexo dessa caracterização social do acesso à justiça na legislação é a presença da Política Pública de Assistência Judiciária na Constituição Federal de 1988, especialmente nos artigos 5º, inciso LXXIV e 134, e que “*envolve o conjunto de ações que devem ser concretizadas prioritariamente pelo Estado, visando à prestação de serviços de defesa e orientação jurídica integrais e gratuitos àquele que não tiver condições de custear, sem prejuízo do seu sustento ou do de sua família, as despesas processuais e os honorários advocatícios*”¹³⁵.

ROBERT ALEXY leciona: “*sempre que houver uma relação constitucional desse tipo, entre um titular de direito fundamental e o Estado, o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito*”¹³⁶. Aqui reside o paradoxo da interpretação do direito à assistência jurídica como direito fundamental social: em que pese a existência de uma política pública de acesso à justiça, bem como de remédios processuais para a sua concessão, quando não ministrada, o pleito judicial com vistas à obtenção de assistência jurídica que se vê negada pela ausência de defensores públicos, por exemplo, parece contraditório, uma vez que se pleiteia algo que está sendo efetivado pela via da própria ação. Não se olvide, evidentemente, da possibilidade de entidades do terceiro setor ou de assessoria jurídica popular promovam tais demandas, num contexto de interesse coletivo, na qual tal hipótese soa mais plausível.

Também refletem a expressão social do acesso à Justiça as ações afirmativas de combate à discriminação de excluídos como as mulheres, as crianças, os idosos e os deficientes físicos, realizadas pela Defensoria Pública e pelas entidades conveniadas, que muitas vezes possuem ações coordenadas ou são especializadas aos direitos de classes

¹³⁴ C.M.C. GONÇALVES. *Op.Cit.*, p. 56.

¹³⁵ GONÇALVES, op. Cit., p. 16.

¹³⁶ R. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2011, p. 445.

específicas. Da mesma forma os reflexos materiais residem no estabelecimento da chamada assessoria jurídica popular, da qual trataremos em capítulo específico.

Portanto, o direito à assistência jurídica integral e gratuita é direito fundamental que apresenta pontos comuns entre o direito individual e o direito social. Como direito individual, é espécie inserta no leque do direito fundamental à igualdade, e assim se situa formalmente na Constituição Federal. Ao mesmo tempo, guarda características de direito social, na medida em que o Estado se responsabiliza a garanti-lo, por meio de intervenção direta e prestação de serviços públicos, orientados na forma política pública, posição reforçada pela ações afirmativas de combate à discriminação de excluídos efetivadas pelas defensorias públicas e entidades a ela equiparadas.

5. Conceitos

A Constituição ao falar das defensorias públicas no art. 134 e se referir, no inciso LXXIV do artigo 5º à assistência jurídica gratuita como um serviço público complexo e que exige aparelhamento estatal específico, trouxe equívocos de interpretação e dificuldades na atuação dos entes não governamentais, os quais, por vezes, não são reconhecidos pelos aplicadores do Direito.

A propósito, expõem WALTER PIVA RODRIGUES e AUGUSTO TAVARES ROSA MARCACINI:

“Nossa constituição atual promete uma ‘assistência jurídica integral e gratuita’, o que vai além da mera gratuidade processual ou da assistência judiciária, regidas na Lei nº 1.060/50. Esta lei confunde os conceitos de justiça gratuita e assistência judiciária e, não raro, os intérpretes do Direito não distinguem destes dois primeiros o novo conceito contido na Constituição. Em especial, muito se discute se o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição, ao falar em comprovação da insuficiência de recursos, teria revogado a Lei nº 1.060/50, no que tange a suficiência da mera declaração de pobreza, para obtenção do benefício”¹³⁷.

A conceituação consagrada pela doutrina e adotada neste trabalho foi dada por AUGUSTO TAVARES ROSA MARCACINI, em estudo no qual diferenciou os três institutos: a justiça gratuita, a assistência judiciária e a assistência jurídica. Estes, na própria Lei nº 1.060/50¹³⁸, eram tomados como sinônimos, tratamento que foi repetido por parte da doutrina¹³⁹ e que MARCACINI entende por equivocado.

Uma demonstração clara de que os conceitos são diferentes, além de um exemplo de boa técnica legislativa, dá a Lei Complementar nº 80/94, que, em seu artigo 18, inciso II, distingue corretamente os institutos ao impor como uma das atribuições dos defensores públicos “*postular a concessão de gratuidade de justiça para os necessitados*”. Deste excerto da norma, tem-se claro que o defensor público está desempenhando a assistência judiciária, atuando perante o Poder Judiciário em nome do assistido. E um de seus pleitos em juízo é a concessão da justiça gratuita.

¹³⁷ W. P. RODRIGUES e A.T.R. MARCACINI, *Op. Cit.*, p. 396.

¹³⁸ A. T. R. MARCACINI. *Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita*. São Paulo, Forense, 2003, pp. 31 ss.

¹³⁹ HUMBERTO THEODORO JR., por exemplo, adota as expressões assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita sinonimicamente (*Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, 44ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 108.)

A importância de delimitar e distinguir os conceitos não é sem propósito, como se verá no decorrer deste trabalho.

5.1. Justiça Gratuita

A justiça gratuita deve ser entendida como a isenção de todas as custas e despesas, processuais ou não, necessárias ao exercício de direitos e faculdades processuais, e relativas ao exercício do devido processo legal¹⁴⁰.

O artigo 3º estabelece em seus incisos um rol compreendendo as seguintes isenções:

- “I - das taxas judiciárias e dos selos;
- II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;
- III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;
- IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados;
- V - dos honorários de advogado e peritos.
- VI – 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. (Incluído pela Lei nº 10.317, de 2001)
- VII – dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).”

Não se fala apenas em despesas processuais porque a gratuidade não abarca apenas aquelas que têm respaldo meramente procedimental ou vinculado ao exercício do direito de ação, figurativamente representados, *grosso modo*, pelas taxas judiciárias, despesas com serventuários da justiça e honorários advocatícios. De acordo com o texto legal, certos dispêndios atinentes à produção de prova também gozem de isenção de pagamento, desobrigando o beneficiário do pagamento dos honorários de perito e, desde

¹⁴⁰ MARCACINI, *Op. Cit.*, p. 31.

2001, passou a incluir no rol de dispensas os gastos com a realização do exame de paternidade efetuado por meio da análise do traço genético.

Segundo WALTER PIVA RODRIGUES e AUGUSTO TAVARES ROSA MARCACINI¹⁴¹:

“O pobre deve ser dispensado de todas as despesas decorrentes de sua participação no processo. De nada adiantaria isentar o pobre do pagamento da taxa judiciária, permitindo o ingresso em juízo, se, depois, para bem atuar no processo.”

ROGÉRIO NUNES DE OLIVEIRA, indo ao encontro do parecer de PIVA RODRIGUES e MARCACINI define as despesas decorrentes da participação no processo¹⁴²:

“Todo e qualquer ato extrajudicial que se revele conseqüência direta de um processo judicial ou que se mostre necessário à realização de um direito subjetivo ou ao exercício de uma faculdade jurídica a que faça jus o titular do direito à assistência jurídica gratuita”.

Justiça gratuita, portanto, consiste na isenção do pagamento de todas as custas e despesas atinentes à defesa do cidadão necessitado em juízo.

A lei, todavia, determina que a isenção somente se torna definitiva após o prazo de cinco anos após o trânsito em julgado da sentença, momento em que também as despesas se tornam inexigíveis por força da prescrição. Durante o lapso temporal determinado pelo artigo 12, portanto, tem-se um período no qual a pretensão fica suspensa, podendo ser exigida mediante comprovação da alteração da fortuna do litigante, que lhe permita arcar com os gastos sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

5.1.1. Perícia

As despesas do assistido com as perícias judiciais devem receber o mesmo tratamento das demais custas processuais, a teor do artigo 3º, inciso V, da Lei nº 1.060/50, e não mereceriam referência especial, não fosse a existência de aspectos particulares, mormente por envolver a remuneração de profissional liberal nomeado pelo juiz para participar do processo e desenvolver seu múnus com a colaboração das partes, em

¹⁴¹ “É irrelevante, até, distinguir quem é o credor desta despesa. Pode ser o próprio Poder Público, como podem ser os cartórios extrajudiciais, ou qualquer particular. Todos têm o dever de colaborar com a realização da justiça, guardadas as possibilidades de cada um” (W. P. RODRIGUES e A. T. R. MARCACINI, *Proposta de Alteração da Lei de Assistência Judiciária* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 93, 1998, p. 399)

¹⁴² OLIVEIRA, *Op. Cit.*, p. 100.

situações que dizem respeito, muitas vezes, a questões complexas ou causas de elevado valor.

É comum determinar-se o depósito prévio dos honorários do perito, conforme o artigo 33, parágrafo único do Código de Processo Civil. De inversão do ônus da prova, por conta da impossibilidade de pagamento dos honorários periciais, não se cogita¹⁴³: a impossibilidade de remuneração do profissional pela parte que requer a produção da prova não configura hipótese de “tornar excessivamente difícil” o exercício do direito¹⁴⁴, como exige o artigo 333, parágrafo único, inciso II, justamente pela existência da previsão legal da isenção do pagamento das custas processuais, da Lei nº 1.060/50. Ademais, a hipossuficiência, na acepção do Código de Defesa do Consumidor, como se verá à frente, não é fundamento para a inversão do ônus da prova. A lei consumerista busca responder ao desequilíbrio técnico entre as partes, e não o econômico¹⁴⁵.

O Superior Tribunal de Justiça não deixa dúvidas quanto à impossibilidade de imposição ao assistido pelo custeio das despesas com a perícia:

¹⁴³ Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo apresenta entendimento pela inoportunidade de inversão do ônus da prova em razão de ser a parte ser atendida pela assistência judiciária:

“Ação de indenização. Decisão determinando que a ré deposite o valor da remuneração do Sr. Perito. Inconformismo por parte da ré. Não acolhimento. Os honorários periciais devem ser adiantados pela parte que requereu a realização da perícia, ou pelo autor, quando requerida por ambas as partes - art. 33 do CPC. Ausência de requerimento por parte do autor - o fato de ser ele beneficiário da justiça gratuita não altera a distribuição do ônus de adiantamento de despesas estabelecida pelo CPC. Decisão mantida. Agravo de instrumento não provido.” (TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 990.10.498774-1, Rel. Des. Piva Rodrigues, j. 05.04.2011)

¹⁴⁴ Comenta COSTA MACHADO que a regra é “inaplicável praticamente”. “Trata-se de disposição que faculta às partes a prática de ato dispositivo bilateral (convenção processual) sobre distribuição do ônus da prova, mas que acabou não se incorporando à mentalidade jurídico-processual de nossos advogados” (*Código de Processo Civil Interpretado e Anotado*, 2ª ed. Barueri, Manole, 2008, p. 670)

¹⁴⁵ “PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONTRATO DE FINANCIAMENTO DA CASA PRÓPRIA - SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - HONORÁRIOS PERICIAIS - ADIANTAMENTO - ARTIGO 33 DO CPC - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - REGRA DE JULGAMENTO - ARTIGO 6º INCISO VIII DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR . JUSTIÇA GRATUITA - LEI 1060/50 - REDUÇÃO DO VALOR FIXADO À TÍTULO DE HONORÁRIOS PERICIAIS - AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO

1. Os honorários devidos ao perito, enquanto não disciplinada a responsabilidade pelo ônus da sucumbência em final julgamento, devem ser suportados pela parte que houver requerido a prova, ou pelo autor, quando requerida por ambas as partes, ou quando determinada de ofício pelo Juiz, nos termos do que dispõe o artigo 33 do Código de Processo Civil.

2. A expressão "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova ..." contida no inciso VIII, do artigo 6º, da Lei 8.078/90 não se traduz em inversão da responsabilidade pelo adiantamento dos honorários periciais.

3. Se a parte não tem condições de suportar as custas e despesas do processo, deve valer-se do disposto na Lei nº 1060/50.

4. Valor fixado à título de honorários periciais mantido, porquanto arbitrado nos limites estabelecidos pela Resolução nº 175 do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região.

5. Agravo parcialmente provido.” (TRF 3ª Região, Agravo de Instrumento nº2001.03.00.024323-3, Rel. Des. Ramza Tartuce, j. 18.12.2001, DJU 10/09/2002, p. 746)

“PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. PERÍCIA. DESPESAS MATERIAIS. INCLUSÃO NA GRATUIDADE. PRECEDENTES.

As despesas pessoais e materiais necessárias para a realização da perícia e confecção do respectivo laudo estão abrangidas pela isenção legal de que goza o beneficiário da justiça gratuita.

Como não se pode exigir do perito que assuma o ônus financeiro para execução desses atos, é evidente que essa obrigação deve ser desincumbida pelo Estado, a quem foi conferido o dever constitucional e legal de prestar assistência judiciária aos necessitados.

Não fosse assim, a garantia democrática de acesso à Justiça restaria prejudicada, frustrando a expectativa daqueles privados da sorte de poderem custear, com seus próprios meios, a defesa de seus direitos.

Recurso conhecido e provido.” (STJ, REsp 131815/SP, Min. César Asfor Rocha, 4ª Turma, j. 16/06/1998, DJ 28/09/1998 p. 63)¹⁴⁶

A interpretação do STJ a respeito da responsabilização do Estado pela remuneração do perito encontra as suas ressalvas. Diferentemente do julgamento anteriormente colacionado, o Tribunal apresentou orientação pela exclusão da obrigação pelo ente público:

“PROCESSUAL CIVIL. PERÍCIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. DESPESAS COM A PROVA TÉCNICA DE ENGENHARIA. USUCAPIÃO URBANO. AUSÊNCIA DE COMPLEXIDADE OU CUSTO ELEVADO NA REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DIRETA DO TRABALHO PELO ESTADO, EM TAIS CIRCUNSTÂNCIAS. OBRIGAÇÃO DE CUSTEIO DE PERITO AUTÔNOMO AFASTADA. I. A isenção prevista na Lei n. 1.060/50 não obriga o Estado a reembolsar as despesas necessárias à realização da prova pericial requerida pela parte assistida pela Justiça gratuita. II. Caso, todavia, em que dado à ausência de complexidade ou onerosidade da perícia, que não demanda, na espécie, gastos significativos com recursos humanos, materiais ou exames laboratoriais, pode o trabalho ser exercido diretamente por repartição administrativa do próprio ente público, quando necessária mera disponibilização de infraestrutura já existente, em colaboração com o Poder Judiciário. III. Recurso especial conhecido e provido em parte.” (REsp 81.901/SP, Relator Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, j. 07.08.2001).

De acordo com o voto do Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, a lei define apenas a desobrigação do pagamento antecipado dos honorários periciais e demais custas para a realização da prova técnica, “*o que não significa que vá competir ao Estado arcar com o valor correspondente*”. O acórdão aponta como sendo de inteira responsabilidade do profissional a aceitação do encargo de perito. E, uma vez aceitando participar como

¹⁴⁶ No mesmo sentido: REsp. 15529/SP, Min. Nilson Naves, 3ª Turma, J. 11.02.1992, in RSTJ Vol. 37, p. 484; REsp. 131.815, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, j. 16.6.98, v.u., DJU 28.9.98, p. 63.

auxiliar do juízo, manifesta anuência e aceitação do risco de vir a não receber remuneração, conforme o resultado do processo.

Outra situação freqüente é a recusa dos profissionais a realizarem a perícia, declinando-se à nomeação sob a alegação de impossibilidade momentânea ou outro motivo relevante, mas demonstrando, “nas entrelinhas”, como diz ROGÉRIO NUNES DE OLIVEIRA, intenção de “*livrar-se da incumbência que lhe foi cometida porque não deseja receber ao final ou, ainda, correr o risco de restar vencida a parte à qual se deferiu a gratuidade da justiça*”¹⁴⁷. MARCACINI nos lembra que por gozar da confiança do magistrado, o profissional é nomeado para atuar como perito judicial com freqüência, sendo remunerado¹⁴⁸. Por tais razões, “tem o perito o dever de prestar seus serviços gratuitamente, num primeiro momento”.

O Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, no julgamento do Recurso Especial acima mencionado, apresenta solução semelhante, ao observar que o perito será compensado ao receber nomeações para desempenhar seus préstimos em outros processos:

“Lembro que essa situação é muito comum na Justiça Obreira, quando a perícia é postulada pelo empregado reclamante, e nem por isso elas têm deixado de ser realizadas, até porque os profissionais que costumam prestar serviço para os magistrados de 1º grau, que gozam da sua confiança, logram, em compensação, obter ocupação contínua em processos outros, em que recebem devida e antecipadamente pela atividade.”¹⁴⁹

O desprendimento do perito em aceitar o encargo não é a única possibilidade. O STJ apresenta a alternativa de ser a perícia exercida diretamente pelo próprio ente público, utilizando-se de órgão oficial com infraestrutura administrativa já existente e sem interesse na causa, em reforço à previsão do artigo 434 do Código de Processo Civil¹⁵⁰:

¹⁴⁷ OLIVEIRA, *Op. Cit.*, pp. 142/143.

¹⁴⁸ MARCACINI, *Op. Cit.*, p. 42.

¹⁴⁹ REsp 81.901/SP, Relator Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, j. 07.08.2001

¹⁵⁰ “Art. 434. Quando o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento, ou for de natureza médico-legal, o perito será escolhido, de preferência, entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados. O juiz autorizará a remessa dos autos, bem como do material sujeito a exame, ao diretor do estabelecimento.”

O Tribunal de Justiça de São Paulo assentou no mesmo sentido:

“PROVA PERICIAL - SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT - PERÍCIA REQUERIDA PELAS PARTES – AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA - ÔNUS DO ESTADO RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Quando o ônus da prova pericial for atribuído à parte beneficiária da assistência judiciária gratuita (CPC, art. 33), o pagamento do perito indicado para atuar nos processos judiciais, de competência da Justiça Estadual, será feito, de preferência, por estabelecimento oficial, nos termos do art. 434 do CPC. “In casu”, recomenda-se que o juiz da causa oficie a Defensoria Pública,

“RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS PERICIAIS. JUSTIÇA GRATUITA. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA SUA REALIZAÇÃO.

1. Os benefícios da assistência judiciária gratuita incluem os honorários de perito, razão pela qual não deve ser imputado ao beneficiário da justiça gratuita o dever de adiantar tal despesa, nos termos do art. 3º, inciso V, da Lei n.º 1.060/50.
2. A parte que não requereu a realização da prova técnica não deve arcar antecipadamente com os custos dos honorários periciais, segundo o art. 33 do CPC, da mesma forma que não é razoável imputar ao profissional técnico os custos da realização de perícia, que só aproveitará aos particulares e à eficiente prestação jurisdicional.
3. Deve-se adotar uma interpretação sistemática e teleológica das normas processuais, a fim de não se esvaziar a garantia fundamental de acesso gratuito ao Judiciário, pelos jurisdicionados menos afortunados, e nem se desvirtuar completamente o princípio da causalidade, que informa a justa distribuição das despesas processuais entre as partes.
4. Dessa forma, devem os autos retornar ao Juízo *a quo* para a efetivação da prova. Não concordando o perito nomeado em aguardar o final do processo, para o recebimento dos honorários, deve o Juízo a quo nomear outro perito, a ser designado entre técnicos de estabelecimento oficial especializado ou repartição administrativa do ente público responsável pelo custeio da prova pericial, devendo a perícia se realizar com a colaboração do Poder Judiciário. Precedentes: REsp 435.448/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 04.11.2002; REsp 220.229/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 11.06.2001; REsp 81.901/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 04.02.2002.
5. Recurso especial provido.”¹⁵¹

Esta possibilidade do custeio da prova pericial pelo Estado levou o Supremo Tribunal Federal a decidir¹⁵² pela relativização da coisa julgada no caso de ação de investigação de paternidade na qual era a parte representada pela assistência judiciária e o Estado não dispunha de meios para realização de exame genético e que fora julgada improcedente, com a sentença transitada em julgado. Permitiu-se, assim, a repositura da demanda:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À

solicitando o custeio das despesas periciais a ser realizada por particular.” (Agravo de Instrumento nº 0112204-70.2012.8.26.0000, Rel. Des. Clóvis Castelo, 35ª Câmara de Direito Privado, v.u., j. 06.08.2012)

¹⁵¹ STJ, REsp 1.190.021/MG, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 01.12.2011, v.u.

¹⁵² RE 363889/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, maioria de votos, DJe-238, 16.12.2011)

PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE.

1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova.
2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.
3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável.
4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada.
5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.”

Em São Paulo, a Corregedoria Geral de Justiça deste estado determina que se atenda à Deliberação nº 92 de 2008 do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado¹⁵³:

“Art. 1º: O pagamento de perito indicado para atuar em processo judicial de natureza cível, de competência da Justiça Estadual, em que o ônus da prova pericial tenha sido atribuído à parte beneficiária da assistência judiciária gratuita, será feito com recursos do será feito com recursos do Fundo de Assistência Judiciária - FAJ, quando houver recursos orçamentários e financeiros disponíveis, até os limites previstos na seguinte tabela: (...)”

Parágrafo segundo - O pagamento de peritos, nos termos desta Deliberação, deverá ser suportado exclusivamente com recursos

¹⁵³ A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo vem seguindo esta orientação:

“Agravo de instrumento Ação anulatória c/c reparação por danos morais com pedido de antecipação de tutela. Autor, requerente de perícia médica, beneficiário da justiça gratuita. Decisão que determinou o pagamento dos honorários do perito às rés. Insurgência. Requerida a perícia pelo autor, beneficiário da justiça gratuita, não pode ser imposto ao réu o pagamento dos honorários periciais. A perícia, nesse caso, será realizada pelo perito nomeado, que será remunerado pelo Fundo de Assistência Judiciária FAJ, ou receberá a final seus honorários se a ré for vencida, ou pelo IMESC. Agravo provido.” (Agravo de Instrumento nº 0257791-60.2011.8.26.0000, Rel. Des. Moraes Pucci, 27ª Câmara de Direito Privado, v.u., j. 17.07.2012)

disponíveis no Fundo de Assistência Judiciária - FAJ e não poderá ultrapassar o montante constante da tabela do caput do presente artigo, ainda que superior o valor arbitrado pelo juiz da causa a título de honorários periciais, sendo que o levantamento deste numerário implicará quitação e renúncia ao direito de reclamar saldos desta contraprestação.”

Desta forma, existe previsão de verba com destinação específica, do fundo destinado ao custeio das despesas das partes assistidas pela Defensoria Pública estadual, para a remuneração dos peritos no estado de São Paulo, quantia que deverá ser restituída ao fundo pela parte adversária em caso de esta sair derrotada ao final do processo.

5.1.2. Prerrogativas

FERNANDA TARTUCE expõe que em situações de dificuldades enfrentadas por determinados litigantes, são aplicados mecanismos visando à compensação dos desequilíbrios entre as partes do processo. É este o caso da prioridade na tramitação de ações nas quais há interesse de idoso, da inversão do ônus da prova em relação ao consumidor e os prazos dilatados para manifestações e recursos da Fazenda Pública, dentre outros¹⁵⁴.

Com efeito, além da obtenção da isenção de pagamento das despesas do litígio, os litigantes que obtêm o deferimento da tramitação gratuita do processo passam a contar tratamento diferenciado, situações referidas pela Lei nº 1.060/50, como benefícios, terminologia, aliás, igualmente usada em referência à justiça gratuita. ROGÉRIO NUNES DE OLIVEIRA evita tal nomenclatura, definindo-as como “prestações materiais incluídas na esfera do direito à Justiça Gratuita”¹⁵⁵. MARCACINI adota a expressão “tratamento diferenciado concedido ao serviço de assistência judiciária”¹⁵⁶.

FERNANDA TARTUCE prefere a utilização do termo “prerrogativas”, por entendê-las como diferenciações nas quais prevalece o direito público, afastando qualquer outra interpretação que caracterize priorização de interesses particulares¹⁵⁷ e, por tal motivo, afasta especificamente a expressão “privilégios”.

O artigo 3º, parágrafo único, da Lei nº 1.060/50, entabula como prerrogativa consorte à gratuidade da tramitação do processo a isenção da obrigação de publicar edital

¹⁵⁴ F. TARTUCE, *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*, p. 229.

¹⁵⁵ OLIVEIRA, *Op. Cit.*, p. 134.

¹⁵⁶ MARCACINI, *Op. Cit.*, p. 73.

¹⁵⁷ TARTUCE, *Op. Cit.*, pp. 226-227.

em jornal local para a realização de citação editalícia, prevista no artigo 232, inciso III, do Código de Processo Civil,¹⁵⁸.

Duas prerrogativas legais são dirigidas à entidade de direito público que realiza a assistência judiciária. A primeira, trazida pelo artigo 16, parágrafo único, após a reforma realizada pela Lei nº 6.248, de 1975 diz respeito à inexistência de apresentação de instrumento de mandato quando a parte é representada em juízo por advogado integrante de serviço estatal de assistência judiciária, ou seja, o que se entende contemporaneamente por defensor público¹⁵⁹. Outros órgãos privados a ela associados não gozam desta distinção.

A segunda prerrogativa reside no artigo 5º, § 5º e estabelece o prazo em dobro e a intimação pessoal dos defensores públicos. Porém, diversamente da anterior, esta estende sua abrangência aos que “exercem cargo equivalente” à Defensoria Pública¹⁶⁰ pela escrita constitucional, atingindo, assim, as organizações não governamentais e órgãos conveniados ao Estado, inclusive estudantis¹⁶¹. Tal situação se justifica pela inclusão desta norma por meio da Lei nº 7.871, de 1989, já sob a vigência da Constituição de 1988 e em total conformidade com o seu espírito garantista.

Quanto aos advogados liberais, o Supremo Tribunal Federal valeu-se do mesmo entendimento para restringir-lhes a aplicação das prerrogativas:

“Entendo que os Advogados dativos não são destinatários das prerrogativas processuais estabelecidas tanto pelo diploma legislativo em questão quanto pela Lei Complementar nº 80/94. As leis referidas claramente restringiram a dimensão subjetiva da aplicabilidade, pois limitaram aos Defensores Públicos, ou aos que exercem, no âmbito do sistema de assistência judiciária organizado e mantido pelo Poder

¹⁵⁸ “Parágrafo único. A publicação de edital em jornal encarregado da divulgação de atos oficiais, na forma do inciso III, dispensa a publicação em outro jornal”. O inciso III referido trata da isenção “das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais”.

¹⁵⁹ “Art. 16. Parágrafo único. O instrumento de mandato não será exigido, quando a parte for representada em juízo por advogado integrante de entidade de direito público incumbido na forma da lei, de prestação de assistência judiciária gratuita”

¹⁶⁰ Art. 5º, § 5º Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos”

¹⁶¹ Tornou-se paradigmático o aresto do Superior Tribunal de Justiça:

“ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. PRAZOS DOBRADOS. AOS ADVOGADOS DO CENTRO ACADÊMICO XI DE AGOSTO, DA FACULDADE DE DIREITO DA USP, ENTIDADE CONVENIADA COM O ESTADO DE SÃO PAULO "VISANDO A PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA, " ENQUANTO PRESTANTES DA REFERIDA ASSISTÊNCIA ÀS PESSOAS CARENTES, CONTAM-SE EM DOBRO TODOS OS PRAZOS. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DEU PROVIMENTO. UNÂNIME.” (REsp 23.952/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Fontes de Alencar, DJ 06.10.1992). No mesmo sentido, REsp 1.106.213/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.10.2011.

Público, cargo equivalente – e a estes, somente – os benefícios de índole processual já mencionados.”¹⁶²

5.2. Assistência Judiciária

A **assistência judiciária** consiste num serviço público organizado para fornecer patrocínio gratuito da causa, e engloba, também, a gratuidade processual. O instituto destina-se a favorecer o ingresso em juízo dos desprovidos de recursos financeiros¹⁶³. Este serviço deve ser oferecido pelo Estado, conforme disposição constitucional, mas não há óbice para que seja também desempenhado por entidades não-estatais, conveniadas ou não com o Poder Público¹⁶⁴.

Portanto, nesse viés, como se verá, a assistência judiciária também pode ser desempenhada por advogado particular, quando resultante de convênio estatal com a Ordem dos Advogados, ou por organizações como o Departamento Jurídico XI de Agosto.

5.3. Assistência Jurídica

Por fim, por **assistência jurídica**, tem-se a prestação de um serviço que envolve não somente a assistência judiciária, mas também a consultoria e a orientação jurídica, não-relacionada a processos judiciais. É a isto que se refere a Constituição

¹⁶² STF, Ag nº 167.023/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29.06.1995. No mesmo sentido, AI 153928 AgR-ED-ED-EDv-AgR, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 13.06.2003. E, mais recentemente, AI nº 747.252/SP-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe 18.09.2009 e A gR no AI nº 242.160, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. 28.02.2012.

O Superior Tribunal de Justiça segue o mesmo posicionamento:

“AGRAVO REGIMENTAL. INTEMPESTIVIDADE. GRATUIDADE JUDICIÁRIA DEFERIDA. ADVOGADO PARTICULAR. PRAZO EM DOBRO PREVISÃO NO § 5º DO ART. 5º DA LEI N. 1.60/50. INAPLICABILIDADE.

1.- A jurisprudência desta Corte já decidiu que "o prazo em dobro é concedido apenas ao Defensor Público da Assistência Judiciária, não se estendendo à parte, beneficiária da justiça gratuita, mas representada por advogado que não pertence aos quadros da Defensoria do Estado" (AgRg no Ag 765.142/SP, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ 12.3.2007).

2.- Agravo Regimental improvido.” (AgRg no AgRg no AREsp 21.076/PE, Rel. Min. Menezes Direito, 3ª Turma, j. 07.02.2012, v.u.)

¹⁶³ C. R. DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 677.

¹⁶⁴ MARCACINI, *Op. Cit.*, p. 31.

Federal¹⁶⁵ no art. 5º, inciso LXXIV. Este dispositivo introduzido pelo constituinte originário determina que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

À assistência jurídica corresponde a chamada “terceira onda do acesso à justiça”, nos dizeres de MAURO CAPPELLETTI e BRYAN GARTH¹⁶⁶, e, para DINAMARCO, compõe uma das “famosas ondas renovatórias”, que modernizam o processo civil, adequando-o à realidade social¹⁶⁷. A preocupação é estendida do público pobre para o âmbito geral, incluindo direitos do consumidor e sociais, voltado à prevenção de litígios e entendimento de que o Judiciário é apenas um dos meios de acesso à Justiça, proporcionando um serviço jurídico contencioso e consultivo.¹⁶⁸

A assistência jurídica compreende o que SALVADOR DA COSTA nomeou de “binômio do acesso ao direito”, constituído pela informação jurídica e pela proteção jurídica¹⁶⁹. Sua atuação não se restringe apenas perante o Poder Judiciário, mas a atividades técnico-jurídicas preventivas e informativas. A assistência judiciária, portanto, por configurar noção mais restrita, limitada à atividade forense, litigiosa, é açambarcada, englobada pela assistência jurídica, sendo incorreto tomá-las por sinônimos.

O espírito constitucional, garantista, afasta o entendimento da assistência jurídica como benefício, favor legal, beneplácito¹⁷⁰; trata, agora, da concessão de um direito público subjetivo, que deve ser arcado pelo Estado. É de assistência jurídica o

¹⁶⁵ “Vale dizer: reconhecendo o poder constituinte originário o direito fundamental da pessoa humana em receber os influxos da proteção jurídica imanente ao Estado democrático de Direito, garantiu ao necessitado a possibilidade irrestrita da obtenção de assistência jurídica que, sendo conceito maior que a mera assistência judiciária, deve ser entendida como todo e qualquer auxílio jurídico voltado para o sujeito necessitado, mormente no que diz respeito a um aconselhamento preventivo que vise exterminar o germe do conflito de interesse que, se não dissipado, poderá ser discutido no Tribunal.” (G. C. RAMOS, *Realidade e Perspectivas da Assistência Judiciária no Brasil* in J. M. G. LAGUARDIA et al., *Acesso à Justiça e Cidadania*, São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2000, p 31.)

¹⁶⁶ CAPPELLETTI e GARTH, *Op. Cit.*, pp. 67-70.

¹⁶⁷ DINAMARCO, *Op. Cit.*, p. 677.

¹⁶⁸ O acesso à Justiça, nesta passagem, denota a efetiva resolução do conflito, e não a atuação em juízo. Obedece, portanto, a definição de assistência jurídica, em consonância com as novas tendências de direito processual. (cf. DINAMARCO, *Op. Cit.*, p. 678)

¹⁶⁹ As expressões informação jurídica e proteção jurídica são empregadas pela Lei do Apoio Judiciário, que regulamenta o instituto no direito português (Cf. COSTA, *Op. Cit.*, p. 24).

¹⁷⁰ ROGÉRIO NUNES DE OLIVEIRA entende que o emprego das expressões “benefício”, “favor legal” e “miserabilidade”, além de incompatíveis com as proposições da Constituição de 1988, representam o culto ao assistencialismo, ao paternalismo e ao clientelismo, às quais não devem tomar parte nem da política, nem do Direito (OLIVEIRA, *Op. Cit.*, p. 101).

serviço prestado por entidades não-estatais que tenham esta como sua finalidade precípua, e atuem por determinação judicial ou respaldadas em convênio com a entidade estatal¹⁷¹.

Pelo exposto, percebe-se que os institutos da assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita têm caráter de complementaridade entre eles, mas também são circunstancialmente interdependentes¹⁷². Gerou-se, pois, a confusão terminológica, muitas vezes, entre os legisladores e operadores do direito.

Essa constatação possibilita uma classificação em escala dos institutos, do menos ao mais complexo ou mais abrangente, ou seja, da justiça gratuita à assistência jurídica; permite, por fim, inserir a gratuidade de justiça como uma espécie do gênero da assistência jurídica¹⁷³, vendo-se clara a diferença entre os institutos.

¹⁷¹ MARCACINI, *Op. Cit.*, p. 31.

¹⁷² “Isto é, em certos casos, o direito à gratuidade de justiça e o patrocínio judiciário podem ser usufruídos um independentemente do outro” (OLIVEIRA, *Op. Cit.*, p. 76).

¹⁷³ As espécies derivadas da assistência jurídica gratuita, nesse entendimento, são a consultoria jurídica, a assistência judiciária e a gratuidade de justiça. (OLIVEIRA, *Op. Cit.*, pp. 74 e 101).

6. Modelos de prestação de assistência jurídica no Brasil

A Carta Constitucional atribuiu ao poder público, na forma do artigo 134, *caput* e parágrafo único, organizar e desempenhar o fornecimento da assistência jurídica integral e gratuita, conforme regulamentado pela Lei Complementar nº 80/94. O atendimento dispensado pelas defensorias, no entanto, não é suficiente para atender toda a demanda. Persiste ainda a necessidade da atuação da classe dos advogados, atuando de forma subsidiária, mediante convênio da Ordem dos Advogados do Brasil de cada seccional com as Defensorias Públicas estaduais. Há, ainda, relevante e cada vez mais crescente atuação das entidades não-governamentais, que apresentam grau de inovação e participação social relevante.

Não é incomum que as pessoas procurem orientação e auxílio em escritórios e entidades particulares em detrimento da Defensoria Pública. É o que a experiência cotidiana demonstra acontecer, seja por desinformação a respeito de onde se socorrer para ter acesso ao Judiciário, seja por estarem os órgãos públicos saturados ou com insuficiência de defensores para o atendimento. Não se pode olvidar das situações de colidência, nas quais uma das partes sendo atendida pelo órgão público, faz com que a outra necessite encontrar patrocínio em outra entidade; nessa situação se inserem os escritórios das entidades conveniadas à Defensoria Pública para o desempenho de assistência judiciária.

6.1. Defensoria Pública

A Defensoria Pública é a entidade prestadora de assistência jurídica integral e gratuita por natureza, como determinou o artigo 134 da Constituição Federal e o parágrafo 5º do artigo 4º da Lei Complementar nº 80/94, que dita as normas gerais para a organização das Defensorias da União e dos Estados: “*A assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública*”.

O artigo 4º da Lei Complementar nº 80/94 arrola as funções institucionais da Defensoria Pública em seus incisos, compondo uma lista de atribuições que, embora longa, é meramente exemplificativa. Podemos distinguir as funções em típicas e atípicas¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Nesse sentido, S.R.M. SOARES, *Princípios Institucionais da Defensoria Pública – Lei Complementar nº 80/94*, São Paulo, RT, 1995, p. 24.

As funções típicas são aquelas que dizem respeito à finalidade da Defensoria Pública, ou seja, as precípuas da assistência judiciária, com atuação no inquérito policial e no processo, interpondo, patrocinando e promovendo “todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”¹⁷⁵; na representação dos direitos dos assistidos em todos os graus e instâncias, inclusive perante órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos¹⁷⁶; e as funções atinentes à esfera da assistência jurídica: orientação, inclusive interdisciplinar, difusão e conscientização acerca dos direitos de forma preventiva e promoção da composição extrajudicial e atuação em processos administrativos¹⁷⁷.

De outro lado, entre as funções ditas atípicas incluem-se a participação em conselhos federais, estaduais e municipais e a convocação audiências públicas, ambas com o escopo de discutir as suas funções institucionais típicas, ou seja, o atendimento propriamente dito à população¹⁷⁸.

Na realidade brasileira atual, a Defensoria Pública nos Estados e na União já está implementada, com exceção de Santa Catarina, finalmente incorporando à rotina do Judiciário e dos que necessitam desse serviço, efetivando as diretrizes constitucionais de 1988.

São Paulo, último dos membros da Federação a instituir sua Defensoria Pública Estadual, era aparelhado de um organismo denominado Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ), na verdade, divisão da Procuradoria Geral do Estado dedicada ao desempenho do atendimento à população, criada em 1947, e que contava com convênios com organizações sociais, universitárias e com a Ordem dos Advogados do Brasil. A Defensoria Pública, finalmente criada em 2007, sucedeu a antiga PAJ no atendimento à população e acompanhamento das ações judiciais e incumbiu-se de dar continuidade aos convênios e a modificar os seus termos, de acordo com as novas diretrizes da assistência jurídica estadual.

Os procuradores de justiça do estado de São Paulo, por se tratarem de agentes políticos do Estado, praticantes da advocacia pública, a teor do artigo 132 da Constituição

¹⁷⁵ art. 4º, X, da Lei Complementar nº 80/94

¹⁷⁶ Tratam-se, aqui, dos incisos I, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XV, XVI e XIX do artigo 4º da Lei Complementar nº 80/94.

¹⁷⁷ Rol representado pelos incisos I, II, III, IV, XI, XVII e XVIII do artigo 4º da Lei Complementar nº 80/94.

¹⁷⁸ Estas funções estão compreendidas no art. 4º, incisos XX, XXI, e XXII da Lei Complementar nº 80/94. SILVIO ROBERTO MELO SOARES caracteriza as funções atípicas como “aquelas outras exercidas pela Defensoria Pública independentemente da situação econômica daquele ou daqueles beneficiados com a atuação da Instituição.” (*Op. Cit.*, p. 24)

Federal, enquanto atuavam em nome da assistência judiciária, não cumpriam devidamente com seu múnus entabulado pelo constituinte e tampouco poderiam substituir o órgão de Defensoria Pública, o qual deveria ser independente e desvinculado da Procuradoria do Estado¹⁷⁹.

O fato de o artigo 134, *caput* e parágrafo único da Constituição da República atribuir às defensorias públicas o desempenho da atividade de assistência jurídica integral e gratuita não significa, porém, que a carta constitucional tenha estabelecido um monopólio desta prestação para o Poder Público. A respeito, assinalou BARBOSA MOREIRA¹⁸⁰:

“Nada autoriza a supor que a Constituição haja reservado ao Poder Público o monopólio da assistência. Se ele tem o dever de assistir, nem por isso se concluirá que o tenha em caráter exclusivo. Continuam em vigor os textos legais que contemplam a prestação gratuita de serviços aos necessitados, notadamente por parte de profissionais liberais.”

Em primeiro lugar, depõe contra a exclusividade da atuação das defensorias a realidade do processo trabalhista, no qual a prestação de assistência judiciária, de acordo com o art. 14, *caput*, da Lei nº 5.584/70, é realizada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador. Esta situação persiste na ordem pós 1988, tendo sido recepcionada pela Constituição vigente, embora a Lei Complementar nº 80/94 determine a atuação da Defensoria Pública da União junto à Justiça do Trabalho.

Voltando ao processo civil, os movimentos da sociedade civil organizada, muitas vezes conveniados às defensorias públicas, contribuem para o acesso à justiça aos necessitados. Além disso, os profissionais liberais de forma autônoma podem atuar, devendo prevalecer o aspecto do caráter de confiança que deve haver na relação entre defensor e assistido.

6.2. Advogado particular

A atuação gratuita do advogado autônomo ditou o atendimento das pessoas impossibilitadas de arcar com as custas do processo e mesmo dos honorários. Tratava-se de dever de ofício, fundado em princípio ético da profissão, de acato inescusável pelos profissionais. Embora o ordenamento Pátrio trouxesse desde a Constituição de 1934 a

¹⁷⁹ P.C.R. GALLIEZ. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010, p. 46.

¹⁸⁰ J. C. B. MOREIRA, *O Direito à Assistência Jurídica: Evolução no Ordenamento Brasileiro de Nosso Tempo*, in TEIXEIRA (coord.) *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 215.

previsão da organização de um serviço público destinado exclusivamente ao acesso à justiça pela população carente por meio da assistência jurídica¹⁸¹, este sistema careceu de regulamentação legal e nunca foi suficiente para desincumbir totalmente os advogados, que permanecem desempenhando este mister, por intermédio dos convênios celebrados entre o poder público e as entidades de classe.

Há, ainda, os profissionais que, sem possuírem qualquer ligação com os órgãos oficiais ou conveniados, eventualmente se vêem na necessidade de atuar em favor de pessoa desprovida de recursos financeiros. Para ROGÉRIO NUNES DE OLIVEIRA, a nomeação de advogados *ad hoc* é “*teratologia jurídica que deambula até hoje, vívida, nos corredores dos fóruns – na ilusória assistência prestada pelo advogado nomeado ao acaso e ao açodo dentre os presentes no Tribunal, a fim de improvisar a defesa de um desafortunado*”¹⁸²

A lei de assistência judiciária, no artigo 5º, parágrafos 2º e 3º, prevê a possibilidade de advogados desempenharem a atividade de assistência jurídica, independentemente de haver convênio firmado com a Defensoria Pública ou mesmo a despeito da própria existência deste órgão. E o artigo 34, inciso XII, do Estatuto da Advocacia, constitui como infração disciplinar do advogado a recusa a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública.

6.2.1. Conveniado à Defensoria Pública

As defensorias públicas estaduais estabelecem convênios com as seções respectivas da Ordem dos Advogados do Brasil, dentre eles São Paulo, pelo qual cerca de 50 mil advogados paulistas¹⁸³ exercem assistência judiciária¹⁸⁴ de forma complementar ao serviço estatal. A atuação dos advogados se faz necessária não apenas em razão da falta de estrutura humana e física das Defensorias, mas para o fim de não ocorrer colidência, hipótese em que o órgão assistiria ambas as partes no processo, de forma aética, defendendo teses antagônicas.

¹⁸¹ Art. 113, nº 32, da Constituição Federal de 1934.

¹⁸² OLIVEIRA, *Op. Cit.*, p. 4.

¹⁸³ *Jornal do Advogado*, Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo, nº 366, 2011, p. 11.

¹⁸⁴ Não se trata de assistência jurídica, mas de judiciária, eis que o atendimento do assistido é vinculado ao patrocínio de um processo judicial de forma específica.

Também é motivo de objeção a constitucionalidade da atuação dos advogados no caso da impossibilidade da Defensoria Pública. A esse respeito, questiona-se que a impossibilidade da prestação de serviço pela Defensoria Pública deve ser enfrentada pela administração e não delegada a terceiros, de acordo com a exegese que faz do artigo 14, § 2º, da Lei Complementar nº 80/94¹⁸⁵. Esta norma autoriza a formulação de convênio quando não houver na unidade da federação Defensoria Pública constituída, devendo o convênio ser mantido até a criação do órgão próprio. A norma é dirigida à Defensoria Pública da União, no sentido de sua atuação “*nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, junto às Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União*”, como estabelece o *caput* do artigo 14.

Para a realização desta missão, o parágrafo primeiro determina que a Defensoria Pública da União firme convênios com as Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal para que atuem em seu nome nas primeiras e segundas instâncias respectivas. O parágrafo segundo, finalmente, impõe uma alternativa para as hipóteses de inexistir Defensoria Pública na unidade federativa, transferindo a posição jurídica passiva do convênio para “a entidade pública que desempenhar essa função, até que seja criado o órgão próprio”.

Verifica-se, porém, que a Lei Complementar nº 80/94 não impõe nenhuma vedação à formulação de convênios entre a Ordem dos Advogados do Brasil e a Defensoria Pública, nem determina a obrigatoriedade de formulação de convênios somente entre Defensorias Públicas e órgãos da administração. Trata especificamente da relação funcional entre a Defensoria Pública da União e as Defensorias estaduais e do Distrito Federal.

As normas gerais introduzidas pela Lei Complementar não se estendem à possibilidade de formulação de convênios tendo como sujeito ativo as Defensorias estaduais, matéria que se torna objeto de deliberação em âmbito local, sob a forma de Lei Complementar Estadual. Desta maneira, abriu-se a possibilidade para o surgimento de soluções não usuais que extrapolam a figura do convênio, em descumprimento do mandamento legal e constitucional. É o caso de Santa Catarina.

Em Santa Catarina, a Defensoria Pública foi organizada pela Lei Complementar 155/97, sendo “*exercida pela Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, organizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina*” (art. 1º), e não por defensores públicos.

¹⁸⁵ GALLIEZ, *op. Cit.*, p. 48.

Em outras palavras, a Defensoria Pública catarinense não é uma entidade organizada, não possui defensores públicos nem estrutura administrativa. Os advogados inscritos na Ordem dos Advogados local atuam como se fossem os defensores públicos, sendo o único estado da Federação em que tal situação se vislumbra.

A Defensoria Pública como órgão estatal especializado deverá ser implantada no estado de Santa Catarina, atendendo a decisão do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento das ações declaratórias de inconstitucionalidade nº 3892/SC e 4270/SC, considerou inconstitucional o modelo adotado pelo Estado¹⁸⁶:

“Ementa: Art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina. Lei complementar estadual 155/1997. Convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) para prestação de serviço de “defensoria pública dativa”. Inexistência, no Estado de Santa Catarina, de órgão estatal destinado à orientação jurídica e à defesa dos necessitados. Situação institucional que configura severo ataque à dignidade do ser humano. Violação do inc. LXXIV do art. 5º e do art. 134, caput, da redação originária da Constituição de 1988. Ações diretas julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade do art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina e da lei complementar estadual 155/1997 e admitir a continuidade dos serviços atualmente prestados pelo Estado de Santa Catarina mediante convênio com a OAB/SC pelo prazo máximo de 1 (um) ano da data do julgamento da presente ação, ao fim do qual deverá estar em funcionamento órgão estadual de defensoria pública estruturado de acordo com a Constituição de 1988 e em estrita observância à legislação complementar nacional (LC 80/1994).”

Destacou o Ministro JOAQUIM BARBOSA, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 3892/SC:

“Feitos esses esclarecimentos iniciais, observo que o modelo catarinense de defensoria pública, impugnado por meio destas ações diretas, não se utiliza da parceria com a OAB como forma de suplementar a defensoria pública prestada pelo Estado. Pelo contrário. A seccional da OAB naquele Estado supostamente cumpre o papel que seria da defensoria. Não há outra defensoria em Santa Catarina. Há apenas os advogados dativos indicados pela OAB.”¹⁸⁷

O sistema catarinense consiste em solução que não cumpre devidamente o texto constitucional, eis que transfere do poder público aos particulares o desempenho da integralidade da assistência jurídica integral e gratuita naquele estado. Não é este o modelo que a Constituição Federal determina para a assistência jurídica integral e gratuita, eis que

¹⁸⁶ (STF, Pleno, ADI 3892 e ADI 4270, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 14.03.2012, DJe-188, 25.09.2012)

¹⁸⁷ ADI 3892/SC

em seu artigo 134 estabelece a Defensoria Pública como essencial à administração da Justiça.

No Estado de São Paulo, a Defensoria Pública estadual enfrenta um conflito atinente ao convênio firmado com a seccional paulista da OAB. A entidade representativa dos advogados sustenta ser o único órgão legalmente autorizado a conveniar-se com a Defensoria, por força dos artigos 3º e 109 da Constituição Estadual¹⁸⁸ e manifesta discordância quanto aos valores dos honorários pagos aos profissionais. Contudo, na ação declaratória de inconstitucionalidade nº 4163 movida pela Procuradoria Geral da República, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela inexistência de obrigatoriedade ou exclusividade de convênio entre a OAB/SP e a Defensoria Pública do Estado:

“Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), conheceu da ação como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, julgando-a, em parte, procedente, para declarar a ilegitimidade ou não-recepção do artigo 234 e seus parágrafos, da Lei Complementar Estadual Paulista nº 988, de 9 de janeiro de 2006, e declarar constitucional o artigo 109 da Constituição do Estado de São Paulo, desde que interpretado conforme a Constituição, no sentido de apenas autorizar, sem obrigatoriedade nem exclusividade, a Defensoria a celebrar convênio com a OAB-SP, contra o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, que julgava procedente o pedido como Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Falaram, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira; pela interessada Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a Dra. Daniela Sollberger Cembranelli, Defensora Pública Geral do Estado; pela interessada Associação Nacional dos Defensores Públicos-ANADEP, o Professor Luís Roberto Barroso; e, pela interessada Seccional São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Oswaldo Pinheiro Júnior” (STF, Pleno, ADI 4163/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 29.02.2012)

O panorama geral dos convênios entre a instituição de classe dos advogados e o Estado indica não existir uma sistematização ou organização com vistas à uniformização do atendimento entre as entidades, nem seleção dos profissionais, em meio aos advogados inscritos para atuarem na assistência jurídica na forma desses convênios. A atuação se dá de forma independente, com a vinculação de um advogado inscrito a cada assistido em um determinado litígio. As formas de controle e avaliação da qualidade do serviço

¹⁸⁸ Extrai-se do texto constitucional: “Artigo 3º - O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que declararem insuficiência de recursos.”

“Artigo 109 - Para efeito do disposto no artigo 3º desta Constituição, o Poder Executivo manterá quadros fixos de defensores públicos em cada juizado e, quando necessário, advogados designados pela Ordem dos Advogados do Brasil - SP, mediante convênio.”

desempenhado pelos advogados limitam-se à conferência de certidões encaminhadas pelos profissionais para o pagamento dos honorários pelo poder público.

Esta situação faz com que a entabulação dos convênios seja acompanhada por críticas no sentido de que a ausência de concurso público para a escolha dos profissionais habilitados pelas seções da OAB violam a lei das licitações (Lei nº 8.666/93) e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/98)¹⁸⁹. Acrescente-se, ainda, o problema da eficiência, uma vez que os profissionais recrutados para a assistência judiciária encontram-se preferencialmente entre os mais novos e inexperientes que, naturalmente, dividirão a atenção e tempo com sua clientela própria e remunerada¹⁹⁰.

Ademais, repassando aos advogados cadastrados o atendimento das pessoas a quem o atendimento deveria ser prestado pelo órgão estatal, o Estado estaria furtando-se do dever de cumprir a norma programática da Constituição da República de aparelhar a máquina pública para o fornecimento da assistência jurídica pela Defensoria. Ou, mesmo, furtando-se de criar o devido e necessário arcabouço.

Em que pesem as diferenças entre a Defensoria e a Ordem dos Advogados, em razão da dimensão e da abrangência do convênio, e todas as críticas feitas ao seu funcionamento, este é fundamental à efetivação do direito constitucional de acesso a justiça. Ainda que, pelo seu método de trabalho, não seja capaz de prestar a assistência jurídica preventiva, já que é sempre vinculada a uma demanda judicial para ser proposta ou defendida, os advogados conveniados espalham-se por todas as comarcas do Estado, diferentemente dos defensores públicos, que atuam de forma restrita por conta das limitações estruturais existentes no órgão.

6.2.2. Não conveniado à Defensoria Pública

Não constitui, como se verá à frente, empecilho ao deferimento da gratuidade da tramitação do processo o fato de a parte estar assistida por advogado não conveniado a órgão de assistência jurídica ou à Defensoria Pública.

O advogado “particular”, profissional liberal, que atua voluntária e gratuitamente no patrocínio de pessoas hipossuficientes em geral o faz em caráter esporádico, atendendo ao dever honorífico da profissão, antigo mandamento que obrigava

¹⁸⁹ OLIVEIRA, *Op. Cit.*, p. 91.

¹⁹⁰ GALLIEZ, *Op. Cit.*, pp. 48/49

o advogado a desempenhar seu trabalho sem embolsar nenhuma remuneração. Esta visão, ainda muito difundida, insere a defesa dos necessitados como uma missão ética do advogado:

“Trata-se de um múnus público, de uma função social que não podemos recusar sem justa causa. É uma obrigação moral e, mais do que isso, um dever funcional, inerente a nossa profissão”¹⁹¹.

Cabe aqui observar que na Itália e em Portugal, são os advogados que exercem a assistência jurídica, mediante designação estatal, e não o Estado diretamente por um órgão administrativo. SALVADOR DA COSTA explica que, no sistema português, optou-se por dar prevalência ao vínculo de confiança entre o advogado e o cliente, relação incompatível para com um advogado público¹⁹². CAPPELLETTI considera que a manutenção deste sistema de remuneração de advogados na Itália é baseada no caráter honorífico, não se sustenta e necessita de reformas, com a adoção de um serviço público gratuito de assistência jurídica¹⁹³.

RUY DE AZEVEDO SODRÉ, que se debruçou sobre o tema na década de 1970, quando a ordem constitucional então vigente ainda não consagrara a assistência jurídica integral e gratuita e o múnus estatal de seu desempenho, sustentava a participação ampla dos advogados, entendendo que a melhor solução para a prestação da assistência judiciária seria a prestação voluntária pelo advogado, subordinada à consciência do profissional, desde que não fosse designado pela Justiça a exercê-la¹⁹⁴.

O legislador não poderia vedar a atividade do advogado individual, sob pena de inviabilizar a atuação do dativo¹⁹⁵. Porém, por não possuir vínculo com qualquer órgão especializado na assistência jurídica gratuita, o seu assistido não goza das prerrogativas processuais a eles inerentes, como o prazo em dobro e a desnecessidade de publicação de

¹⁹¹ R. de A. SODRÉ, *A Ética Profissional e o Estatuto do Advogado*, São Paulo, LTr, 1975, p. 207.

¹⁹² COSTA, *Op. Cit.*, p. 26.

¹⁹³ CAPPELLETTI defende que prover o Estado de organismo próprio de assistência jurídica faria desaparecer “o recurso ao falseado expediente do ‘dever honorífico’ da classe forense, um recurso com o qual ainda hoje bela e dissimuladamente se o descarrega sobre os ombros dos advogados – ou melhor, praticamente, de alguns destes, ou seja, pelo comum, os procuradores e experientes – num ônus que, tipicamente, deveria ser absorvido pelo Estado social e moderno; com o bem notório resultado que o defensor não retribuído não defende ou, se defende, defende mal e de má vontade o inoportuno cliente” (*Processo, Ideologias e Sociedade*, v. 1, p. 207)

¹⁹⁴ SODRÉ, *Op. Cit.*, p. 210.

¹⁹⁵ Pontuaram MIGUEL REALE JÚNIOR, MARCOS FUCHS e RAISSA GRADIM, que “a profissão de advogado é uma das poucas, senão a única, em que o voluntariado é proibido”, argumentando que a advocacia *pro bono* “é uma forma complementar de enfrentar um problema persistente que mantém milhares de brasileiros à margem da cidadania, enquanto outros milhares de advogados interessados em dedicar parte do seu tempo ao atendimento gratuito se vêem proibidos por uma resolução.” (*Disputa pela defesa dos pobres: o terceiro lado* in *Folha de S. Paulo*, 23.08.2012, p. A2.

edital em periódico para a realização da citação por edital, como anteriormente se viu. Por tal motivo, ademais, esta prática não está adstrita à comprovação de pobreza nos moldes utilizados pelos órgãos prestadores de assistência jurídica, gerando conseqüências quanto a presunção de veracidade da declaração de pobreza efetuada em juízo.

A advocacia *pro bono*, no entanto, é controversa, porque pode ser tida como um mecanismo com fim de publicidade, para captação de clientela, gerando concorrência desleal e em prejuízo dos numerosos profissionais que poderiam atendê-los por meio do convênio da Ordem dos Advogados com a Defensoria Pública. Diante disso, esta prática configura violação ao artigo 41 do Código de Ética e Disciplina da OAB, que veda a fixação de honorários inferiores ao valor mínimo determinado pela tabela de honorários da entidade¹⁹⁶. A Resolução *Pro Bono*, de 5 de janeiro de 2007, da Seção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil regulamenta a atividade gratuita dos advogados, restringindo-as à consultoria e assessoria para entidades sem fins lucrativos¹⁹⁷.

A contratação do patrono, no entanto, pode se dar *ad exito*, com o pagamento dos honorários condicionado ao êxito no processo, assumindo o patrono o risco contratual.

O enfoque jurídico dos problemas sociais e econômicos pela advocacia se modificou nas últimas décadas, fazendo com que a consultoria suplantasse em importância o processo judicial, limitado “às causas e questões mais marginais”¹⁹⁸. Esta tendência do mercado da advocacia, aliada à realidade da vedação da prática da advocacia gratuita voluntarista, alimenta a necessidade de viabilização do atendimento jurisdicional por meio dos convênios da Defensoria Pública com a Ordem dos Advogados do Brasil para que os advogados que tenham interesse na assistência judiciária possam exercê-la, restringindo-a a um nicho profissional.

Não pretendendo desmerecer ou desmotivar a prática voluntarista dos advogados, não se pode considerar a advocacia gratuita independente da Defensoria

¹⁹⁶ “Art. 41. O advogado deve evitar o aviltamento de valores dos serviços profissionais, não os fixando de forma irrisória ou inferior ao mínimo fixado pela tabela de honorários, salvo motivo plenamente justificável”

¹⁹⁷ “Artigo 1.º - As atividades pro bono são de assessoria e consultoria jurídicas, permitindo-se excepcionalmente a atividade jurisdicional.

Parágrafo único - Ocorrendo honorários sucumbenciais, os mesmos serão revertidos à entidade beneficiária dos serviços, por meio de doação celebrada pelo advogado ou sociedade de advogados prestadores da atividade pro bono.

Artigo 2.º - Os beneficiários da atividade pro bono devem ser pessoas jurídicas sem fins lucrativos integrantes do terceiro setor, reconhecidas e comprovadamente desprovidas de recursos financeiros, para custear as despesas procedimentais, judiciais ou extrajudiciais.”

¹⁹⁸ E. F. de PONTES, *A assistência judiciária na mira do modelo garantista de processo* in J. M. G. LAGUARDIA *et al.*, *Acesso à Justiça e Cidadania*, São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2000, pp. 64-65.

Pública ou de seus convênios como integrante do sistema que a Constituição e as normas infraconstitucionais correlatas estabelecem como obrigação Estatal e que estendemos a outras entidades públicas e privadas.

Com efeito, dentre todos os prestadores de assistência jurídica, o atendimento do advogado liberal é o que possui maior tendência à abordagem individualizada e pontual dos interesses privados do assistido, alheio-o de seu contexto sociocultural e de suas necessidades coletivas, como destacou VLADIMIR DE CARVALHO LUZ¹⁹⁹:

“Serviços de apoio jurídico à população, que trabalham unicamente ou têm como prioridade (assumida ou não) o atendimento atomizado e individualizado da ‘clientela’, são marcados por uma ‘microética’, tipicamente liberal, na qual o indivíduo é encarado como um ser isolado, dissociado das contradições sociais e históricas do mundo em que vive.”

MARCACINI, em síntese, afirma que “o sistema não contribui para auxiliar o pobre a reconhecer os seus direitos, nem para a reforma do sistema jurídico”²⁰⁰.

A atuação do advogado no lugar do defensor público reveste-se de controvérsias, relacionadas à qualidade e eficiência do serviço prestado, à constitucionalidade da sua participação e na distinção das funções de advogado e defensor público. É certo que a atividade de defensor público origina-se da advocacia, como definem o ofício do advogado ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER E CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO²⁰¹, no sentido de possibilitar a representação em juízo por pessoas que:

“...em virtude de sua condição de estranhos ao conflito e do seu conhecimento de direito, estejam em condições psicológicas e intelectuais de colaborar para que o processo atinja sua finalidade de eliminar conflitos e controvérsias com realização da justiça”

A distinção entre advogado e defensor público, porém, estaria delineada pelo próprio texto constitucional, no teor dos artigos 133 e 134, dos quais se depreende a restrição ao defensor público do exercício da advocacia fora das suas funções

¹⁹⁹ Acrescenta o autor: “na visão tradicional, há uma evidente desarticulação dos sujeitos de direito, alheios à dimensão social que se vincula ao caso a ser objeto do serviço jurídico. Por tal razão, a tônica dessas atividades está voltada unilateralmente para a solução judiciária dos litígios, considerados tais conflitos como fenômenos pontuais em si mesmos, deslocados do ambiente e das múltiplas determinações sociais” (V. de C. LUZ, *Assessoria Jurídica Popular no Brasil*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008, pp. 62/63)

²⁰⁰ MARCACINI, *Op. Cit.*, p. 63.

²⁰¹ CINTRA, *et alli*, *Op. Cit.*, pp. 304/305.

institucionais²⁰², mantendo-se, contudo, a inscrição do defensor público na Ordem dos Advogados do Brasil. Nesse sentido, doutrinadores como PAULO GALLIEZ identificam distinções entre as duas funções, asseverando:

“Se a Defensoria Pública for vista como segmento da prática da advocacia – como alguns a identificam –, a carreira institucional seria um simples simulacro da atividade praticada pelos advogados, destituída de identidade própria. Daí a necessidade de se desvincular as duas profissões que, embora aparentemente assemelhadas, são distintas no propósito dos seus atos”²⁰³.

A propósito, JOSÉ AFONSO DA SILVA acrescenta que o funcionamento das defensorias públicas tende “ao aperfeiçoamento com a profissionalização específica e missionária para o exercício desse mister”²⁰⁴. A especialização do defensor público e da sua atividade ultrapassam os limites da garantia de acesso ao Judiciário, uma vez que a assistência jurídica integral e gratuita constitui figura evoluída e mais complexa do que a representação caritativa em juízo, fundamental ao exercício da cidadania.

6.3. Entidades prestadoras de assistência jurídica ou Assessoria Jurídica Popular

As denominadas Assessorias Jurídicas Populares consistem em órgãos de assistência jurídica integral e gratuita, não estatais, geralmente conveniados à Defensoria Pública, mas não necessariamente, e integrantes do atualmente denominado terceiro setor. Esta denominação procura demonstrar que o apoio jurídico que oferece está dissociado do sistema tradicional da assistência jurídica, entendida como atividade voltada à assistência jurídica individual, porém tais entidades também, em geral também realizam assistência na forma tradicional.

O atendimento entendido como tradicional, voltado apenas à solução judiciária dos litígios, é, para CAMPILONGO, apegado ao formalismo e desarticulado do ambiente e do contexto social e econômico do âmbito da coletividade que as entidades representam²⁰⁵.

²⁰² Funções institucionais encontradas no artigo 134, parágrafo único, e repetidas no artigo 130 da Lei Complementar nº 80/94

²⁰³ GALLIEZ, *Op. Cit.*, p. 51.

²⁰⁴ J.A.da SILVA, *Acesso à Justiça e Cidadania em face da reforma do Poder Judiciário*, p. 154.

²⁰⁵ VLADIMIR DE CARVALHO LUZ, criticando o “paternalismo” exercido pelo órgão no trato com o assistido, expôs: “A prática assistencialista é composta tanto pelo sentimento de condolência do atendente, como também pela desarticulação do demandante do serviço. O paternalismo, portanto, é uma situação dialógica: de um lado, por parte do prestador de serviço, encontra-se uma postura ‘caritativa’ e condolente;

Por tais motivos, conforme mencionamos ao apresentarmos as críticas à atuação do advogado liberal na assistência judiciária, sustenta CARVALHO LUZ²⁰⁶:

“A ideia de filantropia como caridade não está alinhada com os parâmetros e fundamentos dos serviços legais emancipatórios, no sentido de que as ações voluntárias dos assessores populares estão no plano das convicções políticas”.

Dessa forma, os teóricos da Assessoria Jurídica Popular a definem como serviços inovadores de acesso à justiça, e acreditam ser mais efetiva a atuação de órgãos militantes, com engajamento político e voltado à emancipação social dos assistidos, de forma preventiva e extraprocessual.

O trabalho dos serviços inovadores, segundo CAMPILONGO, tende a substituir a relação de atendimento individualista por uma postura que privilegia o acesso de tomada de consciência e cidadania. Vale-se, para atingir este escopo, dos instrumentos que possam viabilizar a tomada de consciência de seus direitos e de sua capacidade transformadora, nas palavras de VLADIMIR DE CARVALHO LUZ²⁰⁷. Por tal razão, não utilizam a expressão “assistência”, substituindo-a por “assessoria”, eis que consideram no modelo tradicional “a priorização dos interesses individuais, a centralidade do modelo tradicional de assistência judiciária, a orientação paternalista de seus membros e um apego ao formalismo”²⁰⁸.

A origem das Assessorias Jurídicas Populares remonta às lutas civis ocorridas nos Estados Unidos, na década de 1960, quando, diante face da exclusão e sub-representação de grupos economicamente pobres ou excluídos, foram organizados movimentos para exigir a expansão da democracia e dos direitos civis²⁰⁹. A denominação “popular” designa não apenas o perfil das pessoas atendidas, mas o engajamento social que delinea o funcionamento dessas entidades²¹⁰. De acordo com CAMPILONGO:

“Estados ineficientes, falidos ou ‘terceirizados’, incapazes de construir alternativas para a eficácia do direito, podem ser estimulados por grupos de AJP que, aliando a análise econômica à preocupação com a justiça na

do outro, por parte do demandante, há a situação concreta de sua vitimização e desarticulação com os membros de sua comunidade.” (LUZ, *Op. Cit.*, pp. 63-64).

²⁰⁶ LUZ, *Op. Cit.*, p. 190.

²⁰⁷ LUZ, *Op. Cit.*, p. 63.

²⁰⁸ LUZ, *Op. Cit.*, p. 62.

²⁰⁹ C. F. CAMPILONGO, *Assessoria Jurídica Popular: Falsa Promessa?* In *Revista do SAJU*, edição especial, nº 5, 2006, p. 39.

²¹⁰ LUZ, *Op. Cit.*, p. 171.

distribuição de direitos, construam formas inovadoras e consistentes de afirmação da cidadania”²¹¹.

As instituições não-estatais, sem fins lucrativos, organizadas para o desempenho de assessoria jurídica popular, foram surgindo à medida que o Estado brasileiro reduzia sua capacidade de investimento, rebaixando a qualidade dos serviços públicos de saúde, segurança, educação e da própria justiça²¹². Cresceram aliadas direta ou indiretamente à organização de movimentos populares paralelamente ao surgimento e organização dos serviços estatais promovidos pelas Defensorias Públicas determinado pela ordem constitucional de 1988²¹³.

A Defensoria Pública não possui impedimentos para firmar convênios com estas entidades, situação reforçada pela decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4163, que manifestou pela admissibilidade de realização de parcerias com organismos diversos da Ordem dos Advogados do Brasil. No Estado de São Paulo, entidades como Conectas Direitos Humanos, Instituto Pro Bono, Instituto Terra Trabalho e Cidadania, Presença da América Latina - PAL, Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos, Organização Mais Diferenças, Organização Pastoral Carcerária do Estado de São Paulo, são prestadoras de assistência jurídica conveniadas à Defensoria Pública estadual.

6.4. Serviços legais universitários

VLADIMIR DE CARVALHO LUZ²¹⁴ aponta a existência de dois métodos de atuação dos estudantes de direito. O primeiro deles é vinculado à estrutura curricular mínima dos cursos jurídicos e são inseridos no conteúdo programático das faculdades como prática curricular obrigatória. É aquele no qual são postos em funcionamento os “escritórios modelo”. Funcionam, segundo o autor, numa microética individual, estabelecendo critérios rígidos de pobreza, centrados na assistência judiciária gratuita, procedimental e estatal, e voltado apenas ao interesse em litígio²¹⁵.

²¹¹ CAMPILONGO, *Op. Cit.*, p. 40.

²¹² CAMPILONGO, *Op. Cit.*, p. 38.

²¹³ LUZ, *Op. Cit.*, p. 152.

²¹⁴ V. C. LUZ, *Servicios Legales Universitarios em Brasil: Breve cotejo de dos paradigmas*, in *El Otro Derecho*, nº 35, dez. 2006, Ilsa, Bogotá D.C., Colômbia, pp. 281-297.

²¹⁵ LUZ, *Servicios Legales Universitarios em Brasil: Breve cotejo de dos paradigmas*, pp. 286-287.

Nesse modelo, dito tradicional, são construídas as estruturas pedagógicas dos “núcleos de prática jurídica”, a fim de que possam ser exercidas atividades práticas, coordenadas pelos professores, muitas vezes complementadas por convênios com entidades, Defensoria Pública ou juizados especiais instalados pelo Poder Judiciário nas próprias faculdades. Caracteriza-se como laboratório, treinamento pré-profissional daquelas atividades jurídicas tradicionais.

Esta estrutura foi determinada pelo Ministério da Educação, por meio da Portaria nº 1886 de 30 de dezembro de 1994, que fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico²¹⁶. Consiste, com efeito, em uma das raras atividades obrigatórias de extensão que permitem a atuação participativa direta da faculdade de Direito na comunidade em que está inserida.

O segundo modelo é alinhado com a Assessoria Jurídica Popular²¹⁷. De acordo com levantamento realizado por CARVALHO LUZ, desde o regime militar, estudantes de direito vêm organizando atividades afastadas dos parâmetros tradicionais, formadas e administradas pelos próprios alunos, com autonomia, em paralelo ao currículo acadêmico, promovendo atividades sociais com a universidade, organizações não-governamentais e movimentos sociais. Os chamados serviços de assessoria jurídica universitária (SAJUs), cuja nomenclatura já demonstra a diferenciação entre a assessoria jurídica para com a assistência jurídica tradicional, surgiram na Universidade Federal do Rio Grande do Sul e na Universidade Federal da Bahia.

Esta prática é uma resposta ao esgotamento do modelo de prática jurídica tradicional, e também surge como reação às esperanças de afirmação da cidadania e de prosperidade nascidas com a Constituição de 1988, mas frustradas diante das transformações do cenário nacional e internacional, a globalização e o rebaixamento da qualidade dos serviços públicos e enfraquecimento das autoridades estatais.

²¹⁶ “Art. 10. O estágio de prática jurídica, supervisionado pela instituição de ensino superior, será obrigatório e integrante do currículo pleno, em um total de 300 horas de atividades práticas simuladas e reais desenvolvidas pelo aluno sob controle e orientação do núcleo correspondente.

§ 1º O núcleo de prática jurídica, coordenado por professores do curso, disporá instalações adequadas para treinamento das atividades de advocacia, magistratura, Ministério Público, demais profissões jurídicas e para atendimento ao público.

§ 2º As atividades de prática jurídica poderão ser complementadas mediante convênios com a Defensoria Pública outras entidades públicas judiciárias empresariais, comunitárias e sindicais que possibilitem a participação dos alunos na prestação de serviços jurídicos e em assistência jurídica, ou em juizados especiais que venham a ser instalados em dependência da própria instituição de ensino superior.”

²¹⁷ LUZ, *Op. Cit.*, pp. 290-292.

6.4.1. O modelo do Departamento Jurídico XI de Agosto

O funcionamento do Departamento Jurídico não se enquadra completamente em nenhum dos dois modelos propostos por VLADIMIR DE CARVALHO LUZ. Há uma aparência de escritório modelo, porém esta se esvai em razão de a administração do órgão ser autônoma, integralmente realizada pelos estudantes, independente da direção da faculdade ou reitoria da universidade. Ademais, a entidade foi fundada por estudantes, antecedendo até mesmo a criação dos organismos estatais, como a antiga e extinta Procuradoria de Assistência Judiciária. Não há nenhuma intervenção da faculdade, nem importa o estágio para obtenção de créditos²¹⁸. Quem supervisiona o desempenho dos estudantes são ex-estagiários, no papel de advogados orientadores, portanto inseridos na cultura organizacional do Departamento Jurídico.

6.4.1.1. Histórico

Fundado em 1919, como Assistência Judiciária Acadêmica, e refundado em 1947 como Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto, entidade estudantil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, este órgão, embora tenha se tornado entidade ligada a uma organização estudantil, sempre atuou autonomamente e na vanguarda dos movimentos de acesso à justiça e de serviços legais universitários no Brasil.

Possuía, inicialmente, o objetivo o de permitir que as pessoas mais pobres tivessem acesso ao Judiciário. O Departamento Jurídico, assim, consistia num serviço organizado para fornecer patrocínio gratuito da causa. Posteriormente, passou a estender sua atuação para o fornecimento de orientações ao público, a confecção de cartilhas e panfletos explicativos dos direitos e, mais recentemente, a prestação de assessoria jurídica popular.

²¹⁸ O estágio no Departamento Jurídico proporciona créditos, porém não obrigatórios para a formatura, uma vez que a entidade foi habilitada na disciplina de Cultura e Extensão, instituída pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a fim de incentivar a atuação dos graduandos e em reconhecimento aos serviços prestados pelo Departamento.

6.4.1.2. Funcionamento

A atuação se estende ao público hipossuficiente, em qualquer área do direito, e se volta à prevenção de litígios e entendimento de que o Judiciário é apenas um dos meios de acesso à Justiça²¹⁹, proporcionando um serviço jurídico contencioso e consultivo.²²⁰ Em momentos diversos ao longo dos seus 91 anos de existência, o Departamento promoveu, também, atividades de campo e de atuação junto a comunidades locais e movimentos de trabalhadores.

VLADIMIR DE CARVALHO LUZ não considera o Departamento Jurídico XI de Agosto “como um serviço **legal** popular inovador, ou seja, uma Assessoria Jurídica Popular”, destacando, em seus motivos²²¹, a ausência de vinculação a movimentos sociais, o desenvolvimento do trabalho nos moldes de escritório modelo, o vínculo formal com as disciplinas do currículo acadêmico e a ausência da esfera da pesquisa e da extensão de forma clara e crítica.

De fato, o Departamento Jurídico XI de Agosto é mais reconhecido por sua atuação como entidade prestadora de assistência judiciária, por meio da qual atende assistidos oriundos de convênio firmado com a Defensoria Pública do Estado e, de igual modo, aqueles que espontaneamente se dirigem à entidade e preenchem os requisitos socioeconômicos para atendimento.

No entanto, o Departamento Jurídico possui um histórico de ações comunitárias e um atuante Núcleo de Direito da Cidade, que desenvolve atividades de assessoria jurídica em Paraisópolis, com foco na regularização de moradias. O Núcleo foi

²¹⁹ O acesso à Justiça, nesta passagem, denota a efetiva resolução do conflito, e não a atuação em juízo. Obedece, portanto, a definição de assistência jurídica, em consonância com as novas tendências de direito processual.

²²⁰ DINAMARCO, *Op. Cit.*, p. 678.

²²¹ “Mesmo sendo considerado o mais antigo serviço de assistência jurídica do país, atuando desde 1919, o serviço do atendimento à população realizado pelo Centro Acadêmico XI de Agosto (USP) não é considerado, à luz dos paradigmas lançados no primeiro capítulo, como um serviço legal inovador, ou seja, uma Assessoria Jurídica Popular. Para tal conclusão listam-se os seguintes argumentos:

1. não se encontra vinculado, direta ou indiretamente, aos movimentos sociais, nem se articula em redes de serviços legais populares;
2. o trabalho desenvolvido é baseado numa ‘clínica jurídica’, com base em atendimento individual, nos moldes de um ‘escritório-modelo’, não demonstrando, também pelo seu discurso, uma atitude crítica diante das estratégias formais de acesso à justiça;
3. não há, segundo as fontes fornecidas pelo próprio serviço, uma autonomia operacional, pois há um vínculo formal com as disciplinas de prática do local universitário em que está inserido;
4. não trabalha com a esfera da pesquisa e da extensão de forma clara e crítica” (LUZ, *Op. Cit.*, pp. 128-129)

criado a partir de convênio com a Prefeitura de São Paulo e agrega também estudantes de arquitetura, gestão de políticas públicas e ciências sociais da Universidade de São Paulo²²², e acrescenta o viés do direito coletivo, não se restringindo à atuação meramente judicial.

Dentro do Departamento Jurídico foram criados e dissolvidos, conforme os clamores de cada época e a mobilização dos estagiários, grupos de assessoria jurídica popular²²³, destinada a promover orientações jurídicas e atividades em campo, em favelas, cortiços e comunidades carentes²²⁴. Os principais alvos destes movimentos eram as questões da habitação, direito trabalhista e direito da mulher²²⁵. Durante a década de 1970, o Departamento ofereceu assistência carcerária aos presos políticos²²⁶.

“O loteamento clandestino foi a primeira grande causa social a ser abraçada pela entidade. A desocupação de uma favela em Vila Prudente, na Zona Leste da cidade, em 1968, desencadeou seu envolvimento nessa área. E foi exemplar, porque o [Departamento] Jurídico, apesar de ter assumido o caso às vésperas do cumprimento da ordem de despejo, conseguiu fazer com que o governo do Estado declarasse o terreno de utilidade pública e, conseqüentemente, interrompesse a desocupação (...)

O DJ [Departamento Jurídico] virou (sic) referência para praticamente todos os movimentos sociais que lutavam pela regularização da posse da terra na cidade de São Paulo. E certamente contribuiu para a criminalização dos responsáveis pelos loteamentos clandestinos, em 1979, com a promulgação da Lei Federal nº 6.766, a Lei Lehman.”

Não se pode identificá-lo como escritório modelo diante da ausência de obrigatoriedade do estágio, da inexistência de controle e supervisão das atividades por comissão ou núcleo de prática jurídica. Ademais, trata-se de entidade estudantil, criada e gerida pelos graduandos em Direito, em diretorias que se renovam anualmente, sem nenhuma interferência política ou administrativa da instituição de ensino.

O Departamento Jurídico é um projeto de extensão curricular da Universidade de São Paulo e dele participam mediadores, dispostos a oferecer métodos extrajudiciais de composição de controvérsias, estudantes de psicologia, arquitetura, ciências sociais e gestão de políticas públicas, em atuação interdisciplinar. De igual modo, vínculo formal com as disciplinas do currículo acadêmico inexistente, em razão do formalismo do programa

²²² C. SCHUBSKY (org.), *Escola de Justiça – História e Memória do Departamento Jurídico XI de Agosto*, São Paulo, Imprensa Oficial, 2010, p. 72.

²²³ Sem que se utilizasse essa nomenclatura, então inexistente na doutrina.

²²⁴ SCHUBSKY (org.), *Op. Cit.*, p.72

²²⁵ SCHUBSKY (org.), *Op. Cit.*, p. 279.

²²⁶ Ata de Assembléia extraordinária do Departamento Jurídico XI de Agosto, de 12 de setembro de 1975.

do curso de graduação, cujas teorias, de um modo geral, não são aplicadas nas atividades do Departamento, que exigem pesquisa e estudo próprios.

O Departamento não desempenha apenas a função de franquear acesso da população hipossuficiente economicamente ao Judiciário. Por intermédio do convênio celebrado há mais de uma década com o Instituto Brasileiro de Mediação e Arbitragem, sessões de mediação com os assistidos são realizadas semanalmente, solucionando controvérsias por um método alternativo, mais célere e informal, e evitando o ingresso de mais um litígio no sistema judicial. Além disso, estudantes do Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo comparecem semanalmente para prestar orientações e colaborar nos atendimentos realizados pelos estudantes de direito.

Os atendimentos aos assistidos impõem a necessidade de pesquisa científica e uma formação crítica do sistema judiciário, das políticas públicas, dos serviços públicos e da formação universitária. Com efeito, o Departamento Jurídico promove com frequência cursos de reciclagem e aperfeiçoamento para os estagiários.

O Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto, por sua antiguidade, sempre foi procurado e visitado por representantes de outras instituições de ensino, nacionais e estrangeiras, dispostos a conhecer o trabalho e implantá-lo em suas faculdades. Porém, por possuir um caráter *sui generis*, não se enquadrando nos modelos tradicional ou inovador de assessoria jurídica, não há notícia de nenhum outro organismo que tenha sido organizado tendo por base o Departamento. É inegável que muito de sua organização pode ser copiada e implementada em escritórios modelo, porém o fato de se tratar de entidade estudantil, sem vínculos com a faculdade, torna sua repetição inviável. O Departamento Jurídico é um fenômeno único, estabelecido na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo por força das circunstâncias no momento de sua criação e assim mantido até hoje pelo engajamento dos estudantes.

Infelizmente, nenhuma bibliografia contemplou a atividade desempenhada pelo Departamento Jurídico, sendo poucos e esporádicos os relatórios de atividades e estatísticas de seu funcionamento publicados, o que indubitavelmente dificulta a avaliação do funcionamento da entidade para pesquisadores que não mantêm contato próximo ou direto com o Departamento Jurídico. Esta lacuna foi suprida, em parte, com a obra *Escola de Justiça*, em comemoração ao 90º aniversário do Departamento Jurídico.

7. Os necessitados de assistência jurídica

O texto constitucional estabelece como requisito para a obtenção dos direitos á assistência jurídica e gratuidade de justiça a “insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV). O art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 1.060/50, estipulou o conceito de necessitado como “*todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família*”, preceito normativo surgido no ordenamento Pátrio através Decreto nº 2.457/1897 e recepcionado pelo Código de Processo Civil de 1939.

7.1. Indicadores sociais a serem considerados

Antes de partir para o estudo das condições formais que regulam a concessão da assistência jurídica integral e gratuita, convém fazer uma breve digressão.

A pobreza é uma situação aguda de privação de bem-estar, que engloba a privação material, baixo nível de instrução e de saúde, atesta o Banco Mundial em seu relatório *Informe sobre el desarrollo mundial 2000/2001 – Lucha contra la pobreza*²²⁷:

“Ser pobre es tener hambre, no tener casa ni vestido, estar enfermo y no recibir atención, ser analfabeto y no ir a la escuela. Pero, para los pobres, vivir en la pobreza no es sólo eso. Los pobres son especialmente vulnerables a acontecimientos adversos que escapan de su control. Muchas veces son tratados duramente por las instituciones del Estado y la sociedad y carecen de representación y de poder en ellas.”

A Organização das Nações Unidas, por meio de seu Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), elabora o Relatório do Desenvolvimento Humano e divulga o Índice de Pobreza Multidimensional (IPM), no qual considera os déficits existentes na saúde, na educação e nos padrões de vida, combinando o número de pessoas vítimas de privações e a sua intensidade. A ONU considera como privações ambientais a falta de combustível moderno para cozinhar, de água potável e de saneamento²²⁸:

²²⁷ BANCO MUNDIAL, *Informe sobre el desarrollo mundial 2000/2001 – Lucha contra la pobreza*, Mundi-Prensa, Madrid, Barcelona, Mexico, 2001, p. 15.

²²⁸ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, Relatório do Desenvolvimento Humano 2011. Instituto Português de Apoio ao Desenvolvimento, Lisboa, 2011, pp. 5-6.

“A perspectiva centrada na pobreza permite-nos examinar as privações ambientais no acesso – a combustível moderno para cozinhar, água potável e saneamento básico. Estas privações absolutas, já de si importantes, constituem graves violações dos direitos humanos. O fim destas privações poderia aumentar capacidades de ordem superior, alargando as escolhas das pessoas e fazendo progredir o desenvolvimento humano. Nos países em desenvolvimento, pelo menos seis em cada dez pessoas sofrem de uma destas privações ambientais e quatro em cada dez são sujeitas a duas ou mais. Estas privações são especialmente acentuadas entre as pessoas multidimensionalmente pobres, mais de nove em cada dez das quais sofrendo pelo menos de uma. A maioria está sujeita a privações sobrepostas: oito em cada dez pessoas multidimensionalmente pobres sofrem de duas ou mais e quase uma em cada três (29%) sofre das três.”

À privação o Banco Mundial acrescenta a vulnerabilidade, a exposição ao risco, a falta de representação, o medo e a sensação de impotência perante as autoridades, características estas relatadas pelas pessoas entrevistadas. O conceito mais amplo de pobreza, de acordo com o relatório, possibilita a melhor descrição e compreensão das suas causas e de sua experiência para a adoção de estratégias de políticas públicas, uma vez que os diferentes aspectos se inter-relacionam²²⁹.

Os Estados Unidos, assim como a União Européia, passaram a adotar uma perspectiva multidimensional da pobreza, abandonando a avaliação por um único critério baseado na renda²³⁰. Nesse diapasão, além do aspecto monetário, tornam-se primordiais para verificação da pobreza outras condições de vida, ainda que de mais complexa mensuração, porque acrescentam número elevado de variáveis. Incluem-se entre estes fatores a capacidade de aquisição de bens de consumo, a qualidade da moradia e o acesso a bens públicos, como educação, saúde e, principalmente, saneamento. O saneamento é entendido como o conjunto de serviços que caracterizam a moradia digna, dentre os quais o fornecimento de água, esgotamento sanitário ou fossa, coleta de lixo e iluminação elétrica²³¹.

Evidentemente, não podem deixar de ser consideradas as desigualdades regionais, apontadas pelos indicadores sociais elaborados pelo IBGE. A região sudeste, em 2011, 79,4% dos domicílios com renda mensal de até meio salário mínimo possuíam acesso ao saneamento básico. Se considerado o rendimento mensal para 2 salários mínimos, o percentual se eleva para 94,8%. No mesmo período, o estado do Amapá

²²⁹ BANCO MUNDIAL, *Op. Cit.*, p. 15.

²³⁰ VEIGA, José Eli da. *Metas Antipobreza* in *Folha de S. Paulo*, 8.07.2011, p. A3

²³¹ (cf. IBGE, *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*, p. 92)

possuía 95,9% dos domicílios sem acesso aos serviços de saneamento²³². 96,8% dos domicílios não contavam com esgoto e 46% não tinham seu lixo residencial coletado.

Considerando todo o Brasil, 69,4% dos domicílios particulares urbanos possuem acesso simultâneo aos serviços de saneamento, índice que, considerada apenas a região Norte, se rebaixa para 21,6%²³³. O IBGE aponta, ainda, que algumas desigualdades são historicamente compartilhadas entre grupos sociais que possuem certas características socioeconômicas diferenciadas em gênero, cor ou raça, condição financeira e localidade em que estão instalados, entre outros aspectos.

De acordo com estes fatores, o aspecto financeiro se demonstra insuficiente para a avaliação das metas de erradicação da pobreza, gerando reflexos, conseqüentemente, na determinação do vulnerável no âmbito da assistência jurídica integral e gratuita.

Além do quadro que possibilita inferir as privações e necessidades que indicam a situação de pobreza em suas diversas e correlacionadas formas, é imprescindível considerar as mudanças na configuração do tecido social que sociedade brasileira vem experimentando. A elevação do salário mínimo, o aquecimento da economia e o aumento do acesso ao crédito são fatores que geram impacto na definição da hipossuficiência.

Levantamento do Centro de Pesquisas Sociais da Fundação Getúlio Vargas, publicado em 2010, assinala que “o Brasil está, como se diz na gíria, *bombando*”²³⁴. Isso porque cerca de 29 milhões de brasileiros ingressaram na classe C entre 2003 e 2009, faixa cuja renda está compreendida entre 300 a 1,3 mil reais *per capita* e que corresponde a mais da metade da população brasileira. Para a FGV, “a classe C está compreendida entre os imediatamente acima dos 50% mais pobres e os 10% mais ricos na virada do século”²³⁵.

O instituto Data Popular aponta que em 2014 mais de 17 milhões de brasileiros passarão a integrar a classe C, e que a faixa mais baixa de renda, que auferir rendimento

²³² O IBGE considerou para este levantamento o acesso simultâneo aos serviços de abastecimento de água, esgoto, coleta de lixo e iluminação elétrica. (cf. IBGE, *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*, p. 94)

²³³ Tabela *Domicílios particulares permanentes urbanos, total e proporção dos domicílios com acesso simultâneo aos serviços de saneamento, por classes de rendimento médio mensal domiciliar per capita, segundo as Grandes Regiões – 2011* in IBGE, *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*, p. 108.

²³⁴ M.C. NERI (coord.), *A Nova Classe Média: o lado brilhante dos pobres*. Rio de Janeiro, FGV/CPS, 2010, p. 10.

²³⁵ NERI (coord.), *Op. Cit.*, p. 29.

mensal de até 300 reais por mês, se reduzirá de 5,3% apontados em 2010 para 2,7% da população²³⁶.

A ascensão da chamada nova classe média traz uma nova concepção do necessitado, cada vez mais distante do rótulo de sujeito que depende da caridade pública. Até mesmo por esta razão, a expressão “pobreza na acepção jurídica do termo” e a terminologia “pobre” devem ser cada vez mais repudiadas, não apenas por possuírem carga valorativa depreciativa, mas por não se prestarem à tradução da real situação de hipossuficiência.

A Lei nº 12.382, de 25 de fevereiro de 2011, estabelece as diretrizes para o reajuste do salário mínimo que deverá haver um crescimento do mínimo, utilizando como índice anual de reajuste o percentual equivalente à taxa de crescimento real do Produto Interno Bruto apurada pelo IBGE²³⁷. A expectativa do governo federal era de promover o aumento real do salário mínimo em cerca de 30% até 2015²³⁸.

De acordo com o DIEESE, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos, o piso salarial nacional teve ganho real de 52,83% desde abril 2002 até o reajuste de 2011 (o valor evoluiu de R\$ 200 para R\$ 545). O último reajuste significou a injeção de R\$ 18 bilhões na renda de 47 milhões de cidadãos, segundo o mesmo levantamento²³⁹. Tais dados indicam que poder de compra do salário mínimo dobrou entre 1995 e 2011²⁴⁰. A linha de pobreza, que segundo a FGV, correspondia a R\$ 79,00 em 2004, o equivalente a pouco mais de meio salário mínimo (R\$ 75,50 em valor da época),

²³⁶ *O Poder Emergente in Carta Capital*, 22.06.2011, pp. 30/33.

²³⁷ “Art. 2º Ficam estabelecidas as diretrizes para a política de valorização do salário mínimo a vigorar entre 2012 e 2015, inclusive, a serem aplicadas em 1º de janeiro do respectivo ano.

§ 1º Os reajustes para a preservação do poder aquisitivo do salário mínimo corresponderão à variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, calculado e divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, acumulada nos doze meses anteriores ao mês do reajuste.

§ 2º Na hipótese de não divulgação do INPC referente a um ou mais meses compreendidos no período do cálculo até o último dia útil imediatamente anterior à vigência do reajuste, o Poder Executivo estimará os índices dos meses não disponíveis.”

²³⁸ “Salário mínimo: projeto do governo prevê ganho real de 30% em 5 anos”, Agência Câmara de Notícias, disponível em < <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/193521.html> >, acesso em 1/5/2011.

²³⁹ UOL Notícias, 30.12.2010, disponível em <<http://noticias.uol.com.br/empregos/ultimas-noticias/2010/12/30/salario-minimo-de-r-540-nao-compensa-inflacao-do-ano-aponta-dieese.jhtm>>. Acesso em 21.05.2011.

²⁴⁰ “Poder de compra do salário mínimo dobrou desde Plano Real”, O Estado de S. Paulo, 31.08.2011, disponível em < <http://blogs.estadao.com.br/radar-economico/2011/08/31/poder-de-compra-do-minimo-dobrou-desde-plano-real/>>. Acesso em 20.09.2011.

passou a R\$ 140,00 em 2010, valor pouco superior a um quarto de salário mínimo (R\$ 127,50 em valor da época)²⁴¹.

O aumento do valor do salário mínimo provocou, naturalmente, a expansão do crédito, fazendo surgir nas classes menos favorecidas novas demandas, até então reprimidas ou inexistentes, nas esferas do direito do consumidor, contratos, direito bancário, seguros, entre outras, sem, evidentemente, fazer desaparecer as matérias usuais e recorrentes das antigas demandas. Assim, não mais a assistência jurídica se vislumbra unicamente como meio para acesso à justiça quanto a temas marginalizados e estigmatizados, como aqueles relativos à regularização fundiária e alimentos.

JOSÉ MARIA ROSA TESCHEINER e LUCAS PEREIRA BAGGIO bem observaram²⁴²:

“A advocacia em favor dos pobres desenvolvia-se, sobretudo, no direito penal e no direito de família. No cível, atualmente, também é muito praticada. Isso em razão do consumo de bens e serviços produzidos em massa e facilitados por financiamentos hoje comuns. Mesmo os pobres celebram contratos (compra de celulares, por exemplo) e, dessa forma, podem figurar nos pólos das relações jurídicas; sejam como autores – ofendidos em seus direitos como consumidores –, sejam como réus – quando, porventura, venham a se tornar inadimplentes”

Daí dizer que se foi o tempo em que somente os mais abastados eram capazes de adquirir bens de consumo como telefones celulares, computadores, câmeras e outros equipamentos eletro-eletrônicos. Possuí-los não é indicativo de riqueza. Já estamos distantes da época em que para fazer uma dessas aquisições era necessário aventurar-se em planos de leasing ou consórcios, restando para os mais humildes poucas esperanças, como os sorteios e as mercadorias do carnê do Baú da Felicidade²⁴³.

Ao mesmo tempo, reforça-se a impossibilidade de o legislador estabelecer parâmetros para caracterização do necessitado com base em valores monetários fixos, como pretende o legislador estadual em São Paulo para atendimento pela Defensoria

²⁴¹ NERI (coord.), *Op. Cit.*, p. 10.

²⁴² TESHEINER e BAGGIO, *Op. Cit.*, p. 162.

²⁴³ MARIA CELESTE MIRRA, citando artigo de JOSÉ SALATHIEL LAGE publicado na *Folha da Tarde* de 12.10.1972, p. 31: “Em primeiro lugar, o carnê é tido como um mecanismo de poupança que, além de alimentar o mercado de capitais, representa para o comprador ‘o bom hábito de guardar um pouco do seu dinheiro mensalmente’. Além disso, possibilita às classes de baixa renda consumir mercadorias que não poderia obter pelas linhas de crédito normais, ou, melhor ainda, consumi-las sem os ônus dos juros e despesas de financiamento que este sistema implica. E, finalmente, para ‘estimular um povo não habituado a poupar’ oferece ‘os prêmios através das pontes de comunicação do rádio e da TV; a garantia dos prêmios vinculada à pontualidade dos pagamentos; a satisfação, enfim, de alguns felizardos que, talvez, nem com uma vida inteira de trabalho iriam obter uma casa própria ou um belo automóvel” (M. C. MIRRA, *Circo Eletrônico – Silvio Santos e o SBT*, São Paulo, Loyola, 1995, p. 16)

Pública paulista, tema abordado no item anterior. Se a legislação federal vigente apresenta critérios bem definidos para o reajuste anual do salário mínimo garantindo um aumento do seu poder de compra equiparado ou acima da inflação, as condições de atendimento do órgão de assistência jurídica não podem ficar descoladas da realidade ou vinculadas a instruções normativas que se tornam, fatalmente, desatualizadas e obsoletas.

7.2. Conceito e Definição de Pobreza²⁴⁴

Considera-se, neste item, o tema sob o prisma da assistência jurídica integral e gratuita, verificando-se no aspecto positivo as exigências a fim de infirmar a condição do cidadão como assistido.

Desde o Decreto nº 2.457/1897 até a Lei nº 1.060/50 a construção normativa pátria não modificou o requisito elementar da insuficiência de recursos como determinante à condição de necessitado de assistência jurídica. A expressão vetusta do artigo 2º do Decreto da primeira República, de 1897, ainda persiste, com a redação atualizada, na Lei nº 1.060, de mais de meio século depois, afirmando que se considera pobre “*toda pessoa que, tendo direitos a fazer valer em Juízo, estiver impossibilitada de pagar ou adiantar as custas e despesas do processo sem privar-se de recursos pecuniários indispensáveis para as necessidades ordinárias da própria manutenção ou da família.*”

A preocupação com a subsistência da parte litigante e da família, conforme delineada pela lei, é fruto da influência do processo civil alemão, que trazia expressão idêntica à apontada pela Lei nº 1.060/50, segundo ARAKEN DE ASSIS²⁴⁵.

Diferente era a concepção de outrora. Até a vigência do Código de Processo Civil de 1939, a caracterização do demandante como pobre não era suficiente para a concessão da assistência judiciária, sendo necessária, da mesma forma como exigia e ainda

²⁴⁴ “A ‘opção pelos pobres’ exige, desde logo, um esclarecimento sobre as premissas ou os pontos de partida. Em primeiro lugar, o que são e quais são os pobres? Pobres são os proletários no clássico sentido marxista da luta de classes? Pobres são os pobres de espírito no sentido bíblico? Pobres são os excluídos da sociedade de conhecimento? Pobres são os que vivem em países pobres? Pobres são ‘os fracos e os oprimidos’ desde os doentes, os perseguidos? Pobres são os que vivem no limite de uma existência minimamente condigna? Pobres são os beneficiários de um rendimento social de inserção? Essa catadupa de interrogações aponta já para a indispensabilidade de clarificação da categoria nuclear subjacente ao tratamento jurídico-dogmático e dos direitos dos pobres.” (J. J. G. CANOTILHO, *O Direito dos Pobres no Activismo Judiciário*, in CANOTILHO, CORREIA e CORREIA (coord.) *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 33)

²⁴⁵ A. de ASSIS, *Garantia de Acesso à Justiça: Benefício da Gratuidade*, in TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.), *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, São Paulo, RT, 1999, p. 17.

exige o sistema italiano, a (em grafia da época) “*apparente justiça da causa*”, assunto que mencionamos anteriormente²⁴⁶. Foi justamente com a unificação dos códigos e a promulgação da lei processual codificada, de abrangência nacional, que se tornou o único pressuposto para a concessão do direito a hipossuficiência da parte requerente.

No sistema que ainda vige na Itália, pelo Decreto Lei nº 3.282, de 1923, uma comissão formada por um magistrado, dois membros do Ministério Público e um membro da ordem dos advogados é encarregada de analisar os pedidos de assistência judiciária. A comissão, além de avaliar as condições de hipossuficiência do interessado, realiza um exame sucinto do direito pleiteado pelo demandante e de suas razões. Esta avaliação ocorre antes do processo, e dela é permitido ao adversário participar, contra-argumentando o requerimento da gratuidade processual e da assistência²⁴⁷.

GAETANO FRANCESCHINI, comentando o sistema italiano em 1903, esclarecia sobre seu funcionamento:

“Ma la Commissione, sotto questo aspetto, deve procedere con molta riserva; non basta che trovi la causa biasimevole o spiacevole, nè una persona deve essere esclusa, unicamente per certe irregolarità di condotta o per qualche condanna subita; se la causa ha probabilità di vittoria, il beneficio non può essere negato, che se l’indigente è di una notoria cattiva condotta o se la domanda è manifestamente immorale.”²⁴⁸

E opinava:

“non si deve quindi creare un ostacolo, e per il povero soltanto, determinando a suo riguardo un esame preventivo della domanda, perchè possa essere introdotta in giudizio.”²⁴⁹

CAPPELLETTI, contudo, cotejando esse sistema a partir da observação histórica de seu funcionamento, discorda da obrigatoriedade de submissão do interessado a uma comissão mista, de caráter administrativo, entendendo inaceitável a sua existência num sistema socialmente avançado²⁵⁰. Considera afronta ao princípio do juiz natural expor a ela seus fundamentos de direito, não se configurando situação de privilégio, mas de prejuízo:

²⁴⁶ Ver item 4.1.

²⁴⁷ ANGELO GIANNAKOS, a respeito, aduz que “a causa da parte pobre estará sujeita de tal modo a este júzo preliminar realizado por um juiz diverso do ‘natural’, isto é, por uma comissão que não é dotada dos requisitos de independência, imparcialidade, etc., que caracterizam um verdadeiro e próprio tribunal de justiça” (*Op. Cit.*, p. 64)

²⁴⁸ G. FRANCESCHINI, *Patrocinio gratuito nel diritto giudiziario civile*, Torino, Fratelli Bocca, 1903, p. 135.

²⁴⁹ FRANCESCHINI, *Op. Cit.*, p. 351.

²⁵⁰ CAPPELLETTI, *Processo, Ideologias e Sociedade*, pp. 215-216.

“a parte, desprovida de recursos, efetivamente, deve ‘mostrar as próprias cartas’ (razões, fatos, provas) perante o adversário, antes do processo e antes de o adversário fazer o mesmo”.

7.3. Evolução da terminologia: de pobre a necessitado

ALEXANDRE LOBÃO ROCHA ensina que o termo “pobre” foi substituído por “necessitado” em decorrência da evolução jurisprudencial da aplicação do instituto da assistência jurídica²⁵¹, raciocínio que ressalta a falta de técnica legislativa que culminou na inserção do vocábulo “pobre” no texto normativo da Lei nº 1.060/50, por meio da reforma provocada pela Lei nº 7.510, de 1986.

Realmente, não apenas os pobres buscam socorro, mas há uma outra ordem de desassistidos, não necessariamente desprovidos financeiramente, mas igualmente desprovidos de assistência jurídica. Como destaca EVANDRO FERNANDES DE PONTES, “*não serve qualquer pobreza, tem que ser na ‘acepção jurídica do termo’, conforme reitera a jurisprudência*”²⁵².

Para tanto, é necessário que a pessoa esteja “colocada na contingência”, como diz JORGE AMERICANO²⁵³, de não poder estar em juízo por não ter recursos ou tenha de desviar para tanto os recursos indispensáveis à sua manutenção e da sua família. Não se considera prejuízo ao sustento o corte de gastos supérfluos e voluptuários, que provocam desconforto material mas não causam danos significativos à sobrevivência digna do requerente da assistência jurídica²⁵⁴.

JORGE AMERICANO considerou que a impossibilidade de suportar as despesas do processo é equivalente à expressão miserabilidade, à maneira que esta era empregada pelo direito penal. Porém, objeccionava²⁵⁵:

“As idéias sociais hoje correntes afetaram a linguagem antiga, fazendo a substituição do termo miserabilidade; mas já na aplicação do Código Penal, desde a monarquia, a expressão miserabilidade não significava

²⁵¹ A. L. ROCHA, A Garantia Fundamental de Acesso do Pobre à Justiça In Revista de Informação Legislativa, n° 128. Brasília, Senado Federal, 1995, p. 135

²⁵² E. F. de PONTES, A assistência judiciária na mira do modelo garantista de processo in J. M. G. LAGUARDIA et al., Acesso à Justiça e Cidadania, São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2000, pp. 62.

²⁵³ AMERICANO, Op. Cit.

²⁵⁴ OLIVEIRA, Op. Cit., p. 108.

²⁵⁵ J. AMERICANO, Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil, v.1, São Paulo, Saraiva, 1940, pp. 124-125.

indigência, de sorte que os tribunais sempre a consideravam como impossibilidade de suportar as despesas do processo”.

Deve-se ressaltar, todavia, que a defesa dessas expressões pelo autor se deram em estudo anterior à Lei nº 1.060/50 e à evolução de tratamento do instituto, com o avanço do Direito Social. As expressões “miserável” e “miserabilidade” passaram a ser tomadas com outra interpretação, estando superada a comparação com o Direito Penal.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, por seu turno, observa que não se deve tomar em conta na expressão “incapacidade econômica” apenas a situação econômica, mas também saber se a pessoa, mesmo possuindo bens, não dispõe de liquidez²⁵⁶.

Feita a distinção, adotou-se largamente a expressão “necessitado” como “necessitado econômico”, o que não rigorosamente correto. O conceito de assistido pela assistência judiciária, na forma pura, deve ser interpretado somente pelo aspecto econômico-financeiro.

A Lei nº 1.060/50 adota a nomenclatura “necessitado” mas não deixa de utilizar, no parágrafo primeiro do artigo 4º, o termo “pobre”, quando determina a presunção de veracidade da declaração judicial de impossibilidade de arcar com as custas do processo sem prejuízo da própria subsistência ou da família²⁵⁷, que acabou consagrada como “declaração de pobreza”.

A redação do artigo 4º e do parágrafo primeiro, com o emprego do termo “pobre”, decorre da Lei nº 7.510, de 4 de julho de 1986, que introduziu a presunção de veracidade da declaração. Em nenhuma outra oportunidade ou reforma legislativa a norma valeu-se desta nomenclatura, permitindo-se a conclusão de que a falta de técnica do legislador ocasionou a inserção no sistema dos conceitos de “pobre” e “pobreza” para caracterizar o necessitado, como forma sinonímica. A adoção das expressões “pobre”, “pobreza” e demais derivadas, porém é repudiada em razão de sua carga valorativa negativa, sobre a qual recai entonação pejorativa e depreciativa. O nome “pobre”, comentou ALEXANDRE LOBÃO ROCHA, é “vago e sujeito a subjetivismos”²⁵⁸.

²⁵⁶ DINAMARCO, *Op. Cit.*, p. 679.

²⁵⁷ “§ 1º. Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.”

²⁵⁸ A. L. ROCHA, A Garantia Fundamental de Acesso do Pobre à Justiça In Revista de Informação Legislativa, n° 128. Brasília, Senado Federal, 1995, p. 135

A condição de “pobreza”, com efeito, não é identificável somente naquele que vive em condições mínimas e degradantes, subumanas²⁵⁹, podendo encontrar-se nesta situação, como lembra ARAKEN DE ASSIS²⁶⁰, até mesmo o pródigo, que gasta muito e vive na ostentação.

Distingue-se, ainda, o necessitado jurídico do necessitado econômico²⁶¹. O primeiro é aquele que não possui defensor constituído e necessita de um advogado para a elaboração de sua defesa técnica, independentemente da sua condição econômica, situação afeita sobretudo ao direito penal. O segundo, aquele que de que trata o artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 1.060/50, que não pode pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

7.4. Hipossuficiência

O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, no inciso VIII do artigo 6º, estatuiu como um dos direitos básicos do consumidor “*a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências*”.

O preenchimento do conteúdo da hipossuficiência foi deixado pelo legislador a cargo do magistrado, observando as “regras de experiência”, notadamente de natureza socioeconômica. Aponta ADA PELLEGRINI GRINOVER²⁶² que a hipossuficiência e as regras de experiência a serem observadas pelo magistrado têm identidade com a previsão da Lei nº 1.060/50. Desta forma, aproximam-se os conceitos de necessitado e de hipossuficiente, ante a dificuldade ou mesmo impossibilidade do consumidor litigante em arcar com os gastos para a produção de provas.

²⁵⁹ “[a condição de pobreza exigida pela lei] é menos do que passar fome, do que morar sob um viaduto, do que viver em condições subumanas”. E. F. de PONTES, *A assistência judiciária na mira do modelo garantista de processo* in J. M. G. LAGUARDIA *et al.*, *Acesso à Justiça e Cidadania*, São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2000, pp. 62-63.

²⁶⁰ A. de ASSIS, *Garantia do Acesso à Justiça – benefício da gratuidade* in J. R. C. e TUCCI, *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, São Paulo, RT, 1999, p. 19.

²⁶¹ MARCACINI, *Op. Cit.*, p. 84.

²⁶² A.P. GRINOVER *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, pp. 493-494.

ROGÉRIO NUNES DE OLIVEIRA observa que o conceito de hipossuficiente designa o necessitado econômico, repetindo o alerta feito quanto a expressão “necessitado”, de que a figura da hipossuficiência é abrangente, podendo ser caracterizadas a hipossuficiência jurídica e a hipossuficiência organizacional, dentre outras formas, as quais não se confundem com a hipossuficiência econômica²⁶³. No mesmo sentido, adverte FERNANDA TARTUCE para o fato de que o Código de Defesa do Consumidor não utiliza o termo “hipossuficiência” sozinho, mas acompanhado do adjetivo “técnica”, a indicar que o legislador não deveria tê-lo empregado como critério para a inversão do ônus da prova e a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, situações que se coadunam com a dificuldade técnica de produção da prova.

7.5. Vulnerabilidade Econômica

O conceito de vulnerabilidade, segundo FERNANDA TARTUCE, consiste numa fraqueza de um dos lados envolvidos numa questão, por onde este possa ser atacado ou ferido²⁶⁴. Pode ser uma característica, provisória ou não, de certas pessoas ou grupos sociais, não relacionada unicamente com a questão financeira, mas com situações de suscetibilidade, cognição, locomoção e até mesmo capacidade civil.

Quando a vulnerabilidade diz respeito apenas à fragilidade econômica, FERNANDA TARTUCE entende tratar-se de sinônimo de hipossuficiência, valendo-se, para tal conclusão, do léxico e da tradição no uso da expressão no sistema jurídico pátrio, tomando-se por base o Código do Consumidor.

Desta forma, a vulnerabilidade está a indicar a suscetibilidade ampla, sendo a hipossuficiência uma de suas espécies, atrelada à questão econômica²⁶⁵. A condição de fragilidade ocasionada por limitações pessoais involuntárias, dentre as quais as de ordem socioeconômica, que gera conseqüências na participação dos litigantes no processo é denominada por TARTUCE de vulnerabilidade processual²⁶⁶.

Utilizando o mesmo sentido amplo de vulnerabilidade para as Assessorias Jurídicas Populares, estas entidades, quando atuam fora da assistência jurídica tradicional, não se submetem aos critérios formais de aferição de pobreza, porque não demandam em

²⁶³ OLIVEIRA, *Op. Cit.*, p. 104.

²⁶⁴ F. TARTUCE, *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*, pp. 163-164.

²⁶⁵ F. TARTUCE, *Op. Cit.*, p. 183.

²⁶⁶ F. TARTUCE, *Op. Cit.*, p. 184.

juízo e não necessitam da concessão da gratuidade processual e demais prerrogativas pelo Estado-juiz. Com isso, relegando a um segundo plano a conotação puramente econômica do indivíduo a lhe indicar uma vulneração processual, podem ampliar a oferta de seus serviços a todos aqueles que estão “necessitados de tutela jurídica”, mormente em caráter difuso ou coletivo, dentro do conceito de “pobreza organizacional” cunhado por CAPPELLETTI²⁶⁷.

VLADIMIR DE CARVALHO LUZ aponta que nas assessorias jurídicas populares não se utiliza a expressão “pobreza”, nem critérios rígidos de avaliação da condição financeira, uma vez que consideram o “necessitado” de forma ampliada, não unicamente com conotação econômica, mas pela noção de necessidade de tutela jurídica. Adota para o assistido a qualidade de ‘necessitado’, porém com o mesmo significado proposto por FERNANDA TARTUCE²⁶⁸:

“Em verdade, nas práticas inovadoras, o conceito de necessitado não tinha unicamente conotação econômica, mas era ampliado pela noção de necessidade de tutela jurídica. Tal diferença é preponderante, pois integra ao rol de ‘necessitados’ de tutela setores médios da sociedade, o réu revel, bem como aqueles que demandam nas diversas esferas de juridicidade, com destaque na juridicidade extraprocessual.”

7.6. A pobreza da Pessoa Jurídica

A pessoa jurídica²⁶⁹ é o resultado da união de esforços de pessoas físicas que a constituem, seja diretamente ou indiretamente por meio de outras pessoas jurídicas, objetivando fins comuns²⁷⁰. Sua existência é autônoma, assumindo uma das formas admitidas pelo Código Civil. Possui personalidade jurídica própria e distinta das pessoas que lhe dão origem, possuindo direitos, obrigações e patrimônios que não se confundem

²⁶⁷ CAPPELLETTI, *Dimensioni Della Giustizia nelle società contemporanee*, pp. 85-90.

²⁶⁸ LUZ, *Op. Cit.*, p. 65.

²⁶⁹ Sob esta denominação nos referiremos às pessoas jurídicas de direito privado, nos termos dos artigos 40 a 44 do Código Civil, pois são estes os sujeitos de direito que recorrem à assistência jurídica, uma vez que as pessoas jurídicas de direito público são dotadas de condições e meios próprios para obterem serviços jurídicos.

²⁷⁰ Como salienta CARLOS ROBERTO GONÇALVES, “o homem é um ser eminentemente social. Não vive isolado, mas em grupos. A associação é inerente à sua natureza. Nem sempre as necessidades e os interesses do indivíduo podem ser atendidos sem a participação e cooperação de outras pessoas, em razão das limitações individuais” (C.R. GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro*, v. I, p. 181).

com o de seus integrantes²⁷¹. Rol taxativo dos incisos do art. 44 do Código Civil estabelece como pessoas jurídicas de direito privado as associações, sociedades, fundações, organizações religiosas e os partidos políticos.

A concessão do direito à assistência jurídica e a gratuidade processual às pessoas jurídicas não foi abordada pelo legislador, que apenas deitou olhos para as necessidades das pessoas físicas. Foram poucas e vetustas as legislações que trataram expressamente do assunto, todas já revogadas: Decreto nº 2.457 de 1897²⁷² e os Códigos de Processo Civil dos Estados de São Paulo e da Bahia, todos proibindo expressamente a concessão da isenção do pagamento de custas às pessoas jurídicas.

Aliado a este resquício histórico, um argumento utilizado pelos defensores da corrente contrária à concessão às pessoas jurídicas funda-se na exegese do art. 2º da Lei nº 1.060/50. Diz-se que faz jus à assistência aquele que, de outro modo, teria prejudicado seu sustento e o da família; como a pessoa jurídica não tem família, logo, não pode ser assistida. Assim, “*no regime do Código de 1939, a exclusão das pessoas jurídicas se baseava no fato de que não são nunca miseráveis, no sentido jurídico da expressão*”²⁷³.

Esse posicionamento foi derrotado por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, que alegou que as circunstâncias de prejuízo próprio ou da própria família não se cumulam²⁷⁴, o que se depreende facilmente, pela utilização da conjunção “ou”, alternativa, ao invés de “e”, aditiva²⁷⁵. E acrescentou:

“É óbvio que não há cogitar da hipótese derradeira, mas não fica excluída a outra: conquanto pessoa jurídica não tenha família, perfeitamente se concebe que lhe falem meios de prover às despesas do processo sem sacrificar sua própria manutenção”²⁷⁶.

²⁷¹ C.R. GONÇALVES, *Op. Cit.*, p. 182.

²⁷² “Art. 3º Não poderão gozar do benefício da Assistência Judiciária as corporações e associações de qualquer espécie, nem tampouco o estrangeiro no civil, salvo quando houver reciprocidade de benefício no país a que pertencer.”

²⁷³ A. de ASSIS, *Garantia do Acesso à Justiça – benefício da gratuidade* in J. R. C. e TUCCI, *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, São Paulo, RT, 1999, pp. 20-21.

²⁷⁴ J. C. B. MOREIRA, *O Direito à Assistência Jurídica*, apud *Revista de Direito da Defensoria Pública*, nº 5, pp. 131-132.

²⁷⁵ Assim opinou MARCACINI: “obviamente, que os requisitos para a obtenção devem ser diversos, uma vez que o próprio conceito legal de necessitado não se ajusta para tais pessoas, pois seria desprovido de senso dizer que uma pessoa jurídica não possa arcar com as custas sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família!” (*Op.Cit.*, p. 89).

²⁷⁶ J. C. B. MOREIRA, *O Direito à Assistência Jurídica: Evolução no Ordenamento Brasileiro de Nosso Tempo*, in TEIXEIRA (coord.) *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 212.

J. M. DE CARVALHO SANTOS, comentando o Código de Processo Civil de 1939, sustentava a vedação total à concessão do direito às pessoas jurídicas, argumentando que “não são nunca miseráveis, no sentido jurídico da expressão”²⁷⁷.

JORGE AMERICANO entendia que, por tratar-se de uma concessão personalíssima, a lei processual civil desautorizaria a assistência judiciária às pessoas jurídicas, vez que direitos ou vantagens personalíssimas somente dizem respeito às pessoas humanas. Além disso, opina que se tratando de entidades “*cuja existência ordinariamente só se justifica pela capacidade de realizar os seus fins, não há interesse social e político em proteger tal existência quando seja de tal modo precária que o titular não possa suportar o ônus de uma demanda*”²⁷⁸. Porém, admitia que as legislações estaduais estendessem às pessoas jurídicas o atendimento “*quando se tratar de entidades voltadas a obras de interesse social ou de beneficência*”²⁷⁹.

De fato, há que ser reconhecida a possibilidade e a legalidade da concessão, posto não haver incompatibilidade entre os conceitos de hipossuficiência econômica e de pessoa jurídica. Ademais, não há restrição expressa às pessoas jurídicas no texto da Lei de Assistência Judiciária²⁸⁰ e, como aponta DINAMARCO, da mesma forma a Constituição não traz distinção alguma a respeito, tratando da assistência a ser concedida aos que comprovarem insuficiência econômica, sem ressaltar a necessidade de ser pessoa física ou jurídica”²⁸¹. Como salienta DIDIER, negar às pessoas jurídicas a concessão da assistência jurídica é medida que se choca com a garantia constitucional de acesso ao judiciário²⁸².

Realmente, é fruto da Constituição Federal de 1988 o entendimento favorável à pessoa jurídica, o qual encerra o processo histórico de evolução e desenvolvimento do

²⁷⁷ J.M.C. SANTOS. *Código de Processo Civil Interpretado*. 7ª ed., v. 1, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1971, p. 254.

²⁷⁸ AMERICANO, *Op. Cit.*, p. 123.

²⁷⁹ *Idem*.

²⁸⁰ A. M. GIANNAKOS, *Assistência Judiciária no Direito brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008 p. 38.

²⁸¹ DINAMARCO, *Op. Cit.*, p. 681.

²⁸² “Basta pensar que também ela, pessoa jurídica, por conta dos dissabores da atividade econômica que explora ou dos serviços que presta, pode, à semelhança das pessoas físicas, passar por dificuldades financeiras que a impeçam de, por exemplo, efetuar o pagamento das custas iniciais do processo. Como se lhe poderia, assim, negar o acesso à gratuidade judiciária. A pessoa jurídica é tão sujeito de direitos quanto as pessoas físicas – sendo, na verdade, uma técnica desenvolvida pelo direito para que aquelas efetivem os seus interesses” (F. DIDIER Jr. e R. OLIVEIRA. *Benefício da Justiça Gratuita*. 3ª ed., Salvador, Podium, 2008.

tema da igualdade²⁸³. E, não havendo vedação nos textos legais e no texto constitucional, não há que se falar em inaplicabilidade da sua efetivação.

7.6.1. Concessão a pessoas jurídicas sem fins lucrativos

Sendo cabível a concessão do atendimento às pessoas jurídicas, passa-se a analisar se todas as pessoas jurídicas fazem jus ao deferimento ou, não sendo o caso de se aplicar a universalidade, quais delas podem pleiteá-lo. Uma corrente defende que somente poderiam pleiteá-lo as pessoas jurídicas pias, beneficentes e sem fins lucrativos²⁸⁴, desprovidas de patrimônio, ou sendo este reduzido ou inalienável, e que não remuneraram seus associados, justificando-se a assistência jurídica pelo favorecimento, em última análise, às pessoas atendidas pela entidade benemérita.

O interesse financeiro de uma atividade empresária, em tese, deveria fazê-la preparada para suportar lucros e encargos, aí se incluindo os gastos inerentes ao litígio. Tais gastos ficariam suportados pelos associados, acionistas ou sócios, por meio de maior investimento de capital ou aumento nas mensalidades e contribuições²⁸⁵. Nesse sentido,

²⁸³ Já em 1987, antes da entrada em vigor da nova Constituição, havia entendimento doutrinário favorável. Veja-se, por exemplo, JOSÉ ROBERTO DE CASTRO (*Manual de Assistência Judiciária – teoria, prática e jurisprudência*. Rio de Janeiro, Aide, 1987, p. 92):

“Entendia-se, inicialmente, que apenas a pessoa física podia ser tida como ‘necessitado’ para os fins de assistência judiciária. O entendimento tinha a sua origem no caput do art. 2º, quando se falava em ‘nacionais’ ou ‘estrangeiros’. Hoje, admite-se, de forma pacífica, que a pessoa jurídica pode valer-se da assistência judiciária, bastando, para tanto, que se enquadre como ‘necessitado’.

Vejam os a jurisprudência:

“Em princípio, a pessoa jurídica de direito privado não é excluída do benefício da assistência judiciária. Mas, para obtê-lo, deve provar que a sua situação econômica não pode atender ao custeio da defesa dos seus interesses em juízo. Sem essa prova, que se não confunde com a do estado de pobreza atestado em favor de um dos sócios da firma requerente, não se lhe concede o amparo da justiça gratuita’ (1ª Câmara do TJ-PE, no Ag. 55.784, Rel. Des. Tomás Wanderley AF, 48:250).”

²⁸⁴ “A gratuidade de justiça não é benefício restrito às pessoas físicas, pode ser reconhecido às sociedades civis de fins humanitários que vivam de verbas e contribuições e que não buscam o lucro ou o próprio crescimento econômico” (Ac. Da 4ª Câmara do TJRJ, de 19-5-1979, na Ap. 7.888, Rel. Des. Hamilton de Moraes e Barros, ADCOAS, 1980, n. 71.079)

²⁸⁵ Há decisão nesse sentido do Superior Tribunal de Justiça: “Processual Civil. Assistência Judiciária Gratuita. Benefício não extensivo às pessoas jurídicas que visam à atividade lucrativa. Art. 2º da Lei nº 1.060/50. Inteligência. Precedentes jurisprudenciais. 1. O ordenamento jurídico pátrio permite eu a gratuidade de justiça alcance não só as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas de fins tipicamente filantrópicos ou de caráter beneficente; desde que comprovada nos termos da lei, a sua impossibilidade financeira para arcar com as custas do processo. 2. O pressuposto da pobreza jurídica, definido na Lei nº 1.060/50, não se coaduna com a atividade lucrativa perseguida pelas sociedades comerciais limitadas; e também por outras espécies de pessoas jurídicas voltadas para o auferimento de lucro. 3. Recurso especial conhecido e improvido. Decisão unânime”. (REsp 111.423/RJ, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª T., j. 09/03/99, DJ 26/04/99, p. 47)

MARCACINI opinou pela inviabilidade de concessão às pessoas jurídicas “que tenham finalidade lucrativa, ainda que deficitárias, ou que, embora não visem à obtenção de lucro, sirvam aos seus associados, como, por exemplo, os clubes e associações desportivas”²⁸⁶.

Este entendimento vai conforme ao espírito da responsabilidade solidária dos sócios, presente no art. 1023 do Código Civil, que estabelece como dever dos sócios suportar as dívidas da sociedade conforme estas não puderem ser integralmente cobertas pelo patrimônio social²⁸⁷. Por esse mesmo raciocínio, também é admitida a prestação de assistência a pessoas jurídicas sob regime de liquidação extrajudicial²⁸⁸.

Esta posição se aproxima do raciocínio trazido pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica, introduzida em nosso ordenamento pelo artigo 50 do Código Civil. O efeito jurídico fundamental da personalização consiste na separação dos patrimônios da pessoa jurídica e das pessoas que a formaram. A dissociação afeta o patrimônio da pessoa jurídica vinculando-o única e exclusivamente à consecução do seu objeto social²⁸⁹. A desconsideração da personalidade jurídica consiste na possibilidade de deixar de aplicar a regra da autonomia da pessoa jurídica, permitindo imputar responsabilização patrimonial aos sócios e administradores, que responderão diretamente com seus patrimônios, em casos de fraude ou má-fé²⁹⁰.

O ordenamento brasileiro²⁹¹ introduziu a desconsideração da personalidade jurídica em benefício dos consumidores, para as hipóteses de desvio de finalidade, utilização fraudulenta da pessoa jurídica ou confusão patrimonial, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social, falência, insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica. O Código Civil vigente desde 2002 passou a autorizar expressamente a desconsideração somente para os casos de

²⁸⁶ MARCACINI, *Op. Cit.*, p. 90.

²⁸⁷ “Art. 1023. Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo clausula de responsabilidade solidária”

²⁸⁸ RT 791/255.

²⁸⁹ F.K. COMPARATO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1977, p. 268.

²⁹⁰ F.U. COELHO, *Curso de Direito Comercial*, v.2, pp. 40-42

²⁹¹ Do Código do Consumidor: “Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou do contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

Do Código Civil: “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

utilização fraudulenta ou abusiva da pessoa jurídica e confusão patrimonial²⁹², mediante requerimento e comprovação pelo credor.

Nesse sentido, sendo demonstrada a existência de uma condição fraudulenta, de insolvência ou confusão patrimonial, não seria absurdo admitir a aplicação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, exigindo-se diretamente de sócios, acionistas, administradores e diretores de pessoa jurídica o desembolso das despesas processuais, indeferindo-se o pleito à assistência jurídica. Nesse caso, a depender da situação fática que se descortine, poderia também ser aplicada a sanção de pagamento do décuplo do valor da causa, prevista no artigo 4º, parágrafo primeiro, da Lei nº 1.060/50, se constatada a existência de conluio para fraudar a lei e evitar o pagamento das custas.

Em São Paulo, a Defensoria Pública do Estado posiciona-se pelo atendimento às entidades sem fins lucrativos. A Deliberação nº 89 de 8 de agosto de 2008, do seu Conselho Superior, por seu artigo 3º, caput e parágrafos, impõe como condições para atendimento a ausência de condições financeiras da entidade para contratação de advogados e a existência, em seu contrato social, da tutela do interesse dos necessitados como finalidade ou objeto da entidade.

Acrescenta, ainda, a hipótese de presunção relativa da condição de hipossuficiência da pessoa jurídica, que se dá mediante a presença simultânea de três requisitos autorizadores: remuneração de empregado, prestador de serviço ou sócio inferior a três salários mínimos mensais; que não seja proprietária ou titular de direitos relativos a móveis, imóveis ou valores superiores a cinco mil unidades fiscais do estado, e que não possua aplicações financeiras superiores ao valor de doze salários mínimos:

“§ 2º. Presume-se carente de recursos financeiros para a contratação de advogados a entidade civil que atenda, cumulativamente, as seguintes condições:

I – não remunere empregado, prestador de serviços autônomo, sócio ou administrador com valor bruto mensal superior a três salários mínimos federais; (Inciso alterado pela Deliberação CSDP nº 137, de 25 de setembro de 2009).

II - não seja proprietária, titular de direito à aquisição, herdeira, legatária ou usufrutuária de bens móveis, imóveis ou direitos, cujos valores ultrapassem quantia equivalente a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo - UFESP's;

²⁹² CARLOS ROBERTO GONÇALVES expõe que o Código Civil adotou a linha objetivista, na qual o pressuposto da desconsideração se encontra especialmente na confusão patrimonial. Trata-se esta de uma modalidade de uso fraudulento da autonomia patrimonial que se oculta sob uma aparência de licitude. “Configura-se a confusão patrimonial quando a sociedade paga dívidas do sócio, ou esse recebe créditos dela, ou o inverso, não havendo suficiente distinção, no plano patrimonial, entre pessoas (...). Igualmente constitui confusão, a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, a existência de bens de sócio registrados em nome da sociedade, e vice-versa.” (*Direito Civil Brasileiro*, v. 1, 6ª ed., Saraiva, pp. 216-217).

III - não possua recursos financeiros em aplicações ou investimentos em valor superior a 12 (doze) salários mínimos federais”

Esta presunção *iuris tantum*, com efeito, constitui de mecanismo de constatação sumária, introduzindo indícios da situação econômico-financeira e da organização da entidade, por meio de conferência breve e estreita de demonstrações documentais das condições do pretense assistido, determinadas pela norma interna da corporação, como condição estabelecida para simplificação e facilitação da avaliação de sua situação para a concessão da assistência jurídica. Trata-se, portanto, de um norte a ser aplicado nestas situações.

7.6.2. Concessão a todas as pessoas jurídicas

A outra vertente aponta para a permissão de concessão a todas as pessoas jurídicas. Há julgados que dão à pessoa jurídica tratamento idêntico ao da pessoa natural, entendendo suficiente a afirmação de pobreza, sem necessidade de produzir prova nesse sentido²⁹³. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no entanto, tem sinalizado favoravelmente, desde que se tenha comprovada a ausência de recursos e a insustentabilidade financeira e independentemente do fito de lucro da pessoa jurídica demandante:

“PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. 1. A pessoa jurídica necessita comprovar a insuficiência de recursos para arcar com as despesas inerentes ao exercício da jurisdição. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido.”²⁹⁴.

O Superior Tribunal de Justiça estabeleceu critérios para a apuração das condições de pobreza, os quais entende não ser aplicáveis às entidades sem fins lucrativos:

“A pessoa jurídica requer uma bipartição, ou seja, se a mesma não objetivar lucro (entidades filantrópicas, de assistência social, etc.), o procedimento se equipara ao da pessoa física. Com relação às pessoas jurídicas com fins lucrativos, desde que as mesmas comprovem, de modo

²⁹³ “Assistência Judiciária. Justiça Gratuita. Benefício pleiteado por pessoa jurídica. Admissibilidade. Inexistência de distinção dos necessitados por parte da lei. Suficiência da simples afirmação da incapacidade financeira para concessão do benefício, salvo prova em contrário. Aplicabilidade do art. 4º, § 1º, da Lei nº 1.060/50” (RT 801/320).

²⁹⁴ (STF, AgRg no AI 652954/SP, 2ª T., Rel. Min. ELLEN GRACIE, j. 18/08/2009)

satisfatório, a impossibilidade de arcarem com os encargos processuais, sem comprometer a existência da entidade. A comprovação da miserabilidade jurídica pode ser feita por documentos públicos ou particulares, desde que os mesmos retratem a precária saúde financeira da entidade, de maneira contextualizada. Exemplificadamente: a) declaração de imposto de renda; b) balanços aprovados pela Assembléia, ou subscritos pelos Diretores, etc.²⁹⁵”.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça consolidou este posicionamento com a edição da Súmula nº 481, que proclama: “*Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.*”²⁹⁶

DINAMARCO observa que as pessoas jurídicas são constituídas por pessoas físicas, configurando-se como projeções destas a fim de atingir anseios, sejam econômicos ou não, e os resultados dessas empreitadas repercute diretamente na vida dos seus membros: “*por isso, fechar as portas da Justiça a elas significaria, em ultima ratio, fechá-las a seus próprios integrantes*”²⁹⁷”.

É a interpretação mais acertada, pois não somente se alia à não-vedação expressa pela Constituição ou legislação a ela subordinada, como demonstra o espírito de acessibilidade e igualdade de condições trazida pela ordem constitucional vigente.

A exigência de comprovação da incapacidade financeira é inafastável, não prevalecendo a presunção *hominis* de que uma pessoa jurídica, apenas por sua condição de “empresa”, apresenta condições econômicas suficientes.

²⁹⁵ (STJ – Corte Especial, ED no REsp 388.045-RS, rel. Min. Gilson Dipp)

²⁹⁶ Julgada em 28.06.2012 pela Corte Especial e publicada no DJe em 01.08.2012. Editada em razão dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça: Corte Especial, AgRg nos EAg 833722/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, DJE 07/06/2011; 3ª Turma, AgRg no AREsp 126381/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJE 08/05/2012; 1ª T., AgRg no AREsp 130622/MG Rel. Min. Francisco Falcão, DJE 08/05/2012; Corte Especial, EAg 1245766/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJE 27/04/2012; Corte Especial, EREsp 603137/MG; Rel. Min. Castro Meira, DJE 23/08/2010; Corte Especial, EREsp 690482/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, DJE 13/03/2006; Corte Especial, EREsp 1185828/RS, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJE 01/07/2011; 4ª Turma, REsp 431239/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, DJE 16/12/2002

²⁹⁷ DINAMARCO, *Op. Cit.*, pp. 680-681.

8. Verificação da pobreza

Desde a promulgação da nova Constituição Federal, em outubro de 1988, a questão polêmica reside no art. 5º, LXXIV, no qual se imputa como dever do Estado a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos carentes de recursos, mediante comprovação desta situação. Discute-se se, com essa redação, o constituinte teria alterado o instituto, negando a mera declaração de pobreza para exigir a demonstração dessa condição, não-recepcionando o artigo 4º da Lei nº 1.060/50 e rejeitando a mera declaração de pobreza aposta em petição ou subscrita pelo interessado.

A Lei nº 7.510/86, como já dissemos, alterou a redação do art. 4º da Lei nº 1.060/50, tornando suficiente a simples afirmação, que goza de presunção relativa de veracidade, no corpo da petição e subscrita pelo advogado, de que o litigante não possui condições de pagar as custas processuais, para requerer a gratuidade na tramitação do processo.

O posicionamento contrário à recepção desta norma sustenta-se sobre a tese de não ter a Constituição se reportado à Lei nº 1.060/50, razão pela qual não teria recepcionado o art. 4º da Lei nº 1.060/50²⁹⁸, embora tivesse recepcionado o instituto da assistência judiciária. MARILENA FLEURY DE BARROS assim sustentou:

“Com evidência palmar, a atual Lei das Leis trouxe significativa mudança no seu âmbito da assistência judiciária, a qual somente poderá ser concedida mediante comprovação da carência de recursos da parte²⁹⁹”.

De outro lado, tem-se o entendimento, ora majoritário, de que, à luz da evolução do tratamento do tema, a partir das leis “desburocratizantes” nº 7.115/83 e nº 7.510/86, aliada à necessidade de coerência entre a nova Constituição e a legislação até então vigente, não seria razoável que houvesse retrocesso na evolução do tratamento do acesso à Justiça. Seria como se “*quisesse o constituinte retroceder no tempo para invocar*

²⁹⁸ Há construção jurisprudencial nesse sentido: “O texto do inciso LXXIV, do artigo 5º, da Constituição assegura ‘assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recurso’. Desse texto ressalta, primeiro, que, constitucionalmente, a Justiça do Brasil não é gratuita. Não passa de postura ideológica característica, que com ele não é compatível a liberalidade do artigo 4º da Lei Especial, que dispensa a comprovação (pois simples declaração da própria parte interessada nada comprova), pelo que tal disposição deve considerar-se revogada. Se o mandamento constitucional condicionou o favor da gratuidade à prova de insuficiência econômica (medida de proteção ao patrimônio público), o legislador ordinário não está autorizado a dispensá-la”²⁹⁸

²⁹⁹ M. F. de BARROS, *A assistência judiciária, à luz da nova Constituição Federal* in *Revista Jurídica* 231, jan. 1997, p. 37

*das profundezas de seu jazigo perpétuo um conjunto de práticas já há muito tempo sepultado e expelido do ordenamento jurídico*³⁰⁰”.

Entendimento diverso, por esse raciocínio, reverteria e contradiria todas as novas tendências do direito processual.

8.1. Tratamento após a Constituição de 1988

O entendimento de que a Constituição Federal modificou o procedimento para requerer a concessão da gratuidade processual, esposado por parte da doutrina e assente na jurisprudência, contudo, recebeu inúmeras críticas, tendo sido taxada de estreita e literalista. No entanto, a exegese do artigo 4º da antiga e ainda vigente lei de assistência judiciária e do texto constitucional deve ser realizado com a atenta aplicação da moderna definição daquele conceito, bem como da justiça gratuita e da assistência jurídica.

O inciso LXXIV do art. 5º da Constituição de 1988 dispõe acerca da “assistência jurídica integral e gratuita”, no bojo das Políticas Públicas de Democratização ao Judiciário e de Assistência Judiciária. Trata, portanto, não apenas de benefício de isenção de despesas a ser concedido a litigantes em juízo, mas de prestação de serviço, de préstimo exercido pelo Estado. MARCACINI entende que o legislador constituinte pretendeu inserir a justiça gratuita no conceito de assistência jurídica, por conta, justamente, da confusão conceitual entre os institutos³⁰¹.

A Constituição se refere a um serviço público complexo e que exige aparelhamento estatal específico, não se resumindo apenas à mera isenção de custas e despesas. Nesse viés, a referida norma constitucional encontra aplicação para o serviço de assistência jurídica oferecido pelas entidades estatais, ou seja, as Defensorias Públicas. Ao lado delas, devem ser admitidos também os entes, particulares ou não, que exercem as mesmas atividades, dentre os quais são exemplos a Ordem dos Advogados do Brasil e o Departamento Jurídico XI de Agosto.

É nesse sentido que se deve aplicar a regra dada pela Constituição para comprovação de pobreza, e quem se incumbe da verificação por meio da apresentação de provas é o ente que irá prestar a assistência jurídica ao interessado. A entidade realiza a

³⁰⁰ OLIVEIRA, *Op. Cit.*, p. 128.

³⁰¹ MARCACINI, *Op. Cit.*, p. 34.

triagem sócio-econômica com os interessados, apurando as condições de cada qual, por meio de assistentes sociais e funcionários habilitados. Com efeito, arrematou MARCACINI³⁰²:

“A decisão de caráter processual, que se coloca diante do Juiz, está relacionada com a concessão, ou não, da justiça gratuita, ou seja, da mera gratuidade processual, ou isenção de custas e demais despesas com o processo. Mesmo porque não pode o juiz proibir os órgãos prestadores de assistência jurídica de atender a parte.”

Por tal razão, ARAKEN DE ASSIS destaca que a previsão constitucional é da prestação do serviço de assistência jurídica pelo Estado aos que comprovarem a necessidade do serviço, sendo que “*talvez seja possível, no âmbito administrativo, relevar tal prova e acreditar nas alegações dos interessados*”³⁰³.

A previsão é constitucional, mas a maneira pela qual tal análise será feita é assunto de organização interna dessas entidades, uma prática a ser regulada administrativa e regionalmente, mediante critérios técnicos, que não adentram na esfera de organização constitucional. A Constituição, embora tenha determinado a necessidade de comprovação da insuficiência de recursos não pretendeu definir o que viria a ser a “insuficiência de recursos” nem a forma de comprovação, o que fica a cargo de legislação infraconstitucional³⁰⁴, atribuída em competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal³⁰⁵.

De outro lado, o art. 4º da Lei nº 1.060/50 se refere à concessão de assistência judiciária. A lei, na verdade, expressa, nesse artigo, a respeito de gratuidade processual, mas comete erro de terminologia. Daí é que decorre a celeuma criada na doutrina e na jurisprudência a respeito da aplicação de uma ou de outra norma.

Esclarecem WALTER PIVA RODRIGUES e AUGUSTO TAVARES ROSA MARCACINI:

“Nossa constituição atual promete uma ‘assistência jurídica integral e gratuita’, o que vai além da mera gratuidade processual ou da assistência judiciária, regidas na Lei nº 1.060/50. Esta lei confunde os conceitos de justiça gratuita e assistência judiciária e, não raro, os intérpretes do Direito não distinguem destes dois primeiros o novo conceito contido na

³⁰² MARCACINI, *Op. Cit.*, p. 93.

³⁰³ ASSIS *in* TUCCI, *Op. Cit.*, p. 23.

³⁰⁴ C.A.S.LEAL JUNIOR, *A comprovação da insuficiência de recursos para concessão da assistência jurídica gratuita*, Revista de Processo 62/268

³⁰⁵ Cf. Constituição Federal:

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
XIII - assistência jurídica e Defensoria pública”

Constituição. Em especial, muito se discute se o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição, ao falar em comprovação da insuficiência de recursos, teria revogado a Lei nº 1.060/50, no que tange a suficiência da mera declaração de pobreza, para obtenção do benefício³⁰⁶.

Assim, para a concessão do benefício da justiça gratuita, no bojo do processo, e sob a fiscalização do Estado, na figura do juiz, e não do órgão prestador de assistência jurídica, continua prevalecendo o art. 4º da Lei nº 1.060/50.

É válido ressaltar, uma vez mais, que o que vem a ser apreciado pelo juiz é tão-somente o que toca a esse benefício, e não a assistência jurídica ou judiciária. Como assinalou MARCACINI, o magistrado não tem o poder de indeferir a assistência judiciária³⁰⁷, mas somente a gratuidade processual.

Por ter a Defensoria Pública ou entidade equiparada ou equivalente já ter se incumbido de realizar a verificação da hipossuficiência dos seus assistidos, reforça-se a presunção de pobreza e fica dispensada a repetição da prova para requisição da gratuidade processual, a princípio.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se a respeito:

“CONSTITUCIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Lei 1.060, de 1950. C.F., art. 5º, LXXIV.

I – 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 do espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça (C.F., art. 5º, XXXV).

II – R.E. não conhecido”³⁰⁸

Desta forma, conclui-se de maneira inequívoca pela recepção da Lei nº 1.060/50 na ordem constitucional de 1988.

³⁰⁶ RODRIGUES e MARCACINI, *Op. Cit.*, p. 396.

³⁰⁷ MARCACINI, *Op. Cit.*, p. 32.

³⁰⁸ (STF, 2ª T., RE 205.746/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 26.11.1996)

8.2. Definição estabelecida por critério legal

Não existe dispositivo legal que estabeleça critério formal para determinação de quais pessoas são merecedoras da concessão da assistência jurídica integral e gratuita de modo a preencher a disposição legal da impossibilidade de subsistência do demandante e de sua família.

Com relação à prestação do serviço de assistência pela Defensoria Pública em São Paulo, a Lei Complementar nº 988, de 9 de janeiro de 2006, que instituiu a Defensoria estadual, não impôs critérios para caracterização do necessitado, estabelecendo que esta matéria fosse objeto de norma regulamentadora. Atualmente a definição é dada pela Deliberação nº 89 de 8 de agosto de 2008, do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado, cuja atual redação impõe:

“Artigo 2º. Presume-se necessitada a pessoa natural integrante de entidade familiar que atenda, cumulativamente, as seguintes condições:

I – aufera renda familiar mensal não superior a três salários mínimos federais; (Inciso alterado pela Deliberação CSDP nº 137, de 25 de setembro de 2009.)

II - não seja proprietária, titular de aquisição, herdeira, legatária ou usufrutuária de bens móveis, imóveis ou direitos, cujos valores ultrapassem a quantia equivalente a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo - UFESP's.

III - não possua recursos financeiros em aplicações ou investimentos em valor superior a 12 (doze) salários mínimos federais.

§ 1º. Os mesmos critérios acima se aplicam para a aferição da necessidade de pessoa natural não integrante de entidade familiar.

§ 2º. Entidade familiar é toda comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar e que se mantém pela contribuição de seus membros.

§ 3º. Renda familiar é a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pela totalidade dos membros da entidade familiar, maiores de dezesseis anos, excluindo-se os rendimentos concedidos por programas oficiais de transferência de renda e de benefícios assistenciais, bem como o valor comprovadamente pago a título de contribuição previdenciária oficial.

§ 4º. O limite do valor da renda familiar previsto no inciso I deste artigo será de quatro salários mínimos federais, quando houver fatores que evidenciem exclusão social, tais como: (parágrafo alterado pela Deliberação CSDP nº 137, de 25 de setembro de 2009.)

- a) entidade familiar composta por mais de 5 (cinco) membros;
- b) gastos mensais comprovados com tratamento médico por doença grave;

- c) entidade familiar composta por pessoa com deficiência física ou mental;
- d) entidade familiar composta por idoso ou egresso do sistema prisional, desde que constituída por 4 (quatro) ou mais membros.”

A redação original do inciso I do artigo 2º trazia “*aufira renda familiar mensal não superior a R\$1.350,00 (um mil trezentos e cinqüenta reais)*”, sendo este valor, à época da deliberação, o equivalente a três salários mínimos estaduais, conforme o art. 1º, inciso I, da Lei estadual nº 12.967/2008, de 29.04.2008³⁰⁹. A norma trata expressamente do critério como uma presunção, de modo que não deve ser observado estritamente, havendo ampla possibilidade de ser avaliada individualmente a condição de um interessado. No mesmo sentido, o § 4º do artigo 2º trazia em sua redação original: “*O limite do valor da renda familiar previsto no inciso I deste artigo será de R\$1.800,00 (um mil e oitocentos reais)*...”, fazendo referência ao valor de quatro salários mínimos estaduais vigentes à época da deliberação. Com a alteração do texto pela Deliberação nº 137, de 25 de setembro de 2009, do Conselho Superior da Defensoria Pública, a entidade suprimiu o valor fixo em reais e passou a adotar o critério do salário mínimo federal.

Tramita na Assembléia Legislativa o projeto de lei nº 217/2009, visando regulamentar a Lei Complementar Estadual nº 988/2006 no tocante aos critérios para determinação dos necessitados e, conseqüentemente, substituição da norma interna da Defensoria por norma oriunda do Poder Legislativo estadual. O projeto de lei propõe³¹⁰:

“Artigo 1º - Para efeitos do atendimento prestado pela Defensoria Pública, presume-se necessitada a pessoa natural integrante de entidade familiar que atenda, cumulativamente, as seguintes condições:

I- *aufira renda familiar não superior a R\$ 2.325,00 (dois mil, trezentos e vinte e cinco reais)*;

II- *não seja proprietária, titular de direito de aquisição, herdeira, legatária ou usufrutuária de bens móveis, imóveis, ou direitos, cujos valores ultrapassem quantia equivalente a 50 (cinquenta) vezes o valor referência do inciso I; e*

III- *não possua recursos financeiros em aplicações ou investimentos em valor superior a 12 (doze) vezes o valor referência do inciso I.*

³⁰⁹ O salário mínimo estadual foi criado para fixar um piso salarial para trabalhadores da iniciativa privada que não possuem piso salarial definido por lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho, e atinge 105 (cento e cinco ocupações), divididos em segmentos com pisos diferentes. Em 2008, o piso de valor mais baixo era de R\$ 450,00 (quatrocentos e cinqüenta reais), valor adotado pelo Conselho Superior da Defensoria Pública nesta deliberação.

³¹⁰ Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, Projeto de Lei nº 217/2009, “Define os beneficiários da assistência judiciária gratuita, para efeitos do disposto no artigo 2º da Lei Complementar nº 988, de 2006, que organiza a Defensoria Pública do Estado e institui o regime jurídico da carreira de Defensor Público.”, disponível em < <http://www.al.sp.gov.br/processo-legislativo/proposicoes/proposicoes-pesquisa>>. Acesso em 21.08.2012.

Parágrafo único- O valor referência da renda familiar do inciso I será reajustado, anualmente, de acordo com a variação do salário mínimo nacional”

Com efeito, o projeto de lei, de autoria do deputado estadual RUI FALCÃO propõe que se estabeleça novamente um valor monetário fixo, tal como propunha o texto original da Deliberação do Conselho Superior da Defensoria Pública, depois, alterado para “três salários mínimos federais”, eliminando o valor numérico determinado.

Foi proposta emenda ao projeto na Assembleia, pelo deputado estadual SAID MOURAD, para alterar o valor base de R\$ 2.325,00 para R\$ 1.635,00. O valor sugerido equivale a três vezes o valor do maior salário mínimo estadual vigente em 2009³¹¹, quando a emenda foi proposta, justificado em razão do reajuste do salário mínimo e pelo fato de a Defensoria Pública atender pessoas que possuem renda familiar de até três salários mínimos. A emenda foi rejeitada pela relatoria do projeto, em sua última análise, em 2012, mas o projeto ainda não foi posto em votação³¹².

A regulamentação do conceito de hipossuficiente é essencial para o funcionamento da Defensoria Pública e a Lei Complementar que a criou determina que tal critério seja estabelecido em lei. Enquanto a lei não é criada, decorridos quatro anos do surgimento da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a entidade estabeleceu seus próprios critérios que, na verdade, acompanham aqueles estabelecidos pela Procuradoria de Assistência Judiciária, que sucedeu.

O projeto de lei foi apresentado antes da Deliberação do Conselho Superior da Defensoria Pública nº 137, de 25 de setembro de 2009³¹³, que substituiu o critério de verificação de hipossuficiência original, acoplado a valores monetários fixos, por um critério baseado no salário mínimo. Por tal motivo, sugere outros valores em dinheiro. Nenhuma emenda foi proposta no sentido de acompanhar a alteração realizada pelo Conselho Superior da Defensoria Pública.

O Conselho Superior deliberou alterando o a condição de hipossuficiência atrelada a valor fixo por um valor variável com base no salário mínimo com o intuito de

³¹¹ Lei Estadual nº 13.485, de 3 de abril de 2009

³¹² Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, Projeto de Lei nº 217/2009, “Define os beneficiários da assistência judiciária gratuita, para efeitos do disposto no artigo 2º da Lei Complementar nº 988, de 2006, que organiza a Defensoria Pública do Estado e institui o regime jurídico da carreira de Defensor Público.”. Parecer favorável ao projeto e contrário às emendas, disponível em < <http://webspl1.al.sp.gov.br/internet/download?poFileIfs=25536766&/167.doc%22> >. Acesso em 21.08.2012.

³¹³ Disponível em < <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=2485&idModulo=5010> >. Acesso em 21.08.2012.

estabilizar seus critérios, tornando-os imunes à desvalorização do real e à inflação, sendo certo que o reajuste do salário mínimo, realizado anualmente, manteria a deliberação atualizada, sem a necessidade de modificações frequentes. O projeto de lei encaminhado à Assembleia, no entanto, não observou essa particularidade e, uma vez aprovado e promulgado, estabelecerá novamente um valor fixo em reais como patamar para a caracterização dos necessitados, o que tornará a norma sujeita à inflação, desvalorização da moeda e a eventuais alterações e reajustes econômicos e, fatalmente, necessitará ser reformada no futuro.

Oportuno mencionar o já referido levantamento da Fundação Getúlio Vargas sobre a nova classe média³¹⁴, o qual assinalou que “o uso do salário mínimo como numerário falha em manter constante o poder de compra ao longo do tempo”. Este aspecto, acrescido da constatação de que está “desacompanhado de diferenciadores do custo de vida regional”, traduz-se em relevante nota negativa à fixação de índice baseado no salário mínimo, alheio a outros condicionantes, como elemento decisivo para o atendimento pela Defensoria Pública.

A mesma preocupação em estabelecer um critério técnico objetivo para a verificação da pobreza é retratada no Projeto de Lei nº 364/2004, do Senador ÁLVARO DIAS, cujo escopo é substituir a Lei nº 1.060/50 dando regramento fresco ao sistema. O texto do projeto³¹⁵ sugere:

“Art. 3º Presumem-se economicamente hipossuficientes, salvo prova em contrário, para os fins desta lei:

I – pessoa física que comprovar o preenchimento de, pelo menos, dois dos seguintes requisitos:

- a) recebimento de salário, vencimento, soldo, pensão ou proventos não superior a duas vezes o valor do salário mínimo;
- b) participação em, pelo menos, um programa de assistência social mantido pelos poderes públicos federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal;
- c) isenção do pagamento de Imposto de Renda;
- d) propriedade de, no máximo, um imóvel, utilizado para moradia, com área não superior a duzentos e cinquenta metros quadrados, se urbano, e a um módulo rural, se rústico.”

Em continuidade, no inciso seguinte o texto proposto também prevê a concessão de benefício à pessoa jurídica, nestes termos:

³¹⁴ NERI, *Op. Cit.*, p. 28.

³¹⁵ Senado Federal, Projeto de Lei do Senado nº 364 de 2004, disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=71749>, acesso em 04.10.2012.

“II – a pessoa jurídica, sem fins lucrativos, para cuidar de assuntos afetos ao seu objetivo social, que demonstrar, por quaisquer documentos hábeis, a critério do juiz, efetiva carência de recursos.”

Há, infelizmente, uma confusão de conceitos e um retrocesso no tratamento da questão.

Já deve estar bem claro que a assistência jurídica ou assessoria jurídica e a justiça gratuita ou gratuidade processual são totalmente diferentes; que a assistência jurídica não se trata de benefício, mas de direito fundamental, e é realizada pela Defensoria Pública ou por outro órgão que lhe faz as vezes, cujo atendimento obedece o artigo 5º, inciso LXXIV, devendo o interessado demonstrar sua condição de vulnerabilidade, na forma que a entidade determinar.

E, de outro lado, a justiça gratuita, por equívoco terminológico, é regida pela chamada Lei de Assistência Judiciária, Lei Federal nº 1.060/50, precisamente pelo artigo 4º, que estabelece ser suficiente a declaração simples da pobreza para o Judiciário, a qual goza de presunção relativa de veracidade.

Ao estabelecer como ao “critério do juiz” o que é necessário para demonstrar a pobreza, impõe-se ao magistrado a apuração de condições que são da alçada da entidade prestadora da assistência jurídica, e não do Judiciário, uma vez que é atribuição da Defensoria Pública aferir quem ela irá ou não atender.

A confusão, portanto, está entabulada entre a assistência jurídica, escopo da lei, e a justiça gratuita. A bem da verdade, apesar de ter tratado de incluir expressamente a pessoa jurídica, o conteúdo normativo é uma mera repetição do que traz a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXXIV.

O retrocesso reside no retorno à necessidade de instrução e fornecimento de documentos para obtenção do direito. O legislador proponente ao não manter a interpretação conforme a Constituição da Lei vigente, optando por estabelecer um rol de requisitos poderá, fatalmente, vê-lo interpretado de forma taxativa, sobretudo porque o *caput* exige a ocorrência concomitante de pelo menos dois dos requisitos.

Quanto à presunção de hipossuficiência, esculpida no *caput* do artigo 3º do projeto, ao demandante é exigido que traga documentos a fim de oferecer elementos indicadores da sua condição, que corroboram sua simples declaração de hipossuficiência. Pode-se dizer, até que não se trata propriamente de uma presunção de veracidade, no sentido de que a presunção consiste em juízo formado sobre indícios, conjecturas, e neste

caso, a conclusão se estabelece diante de prova completa, lapidada, jogando por terra toda a construção e evolução do sistema e reintroduzindo as dificuldades de acesso ao judiciário que pareciam finalmente superadas.

Para FREDIE DIDIER a ausência de parâmetros legais para medição das condições do litigante em arcar com as custas judiciais não aponta para a necessidade de preenchimento de lacuna, assinalando como solução a continuidade da aplicação casuística do princípio da proporcionalidade, assentindo que *“nenhum critério valeria nacionalmente, pois as leis de custas são, normalmente, leis estaduais, bem diferentes entre si.”*³¹⁶

Consoante ao raciocínio de DIDIER, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, na já mencionada Deliberação nº 89/2008, que regulamenta as hipóteses de denegação do serviço, além de conferir o atendimento às pessoas que preenchem os requisitos já apresentados, previu situações em que os interessados não cumprem aquelas condições:

“Art. 2º (...)

§10º. Não sendo possível a exibição de documentos comprobatórios da renda mensal familiar, milita em favor da pessoa interessada a presunção de veracidade das informações por ela prestadas no ato de preenchimento do questionário de avaliação da situação econômico-financeira, nos termos do artigo 4º da Lei n. 1.060/50. (Parágrafo acrescentado pela Deliberação CSDP nº 137, de 25 de setembro de 2009).

(...)

§ 15º - Os critérios estabelecidos neste artigo não excluem a aferição da hipossuficiência no caso concreto, através de manifestação devidamente fundamentada. (Parágrafo acrescentado pela Deliberação CSDP nº 137, de 25 de setembro de 2009).

O ente público encarregado do fornecimento desta demanda social, como se observa, em razão de sua especialização nessa atividade, é capaz de oferecer melhores soluções e prevenir situações que o projeto de lei em trâmite no Senado Federal não abordou. A Defensoria está aparelhada de melhores condições para verificar a real necessidade de quem procura por seus serviços, demonstrando-se novamente não ser atribuição do magistrado esta verificação, limitada à hipótese, muito rara, de ser negado o atendimento e necessária a concessão de segurança.

A inexistência de critérios tarifários, taxativos, matemáticos ou a adoção de tabelas para definir a impossibilidade econômico-financeira do pleiteante fez com que surgissem métodos ou fórmulas para a tentativa de sistematizar a aferição da pobreza.

³¹⁶ F. DIDIER Jr. e R. OLIVEIRA, *Op. Cit.*, p. 39.

HILTON MENDONÇA, por exemplo, propõe parâmetros para a determinação da pobreza judicial, valendo-se, para tanto, do valor das custas, do valor da renda, remuneração ou resultado financeiro da parte e das despesas mensais normais do requerente. Assim, desenvolveu uma fórmula matemática³¹⁷:

$$SE = (VR - DMN) - VC$$

Onde SE é a situação econômica; VR, o valor da renda; DMN, as despesas mensais normais e VC, o valor das custas. A utilidade de tal fórmula mostra-se puramente didática, mas apenas para demonstrar quais são os parâmetros ou fatores que se deve ter em mente para a verificação da hipossuficiência econômico-financeira.

Conforme discorreu BARBOSA MOREIRA³¹⁸, os dados essenciais para verificar o direito ao benefício, pela premissa da situação econômica do art. 2º da Lei nº 1.060/50, são:

“a) os rendimentos; b) os bens consistentes em pecúnia, de que o interessado tenha disponibilidade – por exemplo, depósitos (não-bloqueados!) em conta corrente –, ou ainda os facilmente conversíveis em dinheiro, como títulos com cotação no mercado, coisas negociáveis com rapidez e simplicidade”.

A verificação da condição de hipossuficiência deve-se valer de um critério subjetivo, que considere o binômio “receitas *versus* despesas”, eis que cada pleiteante possui realidades de vida diferentes, tais como família numerosa, despesas médicas, aluguel, etc. o que se reflete no uso que faz de seus ganhos e salários. Assim, o critério baseado unicamente nos valores do salário mínimo não é suficiente, devendo-se aliar, indispensavelmente, à casuística³¹⁹.

A simples qualificação da parte, indicando seu emprego ou sua habilitação profissional, não é fator capaz de atacar a presunção de veracidade da declaração de pobreza, como se o fato de ser comerciante, autônomo ou microempresário se traduzisse em satisfatória situação econômico-financeira, a despeito de diversos julgados contrários³²⁰.

³¹⁷ MENDONÇA, *Justiça Gratuita*, São Luís, Mendonça, 2003, pp. 40-41.

³¹⁸ BARBOSA MOREIRA, *Op. Cit.*, p. 212-213.

³¹⁹ Nesse sentido, MARCACINI, *Op. Cit.*, pp. 85-86 e OLIVEIRA, *Op. Cit.*, pp. 105-109.

³²⁰ A propósito, julgamento do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Assistência Judiciária - Negativa pelo Magistrado - Possibilidade de concessão do benefício à advogada que demonstra através de declaração de imposto de renda e declara através da competente declaração de necessidade, que não tem condições de arcar com as custas e despesas processuais - Necessidade que não se confunde com miserabilidade - Mera qualidade de advogada que não elide a apontada incapacidade de custeio do processo - Art. 4º da Lei

Conforme expôs HILTON MENDONÇA³²¹, “*o endereço, a profissão, o carro ou a impecável vestimenta pertencem ao império das aparências. Nem de longe servem para informar a quantidade de dinheiro disponível que uma pessoa tem para efetuar um determinado pagamento, à vista*”.

O aspecto patrimonial também é relevante, eis que não é razoável pretender que a pessoa dilapide seu patrimônio, vendendo sua casa ou carro, por exemplo, para dar conta das custas processuais. Não se deve afastar esta análise, contudo, quando o interessado é notório detentor de vasto patrimônio³²². Para evitar a arbitrariedade e a oscilação de parâmetros utilizada por cada intérprete, contudo, fundamental a utilização de um critério mínimo pautado na objetividade.

JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER e LUCAS PEREIRA BAGGIO opinam pela existência unicamente do mundo dos fatos, alegando tratar-se o mundo jurídico de “*uma versão jurídica do mundo platônico das idéias*”³²³. Faz-se a referência a este entendimento para confrontar as teses mais objetivistas, que buscam estabelecer uma definição exata e definitiva da “*pobreza na acepção jurídica do termo*”.

Segundo TESHEINER e BAGGIO, “*a concepção de um mundo jurídico conduz ao grave equívoco de tentar-se resolver problemas do mundo real somente com conceitos jurídicos (...) Por essa via, o bacharel em Direito vive num mundo de abstrações, não raro propondo soluções que seriam cômicas, não fosse o trágico de sua aplicação no mundo dos fatos*”³²⁴ e, em seguida, discorrem: “*É que os problemas que os juristas são chamados a resolver são problemas do mundo fático, com toda a variedade e complexidade com que se apresentam na vida real. Não são problemas matemáticos, nem de lógica, nem mesmo de lógica jurídica*”³²⁵.

1.060/50, recepcionado pelo art. 5o, LXXIV, da Constituição Federal - Benefício, ademais, revogável ante impugnação devidamente fundamentada da parte contrária ou recuperação financeira da beneficiária – Gratuidade concedida - Agravo provido.” (TJSP, AI nº 990.10.265136-3, rel. Des. Jacob Valente, 12ª Câmara. Dir. Privado, j. 28.07.2010)

³²¹ MENDONÇA, *Op. Cit.*, p. 50.

³²² MARCACINI, *Op. Cit.*, p. 85.

³²³ J. M. R. TESHEINER e L. P. BAGGIO, *Nulidades no Processo Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 2008, pp. 8-9.

³²⁴ TESHEINER e BAGGIO, *Op. Cit.*, pp. 9-10. Os autores citam Mauro Capelletti: “A idade dos sonhos dogmáticos acabou. A nossa modernidade está na consciência de que o processo, como o direito em geral, é um instrumento da vida real, e como tal deve ser tratado” (CAPELLETTI, Mauro, *Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas* in MARINONI, Luiz Guilherme (org.), *O Processo Civil Contemporâneo*, Curitiba, Juruá, 1994, p. 30, citado por TESHEINER e BAGGIO, *Op. Cit.*, p. 23)

³²⁵ TESHEINER e BAGGIO, *Op. Cit.*, p. 38.

8.3. Patrocínio da causa por advogado particular

Já expusemos a possibilidade de demandantes constituírem advogados não inscritos em convênios com a Defensoria Pública, e obterem a gratuidade processual. Porém, é freqüente a ocorrência de casos em que a justificativa para o indeferimento ou o questionamento do pedido reside no patrocínio da causa por um advogado particular.

A sustentação é a de que, a pessoa, tendo condições de contratar banca de advogados particular, não precisou socorrer-se do órgão estatal próprio ao atendimento dos carentes, que é a Defensoria Pública. Ficaria, assim, demonstrada sua plena capacidade econômico-financeira para cobrir as despesas processuais.

Uma vez que está se tratando de assistência judiciária, mas de gratuidade processual, deve-se reforçar que ao magistrado não é dado indeferir nesta atividade, afinal não lhe cabe determinar os clientes que o advogado deva atender, e “*não pode o juiz proibir os órgãos prestadores de assistência jurídica de atender a parte*³²⁶”. Na jurisprudência encontram-se decisões nesse sentido:

“Escolha do advogado. A circunstância da parte ser pobre na acepção jurídica do termo, não implica estar tolhida de escolher ser próprio advogado³²⁷”.

Em situação concreta, o Tribunal de Justiça de São Paulo³²⁸ reformou decisão que indeferia a gratuidade processual e destituía o advogado da parte que se declarava hipossuficiente, hipótese não prevista pelo legislador:

“Assistência Judiciária. Se o juízo entende de inferi-la, descabe destituir Patrono conveniado. Ilegalidade manifesta. Recurso provido para prover o recurso concedendo a gratuidade pelas circunstâncias do caso mas assegurando que o(s) adversário(s) processual (is), em Primeiro Grau e quando citado (s) se o desejar, possa (m) impugnar a concessão quando, então, será devolvido ao Juízo “a quo” a sua plena liberdade de prestação jurisdicional. Agravo provido.”

³²⁶ MARCACINI, *Op. Cit.*, p. 93.

³²⁷ RT 602/229. Também RT 784/359 e 804/286 e Boletim AASP nº 1703/205: “Se a parte indicou advogado, nem por isso deixa de ter direito à assistência judiciária, não sendo obrigada, para gozar dos benefício desta, a recorrer aos serviços da defensoria pública”.

³²⁸ TJSP, AI nº 0086203-82.2011.8.26.0000, 9ª Câm. Dir. Privado, Rel. Des. Piva Rodrigues, j. 07.07.2011, DJe 22.04.2011.

O artigo 41³²⁹ do Código de Ética e Disciplina da OAB³³⁰ veda a fixação de honorários inferiores ao valor mínimo determinado pela tabela de honorários da entidade e, por conseguinte, veda a prática da chamada advocacia *pro bono*, gratuita³³¹. A jurisprudência, de outro lado, tem admitido a concessão da gratuidade processual à parte assistida por advogado, sem observar a condição da verba honorária, valendo-se da inexistência de monopólio estatal para o desempenho da assistência judiciária e da condição de hipossuficiência do litigante³³²:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA – ADVOGADO CONSTITUÍDO – ISENÇÃO DE CUSTAS – POSSIBILIDADE DA MEDIDA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECURSO PROVIDO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO – Pedido de gratuidade de justiça. Indeferimento porque a parte se acha representada por advogado. A defesa dos pobres em juízo não constitui monopólio da Defensoria Pública do Estado. Não se discutindo a miserabilidade do agravante, a alegação de pobreza deve ser admitida como verdadeira, até prova em contrário, através de impugnação, nos termos da Lei nº 1.060/50. Provimento do recurso. Decisão unânime.” (TJRJ – AI 6996/2000 – 21/09/2000 – 15ª C.Civ. – Rel. Des. José Mota Filho – j. 16/08/2000)

Como já visto anteriormente, a contratação do advogado pode se dar mediante cláusula de pagamento dos honorários *ad exito*, em que, ao fim do processo na hipótese de sucesso na demanda, elidindo qualquer alegação de que o profissional tenha desempenhado sua atividade sem remuneração. Esta hipótese é admitida pelo Superior Tribunal de Justiça, e possibilita requerer a gratuidade processual:

“PROCESSO CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ADVOGADO PARTICULAR. CONTRATAÇÃO PELA PARTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AD EXITO. VERBA DEVIDA. 1. Nada impede a parte de obter os benefícios da assistência judiciária e ser representada por advogado particular que indique, hipótese em que, havendo a celebração de contrato com previsão de pagamento de honorários ad exito, estes serão devidos, independentemente da sua situação econômica ser modificada pelo resultado final da ação, não se aplicando a isenção prevista no art. 3º, V, da Lei nº 1.060/50, presumindo-se que a esta renunciou. 2. Recurso especial provido.” (STJ, 3ª T., REsp 1.153.163 / RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.06.2012, por maioria)

³²⁹ “Art. 41. O advogado deve evitar o aviltamento de valores dos serviços profissionais, não os fixando de forma irrisória ou inferior ao mínimo fixado pela Tabela de Honorários, salvo motivo plenamente justificável.”

³³⁰ Publicado no Diário da Justiça, Seção I, do dia 01.03.95, pp. 4.000/4004.

³³¹ A Resolução Pro Bono, de 5 de janeiro de 2007, da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo, admite apenas as atividades de consultoria e assessoria para entidades sem fins lucrativos (cf. item 7.2 supra)

³³² Ver item 7.1.

ROGÉRIO NUNES DE OLIVEIRA inclui a possibilidade de o advogado optar apenas pelo recebimento dos honorários sucumbenciais ao final da demanda na hipótese de vitória, situação que não encontra óbice no Estatuto da Advocacia, Lei nº 8.906/94³³³. O Código de Ética e Disciplina, no entanto, não admite esta situação, exigindo a contratação de honorários advocatícios e advertindo que os honorários de sucumbência não excluem a necessidade de contratação da remuneração do serviço profissional prestado pelo demandante³³⁴.

³³³ OLIVEIRA, *Op. Cit.*, p. 89.

³³⁴ “Art. 35. Os honorários advocatícios e sua eventual correção, bem como sua majoração decorrente do aumento dos atos judiciais que advierem como necessários, devem ser previstos em contrato escrito, qualquer que seja o objeto e o meio da prestação do serviço profissional, contendo todas as especificações e forma de pagamento, inclusive no caso de acordo.

§ 1º Os honorários da sucumbência não excluem os contratados, porém devem ser levados em conta no acerto final com o cliente ou constituinte, tendo sempre presente o que foi ajustado na aceitação da causa.”

9. Comprovação processual da pobreza

Goçando de presunção relativa da veracidade da afirmação de hipossuficiência, a parte não deve ser compelida a fazer prova desta condição inexistindo motivo relevante e fundamentado para tanto. No entanto, em não raras vezes, determinações judiciais estabelecem exigências de apresentação de declaração escrita de pobreza, declarações de bens e receitas e até demonstrativos financeiros.

Mais do que excesso de rigor formal, trata-se de exigências desarrazoadas, porque desligadas de qualquer previsão legal, passíveis de agravo de instrumento, com ampla possibilidade de ser reformado, eis que o posicionamento dos tribunais é amplamente favorável à suficiência da declaração de pobreza³³⁵. Contudo, muitos litigantes optam por não interpor o cabível recurso, preferindo proceder à confecção da declaração ou providenciar os documentos e juntá-los aos autos. O raciocínio é o de que, sob o ponto de vista prático, de qualquer forma será concedido o benefício pleiteado, apenas com um obstáculo a mais a ser transpassado.

Para o instituto, é um sério revés, que poderia ser atacado com a orientação jurisprudencial; para tanto, porém, é necessário que a parte pleiteante interponha o recurso, e não permaneça inerte, obedecendo à exigência descabida do magistrado.

9.1. Exigência de declaração de pobreza subscrita pelo interessado

Muitas decisões judiciais, sem levantar qualquer questionamento, exigem da parte interessada que traga aos autos do processo declaração de pobreza, firmada de

³³⁵ No Superior Tribunal de Justiça decidiu-se, em três ocasiões:

PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE MISERABILIDADE. DESNECESSIDADE. 1. Para se obter o benefício da assistência judiciária gratuita, basta que seu beneficiário a requeira mediante simples afirmação do estado de miserabilidade, sendo desnecessária a sua comprovação. 2. Recurso conhecido, mas improvido. (REsp 121799/RS, DJ 26/06/2000, p. 198, Min. Hamilton Carvalhido)

“PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - ESTADO DE POBREZA - PROVA - DESNECESSIDADE. A concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita não se condiciona à prova do estado de pobreza do requerente, mas tão-somente à mera afirmação desse estado, sendo irrelevante o fato de o pedido haver sido formulado na petição inicial ou no curso do processo”. (RESP 469594/RS, 3ª Turma do STJ, Relª. Min. Nancy Andrighi, J. 22/05/03, D.J. 30/06/03).”

“Processual - Pedido de Assistência Judiciária gratuita - Requisito - Prazo - É suficiente a simples afirmação do estado de pobreza para a obtenção do benefício da justiça gratuita - Recurso provido” (REsp. 174.538-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 08.09.98, DJ. 26.10.98, p. 47).

próprio punho³³⁶, não reconhecendo a legitimidade e tampouco a veracidade da mera declaração subscrita por advogado, como se esta precisasse de um “reforço” para ser reconhecida.

Esse expediente não é previsto em lei, segue orientação em sentido contrário às inovações trazidas pela Lei 7.510/86 e recepcionadas pela Constituição de 1988, além de proporcionar ao litigante um constrangimento ilegal. Ademais, é improfícuo, pois nenhuma diferença faz na análise de necessidade do benefício por parte do magistrado ter sido a declaração feita por procuração, pelo advogado constituído, no texto e nas páginas de uma petição, ou em uma declaração assinada pelo próprio interessado, e igualmente acostada nos autos, senão unicamente a caligrafia da pessoa. Certamente, não é através de um exame grafológico feito pelo juiz, que não é perito nessa área do conhecimento, que se consegue mensurar a pobreza de quem escreve.

9.2. Exigência de comprovação de pobreza

A necessidade do benefício por hipossuficiência econômico-financeira, ou de “pobreza na acepção jurídica do termo”, declarada no corpo de uma petição, com fins de requerimento da gratuidade processual, reveste-se de presunção relativa de veracidade. Tal presunção, que favorece apenas as pessoas naturais que requerem a concessão do benefício na petição inicial³³⁷, somente pode vir a ser atacada havendo fundada dúvida do contrário.

Como lembram WALTER PIVA RODRIGUES e AUGUSTO TAVARES ROSA MARCACINI³³⁸:

“Muitas vezes, tem o juiz razoáveis dúvidas acerca do cabimento do benefício, diante das aparências que o caso encerra; entretanto, deve ser dada ao beneficiário a oportunidade de esclarecê-las, já que, para requerer a gratuidade, não teve ele a obrigação de expor fundamentadamente sua situação patrimonial.”

Nessas hipóteses, que não devem configurar uma rotina judicial, propõem que o juiz suscite esclarecimentos complementares, fundamentadamente.

³³⁶ Evidentemente, está se tratando do requerente enquanto pessoa física, já que não se pode obter a assinatura de uma pessoa jurídica, pois esta estará sempre representada.

³³⁷ Não se presume a pobreza da pessoa jurídica, como já abordado anteriormente. Também não há presunção atinente à pessoa natural que requer a concessão de benefício no curso do processo, o que será tratado à frente neste trabalho.

³³⁸ RODRIGUES e MARCACINI, *Op. Cit.*, p. 400.

Somente deve fazer prova de suas condições aquele interessado sobre o qual recaiam fundadas dúvidas acerca de sua hipossuficiência econômica.

A lei, entretanto, não estabelece nenhum critério que pautar a amplitude da dúvida do magistrado em seu livre convencimento a respeito do pedido. Mas as razões que levam o juiz à dúvida devem ser declinadas de forma expressa.

Também não impõe nenhum procedimento para que este questione a declaração de pobreza apresentada pelo interessado, eis que o incidente de impugnação apartado vincula-se apenas à oposição formulada pela parte adversária.

O juiz pode exigir informações de ofício, respaldado em decisão minimamente fundamentada, pois, de outro modo, recairia na situação de ilegalidade e desnecessária burocracia e constrangimento à parte. Em todas as demais situações, a presunção relativa da falta de capacidade financeira da parte requerente deve ser acatada pelo magistrado, recaindo o ônus de demonstrar condição diversa à do adversário processual.

A decisão interlocutória que exige da parte interessada a juntada aos autos é proferida pelo juiz da causa na hipótese de haver fundada dúvida quanto à declaração de pobreza. Se for determinada a apresentação de declaração de imposto de renda dos últimos anos, ou então a declaração de rendimentos sem justificativa, a decisão deve ser combatida por agravo de instrumento³³⁹.

Tais dados, todavia, nem sempre são capazes, por si, de demonstrarem a necessidade momentânea de quem pleiteia o benefício e não permitem a análise da realidade, se não forem confrontados com os números que indicam as despesas tidas pela pessoa para sua sobrevivência e subsistência. Ou seja, de pouco adianta exigirem-se os indicadores de rendimentos se estes não puderem ser analisados à luz do confronto com as despesas do requerente e de sua família.

O patrimônio imobilizado, com efeito, não reverte em ganhos ou vantagens que possam ser utilizados para o pagamento das despesas processuais e honorários

³³⁹ “EMENTA: Ação de despejo por falta de pagamento - Decisão que condiciona a apreciação do pedido de justiça gratuita à apresentação da última declaração de imposto de renda da autora Necessidade de reforma - Suficiência da afirmação da condição de pobreza jurídica - Requerente que é representada pela Defensoria Pública.” (TJSP, 30ª Câm. Dir. Privado, AI nº 0181787-45.2012.8.26.0000, Rel. Des. Marcos Ramos, j. 05.09.2012, v.u.)

advocatícios, a menos que o titular se desfaça dele, para se capaz de assumir tais gastos, o que não condiz com a orientação seguida pela doutrina³⁴⁰ e pela jurisprudência³⁴¹.

Apesar de não ser, sozinha, suficiente para demonstrar a pobreza, a declaração de rendimentos serve, somada ao conjunto probatório, para a decisão do juiz. Assim, a verificação patrimonial do pleiteante ao benefício não tem por interesse verificar seu acúmulo de rendimentos e bens, mas se há movimentação, se tem incorporado novos bens ou gerado dívidas. Vale dizer que a exigência sem fundamentação por parte da autoridade judiciária, alegando a necessidade da prova, porque ilegal, deve ser combatida por meio de agravo de instrumento³⁴².

9.3. Pedido feito no curso do processo

Quando a Lei nº 7.510/86 alterou a redação do art. 4º da Lei nº 1.060/50, tornando suficiente a simples afirmação, no corpo da petição inicial, de que o interessado não possuía condições de pagar as custas processuais, sem prejuízo próprio ou à sua família, Interpretando-se extensivamente a norma, não apenas na petição inicial pode ser feita a declaração, como também em sede de contestação, reconvenção e a qualquer outro momento no curso do processo.

Foi mantida a orientação anterior para os requerimentos de benefício pleiteados no curso do processo. Para WALTER PIVA RODRIGUES e AUGUSTO MARCACINI, “o art. 6º foi esquecido, dando a impressão de que o pedido feito ao longo do processo precise ser

³⁴⁰ “A existência de patrimônio imobiliário, por si só, não afasta necessariamente, sob quaisquer circunstâncias, a possibilidade da concessão. No inventário, menos que alhures: seria pouco razoável compelir os herdeiros desprovidos de numerário a alienar bens do espólio para custear o processo. A jurisprudência predominante vem adotando a tese correta” (MOREIRA, *Op. Cit.*, p. 213)

³⁴¹ Ver nota 58 e a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “Necessitado dos benefícios da assistência judiciária é todo aquele que não tem condições econômicas para pagar as custas do processo e os honorários do advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, pouco importando que possua imóvel residencial, automóvel e linha telefônica. Agravo provido” (AI nº 91.010.3037-0, Minas Gerais, Rel. Juiz Tourinho Neto)

No mesmo sentido, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Acresce dizer, que o fato uma pessoa possuir patrimônio, não significa que não possa ser beneficiada uma vez que o espírito da lei ao mencionar a expressão, “situação econômica que não lhe permita”, deve ser entendido não como situação definitiva, mas, sempre, situação momentânea, de maneira que não é nenhum absurdo encontrarem-se pessoas com boa situação econômica e péssima situação financeira. O mesmo se diga quanto à pessoa ter rendimentos ou salário acima do miserável mínimo, fato que não significa, necessariamente, capacidade financeira.” (3ª Câmara, Dir. Público, AI nº 0163309-86.2012.8.26.0000, Rel. Des. Marrey Unt, j. 04.09.2012, v.u.)

³⁴² A jurisprudência é farta: RT 686/186, 808/310, 811/392, 811/394, 816/196

*instruído, o que é ilógico*³⁴³”. Há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em igual sentido:

“Processual Civil – Recurso Especial – Assistência Judiciária Gratuita – Estado de Pobreza – Prova – Desnecessidade. A Concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita não se condiciona à prova do estado de pobreza do requerente, mas tão-somente à mera afirmação desse estado, sendo irrelevante o fato de o pedido haver sido formulado na petição inicial ou no curso do processo”³⁴⁴

O propósito do legislador reformista, no entanto, era realmente o de manter a exigibilidade de comprovação de alteração de fortuna para os pedidos formulados com o processo em marcha, a fim de não se aplicar nestas situações a presunção de veracidade de que goza o pedido formulado no início do processo. Estas alterações, conforme apontou BARBOSA MOREIRA, configuram em verdade etapas de um processo evolutivo da legislação a fim de facilitar os procedimentos ao interessado na obtenção do benefício³⁴⁵.

Se desde o início é merecedor do benefício, na primeira oportunidade de falar nos autos, seja na petição inicial, na resposta do réu ou ao ingressar como terceiro, o demandante deve pleitear a gratuidade processual.

Diferente é a situação prescrita no art. 6º da Lei nº 1.060/50 o qual determina que, quando a parte requer no curso do processo e não logo na primeira manifestação nos autos a gratuidade processual, não satisfaz a simples declaração de pobreza, sendo necessária a demonstração da situação econômico-financeira.

O legislador alertou para a necessidade de se observar maior cautela nessa hipótese, uma vez que a situação do demandante, desde o início da ação até o momento do requerimento, possibilitava-lhe custear o processo. O pedido feito com o processo em

³⁴³ RODRIGUES e MARCACINI, *Op. Cit.*, pp. 395-396.

³⁴⁴ (REsp 469594/RS; REsp 2002/0115652-5)

³⁴⁵ “Aliás, não se trata, a rigor, de uma alteração, mas de autêntico processo evolutivo, no sentido de facilitar as coisas para o interessado na concessão do benefício. A princípio, consoante se registrou, precisava ele obter atestado de autoridade pública. Mais tarde, a apresentação do atestado passou a ser dispensada para quem exibisse carteira de trabalho, à vista da qual o juiz pudesse apurar a carência (Lei nº 6.654, de 30-5-1979), vindo pouco depois a especificar-se que o requisito se teria por satisfeito sempre que, nos termos do contrato de trabalho, o requerente percebesse salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal (Lei nº 6.707, de 29-19-1979). A evolução atingiu o ápice com a Lei nº 7.510, de 4-7-1986, que modificou radicalmente a redação do art. 4º da Lei. Nº 1.060, para estabelecer que a pura e simples declaração do interessado, de não estar em condições de custear o feito sem prejuízo próprio ou da família, geraria em seu favor a presunção relativa de necessidade (antes, já nesse sentido, mas em termos menos específicos, o art. 1º, caput, da Lei nº 7.115, de 29-8-1983).

(...) Outra alteração digna de registro, no concernente aos efeitos da concessão, foi a consagrada pela Lei nº .288, de 18-12-1984, que acrescentou um parágrafo ao art. 3º. Ela veio dar solução a problema delicado: o da citação do réu por edital, quando o autor é beneficiário da gratuidade.” (BARBOSA MOREIRA, *O Direito à Assistência Jurídica: Evolução no Ordenamento Brasileiro de Nosso Tempo*, in TEIXEIRA coord. *As Garantias Do Cidadão Na Justiça*, Saraiva, 1993, p. 211).

marcha distingue-se do pedido realizado na primeira oportunidade pelo demandante porque noticia uma modificação para pior na capacidade econômica do demandante, daí porque não se presume, pois altera a realidade até então apresentada nos autos, devendo ser demonstrado.

O Superior Tribunal de Justiça, descurando do tratamento legal, admitia a simples declaração³⁴⁶, sem necessidade de a parte fazer prova, para a concessão do benefício, mesmo se requerido no curso do processo:

“Processual civil. Agravo nos embargos de declaração no agravo de instrumento. Assistência judiciária gratuita. Pedido perante o tribunal. Possibilidade. Estado de pobreza. Prova. Desnecessidade. Prejudicialidade afastada. (...) A concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita não se condiciona à prova do estado de pobreza do requerente, mas tão-somente à mera afirmação desse estado, sendo irrelevante o fato de o pedido haver sido formulado na petição inicial ou no curso do processo. Negado provimento ao agravo. (AgRg nos EDcl no Ag 728.657/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJ 2.5.2006).

No entanto, em outras decisões da mesma Corte, esta entendeu se tratar de uma situação particular que excepciona a conveniência da suficiência da declaração de pobreza para a admissão do benefício legal, eis que a parte vinha suportando as despesas processuais até o momento em que os pleiteou:

“ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. ALTERAÇÃO. CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. A mera declaração de pobreza é suficiente para que a parte usufrua do benefício da gratuidade de Justiça. Contudo, há situações em que tal documento não é suficiente. Na espécie, a parte vinha regularmente custeando as despesas do processo, e eventual alteração dessa situação deve, necessariamente, ser comprovada em juízo, para que se defina a gratuidade. Precedentes citados: REsp 636.353-SP, DJ 12/12/2005, e Ag 907.298-SP, DJ 21/9/2007.” (STJ, 4ª T., REsp 646.649-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 12/8/2008.)

Formalidade rigorosamente exigida pelos tribunais consiste no pedido de gratuidade em petição autônoma, específica. Não se admite o requerimento em sede de preliminar de recurso endereçado ao órgão jurisdicional superior.

Pleitear a isenção de custas em preliminar recursal, com a simples declaração de pobreza e sem a juntada das guias de custas e preparo de recurso é majoritariamente respondido com julgamento de deserção pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, entendendo pela impossibilidade de atribuir efeito retroativo à decisão

³⁴⁶ No mesmo sentido, REsp 400.791/SP, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2006, DJ 03/05/2006, p. 179.

que concede a gratuidade processual³⁴⁷. A matéria foi enunciada na Súmula nº 187 do Superior Tribunal de Justiça³⁴⁸.

O pedido formulado na petição inicial não necessita de acompanhamento das guias de custas pagas, pois, caso indeferido, o juiz franqueará prazo para a parte efetuar o devido recolhimento.

As cortes vêm combatendo tal prática com a aplicação estrita do artigo 6º da lei de assistência judiciária³⁴⁹, com a justificativa de que se trata de manobra da parte na tentativa de esquivar-se do pagamento das despesas recursais, muitas vezes elevadas:

³⁴⁷ “PROCESSO CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. RETROATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. A concessão do benefício da assistência judiciária gratuita não possui efeito retroativo.- Negado provimento ao agravo.” (STJ, AgRg no AREsp 48.841/PR, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 24/10/2011)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PORTE DE REMESSA E RETORNO DOS AUTOS. EXIGÊNCIAS CONTIDAS NAS RESOLUÇÕES DO STJ APLICÁVEIS À ESPÉCIE. RECOLHIMENTO DAS CUSTAS JUDICIAIS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO NO ATO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. DESERÇÃO. OCORRÊNCIA. JUSTIÇA GRATUITA. AÇÃO EM CURSO. SOLICITAÇÃO. PETIÇÃO AVULSA. NECESSIDADE. PRECEDENTE DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos (Enunciado 187/STJ).

2. Segundo orientação firmada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal, a comprovação do recolhimento das custas judiciais faz-se no ato de interposição do recurso, segundo a regra do art. 511, caput, do CPC, sendo incabível posterior regularização.

3. Embora o pedido de gratuidade de justiça possa ser feito a qualquer tempo, quando a ação está em curso, deve ele ser formulado em petição avulsa, a qual será processada em apenso aos autos principais, constituindo erro grosseiro a não observância dessa formalidade, nos termos do art. 6.º da Lei

1.060/50. Precedente do STJ.

4. Agravo regimental não provido. “(STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.173.343/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 21.3.2011)

³⁴⁸ “Súmula nº 187: É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos.” (DJ 30.05.1997)

³⁴⁹ “PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. POSTULAÇÃO TARDIA, FEITA CONCOMITANTEMENTE COM A APELAÇÃO. PROPÓSITO IDENTIFICADO DE SE ESQUIVAR DA SUCUMBÊNCIA. DESNECESSIDADE DE ABERTURA DE PRAZO PARA PREPARO. FATOS. INTERPRETAÇÃO. SÚMULA N. 7-STJ. APELAÇÃO. DESERÇÃO. CPC, ARTS. 511 E 234.

I. Identificado pelo Tribunal estadual propósito da parte de se esquivar de sucumbência a ela imposta, mediante pedido de gratuidade feito tardiamente, concomitantemente com a interposição da apelação, julgada deserta, não se justifica a anulação do acórdão para que se oportunize o pagamento do preparo, mormente porque o recolhimento das custas é a regra legal e geral, e a exceção (a dispensa), deve ser precedida de decisão judicial expressa, até lá valendo o princípio comum a todos.

II. Inexistência de circunstância especial, a demandar solução diversa.

III. Recurso especial não conhecido.” (STJ, 4ª T., REsp 539.832/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 28.10.2003, v.u.)

Igual é o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“APELAÇÃO. Ação declaratória de inexigibilidade de título - Procedência - Assistência judiciária requerida apenas com a interposição da apelação Ausência de demonstração do estado de pobreza - Descabimento Incidência da regra geral, segundo a qual deve haver o recolhimento do preparo recursal no ato de

“É que, segundo se vê dos fundamentos da decisão, agiu a parte sem qualquer cautela e, na verdade, com a deliberada intenção de se esquivar dos ônus sucumbenciais, porquanto em momento algum anteriormente, ao longo da lide, postulou o benefício, só o fazendo à undécima hora, concomitantemente com a interposição da apelação, e considerando como certo o acolhimento do pedido de gratuidade” (STJ, 4ª T., REsp 539.832/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 28.10.2003, v.u.)

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente acolheu pedido de gratuidade efetuado no próprio corpo da peça de recurso especial, entendendo suficiente a mera declaração de pobreza e afastando o vício da deserção, em ocasião na qual o pedido fora efetuado anteriormente, em primeiro grau e reiterado no segundo, mas não havia sido apreciado pelo órgão estadual³⁵⁰.

Novos ares traz o Supremo Tribunal Federal. A corte constitucional vem decidindo pela concessão do benefício mesmo sendo o pedido formulado em preliminar de recurso extraordinário, a despeito de não ter sido efetuado pagamento das custas e despesas de porte e remessa, sustentando-se na interpretação ampla do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição e afastando a declaração de deserção. A matéria é polêmica e a decisão se deu por maioria de votos³⁵¹.

interposição do recurso Art. 511 do CPC - Propósito de frustrar o pagamento do preparo e da sucumbência - Deserção - Recurso não conhecido.” (TJSP, 38ª Câm. Dir. Privado, Apelação nº 0003070-

92.2010.8.26.0125, Rel. Des. Spencer Almeida Ferreira, j. 23.11.2011, v.u.). No mesmo sentido: TJSP, 11ª Câm. Dir. Privado, Apelação nº 1.181.097-4, Rel. Des. Celso Lourenço Morgado, j. 10.02.2006, v.u.; TJSP, 1ª Câm. Dir. Privado, Apelação nº 418.652-4/2-00, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 18.09.2007, v.u.; TJSP, 33ª Câm. Dir. Privado, Apelação nº 883756- 0/6, Rel. Des. Richard Francisco Chequini, j. 04.10.2006, v.u.

³⁵⁰ Excerto do voto do Ministro Massamy Uyeda, do Superior Tribunal de Justiça a respeito de um caso no qual a parte requereu, mediante declaração de pobreza, a concessão do benefício da gratuidade processual, não tendo sido o pedido apreciado pelo tribunal estadual em primeira e em segunda instâncias, e julgado deserto agravo de instrumento. O STJ afastou a deserção:

“O Superior Tribunal de Justiça (...) já manifestou o entendimento de que, na falta de exame exposto, pelo Juiz ou Tribunal, do pedido de justiça gratuita, tem-se por deferido o benefício, em favor da facilitação do acesso à Justiça, o que não impede, contudo, a análise posterior, pelo julgador, da capacidade financeira e econômica do requerente de arcar com as despesas processuais (ut REsp 407.036/MT, 3ª Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 24/06/2002)

(...) Portanto, faz jus o recorrente aos benefícios da assistência judiciária gratuita, sendo importante deixar assente que o art. 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça é claro ao consignar que, no julgamento do apelo nobre, esta Corte Superior deve aplicar o direito à espécie, sendo esse o caso dos autos.” (STJ, 3ª T., REsp 1.185.599 – MG, Rel. Min. Massamy Uyeda, j. 15.02.2012, v.u.)

³⁵¹ “JUSTIÇA GRATUITA – REQUERIMENTO – AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO – CONSEQUÊNCIAS – Uma vez pleiteado o reconhecimento do direito à justiça gratuita, afirmando a parte interessada não ter condições de fazer frente a preparo, cumpre afastar a deserção” (STF, 1ª T., AgReg no AI 652.139/MG, Rel. Designado Min. Marco Aurélio, vencido o Relator Min. Dias Toffoli, DJ 22.5.2012).

A Ministra Cármen Lúcia, em voto vista no acórdão acima ementado, afirmou: “O pedido de assistência judiciária tem sido deferido pelos Ministros deste Supremo Tribunal Federal quando formulado na petição do recurso extraordinário, nesse sentido: RE 584.709, de minha autoria, DJe 29.11.2010; RE 599;076, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 19;3;2010; e RE 596;403. Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 3.3.2010”

Entretanto, os tribunais, ao exercerem o juízo de admissibilidade, devem evitar relevar os pressupostos para o recebimento dos recursos, como o recolhimento das custas. Isso porque, não obstante a relevância das matérias sensíveis que se lhes apresentam, ao fazê-lo, poderá ficar caracterizado o retorno do exame do *fumus boni iuris* como condição para deferimento da gratuidade processual, o que o ordenamento pátrio não admite.

9.4. Impugnação pelo adversário processual

Por meio de incidente processual, a outra parte pode pleitear a impugnação do pedido, na forma do art. 4º, § 2º, da Lei nº 1.060/50, ou a revogação, quando já deferido, com fundamento no art. 7º da Lei. Não há prazo determinado, eis que o deferimento da gratuidade pelo juízo processante não gera preclusão, possibilitando que o litigante possa a qualquer momento pleitear sua impugnação – assim como a qualquer momento pode a outra parte requerer a concessão –, tendo notícia ou prova de que a contraparte não faz jus ao direito de gratuidade.

O incidente é instaurado e processado em autos apartados e apensados ao processo principal, e baseado na demonstração, que deve ser feita pelo impugnante, de que o beneficiário não é carente de recursos.

Para a maior parte da doutrina e da jurisprudência, mais do que questionar se faz ou não jus à gratuidade seu adversário processual, é do impugnante o ônus de provar que ao impugnado não deve ser concedido esse direito³⁵². Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

³⁵² “De outra parte, para os agravantes pessoas físicas basta o requerimento formulado na inicial, ficando a negativa do benefício condicionada à comprovação da assertiva não corresponder à verdade, mediante provocação da parte contrária. A circunstância de os postulantes do benefício se apresentarem com ‘qualificação profissional categorizada’, por si só, não impede, em princípio, a concessão do favor a quem alega impossibilidade financeira de custear as custas judiciais e despesas do processo” (TJSP, Ag. Inst. Nº 342.328-4/6-00; 7ª Câmara. Dir. Privado, Rel. Des. Carlos Augusto Santi Ribeiro; j. 19.05/2004)

Assistência judiciária gratuita – prova – O benefício à assistência judiciária gratuita independe de prova da pobreza de quem pede. Basta a simples afirmação (art. 4º, par. 1º da Lei nº 7.520/86). Incumbe à parte contrária provar a suficiência de recursos para o custeio. Agravo provido. (TJRS – A.I. 7000161734 – 2ª C. Cív. – Rel. Des. Arno Werlang – J. 14/02/2001)

Agravo de instrumento – assistência judiciária gratuita – deferimento – é de ser deferido benefício de AJG mediante simples afirmação da parte que não tem condições de arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo próprio e de sua família. A parte contrária tem legitimidade e interesse, quando for o caso, em impugnar o benefício legal, podendo fazer prova do descabimento da AJG para fins de ser indeferida. Agravo provido, por maioria (TJRS – AGI 70000697649 – 2ª C. Cív. Esp. – Rel. p/o Ac. Des. André Luiz Planella Villarinho – J. 28.11.2000)

“AGRAVO REGIMENTAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA. Para o benefício de assistência judiciária basta requerimento em que a parte afirme a sua pobreza, somente sendo afastada por prova inequívoca em contrário a cargo do impugnante. Precedentes.” (Ag. Rg. no AI nº 509.905-RJ, 3ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 29.11.2006, v.u)³⁵³

Diante desta situação, ARAKEN DE ASSIS acertadamente conclui que a posição do impugnante está extremamente desvantajosa, pois “*difícilmente ele logrará reunir prova daquela equação entre receita e despesa que gera a figura do ‘necessitado’*”³⁵⁴, enfraquecendo o controle do judiciário e tornando o deferimento quase automático e irreversível.

Desta forma, para que o impugnante possa de fato reunir condições de combater o deferimento da gratuidade processual a seu adversário, portanto, não deve ser compelido a apresentar prova pré-constituída cabal e inequívoca da conjuntura de sua contraparte. Poderá apresentar apenas os elementos, mínimos e concretos, capazes de suscitar a dúvida do magistrado, exigindo que o impugnado se pronuncie a respeito e demonstre sua condição.

Não há necessidade de o impugnante apresentar ou produzir todas as provas³⁵⁵; a ele basta a apresentação de indícios razoáveis e fundamentados para combater a presunção *iuris tantum* de veracidade da afirmação de hipossuficiência, suficientes para a instauração do incidente e posterior confronto com os elementos a serem trazidos pelo impugnado. DINAMARCO, no mesmo sentido, afirma que “*como toda presunção, essa da insuficiência de recursos deve ser mitigada e adequada à realidade, não se impondo quando houver razoáveis aparências de capacidade financeira*”³⁵⁶.

³⁵³ De acordo com o voto do Min. Relator: “A Lei nº 1.060/50, em seus arts. 7º e 8º, prevê a revogação da assistência gratuita tão-somente quando requerida pela parte contrária, desde que comprove a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos do art. 4º da referida. Não é o caso dos autos. O acórdão recorrido cassou o benefício por entender que caberia ao assistido comprovar sua necessidade. Tal posição é contrária ao entendimento do STJ”.

³⁵⁴ A. de ASSIS, *Garantia de acesso à Justiça: benefício da gratuidade*, São Paulo, RT, 2001, p. 24.

Acrescenta ARAKEN DE ASSIS que “o impugnante deparará com imensas dificuldades, ao alegar a inexistência dos requisitos, para administrar provas hábeis de quanto ganha e gasta o beneficiário. Atenuam-se os obstáculos, parcialmente, na hipótese de desaparecimento da condição de necessitado, pois a mudança de fortuna deixa rastros visíveis. Só a obtenção de dados fiscais atualizados e completos permite conferir a equação cujo resultado é o conceito de necessitado. Porém, dificilmente se convencerá o juiz a quebrar o sigilo fiscal do beneficiário para tal finalidade” (*Op. Cit.*, pp. 30-31)

³⁵⁵ Em sentido contrário ARAKEN DE ASSIS, que opina: “a rigor, só prova cabal em contrário à condição de necessitado, que utiliza as variáveis da receita e da despesa, desfaz a presunção do artigo 4º, § 1º” (*Op. Cit.*, p. 31)

³⁵⁶ DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p.679.

Assim, recebida a impugnação, o ônus da prova retorna ao requerente da gratuidade, o qual em sua resposta deverá demonstrar sua condição. A situação processual, nesse momento, se equivale às hipóteses de existência de fundadas dúvidas do julgador para a concessão e a do pedido feito no curso do processo, tratadas anteriormente.

9.5. Indeferimento de ofício

O fato de a declaração de pobreza presumir-se verdadeira não impede, como se viu, que o juiz a questione. A autoridade judicial, porém, antes de decidir sobre o cabimento ou não do pedido, deve permitir que a parte possa fazer prova de sua condição, sob pena de incorrer em cerceamento de defesa e violar o contraditório.

O indeferimento de plano, quando há manifesta inadmissibilidade, é cabível apenas como medida excepcional, nas hipóteses em que a análise apenas da petição inicial é suficiente para formar a convicção de desnecessidade do deferimento³⁵⁷.

No mesmo sentido quanto ao pedido feito por pessoa jurídica³⁵⁸. Como já vimos, a presunção relativa de veracidade não as socorre, sendo necessária a demonstração da sua condição de hipossuficiência, não sendo razoável o indeferimento de plano, salvo em situação de explícita impossibilidade.

Ao decidir pelo indeferimento imediato, o juiz poderá, quando constatar o requerimento abusivo e em fraude à lei da parte, impor a ela a sanção prevista no artigo 4º, § 4º, da Lei nº 1.060/50, determinando a ela o pagamento de até dez vezes o valor das custas judiciais, assunto que será abordado em seguida.

³⁵⁷ “A declaração a que alude a Lei nº 1.060/50 goza de presunção de verdade, é certo. Mas tal presunção é meramente relativa. Afinal, declarar não é comprovar. Se outras manifestas e comprovadas realidades não desmentem o declarado, ótimo. Pode-se conceder o benefício e deixar à parte contrária eventual impugnação e desmentido. Se outras manifestas e comprovadas realidades não desmentem o declarado, ótimo. Pode-se conceder o benefício e deixar à parte contrária eventual impugnação e desmentido. Se, porém, outras informações ou desinformações há nos autos e nas peças mesmas do requerente da gratuidade, o juiz pode exigir convincente comprovação do alegado e, noutros casos, em que doer na retina o desmentido, deve indeferir o benefício.” (TJSP, Agravo de Instrumento nº 0091661.46.2012.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Villenilson, j. 14.08.2012, v.u.)

³⁵⁸ “É natural que se adote aí maior cautela, incumbindo ao órgão judicial, se houver indícios de abuso, determinar, mesmo de ofício, as diligências necessárias ao conhecimento da realidade. O que não se afigura razoável é negar a priori o cabimento da medida.” (J.C. BARBOSA MOREIRA. *O Direito à Assistência Jurídica: Evolução no Ordenamento Brasileiro de Nosso Tempo* in S. de F. TEIXEIRA (Coord.), *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 212.)

10. Assistência jurídica gratuita e dever de lealdade

O tema está na ordem do dia, e já não é de hoje. PEDRO BAPTISTA MARTINS escreveu em 1935, com a grafia da época: “o direito de estar em justiça acha-se também muito exposto á invasão do abuso e da malícia”³⁵⁹. Nos anos de 1960, alertava JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO que “é o processo civil campo muito mais vasto para o exercício abusivo do direito”³⁶⁰, e que “*a manutenção da Justiça custa dinheiro, e não é justo que o dinheiro do povo seja empregado para satisfazer a má-fé, a temeridade, o capricho, ou o erro grosseiro de um indivíduo*”³⁶¹.

Hodiernamente, assevera HUMBERTO THEODORO JUNIOR³⁶²:

“O processo judicial, enfim, tem muito de jogo, competição. Nessa disputa, é claro que ‘a habilidade é permitida, mas não a trapaça’. Nesse sentido, tem-se a disposição do Código de Processo Civil brasileiro de ‘deveres éticos das partes e dos procuradores’ e a punição severa às suas infrações”.

A pauta moral e ética é a válvula de controle das animosidades das partes em juízo.

O dever de lealdade decorre da boa-fé objetiva que, conforme explicou RUI STOCO, apresenta-se sob a forma de princípio geral e condição essencial do direito³⁶³, a qual toda construção jurídica pressupõe³⁶⁴. Oriunda do direito civil, a boa-fé é princípio inerente às obrigações³⁶⁵, do qual redundam o dever de consideração para com o *alter*, “como máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui”³⁶⁶, gerando, portanto, deveres derivados.

³⁵⁹ P. B. MARTINS, *O Abuso do Poder e o Acto Ilícito*, Rio de Janeiro, Renato Americano, 1935, p. 64.

³⁶⁰ J. O. de CASTRO FILHO, *O abuso do Direito no Processo Civil*, 2º ed., Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 31

³⁶¹ J. O. de CASTRO FILHO, *Op. Cit.*, pp. 22-23

³⁶² H. THEODORO JUNIOR, *Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, in BARBOSA MOREIRA (coord.), *Abuso dos Direitos Processuais*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 110

³⁶³ R. STOCO, *Abuso do Direito e Má-Fé Processual*, São Paulo, RT, 2002, pp. 41-42

³⁶⁴ STOCO, citando BAPTISTA DA SILVA, *Op. Cit.*, p. 89

³⁶⁵ “Entre os gerais, a nosso juízo, devem-se incluir o da autonomia da vontade, o da boa fé e o da separação entre as fases ou planos, do nascimento e desenvolvimento do vínculo e o do adimplemento. A inclusão dos princípios da autonomia da vontade e da boa fé entre os gerais é comum” (C. V. do COUTO E SILVA, *A Obrigação Como Processo*, São Paulo, José Bushatsky, 1976, p. 15)

³⁶⁶ COUTO E SILVA, *Op. Cit.*, p. 29

No momento atual, em que as principais preocupações dos estudiosos e dos operadores do sistema envolvem a celeridade e a efetividade do processo, bem como os custos e benefícios do procedimento e a utilidade das decisões dele emanadas, tais pautas, que movem de projetos de reforma legislativa a mesas de debate acadêmicos, chegam à questão do abuso do direito de modo claro, quando uma das partes aproveita-se dos escaninhos e meandros do Judiciário tal qual está institucionalizado, fazendo mau uso do processo. Ou então quando, ao contrário, desvia dos caminhos e regras do procedimento.

Tem-se verificado a ocorrência de incidentes processuais de impugnação em consequência de um forte espírito de inimizade entre as partes, que se vêem muito mais no ânimo de prejudicar umas às outras se valendo dos meios disponíveis no processo civil do que efetivamente querendo alcançar um resultado. Mas o que de fato se busca combater é a reprovável conduta de falsear a realidade na tentativa de obter vantagens indevidas, valendo-se de artimanhas para obter privilégios ou se livrar de consequências que possam gerar revés financeiro.

Segundo MOTA PINTO, existirá dolo “*quando se verifique o emprego de qualquer sugestão ou artifício com a intenção ou consciência de induzir ou manter em erro o autor da declaração (dolo positivo ou comissivo) ou quando tenha lugar a dissimulação, pelo declaratório ou por terceiro, do erro do declarante (dolo negativo, omissivo ou de consciência)*”³⁶⁷.

Com frequência se verificam situações em que litigantes tentam simular situações de hipossuficiência econômica, tentando, ingenuamente, querer isentar-se de custas, omitindo rendas e receitas e demonstrando exageradas despesas, alheios ao fato de que existe um custo real e elevado para mover a máquina judiciária. Há, também os casos nos quais partes, gozando da prerrogativa da justiça gratuita, litigam de má-fé ou de modo temerário, acreditando estarem revestidas de imunidade a qualquer tipo de sanção, sobretudo a pecuniária, por seus atos inconseqüentes, graças à outorga da gratuidade processual.

Trata-se de duas situações em que a responsabilidade da parte e de seu procurador ficam distintamente definidas.

A declaração da parte de que não dispõe de condições de pagar as custas processuais, sem prejuízo próprio ou à sua família é sujeita ao pagamento de até o décuplo das custas processuais, no caso de não ser verdadeira, conforme entabula a vigente redação

³⁶⁷ C.A. MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed., Coimbra: Coimbra, 1985, pp. 518-519.

do art. 4º, § 4º, da Lei nº 1.060/50. Todavia, não basta que a declaração seja falsa para que se atenda ao espírito da norma. É necessário que o litigante tenha o intuito fraudulento, objetivando obter a prerrogativa da gratuidade processual sem dela necessitar. Não ficam sujeitos à reprimenda, portanto, os demandantes que se encontram na situação limite de iminência ou “quase” hipossuficiência e que se declararam “pobres na acepção jurídica do termo” sem ânimo fraudulento ou escopo de simulação, mas por erro, situação decorrente da falsa percepção da realidade.

Exclui-se, portanto, o dolo, pois, caso contrário, todos aqueles que pleiteassem o direito e recebessem o indeferimento estariam fadados à incidência da sanção. A declaração intencional com finalidade de induzir e manter o prestador de assistência jurídica e o Estado em erro, corresponde a um ato abusivo da parte, assim caracterizado em razão de pressupor a existência de um direito subjetivo, de que é titular o agente postulante, e que o exerce com desvio de finalidade e aparência de legalidade³⁶⁸.

O direito concedido à parte não compreende as sanções pecuniárias impostas à parte, tendo em vista que a justiça gratuita deve ser entendida apenas como a isenção de todas as custas e despesas, processuais ou não, necessárias ao exercício de direitos e faculdades processuais, e relativas ao exercício do devido processo legal.

O pagamento do décuplo das custas constitui uma das conseqüências do dever de lealdade, expressão que sintetiza, na forma de um dever processual, um conjunto de deveres éticos de comportamento das partes em juízo, estabelecendo limites legais à liberdade de atuação dos litigantes e de seus procuradores³⁶⁹. Agir com lealdade “*é um dever de natureza processual que obriga o litigante e todos aqueles que de qualquer forma participam do processo a proceder de conformidade com a ética e a moral, em todo o curso do processo*”³⁷⁰.

Afirma MILMAN que, mesmo não sendo abrangida pela gratuidade processual, a sanção pecuniária pode restar inócua em razão da situação de penúria da parte apenada, e propõe uma alternativa³⁷¹:

³⁶⁸ H. N. ABDO, *Abuso do Processo*, São Paulo, RT, 2007, p. 18.

³⁶⁹ H. N. ABDO, *Op. Cit.*, pp. 128-131.

³⁷⁰ A. J. ANGHER, *Litigância de Má-fê no Processo Civil*, Rideel, 2005, pp. 43-44.

³⁷¹ F. MILMAN, *Improbidade Processual – Comportamento das partes e de seus procuradores no Processo Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, pp. 311-312.

“*de lege ferenda*, sugerimos alteração na Lei nº 1060/50 para ver acrescentada disposição que expressamente exclua dentre os benefícios da gratuidade as condenações por improbidade e, mais, que preveja, na impossibilidade de pagamento das multas pecuniárias pela miserabilidade do infrator, responda ele com penas alternativas civis, prestando, por exemplo, serviços comunitários sob fiscalização do juízo”

A aplicação de perda da gratuidade processual, ou mesmo do direito à assistência jurídica como penalidade imposta à parte deve ser rechaçada. Haveria, nesse entendimento, confusão acerca do direito à justiça gratuita, o direito de ação e o próprio mérito da demanda, destacando-se que desde o Código de Processo Civil de 1939, a possibilidade de êxito deixou de ser requisito para a concessão da assistência judiciária e da gratuidade processual.

Para CHIOVENDA, a partir do momento em que as legislações processuais impuseram a obrigação para as partes dizerem a verdade, deu-se o início da moralização do processo, tanto na legislação como na doutrina³⁷², rompendo-se com a concepção liberal e individualista de resistência ao estabelecimento de deveres aos integrantes do processo³⁷³, que entendia o dever de lealdade como contrário à livre disponibilidade das partes e, por essa razão, inquisitivo, e até mesmo como um meio de tortura à atuação em juízo³⁷⁴.

Há decisões judiciais interpretando o pedido como uma tentativa de “aventura jurídica”, sem riscos, em prejuízo à consagrada presunção de pobreza, resultando no indeferimento de plano, como é o caso desta decisão do Juizado Especial Cível do Foro Regional I de Santana, Casa Verde, Vila Maria e Tucuruvi, em resposta à concessão da gratuidade processual requerida em ação de reparação de dano³⁷⁵:

“Indefiro os benefícios da justiça gratuita. Ademais, a presunção constante do artigo 4º, §1º da Lei nº 1.060/50 é meramente relativa e competente ao Juízo indeferi-lo de forma fundamentada, caso existam elementos para tanto. Até porque, por se tratar juridicamente de taxa judiciária (de natureza tributária), a matéria não fica na livre disponibilidade das partes. Em decorrência justamente da natureza tributária da taxa judiciária, o Juízo não é mero expectador no deferimento ou não do benefício. Outrossim, compete ao Judiciário coibir abusos do direito de requerer o benefício da justiça gratuita, como vem constantemente ocorrendo em demandas judiciais. Em verdade, grande número de litigantes tem buscado na “gratuidade da justiça” não uma

³⁷² G. CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. Paolo Capitanio, 2ª ed., Bookseller, Campinas, 2000.

³⁷³ ABDO, *Op. Cit.*, p. 132.

³⁷⁴ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Op. Cit.*, p. 74.

³⁷⁵ Juizado Especial Cível do Foro Regional I de Santana, Casa Verde, Vila Maria e Tucuruvi, Ação de Ressarcimento de Danos Causados por Acidente de Veículos nº 583.01.2007. 106619-3, Juiz de Direito Carlos Gustavo Visconti, j. 16/05/2008, publicado no DJE em 03/07/2008.

forma de acesso a justiça, mas, ao contrário, as conhecidas “demandas sem riscos”: ou seja, se ganhar, ÓTIMO; se perder, TUDO BEM, não há qualquer ônus sucumbencial mesmo. Neste particular, a própria Constituição Federal restringe a gratuidade da justiça aos litigantes “que comprovarem insuficiência de recursos” (artigo 5º, inciso LXXIV da CF). O que se tem sentido em 1ª instância é exatamente o abuso de referido direito, de natureza inclusive constitucional. Já ultrapassou o momento histórico de qualquer postura paternalista por parte do Poder Judiciário e dispensada a algum dos litigantes. Ao contrário, agora é o momento de resgate da responsabilidade dos demandantes na utilização do serviço estatal judiciário”.

BARBOSA MOREIRA³⁷⁶ expõe não soar razoável a concessão de um “*bill de indenidade*” ao litigante reputado pobre, para que, sob essa condição, venha praticar ilícitos processuais³⁷⁷. É a hipótese desvirtuamento do instituto, cometido pelas partes beneficiárias e seus respectivos patronos, interpretando o benefício garantidor do acesso à justiça como um escudo que possibilite a prática de atos abusivos, temerários, desleais e outros tipos de experimentações e aventuras inconseqüentes.

O artigo 14 do Código de Processo Civil, tal como a presunção de veracidade da declaração de hipossuficiência da Lei nº 1.060/50, são reflexos do dever de lealdade, o qual impõe a todos os que se manifestam nos autos, inclusive peritos, testemunhas e auxiliares, *standards* de comportamento. Não atinge, porém os procuradores, uma vez que as sanções a atos ilícitos e abusivos no processo, previstas pelo Código, não se direcionam a estes. Esse revestimento de extrema responsabilidade para a parte nem sempre se traduz na realidade, quando, em muitas vezes, não houve propriamente uma escolha, mas uma aceitação, sem alternativa, em razão das circunstâncias de vulnerabilidade nas quais está imersa a parte.

Conforme verificou MILMAN, “*o procurador no seu agir profissional é a própria parte atuando, aquela sofrendo diretamente as sanções pela incúria comportamental (...) responde a parte com base na culpa in eligendo, suportando castigo pela má escolha de seu procurador*”³⁷⁸. Reparos às condutas dos advogados são observados somente à luz do Código de Ética e do Estatuto da Advocacia³⁷⁹.

³⁷⁶ No mesmo sentido R. N. OLIVEIRA, *Assistência Jurídica Gratuita*. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2006, p. 159.

³⁷⁷ J. C. B. MOREIRA. *O Direito à Assistência Judiciária* apud *Revista de Direito da Defensoria Pública*, nº5, pp. 134-135

³⁷⁸ MILMAN, *Op. Cit.*, pp. 71-72.

³⁷⁹ “O parágrafo único do art. 14 excluiu, expressamente, os advogados da condição de destinatários da sanção prevista por desatenção aos deveres traduzidos no inciso V, remetendo, na hipótese, o exame da conduta dos patronos das partes aos estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil” (MILMAN, *Op. Cit.*, p. 52)

Assim, não é cabível a responsabilização direta do procurador – que não é sujeito da relação jurídica processual e, portanto, não pode cometer abuso no processo – por seus movimentos, agindo em nome e em prol dos interesses de quem patrocina, os quais, não raramente, em razão de sua condição de vulnerabilidade, pouco sabem sobre o processo, já que tudo entregam “nas mãos do advogado”, e arcam com os prejuízos e sanções, quase sempre pecuniárias.

HELENA NAJJAR ABDO, a propósito, manifesta³⁸⁰:

“É opinião praticamente unânime da doutrina a de que, tanto nos casos em que o advogado atuou com culpa quanto naqueles em que houve dolo e conluio entre procurador e constituinte, resta ao cliente apenas o direito de ingressar com demanda regressiva para ver-se ressarcido em relação à porção dos prejuízos cabentes ao profissional, incumbindo-lhe, ainda, fazer a prova (i) do dolo e (ii) da participação deste último”

Na hipótese de ocorrência de ato ímprobo no processo, cometido por uma das partes, ainda que não tenha gerado prejuízo à outra, o dano ocorre, vitimando o Estado. Assinalou MILMAN³⁸¹:

“Mesmo sendo intenção de um dos contendores, com o processo, apenas prejudicar injustamente seu adversário, para tanto ele terá utilizado indevidamente a máquina judiciária violando valor que não pertence à parte, assim atingindo o Estado pelo juiz, seu representante, sujeito principal do processo por ser seu condutor e responsável por tornar efetiva a prestação jurisdicional”.³⁸²

O dano, em tais situações, extrapola as raias da lide, atingindo pessoas que não puderam ser atendidas pelo sistema de assistência judiciária em razão de este ter se ocupado na defesa de quem não possuía o direito e mentiu. Esse prejuízo não pode ser reparado e sequer identificado, consistindo numa das faces cruéis do abuso no processo.

³⁸⁰ ABDO, *Op. Cit.*, p. 178.

³⁸¹ No mesmo sentido, CASTRO FILHO, *Abuso do Direito no Processo Civil*.

³⁸² MILMAN, *Op. Cit.*, pp. 65-66.

11. Conclusões

De todo o trabalho apresentado, extraímos as seguintes conclusões, respaldadas pelos fundamentos trazidos nos capítulos antecedentes:

1. Com o propósito de combater os obstáculos enfrentados pelo litigante do processo, o Estado introduziu a incorporação da garantia constitucional da duração razoável do processo, a criação do Conselho Nacional de Justiça, as políticas de reforma administrativa do Estado, buscando nova gestão de pessoal e informatizando os meios de acesso, de controle e de prestação de Justiça. Mudanças e inovações nos campos legislativo e estrutural dizem respeito ao comportamento dos litigantes e dos operadores do direito nos processos judiciais, notadamente significando necessidade de alteração da cultura jurídica local.
2. Quanto ao obstáculo econômico, verificamos que os institutos da assistência jurídica, da assistência judiciária e da justiça gratuita ainda não recebem um tratamento consolidado da doutrina e da jurisprudência. Apesar da antigüidade da Lei nº 1.060/50, seu tratamento indiferenciado entre assistência judiciária e gratuidade processual ainda gera interpretações confusas.
3. As inovações da Constituição Federal de 1988 ainda não foram completamente absorvidas, e ainda restam Estados da Federação que não possuem órgão de Defensoria Pública institucionalizado.
4. O direito à assistência jurídica integral gratuita guarda características de direito fundamental individual e de direito fundamental social. Está positivado como espécie do direito de igualdade. Ao mesmo tempo, à medida em que o Estado se responsabiliza a garanti-lo, por meio de intervenção direta e prestação de serviços públicos, o direito está institucionalizado como política social. Pode-se falar na criação de uma política pública de acesso a justiça, posição reforçada pela ações afirmativas de combate à discriminação de excluídos efetivadas pelas defensorias públicas e entidades a ela equiparadas.
5. Os institutos da assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita têm caráter de complementaridade entre eles, mas também são circunstancialmente interdependentes.
6. A justiça gratuita consiste na isenção de todas as custas e despesas, processuais ou não, necessárias ao exercício de direitos e faculdades processuais, e relativas ao exercício do devido processo legal, incluindo-se as despesas com perícias.

7. É admitida a relativização da coisa julgada para as situações em que a perícia não pôde ser realizada, sendo a parte pleiteante atendida pela assistência jurídica.
8. A assistência judiciária consiste num serviço público destinado a permitir o ingresso em juízo dos desprovidos de recursos financeiros. Este serviço deve ser oferecido pelo Estado, conforme disposição constitucional, mas não há óbice para que seja também desempenhado por entidades não-estatais, conveniadas ou não com o Poder Público.
9. A assistência jurídica consiste na prestação de um serviço que envolve não somente a assistência judiciária, mas também a consultoria e a orientação jurídica, não-relacionada a processos judiciais.
10. A Defensoria Pública é a entidade prestadora de assistência jurídica integral e gratuita por natureza, como determinou o artigo 134 da Constituição Federal e o parágrafo 5º do artigo 4º da Lei Complementar nº 80/94. porém, não existe um monopólio desta prestação para o Poder Público.
11. A Lei Complementar nº 80/94 não impõe nenhuma vedação à formulação de convênios entre a Ordem dos Advogados do Brasil e a Defensoria Pública, nem determina a obrigatoriedade de formulação de convênios somente entre Defensorias Públicas e órgãos da administração.
12. Soluções não usuais, como a de Santa Catarina, extrapolam a figura do convênio, por substituir de toda a estrutura administrativa e funcional da Defensoria Pública pelas figuras dos advogados inscritos na Ordem dos Advogados local, que atuam como se fossem os defensores públicos.
13. O panorama geral dos convênios entre a instituição de classe dos advogados e o Estado indica não existir uma sistematização ou organização com vistas à uniformização do atendimento entre as entidades, nem seleção dos profissionais, em meio aos advogados inscritos para atuarem na assistência jurídica na forma desses convênios.
14. O convênio da Defensoria Pública com a Ordem dos Advogados é fundamental à efetivação do direito constitucional de acesso a justiça, no contexto atual, eis que os advogados liberais se encontram espalhados por todas as comarcas, diferentemente dos defensores públicos, que atuam de forma restrita por conta das limitações estruturais existentes no órgão.
15. A especialização do defensor público o tornam diferenciado do advogado, uma vez que a assistência jurídica integral e gratuita constitui figura mais complexa do que a representação caritativa.

16. Dentre todos os prestadores de assistência jurídica, o atendimento do advogado liberal é o que possui maior tendência à abordagem individualizada e pontual dos interesses privados do assistido, alheio-o de seu contexto sociocultural e de suas necessidades coletivas. Apesar disso, não se pode vedar a sua atuação *pro bono*, em demanda individual, em respeito ao o direito da parte de escolher o defensor de sua confiança.

17. As denominadas Assessorias Jurídicas Populares consistem em órgãos de assistência jurídica integral e gratuita, não estatais, geralmente conveniados à Defensoria Pública. Possuem engajamento político e voltado à emancipação social dos assistidos, de forma preventiva e extraprocessual, e dirigem seus esforços aos direitos difusos e coletivos inseridos no contexto econômico e social dos seus atendidos.

18. A prática de extensão universitária possui dois modelos básicos. Um deles é alinhado com a Assessoria Jurídica Popular. O outro é chamado de modelo tradicional, vinculado à estrutura curricular mínima dos cursos jurídicos e são inseridos no conteúdo programático das faculdades como prática curricular obrigatória são construídas as estruturas pedagógicas dos “núcleos de prática jurídica”, a fim de que possam ser exercidas atividades práticas. O Departamento Jurídico XI de Agosto, entidade dos estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, possui características diferenciadas, unindo elementos dos dois modelos.

19. O acesso à assistência jurídica integral e gratuita deve ser assegurado para pessoas físicas e jurídicas, sem distinções. Ambos deverão atender a critérios e requisitos bem delineados, os quais serão observados perante o organismo que prestará o atendimento, em observância à norma constitucional que exige a comprovação da necessidade para o desempenho do serviço.

20. Na apresentação dos conceitos de pobreza, necessidade e hipossuficiência, reiterou-se que a condição econômica não é relacionada ao patrimônio líquido da pessoa, mas às suas condições de subsistência. Esta evolução de tratamento fez com que o conceito fosse melhor acolhido sob a terminologia “vulnerabilidade”.

21. Além do aspecto monetário, são primordiais para verificação da pobreza outras condições de vida, devendo-se observar, também, as desigualdades regionais.

22. Os dados coletados pelos institutos de pesquisas e estatísticas para indicar a qualidade de vida da população brasileira, a existência de desigualdades regionais e as variações no acesso à serviços básicos, como o saneamento e a eletricidade, nas diferentes

classes sociais e regiões do Brasil, indicam dificuldade na aplicação de critérios de abrangência nacional.

23. O aspecto financeiro se demonstra insuficiente para a avaliação das metas de erradicação da pobreza, gerando reflexos, conseqüentemente, na determinação do vulnerável no âmbito da assistência jurídica integral e gratuita.

24. É imprescindível considerar as mudanças na configuração do tecido social que sociedade brasileira vem experimentando. A elevação do salário mínimo, o aquecimento da economia e o aumento do acesso ao crédito são fatores que geram impacto na definição da hipossuficiência, pelo que se conclui pela impossibilidade de o legislador estabelecer parâmetros para caracterização do necessitado com base em valores monetários fixos;

25. Não existe uma fórmula objetiva matemática que sirva para indicar a situação de hipossuficiência, concluindo que a relação da pobreza com renda avaliada em salários mínimos nem sempre é adequada aos casos concretos. Estabelecer por lei índice fixo em valor pecuniário, lastreado no valor vigente do salário mínimo, é um preciosismo desnecessário, que culminará, fatalmente, na inadequação e defasagem do critério, em razão da inflação e da desvalorização da moeda, exigindo nova reforma legislativa.

26. Deve ser reconhecida a possibilidade e a legalidade da concessão, posto não haver incompatibilidade entre os conceitos de hipossuficiência econômica e de pessoa jurídica.

27. A posição de conceder a assistência jurídica somente às pessoas jurídicas sem fins lucrativos se aproxima do raciocínio trazido pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica, permitindo imputar responsabilização patrimonial aos sócios e administradores.

28. A interpretação mais acertada é pela concessão a todas as pessoas jurídicas, pois não somente se alia à não-vedação expressa pela Constituição ou legislação a ela subordinada, como demonstra o espírito de acessibilidade e igualdade de condições trazida pela ordem constitucional vigente.

29. No tocante às exigências de comprovação de pobreza exigidas pela Lei nº 1.060/50, estas devem ser observadas somente pelo magistrado quando pela parte é requerida a gratuidade na tramitação do processo, sendo bastante a simples declaração de impossibilidade de suportar as despesas do processo.

30. A presunção de veracidade é relativa, devendo ser levado em consideração que, quando a parte é assistida pela defensoria pública ou entidade que lhe faz as vezes, já

passou por triagem sócio-econômica e faz jus ao deferimento. Em se tratando de pessoas jurídicas, a construção majoritária da doutrina e jurisprudência tem entendido pela necessidade de comprovação, orientação que acompanhamos.

31. É atribuição da entidade prestadora da assistência jurídica e não do Judiciário verificar o necessário para demonstrar a pobreza, uma vez que é atribuição da Defensoria Pública aferir quem ela irá ou não atender.

32. O indeferimento do pedido não deve ser admitido senão após permitida à parte requerente demonstrar sua situação econômica. A dúvida pode ser suscitada pela parte adversária por meio de incidente de impugnação, a tramitar em autos apartados, ou também, de modo justificado, pelo magistrado. Em todos os casos é imperiosa a necessidade de contraditório, devendo o indeferimento de plano do pedido ser reservado somente às situações de manifesta inadmissibilidade, sopesado o bem jurídico em litígio.

33. Demais situações em que a autoridade judicial cria embaraços como exigência de declaração de pobreza redigida e assinada pelo próprio interessado ou demonstrativos de rendimentos, sem justificativa, não são razoáveis, por opor entraves desnecessários, e contrárias ao espírito da Constituição.

34. Deve ser rechaçado qualquer entendimento no sentido de impor como penalidade à parte por abuso ou litigância de má-fé a perda da gratuidade processual, ou mesmo do direito à assistência jurídica. Haveria, nesse entendimento, confusão acerca do direito à justiça gratuita, o direito de ação e o próprio mérito da demanda.

35. As propostas para reforma da lei de assistência judiciária que tramitam nas câmaras legislativas, embora tragam aspectos positivos como a permissão expressa de atendimento às pessoas jurídicas, optam por estabelecer um rol de requisitos para o preenchimento da presunção de pobreza, eliminando a simples declaração. Este rol poderá, fatalmente, ser interpretado de forma taxativa, ao exigir a ocorrência concomitante de pelo menos dois dos requisitos propostos.

36. Em 1997, na IV Jornada de Direito Processual do Departamento Jurídico XI de Agosto, ocorrida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, foi lançado um Anteprojeto de Lei de Assistência Jurídica Integral e Gratuita, o qual vinha sendo preparado desde a instauração, em 1993, na mesma Faculdade, da Mesa de Debates sobre Assistência Jurídica à População Carente.

37. Propôs-se a inclusão das Faculdades de Direito públicas e privadas como colaboradoras do Estado na prestação de assistência judiciária; a criação de um fundo para

custeio dos benefícios e a inclusão de modo expreso das pessoas jurídicas como possíveis beneficiárias.³⁸³ Todas estas avaliações mantêm-se atuais e vêm à lume diante da discussão da constitucionalidade dos convênios firmados pelas defensorias públicas com tais entidades e dos recentes entendimentos quanto a hipossuficiência das organizações e sociedades empresárias, além da possibilidade de desconsideração de suas personalidades jurídicas, devendo manter-se a hipossuficiência orientada à realidade local e às condições específicas de cada demandante, devendo a regulamentação ser atendida igualmente pela Defensoria Pública e o Judiciário.

³⁸³ RODRIGUES e MARCACINI, *Op. Cit.*, pp. 398-399.

Bibliografia

- ABDO, Helena Najjar. *Abuso do Processo*. São Paulo, RT, 2007.
- AGUIAR, Roberto A. R. de. *A Crise da Advocacia no Brasil – diagnóstico e perspectivas*. São Paulo, Alfa-Omega, 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2011. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.
- ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de Bens dos Sócios*. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.
- AMERICANO, Jorge, *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 1940.
- _____. *Do Abuso do Direito no Exercício da Demanda*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1932.
- ANGHER, Anne Joyce. *Litigância de Má Fé no Processo Civil*. São Paulo: Rideel, 2005.
- ANNONI, Danielle. *O Direito Humano de Acesso à Justiça no Brasil*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Deveres das Partes e dos Procuradores no Direito Processual Civil (A Lealdade no Processo)*. RP 69/7.
- ASSIS, Araken de. *Garantia de Acesso à Justiça: Benefício da Gratuidade* In TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo, RT, 1998.
- ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (org.). *Justiça – Promessa e Realidade – O Acesso à Justiça em países Ibero-Americanos*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1996.
- BABO, Carlos. *Assistência Judiciária*. Porto, Livraria Latina Editora, 1944.
- BANCO MUNDIAL, *Informe sobre el desarrollo mundial 2000/2001 – Lucha contra la pobreza*, Mundi-Prensa, Madrid, Barcelona, Mexico, 2001, p. 15.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *A Crise da Advocacia e o Mercado de Trabalho do Advogado*. RT 617/28.
- BARBOSA, Ruy Pereira. *Assistência Jurídica*. Rio de Janeiro, Forense, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *O Direito à Assistência Jurídica: Evolução no Ordenamento Brasileiro de Nosso Tempo* in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993.

_____. *O Direito à Assistência Jurídica*, apud *Revista de Direito da Defensoria Pública*, nº 5, pp. 131-132.

_____. *Temas de Direito Processual – sétima série*. São Paulo, Saraiva, 2001.

_____. *A Responsabilidade das Partes por Dano Processual no Direito Brasileiro* in *Temas de Direito Processual*. 1ª série. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Abuso dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROS, Marilena Fleury de, *Assistência Judiciária, à Luz da Nova Constituição Federal*, in *Revista Jurídica*, nº 231, janeiro de 1997, p. 37.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. Max Limonad, São Paulo, 2000.

_____. *Assessoria Jurídica Popular: Falsa Promessa?* In *Revista do SAJU*, edição especial, nº 5, 2006, pp. 37-47.

CAMPO, Hélio Márcio. *Assistência Jurídica Gratuita, Assistência Judiciária e Gratuidade Judiciária*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.

CANELA JR., Osvaldo. *A Efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição*, Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes, CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha (coord.) *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo, Saraiva, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della Giustizia Nelle Società Contemporaneae*, Bologna, Il Mulino, 1994.

_____. *Processo, Ideologias e Sociedade*, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2008. Tradução de Elicio de Cresci Sobrinho.

_____ e GARTH, Bryant, *Acesso à Justiça*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.

CASTRO, José Roberto de. *Manual de Assistência Judiciária*, Rio de Janeiro, Aide, 1987.

CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso do Direito no Processo Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960.

- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2000, tradução de Paolo Capitanio.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 21ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1977.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Relatório Anual 2006*, p.11. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/conteudo2008/relatorios_anuais/relatorio_anual_cnj_2006.pdf>. Acesso em 13 de junho de 2010.
- _____. *Justiça em números – série histórica 2004 a 2008*. Disponível em <http://wwwh.cnj.jus.br/portalcnj/images/conteudo2008/pesquisas_judiciarias/tjsp.pdf> , acesso em 2 de junho de 2010.
- COSTA, Salvador da. *O Apoio Judiciário*. 7ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008.
- COSTA MACHADO, Antonio Cláudio da. *Código de Processo Civil Interpretado e Anotado*. 2ª ed., Barueri, Manole, 2008.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- DIDIER JR., Fredie e OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da Justiça Gratuita*, 3ª ed., Salvador, Podium, 2008.
- _____, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (coord.), *Participação e Processo*, São Paulo, RT. 1988.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.
- FERRAZ, Leslie. *A demora do judiciário e o custo Brasil*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-18-JUNHO-2009-LESLIE-FERRAZ.pdf>>. Acesso em 20 de maio de 2011.
- FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004
- FRANCESCHINI, Gaetano. *Patrocinio Gratuito Nel Diritto Giudiziario Civile*, Torino, Fratelli Bocca, 1903.

- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Manual de Direito Comercial*, v. 1, 2ª ed. São Paulo, RT, 2004.
- GALLIEZ, Paulo. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*, 4ª ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010.
- GERAIGE NETO, Zaiden. *O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional – Art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal*. São Paulo, RT, 2003.
- GIANNAKOS, Ângelo Maraninchi, *Assistência Judiciária no Direito Brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. 1. 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.
- GONÇALVES, Cláudia Maria Costa, *Assistência Jurídica Pública – Direitos Humanos e Políticas Sociais*, 2ª ed., Curitiba, Juruá, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Garantia Constitucional do Direito de Ação e sua Relevância no Processo civil*. São Paulo, Saraiva, 1972.
- _____. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo, Bushatsky, 1975.
- _____ et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro, IBGE, 2012.
- LAGUARDIA, Jorge Mario García et al., *Acesso à Justiça e Cidadania*, São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2000.
- LARENZ, Karl. *Derecho Civil – Parte General*. Madrid: Reunidas, 1978, tradução espanhola de Miguel Izquierdo e Macías-Picavea.
- LEAL JUNIOR, Cândido Alfredo Silva, *A Comprovação de insuficiência de recursos para concessão da assistência jurídica gratuita*, Revista de Processo, São Paulo, v. 62, abr/jun. 1991.
- LEÃO, Adroaldo. *O Litigante de Má-Fé*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- LEVI, Alessandro. *Teoria Generale del Diritto*. tradução de Alcides Tomasetti Jr, inédito.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Abuso do Direito de Demandar*. RP 19/57.

_____. *O Princípio da Probidade no Código de Processo Civil Brasileiro*. RP 16/15.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Garantia de Acesso à Justiça: Assistência Judiciária e seu perfil Constitucional* In TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo, RT, 1998.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. *Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivências e formas de pacificação social – uma sugestão de integração*. Tese apresentada para a obtenção do grau de doutor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Processual.

LUZ, Vladimir de Carvalho, *Assessoria Jurídica Popular no Brasil*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008.

_____, *Servicios Legales Universitarios em Brasil: Breve cotejo de dos paradigmas*, in *El Otro Derecho*, nº 35, dez. 2006, Ilsa, Bogotá D.C., Colômbia, pp. 281-297.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Acesso à Justiça – Condicionantes Legítimas e Ilegítimas*, São Paulo, RT, 2012.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, *Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita*, 1ª ed., 2ª tir., Rio de Janeiro, Forense, 2001.

_____, RODRIGUES, Walter Piva, *Proposta de Alteração da Lei de Assistência Judiciária* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 93, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. *O Custo e o Tempo do Processo Civil Brasileiro* apud *Revista da Faculdade de Direito do Estado do Paraná*, v. 37, pp. 37-64.

MARINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro, Forense, 1975.

MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo, RT, 2012.

MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Poder e o Acto Ilícito*. Rio de Janeiro: Renato Americano, 1935.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo, RT, 2010, 3ª ed.

- MESQUITA, José Ignácio Botelho de, *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*, v. 1, São Paulo, RT, 2005.
- MILHOMENS, Jonatas. *Da Presunção de Boa-Fé no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- MILMAN, Fabio. *Improbidade Processual – Comportamento das partes e de seus procuradores no Processo Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Assistência Jurídica, Defensoria Pública – e o acesso à Jurisdição no Estado Democrático de Direito*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed., Coimbra: Coimbra, 1985.
- NALINI, José Renato, *O Juiz e o Acesso à Justiça*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2000.
- NERI, Marcelo Côrtes (coord.), *A Nova Classe Média: o lado brilhante dos pobres*. Rio de Janeiro, FGV/CPS, 2010
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 6ª ed., São Paulo, RT, 2008.
- OLIVEIRA, Rogério Nunes. *Assistência Jurídica Gratuita*. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2006.
- PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça na Constituição*. São Paulo, LTr, 2008.
- PAULA, Alexandre de, *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*, v. XV (7º suplemento), São Paulo, Max Limonad. 1957.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Gestão do setor público: estratégia e Estrutura para um novo Estado*. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/T_140607_08.pdf>. Acesso em 20 de junho de 2010.
- PINTO, Robson Flores, *Hipossuficiência – Assistência Jurídica na Constituição*, São Paulo, LTr, 1997.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1958.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995.

- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, *Relatório do Desenvolvimento Humano 2011*. Instituto Português de Apoio ao Desenvolvimento, Lisboa, 2011.
- RAITANI, Francisco. *Prática de Processo Civil*, v. 1. 18ª ed. São Paulo, Saraiva, 1992.
- RISKIN, Leonard L. e WESTBROOK, James E. *Dispute Resolution and lawyers*, Abridged edition, Second edition, Westgroup, St Paul, Minn; 1998.
- ROCHA, Alexandre Lobão. *A Garantia Fundamental de Acesso do Pobre à Justiça* In *Revista de Informação Legislativa*, n° 128. Brasília, Senado Federal, 1995.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *O Direito Constitucional à Jurisdição* in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993.
- RODRIGUES, Walter Piva e MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, *Proposta de Alteração da Lei de Assistência Judiciária* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 93, 1998.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Proposta de criação de Câmara de Mediação para Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos no Ministério Público do Estado de São Paulo*, inédito.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *O Acesso à Justiça*. In Associação dos Magistrados Brasileiros (org.). *Justiça: promessa e realidade*. Nova Fronteira, 1996.
- SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código de Processo Civil Interpretado*. 7ª ed., v. 1, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1971.
- SCHUBSKY, Cássio (org.), *Escola de Justiça – História e Memória do Departamento Jurídico XI de Agosto*, São Paulo, Imprensa Oficial, 2010.
- SILVA, Fernanda Tartuce. *Igualdade e Vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2012
- _____. *Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.
- SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor Anotado*. 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 33ª ed. São Paulo, Malheiros, 2010.

- _____. *Acesso à Justiça e Cidadania em Face da Reforma do Poder Judiciário* In QUARESMA, Regina e OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (coord.). *Direito Constitucional Brasileiro – Perspectivas e Controvérsias Contemporâneas*. Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- SOARES, Silvio Roberto Mello. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*, São Paulo, RT, 1995.
- SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *A Boa-Fé Objetiva e o Inadimplemento do Contrato*. São Paulo: LTr, 2008.
- SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A Ética Profissional e o Estatuto do Advogado*. São Paulo, LTr, 1975.
- STOCO, Rui. *Abuso do Direito e Má-Fé Processual*. São Paulo: RT, 2002.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo, Saraiva, 1993.
- TESHEINER, José Maria Rosa e BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidades no Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- THEODORO JR., Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, 44ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e, *Constituição de 1988 e Processo*, São Paulo, Saraiva, 1989.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo, RT, 1998.
- VICENZI, Brunela Vieira de. *A Boa-Fé no Processo Civil*. São Paulo, Atlas, 2003.
- VILLELA, José Corrêa. Conceito jurídico de pobreza na construção da segurança social. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.
- WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e cultura de pacificação* in YARSHELL, Flávio Luiz e ZANOIDE DE MORAES, Maurício (coord.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, DPJ, 2005, p. 685.
- WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos, *500 Anos de Assistência Judiciária no Brasil*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 95 (2000).

ZANON, Artemio, *Da Assistência Jurídica Integral e Gratuita – comentários à Lei de Assistência Judiciária (Lei n.º 1.060, de 5-2-1950, à luz da CF de 5-10-1988, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990.*