



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

ELLEN VIEIRA

**APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA
PROPORCIONALIDADE NA APRECIÇÃO DO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA
JUDICIÁRIA GRATUITA: UMA ABORDAGEM JURÍDICO-CRÍTICA**

Içara

2011

ELLEN VIEIRA

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE
NA APRECIÇÃO DO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA: UMA
ABORDAGEM JURÍDICO-CRÍTICA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Msc. João José Buss

Içara
2011

ELLEN VIEIRA

**APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA
PROPORCIONALIDADE NA APRECIÇÃO DO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA
JUDICIÁRIA GRATUITA: UMA ABORDAGEM JURÍDICO-CRÍTICA**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Içara, 20 de Junho de 2011

Prof. e orientador João José Buss, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Anderson Felix Mendes, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Profa. Monica Sampaio Rodrigues Serrano, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

À minha mãe Elenice, meu pai Texas, meu
namorado Juliano e minha avó Theresa (*in
memorian*) pelos puxões de orelha que me
fizeram chegar até aqui.

AGRADECIMENTOS

É de costume nos agradecimentos de trabalhos de conclusão de curso agradecer primeiro a Deus. Esses cinco anos de faculdade me fizeram passar a questionar sua existência. Passei a crer que existe uma força superior que está em tudo e que nos ajuda se crermos que ela pode ajudar. Porém, ainda tenho minhas dúvidas em relação ao cristianismo católico e protestante. Hoje vejo Jesus Cristo como um grande filósofo, muito sábio e exemplo a ser seguido: alguém que sabia ser exemplo de compaixão, mas que também sabia, literalmente, “chutar o pau da barraca” quando via os outros sendo enganados. Aprendi a respeitar as crenças alheias, mas a preferir não me deixar convencer de nada. João Buss me ensinou que a convicção é um perigo e me libertou, já na primeira fase, mesmo sem saber, de um fanatismo religioso reprovador. De qualquer forma, sem querer me contradizer, penso que não estou nesse estágio da vida por acaso e agradeço a força superior, que me permitiu chegar aqui e que salvou minha vida, em dois mil e nove, quando sofri um acidente no trânsito e estive com a vida “por um fio”.

Ao longo desses cinco anos, muito relutei para prosseguir no curso de Direito. No início, quando ainda cursávamos as disciplinas de Filosofia, Sociologia e Introdução ao Estudo do Direito eu adorava cada minuto dentro do campus de Içara, da UNISUL. Destarte quando restaram somente as disciplinas processuais e meramente técnicas, eu quis abandonar tudo e cursar Letras, que era minha paixão. Graças a tantas pessoas especiais que já conhecia antes e que conheci na faculdade, não desisti. Resolvi ouvir os sábios conselhos de quem me disse para ir até o fim para que não me arrependesse depois, pois há um campo de trabalho enorme dentro do Direito e um dia eu iria me identificar com alguma profissão.

Aqui estou: no final de um curso que, por acaso, resolvi fazer. Por meio de alguns profissionais da universidade, tive conhecimento do Passaporte Unisul no terceiro ano do ensino médio, em 2006. Essa modalidade de processo seletivo oportunizaria a estudantes de escolas públicas, como eu era, o ingresso em um curso superior, caso passássemos na prova de redação e interpretação de texto realizada, fornecendo uma bolsa no valor de cinqüenta por cento do valor total do curso. Na unidade de Içara, na época, havia bolsas para os cursos de Direito, Administração

e Ciências da Computação e como nunca tive facilidade em aprender matemática, pensei que, por gostar de ler e escrever, Direito era a melhor opção para mim. Passei em primeiro lugar e ganhei a bolsa.

Assim, em segundo lugar, agradeço à UNISUL, por ter acreditado em uma estudante de escola pública, que já no final do ensino médio não tinha perspectiva alguma de um futuro tão promissor quanto tenho hoje, quase bacharel em Direito. A instituição cumpriu religiosamente com o prometido e todo mês, me deu o desconto tão necessitado de cinquenta por cento da mensalidade, por mais que eu, algumas vezes com dificuldades, tivesse que refinar a metade paga por mim.

Agradeço também, a todos os profissionais da Instituição, começando pelo meu orientador João José Buss, que despertando em mim a paixão pela filosofia do direito, fez brotar um desejo de justiça para com os menos favorecidos em uma sociedade tão marcada pelas diferenças sociais, ao fazer sua clássica pergunta: “acesso ao judiciário é acesso à justiça?” e comparando a justiça com uma bailarina que ora está do lado de um, ora de outro.

Agradeço ainda o coordenador Alex Sandro Sommariva, que também foi meu professor, sempre muito prestativo, compreensivo e justo, ao deferir ou mesmo indeferir meus requerimentos de avaliação de segunda chamada e justificativa de falta e por me ajudar com os cálculos das minhas horas-extracurriculares.

Ao Doutor Promotor de Justiça Alex Sandro Teixeira da Cruz, que despertou em mim o encanto pelas ciências jurídicas ao ministrar a disciplina de Introdução ao Estudo do Direito de maneira tão sublime, fazendo-me acreditar no meu potencial com seus elogios.

Aos demais professores, esforçados ou não, pacientes ou não, que a seu modo, conseguiram compartilhar comigo muito ou ao menos um pouco de tudo aquilo que sabem, dentre eles: Aparecida Antunes dos Santos Fogaça (mulher inspiradora, apaixonada pelo Direito Constitucional e muito elegante, eu não poderia deixar de dizer), José Matiolla, Jefferson Puel, Madilini Mariah, Letícia Fernandes Pedra Alam, Karlo Von Müller, Reginaldo Messagi (que também foi colega de turma), Janaina Alfredo da Rosa (por se ausentar de suas atividades para nos levar para conhecer o Presídio Santa Augusta e a Penitenciária Sul – uma realidade tão próxima que até então nos era desconhecida) e aos outros, que pedindo que me perdoem por esquecer de citá-los, estendo meus sinceros agradecimentos.

À minha mãe, que por opção, criou-me sozinha ao não procurar meu pai e contar sobre a gravidez, cumprindo seu papel materno da melhor maneira possível, não deixando me faltar nada para estudar, vestir ou comer; me fazendo pensar que estudar era o que eu tinha que fazer para progredir e sendo antes de mãe, uma amiga que soube sempre me ouvir e dizer aquilo que precisei ouvir.

À minha avó Theresa, que eu esperava que estivesse em minha formatura no início do ano que vem e que partiu no início deste ano, já cansada de sofrer com seus problemas de saúde. Ela também foi responsável na minha criação e na minha vontade de estudar e ser alguém melhor. Foi uma segunda mãe e onde quer que esteja, estendo meus agradecimentos a ela.

Ao meu pai Texas, que conheci agora na reta final e que ao saber da minha existência, de imediato passou a cumprir seu papel de pai, me incentivando a continuar estudando e me ajudando, dentro de suas possibilidades, a prosseguir.

Ao meu namorado Juliano, que desde que nos conhecemos, quando eu estava na quarta fase, tornou-se meu “porto seguro”, aconselhando-me, ajudando-me, levantando-me quando caía, explicando a matéria para mim quando eu tinha dificuldade em aprendê-la, não deixando que eu desistisse e sendo quem é: alguém dotado de uma paciência invejável e disposto a estar ao meu lado sempre. Aliás, o tema do presente trabalho, adveio de uma conversa que tivemos sobre não haver critérios razoáveis na concessão da Assistência Judiciária Gratuita.

Aos Procuradores Federais da Procuradoria Seccional Federal em Criciúma, onde faço estágio, pela compreensão e estímulo. Em especial à doutora Geralda Magella de Farias, por ter me indicado vários livros para compor minha monografia e compartilhar comigo naquela tarde, tanto conhecimento; ao doutor Pedro Moura pelos empréstimos de livros e paciência na espera de que eu os devolvesse, além de toda ajuda prestada; ao doutor Alexandre Oliveira, pela suavidade, paciência e ajuda; ao doutor Ricardo Kazuki Arai, pela preocupação e à doutora Wlândia de Maracaba Calheiros de Lima, por tudo.

Aos colegas, como não poderia deixar de ser: ao Luciano Furmanski Rodrigues, que muito me fez sorrir durante esses cinco anos e que na metade do caminho me escreveu o bilhete bem humorado e sincero, que é peculiar de sua personalidade, que foi responsável pelo meu não desistir; à Renata Daros Torres que aprendi a amar mesmo quando ela tinha suas crises de egoísmo, por saber ser tão doce quando estava de bom humor, me agradando com uma fruta, um bilhetinho ou com

sua voz me chamando de amiga; à Sione Loff Kaminski, por me receber tantas vezes em sua casa, me dar carona e ser tão amável; à André Serafim e Marcos Bortolon que tantas vezes me deram carona para ir e voltar da faculdade, me preservando de ter que esperar o ônibus até tarde para ir pra casa ou de ter que esperar o próximo para ir para a aula; à Bladimir Gomes Giassi também pelas caronas, pela gentileza, pelos conselhos, pela consulta médica e por todo carinho que sempre demonstrou ter por mim, independente de qualquer coisa; à Virna Lisi Lima, pelos empréstimos de material, pela ajuda sempre prestada e por todas as vezes que me chamou carinhosamente de “Ellenzinha”; à Diana Teixeira de Souza, pelas caronas, pela companhia até em casa, e pelas risadas que me rendeu; à Emanuel Moreira, primo, colega e amigo, pelas conversas e caronas; à Valdionei Luiz Rocha Forte pelo carinho e caronas; e a todos os demais colegas, que conseguiram chegar até aqui ou não, pelos grandes ou pequenos gestos que me fizeram crescer como ser humano e não desistir.

E a mim mesma, por ter buscado forças fora de mim para continuar na caminhada e ter suportado até aqui.

Todo o juiz consciente, aquele que dedica o melhor de sua inteligência e de seu trabalho para a missão de solucionar conflitos, deve se indagar, a cada dia, se a sua opção vem produzindo os frutos pelos quais anseia. (José Renato Nalini)

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a Aplicação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade na apreciação do pedido de Assistência Judiciária Gratuita, fazendo-se uma abordagem jurídico-crítica. O objetivo principal da pesquisa foi verificar a possibilidade de diminuir os abusos concernentes ao pedido, deferimento e indeferimento do benefício. Destacou-se que o Acesso ao Judiciário faz parte do Acesso à Justiça, mas que não o torna efetivo sozinho. Constatou-se a existência de muita divergência nos conceitos dados pelos juristas para as expressões Assistência Jurídica Gratuita, Assistência Judiciária Gratuita e Justiça Gratuita, bem como para os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Concluiu-se que é possível combater os abusos nos pedidos, concessões e não concessões da Assistência Judiciária Gratuita por meio da correta aplicação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, garantindo-se o Acesso à Justiça, o direito aos honorários advocatícios e vários outros direitos fundamentais. Por fim, discorreu-se acerca do dever do Estado de prover a Justiça independente do pagamento de custas, chegando-se a conclusão de que, como outros serviços públicos, o Acesso ao Poder Judiciário deveria ser prestado a qualquer um, gratuitamente. O método de abordagem foi o dedutivo e o de procedimento foi o monográfico, optando-se pela pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Princípio da Razoabilidade. Princípio da Proporcionalidade. Assistência Judiciária Gratuita. Justiça Gratuita.

ABSTRACT

This paper describes the application of the principles of reasonableness and proportionality in assessing the application for legal aid, becoming a legal-philosophical approach. The main objective of the research was to investigate the possibility of reducing the abuses pertaining to application, acceptance and rejection of the benefit. It was emphasized that access to the judiciary is part of the Access to Justice, but that alone does not make it effective. It was found that there was much disagreement in the concepts given by the lawyer for the expressions Free Legal Assistance, Free Legal Aid and Free Justice, as well as the principles of reasonableness and proportionality. It was concluded that it is possible to combat abuses in claims, grants and awards no free legal assistance through the correct application of the principles of reasonableness and proportionality, ensuring the access to justice, the right to attorneys' fees and various other fundamental rights. Finally, spoke out about the state's obligation to provide justice regardless of the payment of fees, reaching the conclusion that, like other public services, access to the judiciary should be given to anyone for free. The method of approach was deductive and the procedure was the monograph, opting for literature and case law.

Keywords: Access to Justice. Principle of Reasonableness. Principle of Proportionality. Free Legal Aid. Free Justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
1.1 TEMA	13
1.5 PROBLEMA.....	13
1.6 JUSTIFICATIVA.....	13
1.7 OBJETIVOS.....	15
1.7.1 Objetivo Geral	15
1.7.2 Objetivos Específicos	16
1.5 METODOLOGIA	16
1.6 ORGANIZAÇÃO DOS CAPÍTULOS	17
2 O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA	18
2.1 ACESSO AO JUDICIÁRIO É ACESSO À JUSTIÇA?	18
2.2 JUSTIÇA GRATUITA, ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E ASSISTÊNCIA JURÍDICA: CONCEITOS E DIFERENÇA	21
2.3 ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA: OBJETO E ABRANGÊNCIA	29
2.4 QUEM PODE SER BENEFICIÁRIO DA GRATUIDADE	32
2.5 PROCEDIMENTO LEGAL PARA O REQUERIMENTO DA JUSTIÇA GRATUITA E ANÁLISE DO PEDIDO	35
2.6 RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO FIM DO PROCESSO	35
3 OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE	37
3.1 ELEMENTOS DO SISTEMA JURÍDICO	37
3.1.1 Lei	38
3.1.2 Regra	39
3.1.3 Norma Jurídica	39
3.1.4 Princípios	40
3.1.4.1 Princípios e Regras	42
3.1.4.2 Princípios Gerais de Direito e Princípios Positivos do Direito	44
3.1.4.3 Função dos Princípios	46
3.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE	47
3.2.1 Princípio e Postulado	47
3.2.2 Conceitos de Razoabilidade e Proporcionalidade	48

4 A CONCESSÃO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE	52
4.1 CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS	53
4.1.1 O que significa ser pobre na acepção jurídica do termo	53
4.1.1.1 À luz da Lei 1.060	53
4.1.1.2 À luz do Código de Processo Penal	53
4.1.1.3 À luz do entendimento jurídico	54
4.1.2 Consideração do Patrimônio e da Renda pelo magistrado para conceder ou não o benefício da justiça gratuita	54
4.1.3 Natureza Jurídica das Custas Processuais	56
4.2 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NA APRECIÇÃO DO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA	57
4.2.1 É possível fixar requisitos objetivos para a concessão da Assistência Judiciária Gratuita?	64
4.3 BONS EXEMPLOS DE JULGAMENTOS QUE ENVOLVEM O BENEFÍCIO	64
4.4 O DEVER DO ESTADO DE PROVER A JUSTIÇA GRATUITA INDEPENDENTE DO PAGAMENTO DE CUSTAS	64
5 CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

1.1 TEMA

O tema a que se destina tratar este trabalho refere-se à Aplicação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade pelos juízes e tribunais brasileiros, quando da apreciação do pedido de Assistência Judiciária Gratuita no Brasil.

1.2 PROBLEMA

A aplicação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade pelos magistrados quando da apreciação do pedido de Assistência Judiciária Gratuita é capaz de diminuir os abusos concernentes ao pedido, deferimento e indeferimento do benefício?

1.3 JUSTIFICATIVA

A Lei 1.060, de 1950, chamada Lei de Assistência Judiciária, é a que trata de normatizar em nosso país, o benefício da Assistência Judiciária Gratuita. No entanto, ela não propõe requisitos ou critérios para análise do julgador quando da apreciação do pedido, que sejam capazes de norteá-lo em sua decisão. A norma jurídica em questão apenas exige que aquele que pretende que lhe seja concedido o benefício, declare que não está em condições de custear o processo e os honorários advocatícios sem que seja necessário provar essa condição.

É claro que em um país como nosso, onde infelizmente temos a cultura do “jeitinho brasileiro”, onde muitas pessoas vêem beleza em aproveitar-se das oportunidades de lograr vantagem indevida, seja “furando filas”, seja “fazendo

gatos”, seja pleiteando um direito junto ao Poder Judiciário, o qual, em tese, não fariam *jus*, essa desnecessidade de provar a pobreza fez “crescerem os olhos” de muitos, que passaram a pleitear a gratuidade sem dela necessitarem.

Esses abusos cometidos por parte de alguns cidadãos geraram a revolta de muitos juízes, que sem qualquer criação de critérios e baseando-se em um dispositivo Constitucional que trata da Assistência Jurídica Integral (fornecida pela Defensoria Pública), passaram a negar a gratuidade por ausência de prova da necessidade, por verificar que a parte possui certo patrimônio ou renda considerada por eles, suficiente para o pagamento das custas ou ainda por outros motivos absurdos como o fato da parte gastar com algum lazer ou vir aos autos, representada por advogado particular.

Somando-se a isso, tem-se no mundo jurídico uma grande confusão com relação as terminologias “Assistência Judiciária”, “Assistência Jurídica” e “Justiça” Gratuitas. A lei é confusa, a doutrina divergente e os magistrados partem do seu livre convencimento para decidir se concedem ou não a gratuidade, esquecendo-se que há dois, entre outros, Princípios de Direito que devem ser observados antes de se proferir uma decisão desse tipo: estamos falando da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Em verdade, esses dois princípios são tão confundidos como as terminologias apresentadas no início deste parágrafo.

O interesse de muitos está em jogo. Os processos judiciais custam dinheiro. A natureza jurídica das custas é tributária. Os advogados, como quaisquer trabalhadores, precisam receber pelo seu trabalho. Não há critérios objetivos para a concessão da gratuidade da justiça. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade talvez possam servir de norte aos juízes. Logo, o tema tratado aqui é pertinente.

Está muito confusa e revoltante a situação atual do direito à gratuidade judiciária: por um lado é preciso estabelecer critérios, norte para que o próprio magistrado decida o mais acertadamente possível; por outro lado, indignamo-nos com a natureza humana, corrupta e “doentia”, que teima em tomar partido naquilo que não lhe pertence acarretando o mal do seu semelhante. Ao mesmo tempo nos perguntamos se não seria dever do Estado prover a gratuidade da justiça independente do pagamento de custas.

É preciso entender o tema aqui proposto, afim de que sociedade, ciência e juristas possam resolver esse problema tão gritante que é o de conflitar a lei e

atender a um Princípio, para servir ao Direito. E assim, não se ouvir mais dizer que a aplicação do direito nem sempre é fonte de justiça: é preciso que seja.

Portanto, existem razões de ordem pessoal, social, institucional e teórica que justificam a realização do presente estudo.

Do ponto de vista pessoal podemos dizer que a realização deste estudo monográfico integra a grade curricular do curso e, como tal, faz parte do processo formativo da acadêmica com vistas a um futuro exercício profissional competente.

Já no âmbito social apontamos a condição de pertencimento a uma dada sociedade e, como tal, implica um compromisso com esta. E estudar a temática acima referida é cumprir, em parte, este compromisso.

No foco institucional assinalamos o compromisso da Universidade. É possível dizer que sobre toda universidade recai uma hipoteca social. Todas elas, sem exceção, têm a obrigação/dever de participar da discussão dos problemas da sociedade na qual estão inseridas.

E no mundo teórico o estudo se justifica porque a explicitação da temática, por si só, permite um maior conhecimento do assunto municiando àqueles que atuam na esfera jurídica.

1.4 OBJETIVOS

Os objetivos do trabalho foram divididos em Objetivo Geral e Objetivos Específicos.

1.4.1 Objetivo Geral

O principal objetivo da pesquisa foi analisar a possibilidade de combate aos abusos nas concessões da Assistência Judiciária Gratuita no Brasil, mediante a aplicação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, buscando identificar se critérios objetivos podem ser observados para que se garanta o Acesso

à Justiça ao cidadão e ao mesmo tempo se preservem o direito aos honorários advocatícios e as boas condições econômicas do Poder Judiciário.

1.4.2 Objetivos Específicos

Como objetivos específicos traçamos os seguintes:

- a) Demonstrar a diferença entre Acesso ao Judiciário e Acesso à justiça.
- b) Expor os diferentes conceitos dados as expressões Assistência Judiciária Gratuita, Justiça Gratuita e Assistência Jurídica Gratuita.
- c) Identificar o Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade.
- d) Descobrir se a aplicação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade pode diminuir os abusos no pedido, deferimento e indeferimento da Assistência Judiciária Gratuita.
- e) Analisar se há possibilidade de se observar critérios específicos quando da apreciação do pedido de Assistência Judiciária Gratuita.
- f) Discorrer acerca do dever do Estado de prover a Justiça independente do pagamento de custas.

1.5 METODOLOGIA

O método de abordagem utilizado na presente pesquisa foi o dedutivo, pois buscamos investigar as concepções gerais sobre o tema para formar uma conclusão particular.

Já o método de procedimento foi o monográfico, posto que a pesquisadora buscou estudar os diversos conceitos de Assistência Judiciária, Assistência Jurídica e Justiça Gratuita bem como os de Princípio da Razoabilidade e Princípio da Proporcionalidade para saber se havia possibilidade da aplicação dos segundos para resolver os abusos que envolvem as concessões ou não concessões das primeiras.

1.6 ORGANIZAÇÃO DOS CAPÍTULOS

Objetivando uma melhor compreensão acerca do tema aqui proposto, o presente trabalho científico foi estruturado em três capítulos, o primeiro destinado ao estudo da Assistência Judiciária Gratuita, o segundo referente aos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade e o terceiro capítulo atinente à análise da possibilidade de aplicação dos Princípios referidos na apreciação do pedido de Assistência Judiciária Gratuita com a finalidade de dirimir os abusos existentes na concessão e não concessão do benefício.

2 O BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

Para iniciar o estudo é necessário abordar a respeito do benefício em questão.

2.1 ACESSO AO JUDICIÁRIO É ACESSO À JUSTIÇA?

A garantia fundamental do Acesso à Justiça está prevista na Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988) , em seu artigo 5º, inciso XXXV, nos seguintes termos: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Para MARINONI (1999, apud DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, 2010, p. 9) o acesso à Justiça significa o:

acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial.

Completa o autor que o Acesso à Justiça também significa “acesso à informação e à orientação jurídicas e a todos os meios alternativos de composição de conflitos”.

Como é de se perceber, o doutrinador não se atém a letra da lei, entendendo o Acesso à Justiça não como apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas ao processo justo, justiça imparcial, equidade, efetividade da tutela dos direitos e acesso à informação e orientação jurídicas.

WATANABE (apud RODRIGUES, 1994, p. 29) entende que:

a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

Interessante se faz, todavia, trazermos à luz o entendimento de Rodrigues (1994, p. 28) para definir o acesso à justiça:

[...]é necessário destacar, frente a vagueza do termo acesso à justiça, que a ele são atribuídos pela doutrina diferentes sentidos. São eles fundamentalmente dois: o primeiro, atribuindo ao significante justiça, o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à Justiça e acesso ao Judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. Esse último, por ser mais amplo, engloba no seu significado o primeiro. Ambos os conceitos são válidos.[...] No segundo sentido[...] o acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário e nem no próprio universo do direito estatal.

Partilhamos do entendimento do segundo grupo na elaboração do presente trabalho, valendo-nos do Acesso à Justiça como sendo não apenas acesso ao Judiciário. Como DINAMARCO (apud RODRIGUES, 1994, p. 29), cremos que o Acesso à Justiça não se esgota no processo e nos meios que ele oferece.

Entendemos que o benefício da gratuidade, que passaremos a tratar, envolve o pagamento das custas processuais para ingresso no Poder Judiciário, mas as diferenças sociais são tantas que não basta o ingresso com uma ação, mas é necessária, nas palavras de WATANABE (apud RODRIGUES, 1994, p. 35) “paridade de armas na disputa em juízo”.

Consoante argumenta RODRIGUES (1994, p. 29):

“se de um lado não se pode reduzir a questão do acesso à justiça à criação de instrumentos processuais adequados à plena efetivação dos direitos, de outro é também evidente que não se pode afastar a idéia de acesso à justiça do acesso ao Judiciário [...] sem ele a cidadania se vê castrada, impotente”.

Segundo o mesmo autor, “sempre que um direito não for respeitado espontaneamente, não há como fazê-lo legitimamente senão através do processo”. Portanto, embora saibamos que para chegar-se ao efetivo Acesso à Justiça é preciso ter Acesso ao Poder Judiciário, salientamos que esse último é apenas parte do primeiro.

Aduz ainda RODRIGUES (1994, p. 31) que:

O primeiro problema sempre apontado pela doutrina, como entrave ao efetivo acesso à justiça, é a carência de recursos econômicos por grande parte da população para fazer frente aos gastos que implicam uma demanda judicial.

Completa o doutrinador (RODRIGUES, 1994, p. 35):

Sabe-se muito bem das despesas que envolvem uma demanda judicial; no mínimo custas processuais e honorários advocatícios. A isso podem se somar outros gastos, como perícias, por exemplo. Como poderão esses brasileiros, que não ganham o suficiente nem para se alimentarem, custear um processo judicial? Esse o primeiro entrave – talvez o mais grave – ao efetivo acesso à justiça. Agrava-o ainda mais o fato de todas as partes envolvidas possuírem formalmente os mesmos direitos; igualdade essa que, em regra geral, não se concretiza em razão das diferenças sociais, econômicas e culturais existentes entre as partes.

Assim, não é apenas econômica a causa da não efetivação do Acesso à Justiça, mas como nesse trabalho abordaremos o benefício da gratuidade, iremos nos ater apenas a questão econômica.

Ainda, ao tratar de acesso à justiça, não podemos deixar de falar em Mauro Capeletti e Bryant Garth, que em sua famosa obra denominada “Acesso à Justiça”, estudaram a fundo o tema. CARVALHO LUZ (2008, p. 42), ao se referir sobre tal obra, chama nossa atenção para o fato de que ela foi, na verdade, um opúsculo escrito como introdução a um trabalho maior de pesquisa chamado “Projeto Florença”.

Na introdução da obra de CAPELLETTI e GARTH (1998, p. 8) os autores dizem que a expressão “Acesso à Justiça” é de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: primeiro o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. O enfoque dos autores é na primeira finalidade, mas sem perder de vista a segunda, tendo como premissa básica a de que a justiça social pressupõe o acesso efetivo.

CAPELLETTI e GARTH (1998, p. 9) fazem em seu estudo uma análise histórica do significado de Acesso à Justiça, apontando que nos estados liberais burgueses nos séculos dezoito e dezenove, refletia uma filosofia puramente individualista, onde se pensava que o Acesso à Justiça era um direito natural, mas que não necessitava de uma ação do Estado para sua proteção; era entendido como o direito formal de ingressar com uma ação e de contestá-la. Afastar a “pobreza no sentido legal” não era pretensão do Estado. Então, a justiça só podia ser obtida pelos que pudessem arcar com seus custos.

Segundo os mesmos, o conceito de Acesso à Justiça e de direitos humanos passou a sofrer uma radical transformação na medida em que as sociedades foram crescendo em tamanho e complexidade, deixando-se para traz a visão individualista dos direitos e passando-se a entender o acesso efetivo como

sendo de importância primordial entre os direitos individuais e sociais: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 12)

E completam os autores (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 15):

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

O primeiro obstáculo identificado por CAPPELLETTI e GARTH (1998, p. 15) para justificar a não existência do efetivo Acesso à Justiça é o financeiro (custas judiciais): “a resolução formal de litígios, particularmente nos tribunais é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas.”

Como dito anteriormente, no presente trabalho nos prenderemos apenas a esse óbice na concretização do efetivo Acesso à Justiça, qual seja, o financeiro, isto porque, conforme veremos a seguir, é o que tem relação com o benefício da Assistência Judiciária Gratuita.

2.2 JUSTIÇA GRATUITA, ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E ASSISTÊNCIA JURÍDICA: CONCEITOS E DIFERENÇA

Ensina RODRIGUES (1994, p. 80) que:

o problema econômico busca ser equacionado historicamente, na legislação pátria, através da assistência gratuita. Ela, em todas as suas formas, é no entanto apenas um paliativo, não a solução. Essa só é possível através da erradicação da pobreza, objetivo fundamental do estado brasileiro, segundo a lei maior vigente (art. 3º, III).

A norma jurídica a que o autor acima faz referência é a constante do artigo 3º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil (CF), a saber:

Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]
III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
[...].

Porém, enquanto não alcança esse objetivo, o Estado cria mecanismos para ao menos amenizar as desigualdades e inserir as pessoas menos favorecidas dentro do rol daqueles que buscam dirimir seus litígios valendo-se do Poder Judiciário.

Para esta finalidade foram criadas a Justiça Gratuita, a Assistência Judiciária e a Assistência Jurídica, as quais, com nossos estudos, percebemos que são muito confundidas por doutrinadores e magistrados. Destacaremos alguns entendimentos.

DIDIER JÚNIOR e OLIVEIRA (2010, p.11-12) trazem sua conceituação para cada um dos benefícios:

- a) justiça gratuita, ou benefício da gratuidade, ou ainda gratuidade judiciária, consiste na dispensa da parte do adiantamento de todas as despesas, judiciais ou não, diretamente vinculadas ao processo, bem assim na dispensa do pagamento de honorários de advogado;
- b) assistência judiciária é o patrocínio gratuito da causa por advogado público (ex.:defensor público) ou particular (entidades conveniadas ou não com o Poder Público, como por exemplo, os núcleos de prática jurídica das faculdades de direito);
- c) assistência jurídica compreende, além do que já foi dito, a prestação de serviços jurídicos extrajudiciais (como, por exemplo, a distribuição, por órgão do Estado, de cartilha contendo os direitos básicos do consumidor) – trata-se, como se vê, de direito bem abrangente.

LIPPMANN (1999 apud MELO, 2004, p. 2) trata de diferenciar as duas primeiras, deixando de fora a Assistência Jurídica, até porque, se for adotado o entendimento acima, ela engloba a Justiça Gratuita e Assistência Judiciária:

A assistência judiciária não se confunde com justiça gratuita. A primeira é fornecida pelo Estado, que possibilita ao necessitado o acesso aos serviços profissionais de advogado e dos demais auxiliares da justiça, inclusive os peritos, seja mediante a defensoria pública ou da designação de um profissional liberal pelo Juiz. Quanto à justiça gratuita, consiste na isenção de todas as despesas inerentes à demanda, e é instituto de direito processual.

Conclui LIPPMANN (1999 apud MELO, 2004, p. 3):

ambas são essenciais para que os menos favorecidos tenham acesso à Justiça, pois ainda que o advogado se abstenha de cobrar honorários ao trabalhar para os mais pobres, faltam a estes condições para arcar com

outros gastos inerentes à demanda, como custas, perícias, etc. Assim, frequentemente, os acórdãos, ao tratar da justiça gratuita, ressaltam seu caráter de Direito Constitucional.

É interessante observar que a própria Lei 1.060/50, chamada Lei de Assistência Judiciária (LAJ) (BRASIL, 1950), a qual “estabelece normas para a concessão da assistência judiciária aos necessitados”, gera, a nosso ver, uma confusão com as nomenclaturas em seu artigo 3º. Vejamos:

Art. 3º A assistência judiciária compreende 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;

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.

Denote-se que referida lei fala em isenção de pagamentos de custas e honorários de advogado e peritos e dá a essa isenção o nome de “Assistência Judiciária”. A expressão “Justiça Gratuita” não é abrangida pela lei, contrariando os conceitos dados pelos doutrinadores até aqui mencionados. Dizemos contrariando, porque para eles a Assistência Judiciária é o patrocínio da causa por advogado, enquanto a Justiça Gratuita tem relação com custas e verbas honorárias, ou seja, aquilo que possui valor pecuniário. Da leitura da LAJ, a “Assistência Judiciária” não abrange o “ser assistido por advogado”, mas apenas os honorários e as custas processuais.

A expressão “Justiça Gratuita” é encontrada no Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, 1973), em seu artigo 19:

“Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até a sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença”.

Em uma primeira leitura dos dois dispositivos legais (artigo 3º da LAJ e artigo 19 do CPC), nos parece que Justiça Gratuita e Assistência Judiciária Gratuita são expressões sinônimas, pois ambas se referem as custas. Note-se, entretanto, que o CPC não fala em honorários advocatícios. Então poderia se afirmar que a Justiça Gratuita tem somente relação com as custas, enquanto a Assistência abrange os dois.

Alguns doutrinadores tem assim entendido. É um exemplo o de MACIEL (2000, apud. FREIRE, 2003):

Na “assistência judiciária”, o Estado assume, pelo beneficiário, a obrigação de arcar com as despesas processuais e honorários do patrono, que não é constituído pelo interessado, mas lhe é nomeado pelo Juízo ou pela Ordem dos Advogados do Brasil, sem que lhe assista direito à livre escolha profissional, enquanto que, na “justiça gratuita”, a isenção suportada pelo Estado se restringe às despesas processuais, sendo o patrono escolhido, constituído e remunerado pelo próprio cliente.

PONTES DE MIRANDA (1958, apud. FREIRE, 2003) também entendia que a Justiça Gratuita abrange somente custas processuais, enquanto a Assistência Judiciária tem relação com os honorários de advogado e custas. Vejamos:

Assistência judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo.

Note-se que ambos os autores (Maciel e Pontes de Miranda) entendem que somente se fala em Assistência Judiciária Gratuita quando tratar-se de custas e honorários e o advogado for indicado pelo Estado, seja pela Defensoria Pública ou por advogado dativo nomeado pelo juiz. Já a Justiça Gratuita abrange apenas as despesas processuais, sem se falar em honorários, devido ao fato da parte vir aos autos representada por advogado particular.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (SANTA CATARINA, 1997), também tem adotado esse entendimento. Isso porque a Lei Complementar Estadual n. 155/1997, em seu artigo 17, inciso II, assim dispõe:

Art. 17. Não será devida a remuneração ao Advogado Assistente e Judiciário ou Defensor Dativo quando:

[...]

II – o beneficiário da Assistência Judiciária, qualquer que seja sua situação econômico-financeira, apresentar-se com advogado constituído;

[...].

Diante desse dispositivo, referido Tribunal (BRASIL, 2011) tem se posicionado como o Desembargador José Volpato de Souza, em seu voto no Agravo de Instrumento nº 2010.054278-1, no qual foi relator, nos seguintes termos:

[...]Como se sabe, existe diferença entre assistência judiciária gratuita e justiça gratuita. Justiça gratuita compreende a isenção de todas as custas e despesas, judiciais ou não, a serem suportadas pelo requerente. A assistência judiciária gratuita, por sua vez, além da isenção das custas e despesas, envolve o patrocínio gratuito da causa por advogado. O Provimento n. 9/94, da Corregedoria Geral de Justiça de Santa Catarina, esclarece bem essa diferença:

Justiça gratuita, é o benefício constitucional genérico, previsto no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, evocável por quem comprovadamente tenha insuficiência de recursos para arcar com as despesas do processo. Já assistência jurídica ou judiciária é o direito específico de obter a nomeação de um advogado, frente à condição de insuficiência de recursos.

Além disso, a assistência judiciária gratuita possui procedimentos próprios a serem observados para sua concessão. A escolha do causídico, por exemplo, não depende da vontade do requerente, mas da disponibilidade do órgão prestador da assistência judiciária, a quem é direcionado o pedido para indicação do defensor.[...]

Todavia, não é este o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Extrai-se do voto do Desembargador Palma Bisson, Relator nos autos da Apelação com Revisão nº. 999907- 0/1: “[...] Por fim, anoto que a Lei nº 1.060/50 não considera, para a concessão da gratuidade de Justiça, se a parte que a pediu tenha constituído banca particular de Advocacia para o patrocínio de seus interesses.[...]”

Em seu voto, no Agravo de Instrumento nº 1001412- 0/0 (SÃO PAULO, 2006), o mesmo Desembargador, também Relator, assim se manifestou:

[...]Logo, para quem quer e consegue ver nas aplainadas entrelinhas da sua vida, o que você nela tem de sobra, menino, é a fome não saciada dos pobres.

Por conseguinte um deles é, e não deixa de sê-lo, saiba mais uma vez, nem por estar contando com defensor particular.

O ser filho de marceneiro me ensinou inclusive a não ver nesse detalhe um sinal de riqueza do cliente; antes e ao revés a nele divisar um gesto de pureza do causídico.

Tantas, deveras, foram as causas pobres que patrocinei quando advogava, em troca quase sempre de nada, ou, em certa feita, como me lembro com a boca cheia d'água, de um prato de alvas balas de coco, verba honorária em riqueza jamais superada pelo lúdico e inesquecível prazer que me proporcionou.

Ademais, onde está escrito que pobre que se preza deve procurar somente os advogados dos pobres para defendê-lo?
Quiçá no livro grosso dos preconceitos...[...]

Da leitura desses trechos de votos de dois Tribunais diferentes, já é possível ter a noção da tamanha contradição entre os magistrados quanto aos conceitos em questão e forma de decidir se concedem ou não os benefícios pleiteados.

Os primeiros conceitos aqui apontados (de Fredie Didier Junior e Rafael Oliveira) nos parecem mais didáticos. Soa-nos mais adequado nomear a isenção de custas e honorários advocatícios como “Justiça Gratuita” e a representação por advogado constituído como “Assistência Judiciária”.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina já se manifestou nesse sentido (SANTA CATARINA, 2007). Do voto lançado na Apelação Cível nº 2001.002987-7, de São José, cujo Relator foi o Desembargador Jorge Schaefer Martins, extrai-se:

Justiça gratuita, é o benefício constitucional genérico, previsto no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, evocável por quem comprovadamente tenha insuficiência de recursos para arcar com as despesas do processo. Já a assistência jurídica ou judiciária, é o direito específico a obter nomeação de um advogado, frente à condição de insuficiência de recursos.

Note-se que nessa decisão, o Desembargador afirma entender que a Justiça Gratuita é sinônimo de Assistência Jurídica Integral. Não é o que entendemos. Para nós, nesse artigo da CF, está se fazendo referência aos serviços prestados pela Defensoria Pública. Basta analisar o disposto no artigo 4º, § 5º, da Lei Complementar n.º 80 (BRASIL, 1994), que acreditamos trazer o complemento para o dispositivo constitucional acima transcrito: “A assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública”.

Porém, com o advento da Constituição Federal, de 1988, alguns Tribunais passaram a entender que o artigo 5º, inciso LXXIV, ao dispor que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que provarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 1988), revogou parte da LAJ, exigindo prova da necessidade para a concessão da Assistência Judiciária Gratuita. É o exemplo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que no julgamento do Agravo de Instrumento, nº 70042917724 (RIO GRANDE DO SUL, 2011), cujo Relator foi o Desembargador Romeu Marques Ribeiro Filho, assim se manifestou:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUROS ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA FÍSICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DIFICULDADE FINANCEIRA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

O benefício da gratuidade judiciária deve ser deferido a quem demonstrar a insuficiência de recursos para suportar as despesas processuais e os honorários advocatícios, sem prejuízo próprio ou da família. Recepção do artigo 4º da Lei n.º 1.060/50 pela Constituição Federal, por meio do artigo art. 5º, inc. LXXIV, o qual condicionou a concessão do benefício à prova da necessidade.

A recorrente apresentou comprovantes atualizados de recebimento de salário no valor equivalente a 7,1 (sete vírgula) salários mínimos, comprovando, assim, sua impossibilidade de acesso ao Poder Judiciário, caso não seja deferido o benefício.

Agravo de instrumento provido, de plano.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) (BRASIL, 1996) já deixou o seu posicionamento sobre o assunto ao manifestar sua decisão no Recurso Extraordinário n.º 205.029-6-RS, cujo relator foi o Ministro Carlos Veloso. Extrai-se da ementa:

A garantia do artigo 5.º, LXXIV, assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei n.º 1060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta declaração, feita pelo próprio interessado, de que 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 (CF, artigo 5.º,XXXV) R.E. não conhecido. (grifo nosso)

Ao proferir a já mencionada decisão nos autos da Apelação com Revisão n.º. 999907- 0/1, o Desembargador Palma Bisson deixou clara a sua opinião sobre o assunto:

[...]Entendo, ademais, que o disposto no art. 4º da Lei nº 1.060/50 continua em vigor, pois exigir, com fundamento na literalidade dos termos do inciso XXIV, do art. 5º da Constituição Federal, que a parte desejosa de auferir os benefícios da gratuidade comprove a insuficiência de recursos, é o mesmo que trancar o acesso da Justiça aos necessitados não aparentes, que neste país são tantos. Não pode ter sido este o objetivo da Constituição chamada de cidadã.[...]

O STF (BRASIL, 1998a), confirmou seu entendimento no julgamento do Recurso Especial n.º 204.302-2-PR, que teve como relator o Ministro Moreira Alves, onde assim decidiu:

Assistência Judiciária gratuita. Alegação de revogação do artigo 4º, § 1º, da Lei nº 1.060/50 pelo artigo 5º, LXXIV, da Constituição. Improcedência. - A atual Constituição, em seu artigo 5º, LXXIV, inclui, entre os direitos e garantias fundamentais, o da assistência jurídica integral e gratuita pelo Estado aos que comprovarem a insuficiência de recursos. - Portanto, em face desse texto, não pode o Estado eximir-se desse dever desde que o interessado comprove a insuficiência de recursos, mas isso não impede que ele, por lei, e visando a facilitar o amplo acesso ao Poder Judiciário que é também direito fundamental (art. 5º, XXXV, da Carta Magna), conceda assistência judiciária gratuita - que, aliás, é menos ampla do que a assistência jurídica integral - mediante a presunção "iuris tantum" de pobreza decorrente da afirmação da parte de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. - Nesse sentido tem decidido a Segunda Turma (assim, a título exemplificativo, nos RREE 205.029 e 205.746). Recurso extraordinário não conhecido.

Analisando todos esses entendimentos, o que podemos concluir sobre os conceitos das expressões Assistência Judiciária, Assistência Jurídica e Justiça Gratuita, é que ainda há muita divergência de significados. Acreditamos como já dito, que seria mais didático chamar a isenção pecuniária de "Justiça Gratuita" e a representação por meio de advogado de "Assistência Judiciária".

Como o Desembargador Palma Bisson, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cremos que não deve haver distinção de advogados quando se fala em Assistência Judiciária Gratuita, isto é, não há que se falar nesse benefício somente se aquele que o pleiteia ainda não estiver representado nos autos.

Escolhemos adotar a expressão "Assistência Judiciária Gratuita" no título desse trabalho porque é a expressão que a lei que trata do assunto (LAJ) adotou e não por pensar que é o correto.

No mais, seja qual for o entendimento adotado acerca das nomenclaturas (Justiça Gratuita ou Assistência Judiciária Gratuita), independente de entendermos que a primeira está dentro da segunda ou vice-versa, teremos fundamentação teórica suficiente para defender nosso entendimento. Então, para a presente pesquisa, o nome não fará diferença.

A nomenclatura só é prejudicial na prática, quando os juízes resolvem conceder a Justiça Gratuita apenas com relação as custas, (deixando de conceder a Assistência Judiciária Gratuita) por compreendê-la como sendo apenas os honorários que deveriam ser pagos pelo Estado no lugar do beneficiário.

Na maioria das vezes aqui, utilizaremos Justiça Gratuita e Assistência Judiciária Gratuita como expressões sinônimas, substituindo-as, às vezes, pela expressão "benefício da gratuidade".

Quanto a Assistência Jurídica Integral, por entender que tem relação com os serviços prestados pela Defensoria Pública, não faremos maiores considerações. Embora saibamos da importância de todos os institutos, por conta dos objetivos desse trabalho, trataremos apenas do benefício da Assistência Judiciária Gratuita, entendendo que ela abrange a Justiça Gratuita, isto é, trataremos das custas processuais e dos honorários advocatícios. Não queremos aqui falar sobre a Defensoria Pública, portanto, não buscaremos a aplicação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade na Assistência Jurídica Integral, de que fala a Constituição Federal, mas somente na Assistência Judiciária e Justiça Gratuitas.

2.3 ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA: OBJETO E ABRANGÊNCIA

Argumenta MELO (2004, p. 4):

O acesso à justiça não pode ficar a mercê da possibilidade econômica da parte fazer frente às despesas processuais, visto que tal acesso consiste na proteção de qualquer direito, sem qualquer restrição econômica, social ou política. É importante destacar que não basta a simples garantia formal da defesa dos direitos e o acesso aos tribunais, mas a garantia da proteção material destes direitos, assegurando a todos os cidadãos, independentemente de classe social, a ordem jurídica justa.

De outro lado, o Estado tem o dever de conceder a todos o acesso ao Judiciário sem a necessidade de antecipação das despesas processuais. Seria absurdo, para dizer o mínimo, que o ingresso em juízo fosse possível apenas aos que detêm situação econômica abastada. A função do Estado-Juiz é decidir os litígios e trazer a paz social nas relações intersubjetivas, logo esta máxima estaria prejudicada, se a maioria da população pobre não pudesse defender seus direitos.(sic).

Assim, o objeto da Justiça Gratuita ou Assistência Judiciária Gratuita (conforme ser quiser nomear) é, consoante o entendimento de DIDIER JUNIOR e OLIVEIRA (2010, p. 11), a dispensa no aditamento das despesas com o processo, imposto pelo artigo 19 do Código de Processo Civil.

Tal dispositivo legal (BRASIL, 1973) assim prevê:

“Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até a sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença”.

Segundo DIDIER JUNIOR e OLIVEIRA (2010, p. 13), “a discussão doutrinária e jurisprudencial [acerca do tema] surge quando se indaga quais despesas estariam abrangidas no benefício”. Segundo os mesmos, alguns entendem que a dispensa é a mais ampla possível, acolhendo despesas processuais e extraprocessuais; outros, mais comedidos, afirmam que algumas despesas não devem ser gratuitas, como, por exemplo, a remuneração de particular que trabalha no processo como perito e não deve ficar a mercê de talvez não receber posteriormente.

Os autores (DIDIER JUNIOR e OLIVEIRA 2010, p. 14) preferem adotar o entendimento mais ampliativo por considerá-lo o que mais se harmoniza com a idéia constitucional de Assistência Jurídica Integral, completando que “a parte que é carente de recursos, para que possa gozar plenamente do livre Acesso à Justiça, [...] deverá contar com meios legais de transpor o óbice financeiro do processo”. Todavia, ressaltam os mesmos que há que se fazer uma ressalva quanto às despesas extraprocessuais – que se fazem em virtude do processo, mas não dentro dele – eis que tem que serem baseadas na razoabilidade.

Como exemplo, trazem o deslocamento da parte entre municípios para submeter-se a exame pericial. Numa situação dessas, afirmam DIDIER JUNIOR e OLIVEIRA (2010, p. 14-15) que a condução e alimentação devem ser fornecidas pelo Estado, com veículo, combustível e condutor próprios, sendo que, somente se for “absolutamente impossível” que o Estado o faça, deve-se buscar ajuda do particular, quando pode ser deferido o benefício da gratuidade.

Atentam ainda os autores (DIDIER JUNIOR e OLIVEIRA 2010, p. 15) que o benefício da Justiça Gratuita não abrange as multas. Se abrangesse, correr-se-ia o risco de permitir um Acesso a Justiça irresponsável, “consubstanciado no fato de o beneficiário poder, impunemente, abusar do direito de demandar, sem que nenhuma sanção lhe pudesse ser aplicada”.

Porém, há que se destacar que na esfera trabalhista, de acordo com a Instrução Normativa nº. 17, do Tribunal Superior do Trabalho (TST) (BRASIL, 1999), item IV, “Os beneficiários da justiça gratuita estão dispensados do recolhimento antecipado da multa prevista no § 2º do art. 557 do CPC”.

Tal multa é aplicada quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, sendo que nesse caso, conforme referido dispositivo legal (BRASIL, 1973), “o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por

cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor”.

Sobre a isenção do pagamento dos cálculos elaborados pela Contadoria Judicial, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) (BRASIL, 1998b) já deixou o seu posicionamento ao julgar o Recurso Especial n.º 146.231-SP, cujo relator foi o ministro Vicente Leal:

Constitucional - Processual Civil - Liquidação de sentença - Cálculo do contador - Assistência judiciária gratuita - Garantia constitucional - Artigo 604 do CPC - Alcance. A Constituição Federal assegura assistência jurídica integral aos que não possuem condições econômicas para suportar as despesas decorrentes do uso do aparelho judiciário. Tratando-se de garantia constitucional de alta relevância para o exercício dos demais direitos, é de se reconhecer a validade, especialmente nas ações acidentárias, da liquidação do débito judicial por cálculo elaborado pelo próprio Contador do Foro, embora a reforma instituída pela Lei n.º 8.898/94 tenha modificado o sistema de liquidação de sentença, atribuindo ao credor a obrigação de apresentar a memória discriminada do quantum debeat. Recurso especial conhecido.

Sobre os honorários do perito o STJ também já se manifestou, decidindo no Recurso Especial n.º 14.729-0-RJ, que teve como relator o Ministro Eduardo Ribeiro: “De acordo com o art.3,V, da Lei 1060/50, a assistência judiciária abrange também os honorários de perito. Recurso conhecido e provido.”

Para que não restem dúvidas a respeito do que é ou não abrangido pelo benefício, trazemos à baila a decisão do STF (BRASIL, 2009) no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 580.880-7, que teve como relator o Ministro Menezes Direito:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Justiça gratuita. Ausência de peça essencial. Precedentes.

1. O benefício da assistência judiciária gratuita, implica a isenção de despesas, não de ônus processuais de outra natureza, como o de indicar peças a serem trasladadas e o de fiscalizar a correta formação do instrumento.[...]

De modo geral, a Lei de Assistência Judiciária (BRASIL, 1950), em seu já citado artigo 3º, elenca os atos processuais dos quais o beneficiário estará isento, e, em seu artigo 9º temos que: “os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio em todas as instâncias”.

2.4 QUEM PODE SER BENEFICIÁRIO DA GRATUIDADE

Para que o benefício da Assistência Judiciária Gratuita seja concedido, deve-se declarar pobreza, na acepção jurídica do termo, consoante o artigo 4º e § 1º, da Lei 1.060/50 (BRASIL, 1950), que assim dispõe:

Art. 4º A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

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

Posto que demonstramos os diferentes conceitos dados às expressões Assistência Judiciária, Assistência Jurídica e Justiça Gratuitas, é possível afirmar que a Constituição exige prova da pobreza daquele que estiver gozando de gratuidade nas custas (justiça gratuita) e do patrocínio de causa por advogado (assistência judiciária) quando fornecidos pelo Estado, isto é, pela Defensoria Pública. Portanto, não precisa provar a pobreza, mas somente afirmá-la, aquele que pleitear a Assistência Judiciária Gratuita, recebendo presunção de boa-fé até prova em contrário.

Logo, alguém que queira o benefício da gratuidade, deverá cumprir dois requisitos legais. O primeiro, disposto no artigo art. 4º da LAJ, diz respeito a declaração de pobreza. Entretanto, quando houver prova em contrário e for verificada a má-fé, o declarante poderá ser obrigado a pagar até o décuplo das custas judiciais, consoante o §1º do mesmo artigo.

O outro requisito para a concessão está contido no artigo 2º da mesma Lei: “gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no País, que necessitarem recorrer à justiça penal, civil ou militar ou do trabalho”.

Vejamos o que dispõe o Parágrafo Único do artigo supracitado a respeito dessa necessidade: “considera-se necessitado, para os fins legais, 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”.

Analisando esses dispositivos legais temos a chave para saber quem pode ser beneficiado pela gratuidade: a pessoa cuja nacionalidade seja a brasileira,

ou em não sendo, resida no Brasil, cuja situação econômica não lhe permita pagar custas processuais e honorários advocatícios, sem prejudicar seu sustento ou de sua família, quando necessite recorrer ao Judiciário.

DIDIER JUNIOR e OLIVEIRA (2010, p. 30-31) ensinam que o benefício pode ser requerido por qualquer uma das partes, seja autor ou réu, atuando isoladamente em litisconsórcio, bem como qualquer outro sujeito que intervenha no feito, na modalidade de intervenção de terceiro.

Sobre a questão do estrangeiro, argumentam ainda os autores que embora a lei exija que ele resida no país para obter a gratuidade, mesmo que esteja transitando pelo Brasil, poderá ser deferido o pedido de Justiça Gratuita:

Ora, se a própria Constituição, quando fala dos direitos e garantias individuais – dentre as quais, relembre-se, estão a isonomia, o devido processo legal e irrestrito acesso à justiça – vem, sendo interpretada desse modo ampliativo, alcançando também os estrangeiros que aqui não tem residência, não se poderia pensar que a LAJ, mera lei ordinária que implementaria uma garantia constitucional, pudesse erigir validamente uma tal diferenciação. Aliás, a interpretação/aplicação dos direitos fundamentais deve sempre buscar a ampliação da sua eficácia, como reza a cartilha da hermenêutica constitucional contemporânea.

Segundo os autores, outra questão que vem à tona quando pensamos a quem o benefício pode ser concedido é a da possibilidade de conceder a Justiça Gratuita à pessoa jurídica. Há certa resistência na doutrina por pensar-se que jamais ela poderia ser considerada miserável. No entanto, os autores acima citados (DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, 2010, p.33) afirmam que o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência é no sentido de que a pessoa jurídica pode também ser beneficiada pela gratuidade:

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 dificuldade financeiras(sic) que a impeçam de, por exemplo, efetuar o pagamento das custas iniciais do processo.

Contudo, mister salientar que o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2010) entendeu em recente decisão, no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 637.177, cujo Relator foi o Ministro Ricardo Lewandowski que é necessário que a pessoa jurídica comprove sua necessidade para obter a concessão do benefício. Vejamos a ementa da decisão:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. PRESSUPOSTOS DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. OFENSA REFLEXA. AGRAVO IMPROVIDO. I - A discussão referente ao momento do indeferimento do pedido de assistência judiciária gratuita, bem como à alegada necessidade de o juízo recorrido ter oportunizado o recolhimento do preparo, demanda a análise de normas processuais, sendo pacífico na jurisprudência desta corte o não cabimento de recurso extraordinário sob alegação de má interpretação, aplicação ou inobservância dessas normas. A afronta à constituição, se ocorrente, seria indireta. Incabível, portanto, o recurso extraordinário. Precedentes. **II – É necessária a comprovação de insuficiência de recursos para que a pessoa jurídica solicite assistência judiciária gratuita.** Precedentes. III – Agravo regimental improvido. (grifo nosso)

De igual forma, entende o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2011), mesmo quando a pessoa jurídica não tem fins lucrativos. Veja-se entendimento proferido na decisão no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 1.382.470-SC, de relatoria do ministro Arnaldo Esteves Lima:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. OFENSA AO ART. 557 DO CPC. AUSÊNCIA. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. SINDICATO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Fica superada eventual ofensa ao art. 557 do Código de Processo Civil pelo julgamento colegiado do agravo regimental interposto contra a decisão singular do Relator" (AgRg no REsp 1.107.638/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 25/5/09).

2. "**Pacífico nesta Corte o entendimento de que, mesmo tratando-se de pessoa jurídica sem fins lucrativos, a concessão da assistência judiciária gratuita depende de comprovação da impossibilidade de arcar com os encargos do processo**" (AgRg Ag 1332841/SC, Min. CESAR ASFOR ROCHA, Segunda Turma, DJe 16/3/11).

3. Reconhecer a alegada hipossuficiência do recorrente, apta a autorizar a concessão da gratuidade da justiça, alterando o entendimento firmado na instância ordinária, exigiria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, vedado pela Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental não provido. (grifo nosso)

Pensamos que embora a Lei 1.060 não se refira somente à pessoa física quando não obriga o requerente a provar sua necessidade, o que o STF fez foi aplicar a Razoabilidade e a Proporcionalidade para decidir. Exigir de uma empresa a prova da insuficiência de recursos é mais aceitável do que exigí-la de uma pessoa física, além de ser uma forma adequada para evitar abusos. Está se garantindo o Acesso à Justiça, a Ampla Defesa, o Contraditório, evitando-se, entretanto, abusos.

2.5 PROCEDIMENTO LEGAL PARA O REQUERIMENTO DA JUSTIÇA GRATUITA E ANÁLISE DO PEDIDO

O artigo 4º da LAJ (BRASIL, 1950) traz a forma atual para se fazer o pedido de Assistência Judiciária Gratuita:

Art. 4º A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

Embora na prática vejamos muitos profissionais utilizando-se de declaração em separado da petição inicial, ou contestação, isto é, da primeira peça processual em que a parte se declarar no processo, o ideal é que ali afirme a pobreza e peça a concessão da Justiça Gratuita, como dispõe o dispositivo legal acima transcrito.

DIDIER JÚNIOR e RAFAEL OLIVEIRA (2010, p. 45-46) dizem haver dois momentos para se fazer o pedido: o disposto no artigo 4º da LAJ, que chamam de inicial, e o disposto no artigo 6º da referida Lei, que chamam de momento ulterior. Essa distinção tem importância em se tratando da prática processual.

Para eles, quando a parte pede a concessão da gratuidade no primeiro momento que se manifesta no processo, tem-se um pedido inicial e o magistrado para deferir ou não o pedido deve observar o disposto no artigo 4º da LAJ, deferindo ou indeferindo o pedido e fundamentando no prazo de setenta e duas horas.

Já quando o pedido é feito em momento ulterior, isto é, já no curso do processo, quando a parte já tiver feito sua primeira manifestação dentro dele, o magistrado observará o artigo 6º da referida Lei, devendo ouvir a outra parte. Esse pedido é autuado em separado e a respectiva petição é apensada aos autos da ação principal, sem que esta seja suspensa.

2.6 RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO FIM DO PROCESSO

Ensinam DIDIER JUNIOR e OLIVEIRA (2010, p. 25) que “nosso ordenamento jurídico adotou o princípio da sucumbência para efeito de distribuição do custo do processo”. Segundo esse princípio, deve arcar com as despesas oriundas do processo aquele que deu causa à demanda, entendendo-se este como a parte vencida no final do processo.

Argumentam os autores que não há maiores problemas quando o beneficiário da Justiça Gratuita é o vencedor, pois as despesas ficarão a cargo daquele que foi vencido, seguindo-se os ditames do artigo 11 da LAJ (BRASIL, 1950): “os honorários de advogados e peritos, as custas do processo, as taxas e selos judiciários serão pagos pelo vencido, quando o beneficiário da assistência for vencedor na causa”.

O problema maior surge, segundo os autores mencionados (DIDIER JUNIOR; RAFAEL OLIVEIRA, 2010, p. 27), “quando o beneficiário é vencido, ou quando ambas as partes são beneficiárias” - nessa última hipótese um dos beneficiários, será sucumbente. Em ambos os casos, a Fazenda Pública, isto é, o Estado, “terá que suportar o prejuízo quanto às verbas que lhe forem eventualmente devidas”. Quando se fala em “o Estado suportar o prejuízo”, não está se falando na obrigação do mesmo de pagar as verbas sucumbenciais, tampouco, os honorários periciais e advocatícios. Salientam os autores que a sentença não poderá servir de título executivo para cobrar essas despesas do Estado, pois estar-se-ia violando os princípios do Devido Processo Legal e do Contraditório, já que ele não teria participação na formação do título. Todavia, veremos adiante, quando adentrarmos especificamente em nosso tema, que os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade podem ser reivindicados nesse caso.

Quanto à possibilidade de cobrança de verbas devidas a parte contrária, os autores mencionam a existência de três correntes: uma segundo a qual o beneficiário da gratuidade deve ser condenado ao pagamento, que por decorrer do princípio da Sucumbência não são abrangidas pelo benefício; outra segundo a qual o beneficiário é totalmente isento do pagamento; e outra que defende a tese de que o beneficiário deve ser condenado na sentença ao pagamento das verbas de sucumbência, mas que o crédito só poderá ser exigido se provada a perda da condição de necessitado e não estiver prescrito o direito.

O entendimento do STJ (BRASIL, 1991) é o seguinte:

[...]A parte beneficiária de justiça gratuita, quando vencida, sujeita-se ao princípio da sucumbência, não se furtando ao pagamento dos consectários dela decorrentes. A condenação respectiva deve constar da sentença, ficando, contudo, sobrestada até e se, dentro de cinco anos, a parte vencedora comprovar não mais subsistir o estado de miserabilidade da parte vencida.

É interessante destacar que a parte beneficiada pela Assistência Judiciária Gratuita, conforme os artigos 12 e 13 da LAJ, fica obrigada a pagar as despesas processuais caso seja verificado, dentro do prazo de 5 (cinco) anos, a contar da sentença final, que o pode fazer sem prejuízo do seu sustento ou de sua família, mesmo que em parte.

É bom saber também que conforme o artigo 11, §2º, também da LAJ, a parte vencida pode acionar a vencedora para reaver as custas e honorários, caso prove que a última perdeu a condição de necessitada. Porém, segundo DIDIER JUNIOR e OLIVEIRA (2010, p. 27) esse dispositivo foi revogado pelo atual Código de Processo Civil, por contrariar o Princípio da Sucumbência.

3 OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

3.1 ELEMENTOS DO SISTEMA JURÍDICO

Para que possamos falar dos princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, é necessário que primeiro saibamos o que são princípios, pois segundo CARLOS ARI SUNDFELD (1992, apud. ESPÍNDOLA, 2002. p. 13), é “o conhecimento dos princípios, e a habilitação para manejá-los, que distingue o jurista do mero conhecedor de textos legais”.

Mas para chegarmos ao conceito de “princípios” temos que antes se faz necessário, situá-los dentro do campo do Direito. Isso porque, segundo GABRIEL (2007, p. 1):

Quando se fala em conceituar princípio, o grande problema inicial é desfazer a confusão comum que se faz com os termos *regra*, *norma* e *lei*. Não se trata, pois, de uma distinção meramente terminológica, mas de uma exigência de clareza conceitual: quando existem várias espécies de exames

no plano concreto, é aconselhável que elas também sejam qualificadas de modo distinto.

BOBBIO (1996, apud GABRIEL, 2007, p.1) afirma que talvez a confusão entre os três termos se dê devido a grande importância que os princípios passaram a ter, o que levou o ordenamento jurídico a ampliação de suas dimensões – passando a ser um sistema normativo – e precisando assim, de uma “interpretação estrutural”, porque não podem haver normas incompatíveis, já que a segurança jurídica deve prevalecer.

Assim, nosso primeiro passo é entender nosso sistema jurídico, para que então possamos situar os princípios dentro do mesmo. FERRAZ JUNIOR (1976, apud. GABRIEL, 2007, p. 1) expõe que:

[...] o conceito de sistema, no Direito, está ligado ao de totalidade jurídica. No conceito de sistema está, porém, implícita a noção de limite. Falando-se em sistema jurídico surge assim a necessidade de se precisar o que pertence ao seu âmbito, bem como se determinar as relações entre sistema jurídico e aquilo a que ele se refira, embora não fazendo parte de seu âmbito, e aquilo a que ele não se refira de modo algum.

Um sistema jurídico possui seus elementos, sendo necessário, segundo GABRIEL (2007, p. 1), sabermos identificar cada um deles, a fim de interpretá-lo na totalidade e evitar incoerências jurídicas. Porém, como não é o objetivo do presente trabalho tratar dos outros elementos, explanaremos superficialmente sobre os mesmos, aprofundando nosso estudo somente acerca dos princípios.

3.1.1 Lei

A lei, um dos elementos que compõem o sistema jurídico, possui vários sentidos, conforme ensina RIZZATO NUNES (2004, apud. GABRIEL, 2007, p. 1): “[...] a lei pode ter vários significados, ser divina, da natureza ou emanada do próprio Estado”. Por óbvio, a lei jurídica é aquela emanada pelo Estado, e conforme citado autor, pertencem a um gênero denominado norma jurídica, que por sua vez possui duas espécies: normas escritas (leis, medidas provisórias, decretos legislativos,

resoluções, portarias, circulares, instrução normativa, ordens de serviço, etc) e normas não escritas – não estatais (costumes jurídicos).

DINIZ (2005, p. 285) acrescenta às normas estatais a jurisprudência e às normas não estatais, a doutrina, as convenções e os negócios jurídicos. A lei é, portanto, uma das principais fontes de direito e é espécie, da qual a norma jurídica estatal é gênero.

Conclui GABRIEL (2007, p. 1) que tal espécie normativa tem como função específica estabelecer regras. E sem dúvidas, valendo-nos das palavras de DINIZ (2005, p. 288), “grande é a importância da lei no Estado de Direito”.

3.1.2 Regra

Outro elemento do sistema normativo é a regra. Vários autores utilizam os termos norma e regra como sendo sinônimos. Como exemplo, podemos citar REALE (2005, p. 117). ÁVILA (2005, p. 7-8) acredita que isso se dá em decorrência de um problema de interpretação, devido a lei não trazer conceitos e o intérprete ter que “reconstruir” a idéia apresentada a ele.

GABRIEL (2007, p. 1.) simplifica esse entendimento de ÁVILA, dizendo que: “em razão do sentido, na linguagem coloquial, muitas vezes se é forçado a entender regra como sinônimo de norma”. Porém o autor ensina que:

As regras podem ser sociais, morais ou religiosas, sem a imposição coercitiva do ordenamento jurídico – regras jurídicas, causando ao indivíduo que não a cumpra apenas inconvenientes de ordem íntima ou comportamental. Já as regras jurídicas, aquelas que emanam do ordenamento jurídico, geram conseqüências na órbita jurídica, razão pela qual possuem caráter muito mais coativo e que por isso se localizarão no conjunto das normas jurídicas.

A diferença entre regra e lei é, no entanto, segundo GABRIEL (2007, p. 1), que a regra pode ou não ser positivada enquanto a lei é necessariamente positivada.

3.1.3 Norma Jurídica

Como dito anteriormente, as normas são o gênero das quais a lei e a regra são espécies. Ao tratar das normas, é primordial citar a obra de Humberto Ávila, denominada “Teoria dos Princípios”. Vejamos o entendimento de ÁVILA, (2005, p. 30-31) sobre as normas jurídicas:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. [...] O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte. Em alguns casos há norma mas não há dispositivo.[...]Em outros casos há dispositivo mas não há norma. [...] Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma. [...] Significa que não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá de haver obrigatoriamente o outro.

Isto posto, devemos saber para entrar finalmente no que mais nos interessa (os princípios), que existem várias classificações para as normas jurídicas, dentre elas a da norma jurídica como fonte de Direito, onde seguindo os ensinamentos de REALE (2005, p. 121), temos que ela é a expressão de um dever ser de organização ou de conduta, podendo resultar de diversos processos, dentre os quais o judicial, o legislativo, o costumeiro e o negocial.

ÁVILA (2005, p.35) aduz que as normas podem ser tomadas no sentido de princípios ou de regras, sendo importante definir os princípios.

3.1.4 Princípios

Passemos a analisar os mais relevantes, para nós, dos elementos normativos, quais sejam, os princípios.

Acerta NALINI (2000, p. 45) ao insinuar:

A relevância dos princípios nunca tem sido suficientemente salientada. Compreende-se que para a mentalidade calcada no dogmatismo positivista mostra-se perigosa a incursão pela principiologia, necessariamente fluida. Todavia, o direito não se esgota nas leis. [...] Direito é muito mais que isso. É acervo de valores, é conjunto significativo. É consistência, é o consenso jurídico resultante da consciência coletiva num determinado momento histórico.

SANTOS (2009, p. 73) ensina que:

[...]cada sistema processual se calca em princípios que se estendem a todos os sistemas e com aplicação mais ou menos intensa, e em princípios outros, que lhe são próprios, que o caracterizam. É do exame dos princípios gerais que informam um sistema que resultará qualificá-lo comum com os demais, do presente ou do passado. [...]São os princípios gerais de cada sistema que permitem ao legislador a criação de novos institutos, e ao intérprete dar a inteligência dos que no sistema se estruturaram, o sentido e a aplicação das normas legais que os disciplinam, propiciando, assim, a colaboração da ciência jurídica na obra incessante do aprimoramento do processo, visando sua adaptação às circunstâncias ocorrentes com as transformações dos fenômenos sociais, dia a dia mais apressadas e até inesperadas e bruscas.

A nosso ver, acertadas ambas as lições, pois acreditamos que os princípios são a chave mestra para se legislar e interpretar a legislação de um povo. Eles orientam o sistema normativo de tal modo que não podem ser desconsiderados quando uma norma jurídica estiver os desrespeitando. Nas palavras de SANTOS (2009, p. 73) há “indisfarçável utilidade no conhecimento dos princípios gerais ou fundamentais, que orientam o sistema processual brasileiro”.

Isso nos leva a entender porque, segundo SÉRGIO GABRIEL (2007, p. 1), hodiernamente qualquer discussão jurídica envolve o termo “princípio”. Embora a discussão venha de longa data, entre jusnaturalistas e juspositivistas, cada vez mais o termo é colocado em debate. Conforme o autor, a doutrina traz muita discussão no que envolve o conceito e a função dos princípios para o Direito, sendo que a certeza existente é de que o sistema jurídico compõe-se de regras e princípios, restando a necessidade de diferenciá-los e identificar a respectiva função.

Sendo assim, aqui analisaremos de forma sucinta o significado do termo “princípio” e a sua função. A análise não se estenderá mais porque o tema do presente trabalho é mais específico e o tema “princípios”, por si só, já daria ensejo para se escrever outra monografia.

No tocante ao conceito de “princípios”, discorre ESPÍNDOLA (2002, p. 50-53) acerca do significado da palavra em vários campos científicos – filosofia, geometria, etc. – para ao final concluir que:

a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.

REALE (2005, p. 303-304) classifica os princípios discriminando-os em três grandes categorias:

- a) princípios omnivalentes, quando são válidos para todas as formas de saber, como é o caso dos princípios de identidade e de razão suficiente;
- b) princípios plurivalentes, quando aplicáveis a vários campos de conhecimento, como se dá com o princípio de causalidade, essencial às ciências naturais, mas não extensivo a todos os campos do conhecimento;
- c) princípios monovalentes, que só valem no âmbito de determinada ciência, como é o caso dos princípios gerais de direito.

Para NUCCI (2005, p. 25), no sentido jurídico, a palavra princípio “significa uma ordenação que se irradia e imanta o sistema normativo, proporcionando alicerce para a interpretação, integração, conhecimento e eficiente aplicação do direito positivo”.

Completa o doutrinador ESPÍNDOLA (2002, p.55) que no campo do Direito, a definição de princípio dominante é a mesma de NUCCI aqui apontada, mas que é necessário ter em mente que, dentro dessa definição, há certa estruturação feita pelos estudiosos do ramo jurídico, sendo que ora tem-se utilizado o termo “princípio”:

para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e ora para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas construídas independentemente de uma ordem jurídica concreta ou de institutos de direito ou normas legais vigentes.

Porém ESPÍNDOLA (2002, 55.) faz a seguinte ressalva:

Essa polissemia não é benéfica neste campo do saber [o direito], em que a confusão de conceitos e idéias pode levar à frustração da práxis jurídica ou à sonegação, por uma prática equívoca, de direitos ou de situações protegíveis pelo sistema jurídico posto.

3.1.4.1 Princípios e Regras

Para tratar um pouco da diferença entre princípios e regras, examinemos o que diz JOSEF ESSER, (1990, apud. ÁVILA, 2005, p.8):

princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. Mais do que uma distinção baseada no grau de abstração da prescrição normativa, a diferença entre os princípios e as regras seria uma distinção qualitativa. O critério distintivo dos princípios em relação às regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão.

No mesmo sentido, KARL LARENZ (1979, apud. ÁVILA, 2005. p. 8):

normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento. [...] os princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são regras suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, isto é, a conexão entre uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica.

Da análise dos conceitos de princípio de vários estudiosos do tema ÁVILA (2005, p. 10) concluiu que há distinções fracas e fortes entre princípios e regras, além de demonstrar que existem alguns critérios usualmente empregados para a distinção:

Em primeiro lugar, há o critério do *caráter hipotético-condicional*, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto. Dworkin afirma: "Se os fatos estipulados por uma regra ocorrem, então ou a regra é válida, em cujo caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou ela não é, em cujo caso ela em nada contribui para a decisão". Caminho não muito diverso também é seguido por Alexy quando define as regras como normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas.

Em segundo lugar, há o critério do *modo final de aplicação*, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual *mais ou menos*.

Em terceiro lugar, o critério do *relacionamento normativo*, que se fundamenta na idéia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles.

Em quarto lugar, há o critério do *fundamento axiológico*, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.

Todos esses critérios de distinção são importantes, pois apontam para qualidades dignas de serem examinadas pela Ciência do Direito. Isso não nos impede, porém, de investigar modos de aperfeiçoamento desses critérios de distinção, não no sentido de desprezar sua importância e, muito menos ainda, de negar o mérito das obras que os examinaram; mas, em vez disso, naquele de confirmar sua valia pela forma mais adequada para demonstrar consideração e respeito científicos: a crítica.

Todavia o que mais nos interessa na presente pesquisa é entender como é feita a aplicação dos princípios e para melhor saber interpretar os princípios, já tomados no seu sentido jurídico, é preciso distinguir os princípios constantes nas normas, dos princípios próprios à interpretação das normas. Estamos falando do que ESPÍNDOLA (2009, p. 56) chama de “princípios positivos do Direito” e “princípios gerais de Direito”.

3.1.4.2 Princípios Gerais de Direito e Princípios Positivos do Direito

Tanto os Princípios Positivos de Direito quanto os Princípios Gerais do Direito são recepcionados na Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 4º: os primeiros quando o dispositivo fala em lei e os segundos, quando fala especificamente em princípios gerais de direito. Leia-se o referido dispositivo: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Argumenta REALE (2005, p. 304) que o legislador acaba nesse dispositivo por reconhecer que só o sistema legislativo não é suficiente para coibir todo o campo da experiência humana, isto é, resta sempre grande número de situações imprevistas, que o legislador não poderia ter vislumbrado anteriormente. Quando isso ocorre, o legislador pode e deve recorrer aos Princípios Gerais do Direito, mas, saliente-se, eles não são capazes de sozinhos suprir as lacunas da lei.

BEVILÁQUIA (? apud. MOTTA; BARCHET, 2009), ensina que Princípios Gerais do Direito são aqueles “elementos fundamentais da cultura jurídica humana em nossos dias; das idéias e princípios sobre os quais assenta concepção jurídica dominante”. Tratam-se de elementos interpretativos utilizados quando a lei for insuficiente para se julgar o caso específico.

GRAU (1985, apud ESPÍNDOLA, 2002. pg. 57), chegou à conclusão, ao estudar as posições de Antoine Jeammaud e Jerzy Wróblewski, que os princípios positivos do Direito, devem ser valorados sob a ótica do “válido ou inválido, vigente ou não, eficaz ou ineficaz, adequadas à análise do Direito enquanto sistema de normas positivas”. Enquanto as normas gerais de Direito podem ser valoradas segundo a idéia do falso e do verdadeiro.

O autor ainda concluiu (GRAU, 1985, apud ESPÍNDOLA, 2002, p. 58) que os Princípios Gerais de Direito são muito utilizados pela jurisprudência na fundamentação das decisões, quando então passam de “princípios descritivos”, “para princípios positivados de inspiração doutrinal”. Eis que “transformam-se em princípios positivados, através do ato decisional que os vinculou”. Então, para o autor, Princípio Geral do Direito é aquele ainda não positivado, mas que pode ser formulado ou reformulado pela jurisprudência.

Em verdade, cada ordenamento jurídico possui seus próprios Princípios Gerais do Direito. Para CLEMENTE de DIEGO (? , apud ESPÍNDOLA, 2002, p. 59), pensar em princípios gerais não contemplados na ordem jurídica de um povo é deixar brecha para introdução de “regras exóticas”, passíveis de destruir as linhas do respectivo ordenamento, gerando confusão, onde deve reinar segurança, clareza, harmonia e precisão. Segundo o entendimento do autor, pode-se chegar a uma equiparação entre “Princípios Gerais do Direito” e “Princípios Gerais do Ordenamento Jurídico”.

MOTTA e BARCHET (2009, p. 311) trazem como princípios gerais do direito o princípio da Realidade (segundo o qual o Direito não surge do irreal ou do impossível); o princípio da Sindicabilidade (primordial para saber se a lei foi ou não cumprida); o princípio da Responsabilidade (“*responder pelo torto é um dever tão antigo quanto o próprio direito*”); o princípio da Legitimidade (que assegura que a vontade geral seja respeitada); o princípio do Devido Processo Legal (que dispensa definição); o princípio do Contraditório (segundo o qual todas as partes envolvidas devem ser ouvidas); o princípio da Descentralização (que é resposta para os problemas de hipertrofia estatal); e o princípio da Motivação (que como sabemos, é obrigação tanto no campo administrativo quanto no judiciário daquele que pratica ato jurídico, de fundamentar sua realização).

Interessante salientar que há outros Princípios Gerais de Direito admitidos pelo Direito Pátrio e que cada ramo do Direito possui seus próprios Princípios Gerais – como exemplo, temos a própria Razoabilidade e Proporcionalidade, que são comportados pela Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no Âmbito da Administração Pública Federal (BRASIL, 1999), mas que são muito utilizados pelos ministros do STF quando vão declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma jurídica. São na verdade Princípios Gerais de Direito,

Princípios Gerais do Direito Processual Administrativo, do Direito como todo, devendo ser SEMPRE observados.

Nas palavras de REALE (2002, p. 315), “toda experiência jurídica e, por conseguinte, a legislação que a integra, repousa sobre princípios gerais de direito, que podem ser considerados os alicerces e as vigas mestras do edifício jurídico”.

No mesmo sentido, ROSCOE POUND (1959, apud. REALE, 2002): “o Direito é experiência desenvolvida pela razão e razão provada pela experiência, residindo a sua parte vital nos princípios e não nas regras”.

Completa ainda REALE (2002, p. 317):

Os princípios gerais de Direito põem-se, dessarte, como as *bases teóricas* ou as *razões lógicas* do ordenamento jurídico, que deles recebe o seu sentido ético, a sua medida racional e a sua forma vital ou histórica. A vida do Direito é elemento essencial do diálogo da história.

Assim, temos que é fundamental ao aplicar a letra da lei, que o juiz observe se ela não contraria nenhum Princípio Geral do Direito.

3.1.4.3 Função dos Princípios

Tratando um pouco sobre a função dos princípios trazemos os ensinamentos de BONAVIDES (1994, apud ESPÍNDOLA, 2002), segundo o qual, “os princípios cumpriram três funções relevantes na ordem jurídica: fundamentadora, interpretativa e supletiva”. Passa-se a resumir cada uma dessas funções.

A função fundamentadora dos princípios está ligada a aquele conceito já apresentado aqui, de base para o ordenamento jurídico, isto é, os princípios teriam o condão de sustentar a ordem jurídica, seriam aquilo que mantém o sistema normativo seguro.

Quanto à função interpretativa dos princípios, essa diz respeito ao fato de que os princípios orientam as soluções jurídicas nos casos práticos. Muitas vezes as normas jurídicas podem entrar em conflito, ou ainda, serem insuficientes para se resolver uma questão jurídica, dando então lugar para que os princípios ajudem o intérprete a buscar a solução mais adequada.

Já a função supletiva dos princípios diz respeito a eles servirem “suplemento” quando a lei for omissa, ou seja, quando houver uma lacuna dentro do ordenamento jurídico que necessite ser preenchida para se resolver uma lide. Os princípios têm a função de suprir a insuficiência das normas ou regras.

Tendo então as funções dos princípios em mente, podemos passar a tratar dos princípios que queremos por objeto da presente pesquisa.

3.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Trataremos agora dos princípios que fazem parte do objeto de estudo do presente trabalho monográfico.

3.2.1 Princípio e Postulado

Antes de começar a conceituar os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, entendemos ser necessário passarmos pelas definições de “princípio” e “postulado”. É que ÁVILA (2005, passim.), que como já dissemos tem uma renomada obra na área dos princípios, afirma que na verdade, os princípios estão no mesmo patamar das normas jurídicas, podendo ser violados, enquanto a Razoabilidade e a Proporcionalidade, ao lado da Eficiência, não podem ser violadas, o que faria delas não “princípios”, mas “postulados”.

Ele (ÁVILA, 2005, p. 77) chama ainda a Razoabilidade e a Proporcionalidade de “metanormas” e “normas de segundo grau”. Veja-se seu entendimento:

O qualificativo de normas de segundo grau, porém, não deve levar à conclusão de que os postulados normativos funcionam como qualquer norma que fundamenta a aplicação de outras normas, a exemplo do que ocorre no caso de sobreprincípios como o princípio do Estado de Direito ou do devido processo legal. Isso porque esses sobreprincípios situam-se no próprio nível das normas que são objeto de aplicação, e não no nível das normas que estruturam a aplicação de outras. Além disso, os sobreprincípios funcionam como fundamento, formal e material, para a

instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores, ao passo que os postulados normativos funcionam como estrutura para aplicação de outras normas.

O autor ainda afirma que a maior parte dos autores dá o nome de princípios aos postulados jurídicos, colocando-os assim no mesmo patamar das normas e regras, o que apenas faz confundir, em vez de esclarecer. Ressalta que “rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados”. (ÁVILA, 2005, p. 78)

A diferença precípua entre princípio e postulado, para o autor, é que

[...] os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos.

Sem desmerecer a aprofundada pesquisa de ÁVILA, preferimos, para a elaboração do presente trabalho, adotar o termo “princípios”, tendo em vista que a maioria dos doutrinadores, como reconhece o próprio autor, adota essa denominação para a Razoabilidade e a Proporcionalidade, além da própria lei, destaque-se. Não é nosso objetivo aqui, fazer jogos de linguagem, mas entender o que são os dois princípios e se podem ser aplicados, como desejamos, na apreciação do pedido de Assistência Judiciária Gratuita.

Como já dissemos aqui, para nós, esses dois princípios são Princípios Gerais de Direito, sendo que adotamos ainda o entendimento de BANDEIRA de MELO (2006, apud. PIRES, 2007, p.2), segundo o qual “podemos entender os princípios como normas hipotéticas fundamentais, que estão acima de todas as leis”.

3.2.2 Conceitos de Razoabilidade e Proporcionalidade

A primeira coisa que se deve abordar aqui para tratar desses dois princípios é o fato de que são, realmente, dois princípios, em nossa opinião e na

opinião dos autores que decidiram por se aprofundar melhor no tema. Dizemos isso porque muitos autores limitam-se a afirmar que “Proporcionalidade” e “Razoabilidade” são a mesma coisa. Fossem sinônimos, não iria o legislador, no artigo 2º da Lei 9.784 (BRASIL, 1999) assim dispor: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Exemplo de doutrinador que considera sinônimos os dois princípios é GILMAR MENDES (2009, p. 142-143), que assim expressa sua opinião:

Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na *concessão* de poderes, privilégios ou benefícios – o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo ordenamento jurídico.

Para nós parece óbvio que o legislador não teria porque usar sinônimos nesse dispositivo. Ele está citando vários princípios e coloca a Razoabilidade e a Proporcionalidade, a nosso ver propositalmente, lado a lado – não como sinônimos, mas como dois princípios diferentes.

ÁVILA (?), apud. PIRES, 2007, p. 3), não se conformando com a confusão feita entre os dois princípios escreveu: “É um problema fenomênico porque, se há dois fenômenos distintos a considerar, porque chamá-los da mesma forma? Não há razão para isso. É banalizar a linguagem, deixando de tirar proveito dela”.

A confusão talvez se dê, porque muitos pensam que aquilo que é proporcional é razoável e vice-versa. No entanto, um bom exemplo, dado por PIRES (2007, p. 3) é o disposto no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a” da Constituição Federal, segundo o qual “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada [...]. Para muitos autores, o dispositivo é proporcional, no entanto, para o senso comum, não é razoável que haja pena de morte sob qualquer hipótese em um país que prega a paz e o respeito.

Partindo do pressuposto de que Razoabilidade e Proporcionalidade são Princípios Gerais do Direito, com conceitos distintos e tem esse condão de

superioridade em relação às normas e regras jurídicas, servindo de base para elas, passemos a conceituá-los e diferenciá-los.

Tratando um pouco da origem dos dois princípios, temos PIRES (2007, p. 1) que explica que o princípio da Razoabilidade teve origem nos Estados Unidos da América, com o “*due processo of Law*”, em meados de 1.215, constando na sua Carta Magna. Já o princípio da Proporcionalidade, originou-se na Europa, mais precisamente na Alemanha, entre os séculos XII e XVIII, quando surgiram as teorias jusnaturalistas na Inglaterra.

Aponta ainda o autor (PIRES 2007, p. 1) que ambos os princípios (Razoabilidade e Proporcionalidade) surgiram na intenção de barrar o poder desenfreado do Estado Formal de Direito, ao trazer para o novo Estado Democrático de Direito, a busca pelo respeito à dignidade da pessoa humana, pelo direito ao devido processo legal e assim, e ao longo dos anos construindo um Estado moderno, respeitando a declaração do homem e do cidadão e a nova mensagem trazida pela Revolução Francesa: “liberdade, igualdade e fraternidade”.

BARROSO (2006, p. 362) assim complementa o esboço histórico dado por PIRES:

A idéia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema do *Common Law*, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte isto, deve-se registrar que o princípio, nos Estados Unidos, foi antes de tudo, um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. Sem embargo de origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambíveis.

Registre-se que Barroso, na citação supra, diz que são conceitos “próximos”, mas não iguais. Então, tendo essa noção histórica e sabendo que os princípios não são um só, mas dois, vejamos o conceito diferenciador apontado por PIRES (2007, p. 2):

A razoabilidade se manifesta quando existe uma norma, atitude, resolução, atos e outros que são irrazoáveis, ou seja, foge do senso comum. Já o princípio da Proporcionalidade é consultado com o intuito de sacrificar uma regra ou um princípio em relação a outro, com o interesse de buscar a melhor solução entre as partes, por ex.: *os princípios individuais em prol dos coletivos*, já que a sociedade (o conjunto) precisa de maior proteção jurídica.

Completa PIRES (2007, p. 3):

[...] manifesto no entender que o Princípio da Proporcionalidade é manifestado quando colocamos em ponderação, dois princípios ou normas e suprimimos uma em relação a outra, no intuito de assegurar o cumprimento e o respeito aos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal. Já, para o princípio da Razoabilidade fica-me entendido a sua convocação quando as normas e atitudes fugirem do senso comum.

Para tentar diferenciar os dois princípios ÁVILA (2005, p. 85) sustenta:

A razoabilidade somente é aplicável em situações em que se manifeste um conflito entre o geral e o individual, entre a norma e a realidade por ela regulada, e entre um critério e uma medida. Sua aplicabilidade é condicionada à existência de elementos específicos (geral e individual, norma e realidade, critério e medida). A proporcionalidade somente é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Sua aplicabilidade está condicionada à existência de elementos específicos (meio e fim).

Argumenta ÁVILA (2005, p.100) para definir a Razoabilidade:

A razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras. A razoabilidade é usada com vários sentidos. Fala-se em razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa. Enfim, a razoabilidade é utilizada em vários contextos e com várias finalidades.

Insiste ainda o autor (ÁVILA, 2005, p. 101):

Relativamente à razoabilidade, dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.

Já para definir a Proporcionalidade, ÁVILA (2005, p. 115-116) aduz:

O postulado da proporcionalidade não se confunde com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

E completa o autor:

A proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principiai(sic) das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável. Se não houver uma relação meio/fim devidamente estruturada, então - nas palavras de Hartmut Maurer - cai o exame de proporcionalidade, pela falta de pontos de referência, no vazio.

Expostas todas essas considerações, temos por concluir que os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade são mesmo distintos e que é possível analisar a possibilidade de sua aplicabilidade quando da apreciação do pedido de Assistência Judiciária, posto que a depender de cada caso, o julgador pode tentar olhar sob a ótica do “entre a norma e a realidade por ela regulada” e sob a égide do “meio e fim”.

4 A CONCESSÃO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

O objetivo principal do presente estudo é saber se a aplicação dos princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade pode acabar com os abusos cometidos pelos cidadãos e magistrados quando do pedido de Assistência Judiciária Gratuita e sua respectiva análise.

4.1 CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS

Para analisarmos a possibilidade de aplicação dos princípios aqui tratados, temos que algumas considerações acerca de temas que tem relação com o benefício da Assistência Judiciária Gratuita devem antes ser feitas.

4.1.1 O que significa ser pobre na acepção jurídica do termo

CRUZ (2003) analisa os vocábulos “necessitado e pobre” sob quatro aspectos: à luz da Lei 1.060, à luz do código de processo penal, à luz do dicionário Aurélio e à luz do entendimento jurídico. Acompanharemos a ordem de sua análise aqui, para discorrer sobre os vocábulos, excluindo o entendimento do dicionário Aurélio, por não acharmos pertinente.

4.1.1.1 À luz da Lei 1.060

Como já dissemos aqui, o Parágrafo Único do artigo 1º, da LAJ considera “necessitado para os fins legais, 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.

Assim, temos que a lei não define exatamente até onde vai esse “prejuízo” e esse “sustento” - se é só em relação aos alimentos, se abrange educação, lazer, etc.

4.1.1.2 À luz do Código de Processo Penal

O §1º do artigo 32, do Código de Processo Penal, dispõe que “considerar-se-á pobre a pessoa que não puder prover às despesas do processo sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e da família”.

Novamente o legislador não define até que ponto vai esse sustento, apenas adicionando as palavras “recursos indispensáveis”, que ainda assim acaba sendo uma regra um tanto subjetiva.

4.1.1.3 À luz do entendimento jurídico

PEDRO NUNES (1979, apud. CRUZ, 2003), define juridicamente a palavra “pobre” ao ensinar que ele é:

[...] todo indivíduo cujos recursos pecuniários não lhe permitem suportar as despesas de um pleito judicial, para fazer valer um direito seu ou de pessoa sob sua responsabilidade, sem que se prive de algum dos elementos indispensáveis de que ordinariamente dispõe para a subsistência própria, ou da família.

CRUZ (2003) completa o entendimento acima ao argumentar que “pobre é aquele a quem não basta o que é seu”.

Analisando esses dispositivos legais e entendimentos da doutrina, o que percebemos é que “necessitado” e “pobre”, juridicamente falando, não tem significado diferente, sendo expressões sinônimas. Porém, a lei não estabelece critérios objetivos. A depender da família e do seu padrão de vida, esse “prejuízo”, esses “recursos indispensáveis” e esse “sustento” poderiam ser bem diferentes. Para nós, é aí que tomam lugar a Razoabilidade e a Proporcionalidade.

4.1.2 Consideração do Patrimônio e da Renda pelo magistrado para conceder ou não o benefício da Justiça Gratuita

Nas palavras de PIERRE (2008):

O patrimônio daquele que postula a gratuidade, não é parâmetro para se determinar a condição de necessitado. Entretanto, não é o que se vê na prática; pois até hoje encontramos casos que vão de encontro ao espírito do constitucional, como exemplo, onde o requerente do benefício da gratuidade de justiça possui bens que lhe vieram por herança ou doação, e o mesmo encontrando-se desempregado ou ganhando um salário mínimo que é utilizado na sua subsistência; e que diante da posse dos bens lhe sendo negado o direito à gratuidade de justiça por alguns Magistrados que entendem que para exercer tal direito a pessoa não possa ter qualquer tipo de patrimônio, não sendo isto o que diz a Lei 1.060/50.

Ainda que detentor de bens, se os rendimentos da parte não lhe são suficientes para arcar com custas e honorários sem prejuízo de sustento, tal propriedade não é empecilho à concessão da gratuidade. Não é nem um pouco razoável pretender que a pessoa se desfaça do imóvel que mora para arcar com os custos do processo. Nem se deve presumir que a propriedade sobre um imóvel seja sinal exterior de riqueza, apto a afastar o benefício.

Partilhamos do entendimento acima por acreditarmos que o patrimônio não pode ser considerado para o deferimento ou indeferimento da Justiça Gratuita, ou seja, ninguém pode ser obrigado a vender aquilo que possui para custear um processo judicial. A renda sim, pensamos que deve ser considerada, e, de acordo com o caso concreto, verificar se o pagamento das custas não vai interferir no sustento da parte ou sua família.

Para fundamentar nosso entendimento trazemos a ementa da recente decisão proferida pelo Egrégio Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 1995) nos autos da Apelação Cível n.º 70038749123, que teve como relator o Desembargador Roberto Carvalho Fraga:

APELAÇÃO CIVEL. IMPUGNAÇÃO A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. 1. A simples existência de patrimônio, especialmente o imobiliário, não permite inferir que a parte tenha liquidez de rendimentos. Ademais, não é razoável exigir da parte que se desfaça dos seus bens a fim de que tenha acesso ao Poder Judiciário. 2. O impugnante não se desincumbiu do seu ônus de demonstrar que a parte beneficiária de AJG tem a possibilidade de arcar com as despesas do processo sem o prejuízo do seu sustento e de sua família. APELAÇÃO IMPROVIDA. (grifo nosso)

É pertinente dizer que não existe na Constituição ou na lei infraconstitucional uma renda *per capita* determinada para a concessão ou não do benefício da gratuidade. Portanto, não há qualquer requisito objetivo a ser considerado pelo magistrado para o deferimento ou indeferimento do pedido, que fica atrelado ao seu livre-convencimento e muitas vezes, profere decisões injustas por não se ater aos princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

4.1.3 Natureza Jurídica das Custas Processuais

O Desembargador ROGÉRIO MEDEIROS do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 1.0450.08.005844-6/001, no qual foi Relator, proferiu interessante decisão que versava sobre a Assistência Judiciária Gratuita. Dentre suas considerações, tratou de definir a natureza jurídica das custas processuais. Para isso, valeu-se da doutrina e da lei. Seguiremos seu ensinamento para discorrer sobre o tema, utilizando as mesmas fontes de pesquisa, até chegarmos à conclusão que buscamos.

Segundo o Código Tributário Nacional (CTN) (BRASIL, 1966) em seu artigo 3º, tributo: "É toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

Para ALIOMAR BALEEIRO (1981, p. 63): "O tributo constitui obrigação 'ex lege'. Não há tributo sem lei que o decreta, definindo-lhe o fato gerador da obrigação".

O Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966) ainda dispõe em seu artigo 5º que "Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria". E em seu artigo 16 que "Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte."

No artigo 77 o CTN ainda define as taxas, fazendo um complemento no Parágrafo Único:

As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas.

Por fim, no artigo 81 o Código dispõe:

A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

No que se refere à taxa, BALEEIRO ensina (op. cit., p. 328):

"É sempre uma técnica fiscal de repartição da despesa com um serviço público especial e mensurável pelo grupo restrito das pessoas que se aproveitam de tal serviço, ou o provocaram ou o têm ao seu dispor. (...) A taxa tem, pois, como 'causa' jurídica e fato gerador a prestação efetiva ou potencial dum serviço específico ao contribuinte, ou a compensação deste à Fazenda Pública por lhe ter provocado, por ato ou fato seu, despesa também especial e mensurável".

Analisando os dispositivos acima citados e o entendimento do doutrinador Baleeiro é possível concluir que a natureza jurídica das custas processuais é tributária, mais precisamente como sendo uma espécie de taxa, paga ao Poder Judiciário para obter a prestação dos serviços prestados pelos órgãos a ele vinculados.

O Desembargador (BRASIL, 2008), após citar as fontes aqui reproduzidas, sinalizou em seu voto que:

A função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do Direito, enquanto as outras duas, administrativa e jurisdicional, se prendem à fase de sua realização. Legislar (editar o direito positivo), administrar (aplicar a lei de ofício) e julgar (aplicar a lei contenciosamente) são três fases da atividade estatal, que se completam e a esgotam em extensão. O exercício dessas funções é distribuído pelos órgãos denominados Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. É de notar, porém, que cada um desses órgãos não exerce, de modo exclusivo, a função que nominalmente lhe corresponde, e sim tem nela a sua competência principal ou predominante.

Assim, acompanhamos o entendimento do Desembargador de que a natureza jurídica das custas processuais é tributária. E para nós, a isenção da taxa (preparo e custas) deverá obedecer aos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

4.2 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NA APRECIÇÃO DO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

A já citada decisão no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 1.0450.08.005844-6/001, do Tribunal do Estado de Minas Gerais, na qual foi Relator o Desembargador ROGÉRIO MEDEIROS, versa sobre a aplicação dos Princípios da

Razoabilidade e Proporcionalidade na apreciação do pedido de Assistência Judiciária Gratuita. Extrai-se do voto do Relator:

[...]À luz da razoabilidade, os atos administrativos, bem como os jurisdicionais, ganham plena justificação teleológica, concretizam o Direito e dão-lhe vida, ao realizarem, efetivamente, a proteção e a promoção dos interesses por ele destacados e garantidos em tese.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade foram acolhidos pela Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, dispondo sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal:

"Art.2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

"Parágrafo único: "Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público".

A jurisprudência prestigia o princípio sob comento, na apreciação dos pedidos de concessão dos benefícios da assistência judiciária:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INDEFERIMENTO. Cabe ao juiz examinar a razoabilidade da concessão da gratuidade da justiça, considerando os elementos que evidenciem a condição de necessidade do requerente, se este se faz representar por advogado particular e não pela Defensoria Pública. Inexistindo comprovação dos rendimentos do agravante, tampouco de dificuldade financeira é de ser indeferido o benefício. Seguimento negado. Decisão liminar" (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70022556815, des. Orlando Heemann Júnior, julg. 13.12.2007) [...].

Sem querer desprezear o indiscutível saber jurídico do magistrado, cremos que não foi dada a correta aplicação ao princípio nessa decisão. Isso porque, conforme vimos ao estudar sobre o Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade no capítulo 3, nos parece ter havido uma confusão entre os dois princípios.

É que há três ocasiões para aplicar o Princípio da Razoabilidade, que são quando houver conflito: a) entre direito geral e individual; b) entre a norma e a realidade por ela regulada; e c) entre um critério e uma medida – duas grandezas. E só se fala em análise de meio e de fim na aplicação do Princípio da Proporcionalidade, quando então, deverão ser observados três critérios: a) o da adequação (o meio promove o fim?); b) o da necessidade (dentre outros meios disponíveis para a promoção do fim, há outro menos restritivo dos direitos fundamentais?); e c) o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela

adoção do meio?). Saliente-se que nesse parágrafo parafraseamos os conceitos de Ávila já dados por nós quando tratamos dos conceitos desses princípios.

Relembrando isso, podemos verificar que na decisão acima o Desembargador parece tornar os dois princípios um só, além de estabelecer critérios diversos dos que deveria ter aplicado. Mais adiante formularemos nossos próprios critérios, observando os de Ávila.

Vejamos agora outra decisão em que foram observados os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade na apreciação do pedido de Assistência Judiciária Gratuita. Tal decisão foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (SERGIPE, 2007) no julgamento da Apelação Cível n. 0643/2006, no qual foi Relatora a Desembargadora Marilza Maynard Salgado de Carvalho. Extraí-se do voto da Desembargadora:

[...]No entanto, por entender ser notória a insuficiência de Defensores Públicos a suprir a demanda populacional por um maior acesso ao Judiciário, é que entendo aplicável, no presente caso, os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, a sopesar os interesses constitucionais em conflito.

Ao ponderarmos, de um lado, acerca dos princípios do acesso à Justiça, preconizado no art. 5º, XXXV, e, seu cumprimento com a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, prevista no art. 5º, inciso LXXIV, e, de outro, o cumprimento ao devido processo legal, com sua abrangência nos princípios do contraditório e da ampla defesa, temos que não seria razoável privilegiarmos o formalismo, quando se tem como pública e notória a problemática da ausência de Defensores no Estado, notadamente na comarca de Poço Verde.[...].

Assim, não há que se falar em desobediência aos limites subjetivos ou objetivos da coisa julgada, uma vez que a ausência de citação do Estado de Sergipe restou superada diante da notoriedade da ausência de Defensores em quantitativo suficiente no Estado de Sergipe, dever do Estado e garantia constitucional, frise-se, bem como pela ponderação dos princípios constitucionais em conflito, não sendo razoável e proporcional privilegiar o formalismo em detrimento do acesso ao Judiciário.[...]

Essa Apelação deu-se em detrimento do não pagamento de honorários advocatícios por parte do Estado quando não supre a carência de defensores dativos em lugar de públicos.

Quando falamos de sucumbência e expomos o entendimento de DIDIER JUNIOR e OLIVEIRA (segundo o qual estar-se-ia violando os princípios da Ampla Defesa e Contraditório, além do Devido Processo Legal, ao permitir que uma sentença que dispensou o beneficiário da gratuidade do pagamento das verbas de sucumbência servisse de título executivo contra o Estado), afirmamos ser possível

reivindicar os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Explica-se agora, o porquê.

É que, conforme dito pela Desembargadora no acórdão supra, existem outros princípios a serem observados: o Acesso à Justiça e a Assistência Jurídica Integral. Sendo que colocados esses dois princípios em detrimento do Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa, os primeiros se sobrepõem aos segundos: os formalismos são menos importantes que o dever do Estado de garantir o Acesso ao Judiciário àqueles que necessitam de seu auxílio para tal.

Ademais, os honorários devem ser pagos ao advogado que postula em juízo. Ele depende deles para sobreviver. Ele não é um Defensor Público e se o Estado não tem Defensoria Pública, não pode se eximir de pagar os serviços daqueles que cumprem o dever que era seu de defender os necessitados, conforme os ditames da Constituição Federal.

Este é, na verdade, um dos conflitos de normas e mesmo princípios em que poderiam ser aplicadas a Razoabilidade e a Proporcionalidade. O que a Desembargadora fez, segundo entendemos, foi atender aos critérios de aplicação dos dois princípios. Aplicou a Razoabilidade: a) sobrepesando os Princípios e colocando o Acesso à Justiça acima do Devido Processo Legal, por considerar que àquele defende o interesse geral, enquanto este, no caso analisado, defendia o interesse apenas formal; b) analisando a norma e a realidade por ela aplicada, ao considerar que a realidade do estado de Sergipe, por não ter Defensoria Pública, não poderia ser regulada por norma regulatória da Defensoria Pública; e c) colocando duas grandezas lado a lado: o direito aos honorários do advogado e o direito ao Acesso à Justiça da parte.

Quanto a Proporcionalidade, a relatora analisou: a) a adequação, ao verificar que o meio de exigir do Estado o pagamento dos honorários do advogado promoveria não um, mas dois fins: o acesso à justiça e a remuneração de um trabalhador; b) a necessidade, pois os meios disponíveis para a promoção do fim Acesso à Justiça eram a parte ter um representante legal gratuitamente e a isenção de custas, e para a remuneração do procurador, ou se exigia o pagamento do Estado ou o da parte, sendo a menos restritiva dos direitos fundamentais afetados exigir do Estado – que deveria ter a Defensoria Pública e era o único culpado se o fim Acesso à Justiça não fosse obtido; e c) o da proporcionalidade em sentido estrito, ao ver que as vantagens trazidas pelo fim correspondem as desvantagens

provocadas pelo meio adotado, pois o advogado receberia, a parte poderia obter o Acesso à Justiça e o Estado como responsável por assegurar o segundo direito, não teria como fazê-lo sem custear o primeiro.

É sabido por nós que há, além da garantia constitucional de Acesso ao Judiciário (Acesso à Justiça) e do direito aos honorários advocatícios, o direito do Estado de tributar, a norma infraconstitucional que versa sobre a assistência judiciária gratuita não exigindo prova de necessidade para a concessão do benefício e a norma constitucional que exige a prova de necessidade para a concessão de Assistência Jurídica Gratuita. São vários os atritos entre normas e princípios que envolvem o tema. É preciso, portanto, buscar de acordo com o caso, a solução mais adequada e para tal, é importante valer-se o magistrado dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

Elenquemos todos os princípios, direitos e normas que podem estar envolvidos quando da apreciação do pedido de Assistência Judiciária Gratuita, salientando que vários outros podem ainda ser encontrados no mundo jurídico, mas estes são os que numa singela análise da Constituição Federal, Lei de Assistência Judiciária Gratuita e Código de Processo Civil encontramos:

- a) Princípio do Acesso à Justiça;
- b) Direito do Estado de Tributar;
- c) Norma Infraconstitucional dispensando prova da necessidade;
- d) Norma Constitucional exigindo prova da necessidade;
- e) Direito aos honorários advocatícios;
- f) Direito à Assistência Judiciária Gratuita;

Os Princípios/Direitos/Normas elencados quase sempre podem entrar em conflito entre si, e ainda, com alguns fundamentos, objetivos, direitos e garantias fundamentais, e, direitos sociais da República Federativa do Brasil previstos na Constituição Federal (BRASIL, 1988), dentre os quais podemos citar:

- a) Fundamentos previstos no artigo 1º, da CF: cidadania (inciso II), dignidade da pessoa humana (inciso III) e valores sociais do trabalho (inciso IV).
- b) Objetivos fundamentais previstos no artigo 3º, da CF: construir uma sociedade livre, JUSTA e SOLIDÁRIA (inciso I) e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais” (inciso III).
- c) Direitos e Garantias Fundamentais previstas no artigo 5º da CF: igualdade (*caput*), propriedade (inciso XXII) e herança (inciso XXX).

Assim, é possível perceber a possibilidade, ou melhor, o dever do magistrado de aplicar o Princípio da Razoabilidade quando aprecia o pedido de Assistência Judiciária Gratuita (pois sempre haverá conflitos entre direito geral e individual; entre norma e realidade; e deverá analisar sempre duas grandezas, por exemplo, Acesso à Justiça e Direito do Estado de tributar). O mesmo se pode afirmar quanto ao Princípio da Proporcionalidade, pois para uma acertada decisão, necessariamente o juiz deverá observar os três critérios que levarão à sentença mais proporcional possível: a) o da adequação (o meio promove o fim?), por exemplo, “a isenção de custas e honorários advocatícios, ou seja, a Assistência Judiciária Gratuita promove o fim Acesso à Justiça?”; b) o da necessidade (dentre outros meios disponíveis para a promoção do fim, há outro menos restritivo dos direitos fundamentais?), por exemplo, “se o Estado tem o dever de prover a gratuidade da Justiça, e pode isentar a parte das custas, não é melhor que o faça, para que ele não tenha que vender sua propriedade para ver-se defendido em um processo, assegurando-se assim vários princípios?”; e c) o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?), não é mais vantajoso para o País ver-se livre das desigualdades sociais e da pobreza em vez de pensar apenas em cobrar um tributo?

Reafirmamos: não é apenas possível a aplicação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade na apreciação do pedido de Assistência Judiciária Gratuita, é sim, um dever que o magistrado tem. Nas palavras de NALINI (2000, p. 18):

Até os mais ortodoxos na formação dogmática positivista não aceitam hoje que o juiz seja a boca a pronunciar as palavras da lei. É reconhecida a tarefa integradora que todo aplicador da lei desempenha quando vai concretizá-la. Se o juiz não se substitui ao legislador, ao menos viu ampliada a margem para uma interpretação criativa, principalmente quando a lei deixa de ser *expressão necessária que se extrai da natureza das coisas* para ser uma resposta conjuntural, contingente e possível, a uma série de demandas casuísticas e localizadas temporal e espacialmente. Já não existe espaço, no Brasil, para o juiz omissor, para o juiz burocrata, compilador de jurisprudência ou distanciado do consenso jurídico, aquela idéia palpável do que é justo ou injusto numa sociedade heterogênea e imersa em iniquidade.

É preciso que o juiz não se prenda somente a letra “fria” da lei, que muda todos os dias e não é absoluta. É preciso sensibilidade por parte de um profissional

que lida todos os dias não apenas com os direitos, mas com a vida das pessoas. Parecem-nos tão automáticas algumas decisões sobre a Assistência Judiciária Gratuita (como as atuais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que adotou o entendimento segundo o qual tem direito ao benefício aquele cuja renda não seja superior a dez salários mínimos), que não podemos nos conformar com a atual situação. É preciso em primeiro lugar, analisar o caso concreto, pois uma pessoa pode ter nove filhos e perceber renda de dez salários mínimos não sendo ela suficiente para o sustento da sua família. Basear-se no comprovante de rendimentos de uma pessoa? Os magistrados não podem perder de vista que nossa constituição é chamada cidadã. Concordamos piamente com o que NALINI (2000, p. 22) afirma:

Muita vez não tem o juiz consciência de que também integra a sociedade massificada e de que o produto do seu trabalho já não é mais do que um bem de consumo. A sentença é um bem de consumo que deve atender uma demanda cada vez mais complexa e exigente. Demanda que não se conforma com posturas clássicas, de arcaísmo que não levou em consideração as profundas alterações da sociedade neste século.

O operador jurídico afeiçoado às posturas mais arcaicas, fruto daquela faculdade de Direito que não se renovou, não tem noção destas transformações e vive sob permanente estado de perplexidade ou apatia. Não passa de um burocrata, cuja atuação apenas por acaso resolve os conflitos, mas que não raro os intensifica.[...]o conflito continua a existir e o juiz mantém a sua consciência em paz, pois se valeu do processo para não enfrentar a dificuldade de entrar no mérito.

Completa o autor (NALINI, 2000, p. 26):

Não obstante a enorme carga de trabalho que lhe é, de regra, atribuída, imprescindível que o juiz encontre condições de prosseguir – sistematicamente – seus estudos, sem deixar de exigir sempre mais de si. [...] O magistrado integra uma elite que só chegou ao desempenho de uma função qualificada, considerada expressão da soberania estatal, graças à exclusão de tantos outros milhões, despossuídos e desprotegidos pelo sistema. E diferencialmente aquinhado por este, parece razoável que a nacionalidade dele exija um *plus* no desempenho da função, no exercício da cidadania e na produção intelectual de alternativas de aperfeiçoamento de sua missão e de toda a sociedade.

Acertada também a opinião de MELO (2004):

O Estado avoca a si o poder de conceder Justiça. Esta mesma justiça cujo caráter é primordial na sociedade e que, tem por escopo resolver os conflitos sociais, evitando que cada um faça por si a sua própria justiça. Talvez por seu caráter de serviço público, assim como educação, saúde e tantos outros assegurados por nossa Carta Magna e, em verdade, não devidamente prestado pelo Estado, cria um sentimento de descrédito no seio da sociedade. [...]

Enfim, os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, se corretamente entendidos e aplicados, podem verdadeiramente eliminar os abusos cometidos pelos cidadãos e magistrados. Se o Poder Judiciário, por meio de seus principais representantes – os juízes – tornar-se mais eficaz e equilibrado, as pessoas acreditarão mais na justiça e não irão querer aproveitar-se dela. As pessoas se sentem lesadas pelo Poder Público e de tanto verem seus representantes e os guardadores de seus direitos agirem com irresponsabilidade, não querem apenas elas pagarem tributos e não ter o retorno esperado. É preciso que todo o sistema mude.

4.2.1 É possível fixar requisitos objetivos para a concessão da Assistência Judiciária Gratuita?

Ante o exposto até aqui, torna-se desnecessária a resposta a essa pergunta, pois não há que se falar em requisitos objetivos quando se deve observar caso a caso, norma a norma, conflito a conflito. Requisitos objetivos como o de limitar a renda ou analisar o patrimônio da pessoa para conceder ou não o benefício só gera mais injustiça e não é o que queremos.

4.3 BONS EXEMPLOS DE JULGAMENTOS QUE ENVOLVEM O BENEFÍCIO

São vários os julgamentos que são exemplos de sensibilidade do magistrado quando da apreciação do pedido de Assistência Judiciária Gratuita. Merece destaque o Desembargador Palma Bisson, do Tribunal de Justiça de São Paulo. Dois julgados seus, já citados aqui, encontram-se anexos ao presente trabalho de conclusão de curso.

4.4 O DEVER DO ESTADO DE PROVER A JUSTIÇA GRATUITA INDEPENDENTE DO PAGAMENTO DE CUSTAS

No mais das vezes nos perguntamos por que entre tantos serviços públicos considerados primordiais, os quais são fornecidos pelo Estado independente do pagamento de custas, à exemplo da saúde e educação, não está o Acesso ao Poder Judiciário.

DINAMARCO (2001, p. 629-630) argumenta no sentido de que:

O processo custa dinheiro. Não passaria de ingênua utopia a aspiração a um sistema processual inteiramente solidário e coexistencial, realizado de modo altruísta por membros da comunidade e sem custos para quem quer fosse. A realidade é a necessidade de despender recursos financeiros, quer para o exercício da jurisdição pelo Estado, quer para a defesa dos interesses das partes. As pessoas que atuam como juízes, auxiliares ou defensores fazem dessas atividades profissão e devem ser remuneradas. Os prédios, instalações, equipamento e material consumível, indispensáveis ao exercício da jurisdição, têm também o seu custo.

Não concordamos com a opinião do doutrinador. Educação e saúde também custam dinheiro. Professores, material escolar, médicos e remédios são alguns dos gastos que o Estado tem para prover esses serviços. De igual forma, o Estado poderia, em nosso entendimento, custear a Justiça. Por óbvio é de se verificar que a remuneração dos profissionais do Judiciário é bem mais elevada que a dos professores, por exemplo, o que é um tanto desproporcional (mas isso já nos levaria a um debate de todo político que não nos convém agora).

Para nós é acertado o entendimento de MELO (2004) sobre o assunto:

[...]o Estado tem o dever de conceder a todos o acesso ao Judiciário sem a necessidade de antecipação das despesas processuais. Seria absurdo, para dizer o mínimo, que o ingresso em juízo fosse possível apenas aos que detêm situação econômica abastada. A função do Estado-Juiz é decidir os litígios e trazer a paz social nas relações intersubjetivas, logo esta máxima estaria prejudicada, se a maioria da população pobre não pudesse defender seus direitos(sic).

A luta da população por saúde, educação, trabalho, segurança, dentre outras, deveria incluir outra reivindicação, qual seja, a de Justiça Gratuita para todos. A Justiça é monopólio do Estado, logo seu acesso deveria ser livre e gratuita para aqueles que pleiteasse(sic) tal benefício. Se a campanha por justiça gratuita prosperar, podemos até sugerir um "slogan": JUSTIÇA GRATUITA PARA TODOS!

Porém, enquanto isso não for possível, tenhamos em mente apenas que o Acesso à Justiça não poderá se dar apenas ante a possibilidade econômica da parte de custear as despesas do processo, sob pena de recairmos em um

retrocesso imperdoável e totalmente contrário aos objetivos da Constituição Federal mais acolhedora dos necessitados de que se teve notícia até hoje no Brasil.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho versou sobre a Aplicação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade na apreciação do pedido de Assistência Judiciária Gratuita, fazendo-se uma abordagem jurídico-crítica.

A pesquisa teve início discorrendo-se sobre o Princípio do Acesso à Justiça, ao se questionar se Acesso à Justiça é sinônimo de Acesso ao Poder Judiciário e constatar que o segundo está dentro do primeiro, mas não é o bastante para tornar o acesso efetivo.

Objetivando uma melhor compreensão sobre o tema buscou-se primeiro estudar os conceitos dados as terminologias Assistência Judiciária Gratuita, Justiça Gratuita e Assistência Jurídica Gratuita, sendo constatado que a doutrina e jurisprudência divergem bastante, ora tornando as expressões sinônimas, ora diferenciando-as com um sentido totalmente contrário ao dado por outro doutrinador.

Adotada a opção de utilizar as expressões Assistência Judiciária Gratuita e Justiça Gratuita como sinônimas, embora tendo-se constatado que não era o mais didático a se fazer, buscou-se especificar o objeto e abrangência do benefício, requisitos e forma legal para o requerer, entre outras peculiaridades.

Após, buscou-se compreender um pouco sobre cada elemento do sistema normativo, afim de que se identificassem dentro dele os princípios e se pudesse investigar sobre os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. De início verificou-se que ambos são confundidos pela proximidade de conceitos e maneira de aplicação, mas por fim se pode compreender a correta forma de aplicação dos princípios considerados os respectivos critérios.

Chegou-se a conclusão de que é possível combater os abusos nos pedidos, concessões e não concessões da Assistência Judiciária Gratuita por meio da correta aplicação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, garantindo-se o Acesso à Justiça, o direito aos honorários advocatícios e vários outros direitos fundamentais.

Além disso, vimos que não podem ser observados critérios específicos para decidir a concessão ou não do benefício da gratuidade, posto que se poderia assim, como já o é, dar lugar, ainda, a mais injustiças.

Por fim, discorreu-se acerca do dever do Estado de prover a Justiça independente do pagamento de custas, chegando-se a conclusão de que, como outros serviços públicos, o Acesso ao Poder Judiciário deveria ser prestado a qualquer um, gratuitamente. Porém, enquanto isso não ocorrer, a melhor forma de permitir esse acesso é através da Assistência Judiciária Gratuita, que terá melhor performance no mundo jurídico, se os juízes, ao apreciar o pedido, observarem os critérios de aplicação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

Constatada a relevância do tema aqui proposto, temos que o estudo acerca do mesmo precisa continuar e ser aprofundado, afim de que se chegue o mais perto possível do efetivo Acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2005. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/6941801/Teoria-Dos-Principios-Da-Definicao-A-Aplicacao-Dos-Principios-Juridicos-Humberto-Avila>>. Acesso em: 12 jun. 2011.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 10ª ed. São Paulo: Forense, 1981.

BARROSO, Luís Roberto (organizador). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar: 2006.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%A7ao.htm>. Acesso em: 12 jun. 2011.

BRASIL. Decreto Lei n. 3.689, 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/De13689.htm>>. Acesso em: 12 jun. 2011.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 80, 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em 12 jun. 2011.

BRASIL. Lei n. 1.060, 5 de fevereiro de 1950. **Lei de Assistência Judiciária**. Estabelece normas para a concessão da assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1060.htm>. Acesso em: 12 jun. 2011.

BRASIL. Lei n. 5.172, 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 12 jun. 2011.

BRASIL. Lei n. 5.869, 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Vade Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 12 jun. 2011.

BRASIL. **Lei n.º 9.784 , 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no Âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em 12 jun. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo De Instrumento n.º 1.382.470.** Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 27 mai, 2011.[Disponível em: <https://ww2.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201002110084&dt_publicacao=27/05/2011>. Acesso em 29 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 14.729-0-RJ.** Relator: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 2 jun. 1992. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199100188930&dt_publicacao=22-06-1992&cod_tipo_documento=>>. Acesso em 12 jun. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 146.231-SP.** Relator: Min. Vicente Leal. Brasília, 16 jun. 1998. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700607534&dt_publicacao=17-08-1998&cod_tipo_documento=>>. Acesso em 12 jun. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 8.751-SP.** Relator: Min. Sálvio de Figueiredo. Brasília, 17 dez. 1991. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199100037567&dt_publicacao=11-05-1992&cod_tipo_documento=>>. Acesso em 12 jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 204.305-2-PR.** Relator: Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+204305.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+204305.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 12 jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 580.880-7.** Relator: Min. Menezes Direito. São Paulo, 8 mai. 2009. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o número 357090. Acesso em: 29 mai.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 637.177.** Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 25 nov. 2010. Disponível em: <<http://STF.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o número 835288> Acesso em: 29 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 205.029-RS**. Relator: Min. Carlos Velloso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+205029.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+205029.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 12 jun. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Instrução Normativa nº 17**. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/DGCJ/instrnorm/17.html>>. Acesso em: 08 jun. de 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre:1998. p. 8

CRUZ, Adenor José da. Justiça gratuita aos necessitados, à luz da Lei 1.60/50 e suas alterações. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 172, 25 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4675>>. Acesso em: 31 mai. de 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Benefício da Justiça Gratuita**. 4ª edição. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Processo Civil**. vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva: 2005.

ESPÍNDOLA, Rui Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática e constitucionalmente adequada. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREIRE, Alex Sandro Ribeiro. Assistência judiciária e prova da necessidade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 14, 31 ago. 2003. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3953. Acesso em 02/06/2011.

GABRIEL, Sérgio. O papel dos princípios no Direito brasileiro e os princípios constitucionais. **Prolegis**, Guarulhos, 25 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/revista/index.php?cont=12&id=1348>>. Acesso em: 12 jun. 2011.

LUZ, Vladimir de Carvalho. **Assessoria Jurídica Popular no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008.

MELO, Nehemias Domingos de. A Justiça gratuita como instrumento de democratização do acesso ao Judiciário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 230, 23 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4877>> Acesso em: 9 ago. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. et. al. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de justiça. **Agravo de Instrumento n.º 1.0450.08.005844-6/001**. Relator: Des. Rogério Medeiros. Nova Ponte, 22 de Julho de 2008. Disponível em:<
http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal=1&comrCodigo=0450&ano=08&txt_processo=005844&dv=6&complemento=001&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=0&orgaoJulgador=&relator=&dataInicial=&dataFinal=12%2F06%2F2011&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&captcha_text=83569&pesquisar=Pesquisar>. Acesso em: 29 mai. 2011

MOTTA FILHO, Silvio Clemente da; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. atual. Rio de Janeiro, Elsevier: 2009.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PIERRI, J.C.C. Diferenças entre assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita. **Saber Digital**. Valença, v. 1, n. 1, mar./ago. 2008. Disponível em: <http://http://www.faa.edu.br/revista/v1_n1_art01.pdf>. Acesso em 12 jun. 2011.

PIRES, Diego Bruno de Souza. Princípio da proporcionalidade versus razoabilidade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 46, 31 out. 2007. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2428. Acesso em: 31 mai. 2011.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva: 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70042917724**. Relator: Des. Romeu Marques Ribeiro Filho. Canoas, 31 mai. 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70042917724&tb=jurisnova&pesq=ementario&partiafields=%28TipoDecisao%3Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=Relator%3ARomeu%2520Marques%2520Ribeiro%2520Filho&as_q=>>. Acesso em: 29 mai. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.º 70038749123**. Relator: Des. Roberto Carvalho Fraga. Porto Alegre, 20 abr. 2011. Disponível em: <http://google4.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26verso%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70038749123%26num_processo%3D70038749123%26codEmenta%3D4088216+assist%C3%Aancia+e+judici%C3%A1ria+e+gratuita+e+patrim%C3%B4nio+e+imobili%C3%A1rio&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70038749123&comarca=Comarca+de+Passo+Fundo&dtJulg=13-04-2011&relator=Roberto+Carvalho+Fraga>>. Acesso em: 12 jun. 2011.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SANTA CATARINA. Lei Complementar Promulgada nº 155, 15 de abril de 1997. **Institui a Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina**. Disponível em: <<http://www.oab-sc.org.br/setores/defensoria/lei%20155-1997.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2011.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Ação Cível nº 2001.002987-7**. Relator Des. Jorge Schaefer Martins. São José, em 29. mar. 2007. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?parametros.frase=¶metros.todas=¶metros.pageCount=10¶metros.dataFim=¶metros.datalni=¶metros.uma=¶metros.ementa=¶metros.juiz1GrauKey=¶metros.cor=FF0000¶metros.tipoOrdem=data¶metros.juiz1Grau=¶metros.foro=¶metros.relator=¶metros.processo=2001.002987-7¶metros.nao=¶metros.classe=¶metros.rowid=AAAQr%2BAAAAACRWEAAA>>>. Acesso em 29 mai. 2011.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 2010.054278-1**. Relator: Des. José Volpato de Souza. Florianópolis, 6 de abril de 2011. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000GZ7E0000&nuSeqProcessoMv=69&tipoDocumento=D&nuDocumento=3163672>>. Acesso em: 29 mai. 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: adaptadas ao novo código de processo civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1992-1997.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n.º 1001412-0/0**. São Paulo, 19 jan. 2006. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3066015>>. Acesso em: 12 jun. 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação com Revisão n.º 999907-0/1**. Relator: Palma Bisson. São Paulo, 5 out. 2006. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3140659&vICaptcha=pMXWS>>. Acesso em: 12 jun. 2011.

SERGIPE. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 0643/2006**. Relatora: Des. Marilza Maynard Salgado De Carvalho. Aracajú, 22 de junho de 2007. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjse.jus.br/search?q=cache:sSSlo1wNi3UJ:www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp%3Ftmp_numprocesso%3D2006201829%26tmp_numacordao%3D20073959+20073959++&client=juris_sg&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=juris_sg&ie=UTF-8&site=sgacordaos&access=p&filter=0&getfields=*&oe=UTF-8> Acesso em: 29 mai. 2011.

ANEXOS

**ANEXO A – Inteiro teor do acórdão da apelação c/ revisão
no. 999907- 0/1 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**

36ª Câmara

APELAÇÃO C/ REVISÃO
No. 999907- 0/1

Comarca de TAQUARITINGA 2.V.CÍVEL
Processo 1186/04

APTE TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S/A TELESP
APDO JERSON VITÓRIO FORMICI

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os desembargadores desta turma julgadora da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, de conformidade com o relatório e o voto do relator, que ficam fazendo parte integrante deste julgado, nesta data, negaram provimento ao recurso, por votação unânime.

Turma Julgadora da 36ª Câmara
RELATOR : DES. PALMA BISSON
REVISOR : DES. ARANTES THEODORO
3º JUIZ : DES. DYRCEU CINTRA
Juiz Presidente : DES. PALMA BISSON

Data do julgamento: 05/10/06


DES. PALMA BISSON
Relator

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA – SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 999.907-0/1

COMARCA - TAQUARITINGA

APELANTE - TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S/A -
TELESP

APELADO - JERSON VITÓRIO FORMICI

V O T O Nº 7060

Ementa: Prestação de serviços - ação declaratória de inexigibilidade de cobrança de assinatura mensal de linha telefônica cumulada com repetição de indébito - decisão que concede ao autor os benefícios gratuidade de Justiça - impugnação da ré - sentença que a rejeita - apelação da demandada - se a concessão dos benefícios da gratuidade de Justiça foi atacada só porque o autor não fez prova de seu estado de pobreza, razão alguma havia para se deferir à ré a vinda aos autos de elementos eventualmente capazes de contrariar a prova ausente - a simples afirmação de



pobreza é suficiente à concessão dos benefícios da gratuidade de Justiça. É o que claramente decorre do disposto no art. 4º da Lei nº 1.060/50, que continua em vigor, pois exigir, com fundamento na literalidade dos termos do inciso LXXXIV, do art. 5º da Constituição Federal, que a parte desejosa de auferir os benefícios da gratuidade comprove a insuficiência de recursos, é o mesmo que trancar o acesso da Justiça aos necessitados não aparentes, que neste país são tantos. Não pode ter sido este o objetivo da Constituição chamada de cidadã - a Lei nº 1.060/50 não considera, para a concessão da gratuidade de Justiça, se a parte que a pediu tenha constituído banca particular de Advocacia para o patrocínio de seus interesses - recurso improvido.

Na ação declaratória de inexigibilidade de cobrança de assinatura mensal de linha telefônica cumulada com repetição de indébito que Jerson Vitório Formici moveu em face de Telecomunicações de São Paulo S/A - Telesp, ao demandante o juiz da causa concedeu os benefícios da gratuidade de Justiça (fls. 22/24 dos autos principais).

A demandada, então, impugnou a concessão, ao argumento de que à gratuidade o demandante não



faria jus, porquanto "a Parte Autora não faz prova do seu estado de pobreza, como determina o artigo 5º LXXIV da Lei Maior, o qual revogou parte da Lei nº 1060/50, em tudo aquilo que contraria o dispositivo constitucional". Pediu, ainda, a expedição de ofício à Delegacia da Receita Federal, "para que esta repartição apresente a declaração de renda da Parte Autora referente ao último exercício financeiro, para se evidenciar a necessidade de procedência da presente Impugnação".

Após a manifestação do demandante (fls. 05/07), sobreveio a respeitável sentença de fls. 09/10, que rejeitou a impugnação, sobretudo porque "a prova da ausência de efetiva pobreza da parte requerente na atualidade não foi devidamente demonstrada, limitando-se a retratar contexto patrimonial sob vertente exclusivamente unilateral, e que ainda não pode ser considerado vultoso, se considerado que de fato, deixou-se de demonstrar as atuais despesas ou passivo patrimonial".

Inconformada, apela a demandada às fls. 12/18, suscitando preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, pois não fora apreciado pedido seu, de expedição de ofício à Delegacia da Receita Federal, o que se imporia no caso em testilha, "no qual o fundamento da r. sentença foi a ausência de provas pela Parte Apelante da ausência de situação de pobreza da

3

parte Apelada". No mérito, pede a reforma do *decisum* para ver revogado o benefício da assistência judiciária, porque não teria o demandante comprovado seu estado de pobreza. Ademais, possuiria "defensor constituído nos autos, estando nitidamente comprovada a sua situação de possibilidade de arcar com as despesas processuais".

O recurso, tempestivo, foi preparado (fls. 19) e respondido (fls. 21/26).

É o relatório.

O apelo não merece ser provido.

De nulidade não padece a sentença guerreada por ter deixado de apreciar pedido da apelante, de expedição de ofício à Delegacia da Receita Federal, pois foi ele formulado sem guardar mínima relação com os termos da impugnação por aquela deduzida.

Deveras, se a concessão dos benefícios da gratuidade de Justiça foi atacada só porque o autor não fizera prova de seu estado de pobreza, razão alguma havia para se deferir à ré a vinda aos autos de elementos eventualmente capazes de contrariar a prova ausente.

Bastava, ao revés, que o único e de direito fundamento da impugnação fosse examinado para



rejeitá-la validamente, o que se deu, diga-se, destacando o julgador singular o caráter genérico da impugnação formulada, de todo insuficiente, ora destaco eu, para abalar a presunção de pobreza gerada pela circunstância de ser o autor um comerciante que reside nos fundos de um imóvel.

Bastante à concessão dos benefícios da gratuidade de Justiça, de outra parte, é a simples afirmação da pobreza (fls. 21 dos autos principais), estando a parte que os persegue dispensada de prová-la, como vem assentando o Colendo Superior Tribunal de Justiça e anota THEOTONIO NEGRÃO no seu Código de Processo Civil (Saraiva, 38ª edição, 2006, pág. 1233, notas 1a e 1c do art. 4º da Lei nº 1.060/50).

Entendo, ademais, que o disposto no art. 4º da Lei nº 1.060/50 continua em vigor, pois exigir, com fundamento na literalidade dos termos do inciso LXXIV, do art. 5º da Constituição Federal, que a parte desejosa de auferir os benefícios da gratuidade comprove a insuficiência de recursos, é o mesmo que trancar o acesso da Justiça aos necessitados não aparentes, que neste país são tantos. Não pode ter sido este o objetivo da Constituição chamada de cidadã.

Nesse sentido o extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo vinha decidindo:



"ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - REQUISITO - MERA DECLARAÇÃO DE POBREZA - ADMISSIBILIDADE - EXEGESE DO § 1º, ARTIGO 4º DA LEI 1060/50

O artigo 4º da Lei nº 1060/50 é claro no sentido de que a justiça gratuita será deferida mediante simples requerimento da parte" (AI 693.392-00/9 - 11ª Câm. - Rel. Juiz MENDES GOMES - J. 25.6.2001)

"ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - REQUISITO - MERA DECLARAÇÃO DE POBREZA - RECONHECIMENTO - REVOGAÇÃO PELO ARTIGO 5º, LXXIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INOCORRÊNCIA

O que a Constituição garante gratuitamente, mediante a prova de insuficiência de recursos, é a assistência jurídica integral (artigo 5º, LXXXIV), o que, contudo, não se confunde com a assistência judiciária aos necessitados, que também cabe ao Estado. Para obtenção da assistência judiciária gratuita 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" (AI 733.777-00/4 - 1ª Câm. - Rel. Juiz VANDERCI ÁLVARES - J. 22.4.2002)

"ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - PEDIDO FORMULADO COM JUNTADA DE DECLARAÇÃO DE POBREZA - ARTIGO 4º DA LEI 1060/50 NÃO COLIDENTE COM O ARTIGO 5º, LXXIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ADMISSIBILIDADE

Honorários profissionais liberais. Arbitramento. Agravo de instrumento. Justiça Gratuita. Concessão. Artigo 4º da Lei nº 1060/50 não contraria o disposto no artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, uma vez que para a obtenção da gratuidade, basta a declaração do interessado de que sua situação econômica não permite arcar com as despesas do processo, sem prejuízo de seu sustento ou de sua família. Recurso improvido" (AI 734.573-00/5 - 12ª Câm. - Rel. Juiz RIBEIRO DA SILVA - J. 20.6.2002).

E, como observam NELSON e ROSA MARIA NERY no seu Código de Processo Civil Comentado (Editora RT, 6ª edição, 2002, pág. 1495, nota 6), o próprio e Colendo Supremo Tribunal Federal, a quem compete a guarda da Constituição, por diversas vezes já afirmou que o inciso LXXXIV, do art. 5º da de 1988 não revogou o art. 4º da Lei nº 1.060/50 "e que basta a mera alegação do interessado de que necessita do benefício para que ele tenha de ser concedido".

Por fim, anoto que a Lei nº 1.060/50 não considera, para a concessão da gratuidade de



Justiça, se a parte que a pediu tenha constituído banca particular de Advocacia para o patrocínio de seus interesses.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.


Des. PALMA BISSON
Relator

**ANEXO B – Inteiro teor do acórdão do agravo de instrumento
no.1001412- 0/0 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**

36ª Câmara

AGRAVO DE INSTRUMENTO

No.1001412- 0/0

Comarca de MARÍLIA 2.V.CÍVEL

Processo 25124/05

AGVTE ISAIAS GILBERTO RODRIGUES GARCIA
, REPRES P/S/MÃE
ELISANGELA ANDRÉIA RODRIGUES
interessado) BENEFIC DE:
Interes. EZEQUIEL AUGUSTO GARCIA
AGVDO RODRIGO DA SILVA MESSIAS
(NÃO CITADO)

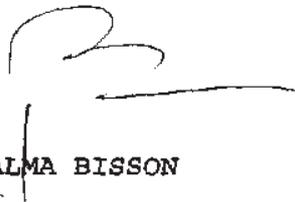
A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os desembargadores desta turma julgadora da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, de conformidade com o relatório e o voto do relator, que ficam fazendo parte integrante deste julgado, nesta data, deram provimento ao recurso, por votação unânime.

Turma Julgadora da 36ª Câmara

RELATOR : DES. PALMA BISSON
2º JUIZ : DES. JAYME QUEIROZ LOPES
3º JUIZ : DES. ARANTES THEODORO
Juiz Presidente : DES. JAYME QUEIROZ LOPES

Data do julgamento: 19/01/06


DES. PALMA BISSON
Relator

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.001.412-0/0

COMARCA - MARÍLIA

AGRAVANTE - ISAÍAS GILBERTO RODRIGUES GARCIA
(REPRESENTADO POR SUA MÃE: ELISANGELA
ANDREÍIA RODRIGUES)

AGRAVADO - RODRIGO DA SILVA MESSIAS (NÃO CITADO)

V O T O Nº 5902

Ementa: Agravo de instrumento - acidente de veículo - ação de indenização - decisão que nega os benefícios de gratuidade ao autor, por não ter provado que menino pobre é e por não ter peticionado por intermédio de advogado integrante do convênio OAB/PGE - inconformismo do demandante - faz jus aos benefícios da gratuidade de Justiça menino filho de marceneiro morto depois de atropelado na volta a pé do trabalho e que habitava castelo só de nome na periferia, sinais de evidente pobreza reforçados pelo fato de estar pedindo aquele u'a pensão de comer, de apenas um



salário mínimo, assim demonstrando, para quem quer e consegue ver nas aplainadas entrelinhas da sua vida, que o que nela tem de sobra é a fome não saciada dos pobres - a circunstância de estar a parte pobre contando com defensor particular, longe de constituir um sinal de riqueza capaz de abalar os de evidente pobreza, antes revela um gesto de pureza do causídico; ademais, onde está escrito que pobre que se preza deve procurar somente os advogados dos pobres para defendê-lo ? Quiçá no livro grosso dos preconceitos... - **recurso provido.**

O menor impúbere Isaias Gilberto Rodrigues Garcia, filho de marceneiro que morreu depois de ser atropelado por uma motocicleta na volta a pé do trabalho, fez-se representado pela mãe solteira e desempregada e por advogado que esta escolheu, para requerer em juízo, contra Rodrigo da Silva Messias, o autor do atropelamento fatal, pensão de um salário mínimo mais indenização do dano moral que sofreu (fls. 13/19).

Pediui gratuidade para demandar, mas esta lhe foi negada por não ter provado que menino pobre é e por não ter peticionado por intermédio de advogado integrante do convênio OAB/PGE (fls. 20).



Inconforma-se com isso, tirando o presente agravo de instrumento e dizendo que bastava, para ter sido havido como pobre, declarar-se tal; argumenta, ainda, que a sua pobreza avulta a partir da pequenez da pensão pedida e da circunstância de habitar conjunto habitacional de periferia, quase uma favela.

De plano antecipei-lhe a pretensão recursal (fls. 31 e V°), nem tomando o cuidado, ora vejo, de fundamentar a antecipação.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 34/37).

É o relatório.

Que sorte a sua, menino, depois do azar de perder o pai e ter sido vitimado por um filho de coração duro - ou sem ele -, com o indeferimento da gratuidade que você perseguia.

Um dedo de sorte apenas, é verdade, mas de sorte rara, que a loteria do distribuidor, perversa por natureza, não costuma proporcionar.

Fez caber a mim, com efeito, filho de marceneiro como você, a missão de reavaliar a sua fortuna.



Aquela para mim maior, aliás, pelo meu pai - por Deus ainda vivente e trabalhador - legada, olha-me agora.

É uma plaina manual feita por ele em pau-brasil, e que, aparentemente enfeitando o meu gabinete de trabalho, a rigor diuturnamente avisa quem sou, de onde vim e com que cuidado extremo, cuidado de artesão marceneiro, devo tratar as pessoas que me vêm a julgamento disfarçados de autos processuais, tantos são os que nestes vêm apenas papel repetido.

É uma plaina que faz lembrar, sobretudo, meus caros dias de menino, em que trabalhei com meu pai e tantos outros marceneiros como ele, derretendo cola coqueiro - que nem existe mais - num velho fogão a gravetos que nunca faltavam na oficina de marcenaria em que cresci; fogão cheiroso da queima da madeira e do pão com manteiga, ali tostado no paralelo da faina menina.

Desde esses dias, que você menino desafortunadamente não terá, eu hauri a certeza de que os marceneiros não são ricos não, de dinheiro ao menos.

São os marceneiros nesta terra até hoje, menino saiba, como aquele José, pai do menino Deus, que até o julgador singular deveria saber quem é.



O seu pai, menino, desses marceneiros era.

Foi atropelado na volta a pé do trabalho, o que, nesses dias em que qualquer um é motorizado, já é sinal de pobreza bastante.

E se tornava para descansar em casa posta no Conjunto Habitacional Monte Castelo, no castelo somente em nome habitava, sinal de pobreza exuberante.

Claro como a luz, igualmente, é o fato de que você, menino, no pedir pensão de apenas um salário mínimo, pede não mais que para comer.

Logo, para quem quer e consegue ver nas aplainadas entrelinhas da sua vida, o que você nela tem de sobra, menino, é a fome não saciada dos pobres.

Por conseguinte um deles é, e não deixa de sê-lo, saiba mais uma vez, nem por estar contando com defensor particular.

O ser filho de marceneiro me ensinou inclusive a não ver nesse detalhe um sinal de riqueza do cliente; antes e ao revés a nele divisar um gesto de pureza do causídico.

Tantas, deveras, foram as causas pobres que patrocinei quando advogava, em troca quase sempre



de nada, ou, em certa feita, como me lembro com a boca cheia d'água, de um prato de alvas balas de coco, verba honorária em riqueza jamais superada pelo lúdico e inesquecível prazer que me proporcionou.

Ademais, onde está escrito que pobre que se preza deve procurar somente os advogados dos pobres para defendê-lo ?

Quiçá no livro grosso dos preconceitos...

Enfim, menino, tudo isso é para dizer que você merece sim a gratuidade, em razão da pobreza que, no seu caso, grita a plenos pulmões para quem quer e consegue ouvir.

Fica este seu agravo de instrumento então provido; mantida fica, agora com ares de definitiva, a antecipação da tutela recursal.

É como marceneiro voto.



PALMA BISSON

Relator Sorteado